

RAQUEL POQUET CATALÁ

**TIEMPO DE TRABAJO Y
DE DESCANSO: MARCO
NORMATIVO Y CRITERIOS
INTERPRETATIVOS**

Editorial

JOSE MIGUEL ORTIZ ORTIZ
DIRECTOR EDITORIAL

Consejo Editorial

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
DIRECTOR GENERAL DE PUBLICACIONES
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

MARÍA NIEVES MORENO VIDA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

Consejo Científico

JAIME CABEZA PEREIRO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

MARÍA TERESA DÍAZ AZNARTE
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

JESÚS MERCADER UGUINA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III

ANTONIO OJEDA AVILÉS
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

MARGARITA RAMOS QUINTANA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna

PILAR RIVAS VALLEJO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

CARMEN SÁEZ LARA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO
Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I

RAQUEL POQUET CATALÁ
Profesora de la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

TIEMPO DE TRABAJO Y DE DESCANSO: MARCO NORMATIVO Y CRITERIOS INTERPRETATIVOS

Edita:

Ediciones Laborum, S.L.
Avda. Gutiérrez Mellado, 9 - Planta 3ª, Oficina 21
30008 Murcia
Tel.: 968 24 10 97
E-mail: laborum@laborum.es
www.laborum.es

1.ª Edición © Ediciones Laborum S.L., 2024

ISBN: 978-84-10262-36-2

© Copyright de la edición, Ediciones Laborum, 2024

© Copyright del texto, Raquel Poquet Catalá, 2024

Ediciones Laborum, S.L. no comparte necesariamente los criterios manifestados por los autores en el trabajo publicado.

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida de manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo por escrito del editor.

*Per a Marc,
pel seu suport incondicional*

ÍNDICE

Capítulo 1. Introducción	11
1. Introducción	11
2. Marco Normativo.....	16
3. Conceptualización de tiempo de trabajo	20
3.1. Consideración de tiempo de trabajo.....	23
3.2. No consideración como tiempo de trabajo efectivo	25
3.3. Tiempo de desplazamiento	29

Parte 1. Tiempo de Trabajo

Capítulo 2. Jornada de Trabajo.....	35
1. Conceptuación	35
2. Límite máximo semanal de la jornada de trabajo	36
3. Distribución irregular de la jornada de trabajo	39
3.1. Vías de regulación.....	41
3.1.1. Regulación colectiva	41
3.1.2. Facultad unilateral de la empresa.....	42
3.2. Porcentaje de distribución irregular.....	44
3.3. Límites a la distribución irregular de la jornada	44
3.4. Otros límites.....	49
3.5. Compensación de los excesos o defectos de jornada.....	50
4. Bolsas de horas	53
5. Control del tiempo de trabajo.....	55
5.1. Antecedentes judiciales.....	56
5.2. Régimen jurídico	58
5.3. Ámbito de aplicación	58
5.4. Obligación empresarial.....	59
5.5. Información a la persona trabajadora.....	60
5.6. Contenido del registro	60
5.7. Registro diario.....	61
5.8. Modalidad de registro	62
5.9. Conservación	63

Capítulo 3. Horas Extraordinarias	65
1. Introducción	65
2. Marco Normativo.....	66
3. Concepto.....	68
4. Tipos.....	73
5. Régimen jurídico.....	77
5.1. Voluntariedad vs. Obligatoriedad.....	77
5.2. Retribución.....	80
5.2.1. Retribución en metálico	81
5.2.2. Compensación en descanso.....	84
5.3. Límite cuantitativo	87
5.3.1. Horas que no computan para el límite máximo.....	88
5.3.2. El papel de la negociación colectiva.....	90
5.4. Prohibiciones a la realización de horas extraordinarias	91
5.5. Registro de las horas extraordinarias.....	94
5.5.1. Marco normativo y coexistencia con el registro diario	94
5.5.2. Régimen jurídico.....	97
5.5.3. Control de horas extraordinarias por los órganos de representación de las personas trabajadoras	100
Capítulo 4. Trabajo nocturno y a turnos	103
1. Introducción	103
2. Trabajo nocturno	106
2.1. Marco normativo.....	106
2.2. Concepto de trabajo nocturno.....	108
2.3. Concepto de persona trabajadora nocturna	109
2.4. Protección de la persona trabajadora nocturna	111
2.4.1. Limitación de la jornada diaria	111
2.4.2. Prohibición a la realización de horas extraordinarias	113
2.4.3. Excepciones a estas dos limitaciones.....	114
2.4.4. Otras limitaciones	115
2.5. Retribución del trabajo nocturno.....	116
2.6. Deber de información a la autoridad laboral.....	119
3. Trabajo a turnos	119
3.1. Introducción.....	119
3.2. Concepto y características del trabajo a turnos.....	120
3.3. Fijación y modificación del trabajo a turnos	122
3.4. Retribución del trabajo a turnos.....	124
3.5. Límites a la organización del trabajo a turnos.....	126
4. Protección de la seguridad y salud en el trabajo nocturno y a turnos.....	129
4.1. Medidas de protección comunes para el trabajo a turnos y trabajo nocturno.....	129
4.2. Medidas de protección para las personas trabajadoras nocturnas.....	130
4.3. Ritmo de trabajo y salud.....	132

Parte 2. Tiempo de descanso

Capítulo 5. Descansos y festivos laborales	133
1. Introducción	133
2. Descanso entre jornadas	139
2.1. La configuración de la interrupción diaria del trabajo como descanso laboral	140
2.2. Descanso de 12 horas ininterrumpidas	142
2.3. La configuración del descanso entre jornadas como límite de la jornada de trabajo.....	143
2.4. La determinación del momento de disfrute del periodo de descanso entre jornadas y el cómputo de las 12 horas.....	144
2.5. La compensación del descanso entre jornadas.....	145
3. Descanso semanal.....	147
3.1. Configuración y fundamento.....	147
3.2. Duración y disfrute del descanso semanal.....	148
3.3. Concreción del día de disfrute.....	150
3.4. Descanso semanal, domingo y religión católica.....	151
3.5. Descanso semanal, domingo y conciliación de la vida laboral y familiar....	154
3.6. Acumulación del descanso semanal por períodos de hasta catorce días	156
3.7. La ordenación del descanso semanal en la negociación colectiva	158
3.8. Acumulación con el descanso diario	160
3.9. La retribución del descanso semanal	166
4. Las fiestas laborales.....	167
4.1. Marco normativo	167
4.2. Conceptualización y características configuradoras.....	168
4.3. Compensación del trabajo realizado en día festivo.....	172
4.4. Clasificación de las fiestas laborales	174
4.5. Movilidad de las fiestas laborales.....	179
4.6. Calendario anual de fiestas laborales	180
5. Calendario laboral	181
5.1. Concepto y contenido	181
5.2. Elaboración del calendario laboral.....	183
Capítulo 6. Permisos.....	185
1. Introducción	185
2. Características generales	186
3. Cómputo de los días de disfrute de los permisos	189
4. Requisitos para el disfrute de los permisos	194
5. Permiso por matrimonio	195
5.1. Causa justificadora	195
5.2. Duración	198
6. Permiso por accidente, enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica de parientes.....	200
6.1. Causa justificadora	200
6.2. Familiares.....	203
6.3. Duración del permiso	203

7. Permiso por fallecimiento.....	204
7.1. Causa justificadora	204
7.2. Duración	204
8. Traslado de domicilio habitual.....	205
8.1. Causa justificadora	205
8.2. Duración	206
9. Permiso por cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal	206
9.1. Causa justificadora	206
9.2. Duración	207
9.3. Retribución	208
10. Permiso para realizar funciones sindicales o de representación de personal	208
11. Permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto	210
11.1. Causa justificadora	210
11.2. Duración.....	211
12. Permiso por cuidado de hijo/a lactante	211
12.1. Causa justificadora	212
12.2. Duración.....	213
13. Nacimiento de hijo o hija prematuro o que deba permanecer hospitalizado a continuación del parto.....	214
13.1. Causa justificadora	215
13.2. Duración.....	217
14. Permiso por fuerza mayor	217
14.1. Causa justificadora	218
14.2. Duración.....	218
Capítulo 7. Vacaciones	221
1. Introducción	221
2. Fundamento de las vacaciones.....	223
3. Duración y devengo de las vacaciones	224
4. Fijación de la fecha de disfrute.....	227
5. Coincidencia del disfrute de las vacaciones con situaciones de suspensión del contrato	229
6. Retribución de las vacaciones.....	230
7. Sustitución por una compensación económica de las vacaciones.....	239
8. Caducidad anual de las vacaciones.....	241
Bibliografía	245

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La configuración de lo que debe considerarse tiempo de trabajo y su delimitación respecto del tiempo de descanso es uno de los elementos esenciales de la relación laboral, pues no cabe duda de su importancia en relación a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, objetivo último de toda sociedad. Es decir, el poder establecer una jornada de trabajo que le permita al trabajador delimitar la vida privada y el trabajo es el fin que se persigue desde el inicio de las relaciones laborales, aspecto que aún no se ha conseguido, a pesar de su importancia. Según las palabras del profesor García Ninet¹, parafraseando a Grossin², la jornada de trabajo condicionó, condiciona y condicionará toda la vida de las personas trabajadoras tanto hacia dentro, esto es, en la propia empresa, como hacia afuera, pues el tiempo que tienen que dedicar al trabajo para obtener un salario será siempre un tiempo restado para su vida más allá de la empresa. Incluso, el profesor Alonso Olea ha señalado que “lo que el trabajador debe no es realmente tiempo de trabajo, sino el trabajo prestado durante un cierto tiempo”³.

De hecho, la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴ establece en su art. 24 el derecho de toda persona “al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”. Asimismo, el art. 7 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵ reconoce el derecho de toda persona al disfrute de las condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren “el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”.

¹ GARCÍA NINET, J.I., “Artículo 34. Jornada”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Edersa, 1982, p. 24.

² GROSSIN, W., *El tiempo y el trabajo*. Barcelona: Nova Terra, 1974, p. 10.

³ ALONSO OLEA, M., “Jornada de trabajo y temas conexos”, *Revista de Política Social*, núm. 141, 1984, p. 77.

⁴ De 10 de diciembre de 1948.

⁵ De 16 de diciembre de 1966.

Por su parte, no más significativo de la importancia de este aspecto lo constituye el dato fáctico de que el primer Convenio de la OIT, su núm. 1⁶, aborda a nivel internacional la regulación de la jornada de trabajo, fijando una limitación de la misma. Así fue como en la primera Conferencia Internacional del Trabajo se adoptó la primera norma internacional del trabajo, relativa a la duración de la jornada laboral. No cabe duda que, en aquel momento, la limitación de las horas de trabajo, en particular, la jornada laboral de ocho horas, había sido una de las principales reivindicaciones del movimiento sindical en todo el mundo. Así también, en la Constitución de la OIT, incluida en el art. 427 de dicho Tratado, se recoge la declaración de que “el objetivo de aprobar como norma una jornada laboral de 8 horas o una semana de 48 horas en los casos en los que aún no se hubiera implantado” revestía “particular y acuciante importancia”.

No obstante, no es este el único Convenio que regula la jornada de trabajo, siendo otros muchos los que contienen regulaciones sobre la delimitación del tiempo de trabajo y de descanso, como el Convenio núm. 14 sobre el descanso semanal en la industria⁷, el Convenio núm. 30 sobre horas de trabajo en comercio y oficinas⁸, el Convenio núm. 49 sobre la reducción de las horas de trabajo⁹, el Convenio núm. 51, sobre reducción de las horas de trabajo¹⁰, el Convenio núm. 52 sobre vacaciones pagadas, el Convenio núm. 57 sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación, o el Convenio núm. 61 sobre las horas de trabajo y el descanso, entre otros. Se trata, en definitiva, de conseguir los famosos “tres ochos”, es decir, ocho horas para el trabajo, ocho horas para descansar y ocho para el ocio.

La Unión Europea no ha sido menos, pues una de las tareas de la misma ha sido definir el marco normativo y legal que debe orientar las políticas nacionales de los Estados miembros. En este sentido, se han aprobado diversas normas comunitarias que tratan de resolver las presiones que plantea la coordinación de los intereses que confluyen en materia de tiempo de trabajo. En este sentido, el Derecho comunitario ha tratado, por un lado, de salvaguardar la seguridad y salud de las personas trabajadoras, y, por otro lado, armonizar las diferentes regulaciones nacionales de los Estados miembros. En este sentido, la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, se aprobó para establecer “disposiciones mínimas para promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, con el fin de elevar el nivel de protección y de la seguridad y de la salud de los trabajadores” (Considerando primero). Posteriormente, la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, relativa a

⁶ De 28 de noviembre de 1919.

⁷ De 17 de noviembre de 1921.

⁸ De 28 de junio de 1930.

⁹ De 25 de junio de 1935.

¹⁰ De 23 de junio de 1936.

determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, actualiza la anterior Directiva y fija un enfoque higiénico-sanitario en materia de tiempo de trabajo.

En España, la primera norma fue la conocida Ley Benot, de 24 de julio de 1873, de condiciones de trabajo en las fábricas, talleres y minas, que contenía limitaciones de la jornada de mujeres y menores en determinadas actividades. Posteriormente, fue el Real Decreto de 3 de abril de 1919 y sus órdenes de desarrollo, donde se establece con carácter general la jornada de ocho horas diarias y 48 horas semanales. No cabe duda que la regulación del tiempo de trabajo ha sido y continúa siendo uno de los elementos clave del Derecho del Trabajo. La limitación de la jornada de trabajo, su distribución horaria, el respeto de los descansos laborales, la garantía de un descanso retribuido, tanto diario, como semanal y anual, así como los permisos o las fiestas laborales son materias clásicas en esta rama del Derecho.

Desde el punto de vista empresarial y de la persona trabajadora, la jornada de trabajo se halla en el punto de que, por un lado, la empresa fija y paga un salario con el fin de obtener un beneficio económico, y, por otro lado, la jornada de trabajo debe asegurar la subsistencia de la persona trabajadora generándole un salario con el que vivir. Por ello, es clave garantizar una jornada mínima, es decir, suficientemente completa para que la empresa pueda obtener un beneficio empresarial o rentabilidad y garantizar la sostenibilidad de la empresa¹¹, y, por otro lado, dicha jornada debe limitarse para proteger la salud de la persona trabajadora¹².

Como señala la doctrina¹³, existen tres elementos que caracterizan la regulación del tiempo de trabajo. En primer lugar, el factor organizativo-empresarial, pues la regulación del tiempo de trabajo está, en cierta forma, condicionada a la organización productiva y empresarial, requiriendo, muchas veces, fórmulas flexibles para adaptar el sistema productivo a las horas de trabajo. La regulación del tiempo de trabajo ha tenido como principal finalidad garantizar descansos retribuidos de las personas trabajadoras con la finalidad de velar por su salud y por un adecuado reparto de tiempos entre la actividad laboral y la vida personal y familiar. Este objetivo básico es una constante en todos los ordenamientos laborales, y así lo manifiesta la Directiva 2003/88/CE. La flexibilidad del tiempo de trabajo, sin que ello implique una renuncia a la garantía de los descansos diarios, semanales y anuales de la persona trabajadora, es un eje clave en el régimen legal del tiempo de trabajo.

¹¹ OIT, *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro*. Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, 107ª reunión, 2018, p. 2, que señala que “una regulación adecuada del tiempo de trabajo puede tener una incidencia considerable en la elaboración de reglamentaciones para organizar el tiempo de trabajo de manera eficaz, la cual repercute a su vez en el rendimiento, la productividad y la competitividad de las empresas”.

¹² MARTÍNEZ FENOLI, J.S., *El tiempo de trabajo: jornada, horas extraordinarias, trabajo nocturno, a turnos y ritmo de trabajo, descanso semanal, fiestas y permisos, vacaciones, contratos a tiempo parcial*. Valencia: CISS, 1996, p. 27.

¹³ SALA FRANCO, T.; LAHERA FORTEZA, J., *La transformación del tiempo de trabajo. ¿Hacia la jornada laboral de 4 días?* Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 11-12.

En segundo lugar, el factor singular, ya que la regulación del tiempo de trabajo es diferente según el sector, la actividad laboral y la situación personal de la persona trabajadora. Existe una diversificación en la regulación del tiempo de trabajo según sectores de actividad o circunstancias concretas. Así, se cuenta con un gran abanico de jornadas reducidas o ampliadas, así como reglas propias del tiempo de trabajo según determinadas situaciones o circunstancias personales.

Y, por último, el factor socioeconómico, en el sentido de que la regulación del tiempo de trabajo atiende a los cambios sociales incorporando fórmulas flexibles de reducción de horas trabajadas en función de la estructura productiva y las causas coyunturales de la situación económica. En este sentido, las últimas modificaciones normativas en materia de tiempo de trabajo están incorporando factores sociológicos y económicos que influyen en la adaptación y reducción de las jornadas laborales. Asimismo, la digitalización está reorganizando muchos modelos y sistemas de trabajo, ya sea con el teletrabajo o las plataformas digitales.

Si se analiza la evolución histórico-legislativa del tiempo de trabajo, se observa que existe una tendencia a la progresiva reducción del tiempo de trabajo, donde predomina la tendencia a la flexibilidad laboral, la distribución irregular o la conjugación de la conciliación de la vida laboral y familiar.

En este sentido, se observa como en la segunda mitad de los setenta, se abre el debate sobre la flexibilidad de la jornada de trabajo. Es desde ese momento cuando se aboga, no solo por el sentido cuantitativo, sino también por el cualitativo. Así surgen las teorías sobre flexibilizar el tiempo de trabajo por razones empresariales. Como señala la doctrina¹⁴ “es imprescindible analizar, también, la dimensión cualitativa del tiempo de trabajo, esto es, todo lo concerniente a su distribución a lo largo de la vida del trabajador de los tiempos de empleo y no empleo (formación, paro, jubilación) y a la distribución de la jornada de trabajo a lo largo de las unidades cronológicas naturales: día, semana, mes y año (...) porque en el dominio de la distribución del tiempo de trabajo es donde se plantean los nuevos problemas, los que (...) exigirán reformas profundas en el ámbito de nuestra disciplina”.

La Recomendación núm. 165 OIT, de 3 de junio de 1981, sobre trabajadores con responsabilidades familiares, señala que “deberían adoptarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales y con los intereses legítimos de los demás trabajadores para que las condiciones de empleo sean tales que permitan a los trabajadores con responsabilidades familiares conciliar sus responsabilidades profesionales y familiares” (apartado 17). Esta misma Recomendación indica que “debería concederse especial atención a las medidas generales para mejorar las condiciones de trabajo y la calidad de la vida de trabajo, incluyendo medidas destinadas a: a) reducir progresivamente la duración de la

¹⁴ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Formas de reordenación y reducción del tiempo de trabajo”, *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 15-16, 1992, p. 20.

jornada de trabajo y reducir las horas extraordinarias; b) introducir más flexibilidad en la organización de los horarios de trabajo, de los periodos de descanso y de las vacaciones, habida cuenta del nivel de desarrollo y de las necesidades particulares del país y de los diversos sectores de actividad” (apartado 18).

Uno de los aspectos clave con los que ha tenido que hacer frente la jornada de trabajo es con el principio de garantizar el descanso necesario, tal y como así se recoge en el art. 40.2 CE, mediante la limitación de la jornada laboral y respetando las vacaciones periódicas. De hecho, ya en 1994, con la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del ET, se marca un hito importante en la ordenación del tiempo de trabajo y su distribución como una herramienta eficaz de flexibilidad laboral, reflejada en la posibilidad de que la duración máxima de la jornada de trabajo se negocie por los sujetos colectivos o individuales de la relación laboral dentro de los límites de la jornada máxima legal en cómputo anual, permitiendo así también la distribución irregular de la jornada¹⁵.

Más recientemente, el RDL 8/2019, de 8 de marzo, sobre medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, incluye disposiciones normativas sobre el registro de la jornada de trabajo, con el fin de garantizar que se respeten los límites de la jornada. Este RDL prevé la obligatoriedad de las empresas de registrar la jornada de trabajo. Asimismo, el RDL 6/2019, de 1 de marzo, sobre medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, reconoce el derecho de la persona trabajadora de solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia como un derecho reconocido en el art. 34.8 ET. El fin no es más que hacer efectivo el derecho de la persona trabajadora a la conciliación de la vida laboral y familiar. No cabe tampoco olvidar la L 10/2021, de 9 de julio, reguladora del trabajo a distancia, la cual configura esta modalidad de organización del trabajo para permitir una mayor flexibilidad en la gestión de los tiempos de trabajo y los descansos, por lo que posibilita la auto-organización y mejora, con su flexibilidad, la conciliación de la vida laboral y familiar.

Las últimas tendencias en materia de tiempo de trabajo continúan en la línea de reducir el tiempo de trabajo, pero no en la reducción del tiempo de trabajo diario, sino hacia “la concentración de los tiempos libres en días continuados (descansos semanales, vacaciones)”¹⁶. El debate se halla, ahora, en la semana de cuatro días, auspiciada ya en la década de los sesenta¹⁷. De hecho, desde 2021 se están llevado a cabo proyectos pilotos por el que las empresas que se acojan a este plan participan en semanas de cuatro días con reducción de la jornada semanal a cambio de recibir

¹⁵ GOERLICH PESET, J.M. (Coord.), *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*. Madrid: CCNCC, 2008.

¹⁶ ALONSO OLEA, M. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 2002, p. 96.

¹⁷ CABEZA BAZÁN, J., “Trabajo y tiempo”, *RPS*, núm 121, 1979, p. 117.

ayudas de fondos europeos para compensar la menor productividad inicial, facilitar la introducción de nuevas tecnologías e invertir en formación de las personas trabajadoras¹⁸.

Como conclusión, el tiempo de trabajo es uno de los elementos clave de la relación laboral. Y, tras la crisis económica mundial de 2008, las cuestiones relativas al tiempo de trabajo se han convertido en un objetivo fundamental del Programa de Trabajo Decente de la OIT, y más recientemente en un elemento importante para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, pues la reordenación del tiempo de trabajo avanza hacia una cada vez mayor soberanía de la persona trabajadora sobre el tiempo de trabajo. Aceptada la flexibilidad del tiempo de trabajo por razones empresariales, difícilmente se puede negar por mucho tiempo la flexibilidad del tiempo de trabajo con base en deberes e intereses de las personas trabajadoras. Y ello es fundamental para la conciliación de la vida laboral y familiar, donde los intereses afectan a la persona trabajadora y a su familia.

2. MARCO NORMATIVO

En el ámbito internacional, se halla, en primer lugar, como se ha indicado, el Convenio núm. 1 OIT, de 1919, que tuvo como finalidad limitar en la industria la jornada de trabajo a ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales.

Posteriormente, el Convenio núm. 47 OIT, de 4 de junio de 1935, fijó la jornada máxima anual a 40 horas. No obstante, este Convenio fue ratificado por pocos Estados. De hecho, España no lo llegó a hacerlo y no estuvo en vigor en España.

Otros Convenios que tratan la ordenación del tiempo de trabajo son el Convenio núm. 14, de 25 de octubre de 1921, sobre el descanso semanal; el Convenio núm. 30, de 10 de junio de 1930, sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas); el Convenio núm. 106, de 5 de junio de 1957, sobre el descanso semanal (comercio y oficinas); el Convenio núm. 132, de 3 de junio de 1970, sobre las vacaciones pagadas; el Convenio núm. 171, de 6 de junio de 1990, sobre el trabajo nocturno; el Convenio núm. 175, de 7 de junio de 1994, sobre el trabajo a tiempo parcial; el Protocolo de 1990 relativo al convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres); la Recomendación núm. 13, de 25 de octubre de 1921, sobre el trabajo nocturno de las mujeres (agricultura); la Recomendación núm. 98, de 2 de junio de 1954, sobre las vacaciones pagadas; la Recomendación núm. 116, de 6 de junio de 1962, sobre la reducción de la duración del trabajo; la Recomendación núm. 178, de 6 de junio 1990, sobre el trabajo nocturno; o la Recomendación núm. 182, de 7 de junio de 1994, sobre el trabajo a tiempo parcial.

¹⁸ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. "Tiempo de trabajo y productividad: la jornada semanal de cuatro días", *TyD*, núm. extra 13, 2021, p. 7.

De hecho, es de destacar como en la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, de 21 de junio de 2019, se vuelve a hacer hincapié en la necesidad de establecer mecanismos de protección para el cumplimiento de los objetivos marcados en el Programa de Trabajo Decente, como el de “los límites máximos al tiempo de trabajo”.

También cabe hacer referencia en el ámbito internacional a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, cuyo art. 24 declara que “toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, también se refiere en su art. 7 d) al “descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”.

Por otro lado, en el ámbito del Consejo de Europa, la Carta Social Europea, de 8 de octubre de 1961, en su art. 2, bajo la rúbrica “derecho a unas condiciones de trabajo equitativas”, recoge importantes referencias al tiempo de trabajo que se mantienen en su versión, revisada, firmada en Estrasburgo, el 3 de mayo de 1996. En su art. 2 se alude al horario de trabajo diario y semanal, a los días festivos, a las vacaciones, al descanso semanal o al propio trabajo nocturno.

A nivel comunitario, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, recoge en su art. 31.2, simplemente, que “todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”. Asimismo, la Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 8 de diciembre de 1989, recoge en su punto 7 (aunque sin eficacia jurídica) el derecho a la “mejora de las condiciones de vida y trabajo” y se confía en que el mercado interior conduciría a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de las personas trabajadoras comunitarias. Además, en el punto 8 se señala que “todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho al descanso semanal y a unas vacaciones anuales pagadas, cuya duración, en uno y otro caso, deberá aproximarse por la vía del progreso, de conformidad con las prácticas nacionales”. Además, confiando en la armonización se establece en el punto 9 que las personas trabajadoras tienen derecho a la definición de “sus condiciones de trabajo por ley, por un convenio colectivo o por un contrato de trabajo según las modalidades propias de cada país”.

Asimismo, el TFUE, en su art. 153.1 a) y b), alude a la mejora del entorno de trabajo y la protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras, así como a la mejora de las condiciones de trabajo, lo cual ha supuesto la aprobación de diversas directivas en materia de ordenación del tiempo de trabajo. Así, contamos con la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre, la cual se enfrentó al problema

de la ausencia de una competencia comunitaria sólida que permitiera abordar fácilmente la armonización del tiempo de trabajo.

Esta Directiva fue modificada por la 2000/34/CE, de 22 de junio, con el fin de incluir los sectores y las actividades excluidas, y, además, eliminó la referencia al domingo como día de descanso, y amplió las controvertidas excepciones a las normas mínimas del art. 17. Finalmente, se aprobó la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, la cual va dirigida a todas las personas trabajadoras por cuenta ajena, incluyendo a las personas empleadas públicas y funcionarias, excluyéndose únicamente a las personas trabajadoras por cuenta propia. No obstante, excluye de su ámbito de aplicación de forma expresa a las personas trabajadoras del mar que poseen su propia normativa específica, y a otros sectores que contengan prescripciones más específicas en materia de ordenación del tiempo de trabajo.

Es de destacar que esta Directiva no se aplica a la “retribución” del tiempo de trabajo, ya que la misma permite diferenciar entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso, pero no se pronuncia sobre la forma de retribución¹⁹. Solo hay una excepción respecto de las vacaciones anuales que deben ser disfrutadas y retribuidas.

Por otro lado, la Directiva no impone de forma directa el registro de la jornada de trabajo diaria, pero la doctrina judicial comunitaria²⁰ declara que tampoco lo prohíbe. Por ello, se estima que los Estados miembros pueden decidir libremente establecer un sistema de registro, siempre que sea objetivo, fiable y accesible, y que dotase, así, de efecto útil al Derecho comunitario sobre tiempo de trabajo.

Por lo demás, la Directiva 2003/88/CE, en principio, se configura como la típica Directiva de mínimos que establece unas condiciones que son mejorables por los propios Estados miembros, que pueden establecer medidas más tuitivas en sus normas internas. No obstante, paralelamente a ello, permite varias excepciones a dichos mínimos, que abren diversas vías de flexibilización para regular a la baja ciertos aspectos. Los mínimos que establece la Directiva son el descanso entre jornadas de 11 horas consecutivas en un periodo de referencia de 24 horas; el descanso en la jornada cuando esta es superior a 6 horas, dejándose en manos de la negociación colectiva o la normativa nacional la duración del mismo; el descanso semanal de 35 horas en un periodo de referencia de 14 días o un descanso de 24 horas en un periodo de 14 días si existe justificación por razones técnicas u organizativas; la duración media máxima de la jornada semanal de 48 horas, incluyendo las horas extra; las vacaciones anuales pagadas de 4 semanas; o la duración máxima de la jornada de trabajo nocturno de 8 horas diarias.

Junto a esta Directiva, existen otras que también inciden en el tiempo de trabajo, como es la Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre, de prevención de riesgos de la mujer durante el embarazo, el parto y la lactancia; la Directiva 96/71/CE,

¹⁹ STJUE de 3 de octubre de 2000, C-303/1998, Asunto SIMAP.

²⁰ STJUE de 14 de mayo de 2019, C-55/2018, Asunto Federación de Servicios de CCOO.

de 16 de diciembre, sobre desplazamiento de trabajadores por cuenta ajena en el marco de una prestación de servicios transnacional en el Espacio Económico Europeo, la cual obliga a aplicar las condiciones sobre tiempo de trabajo, siempre que sean más favorables que las condiciones aplicables al contrato de trabajo de la persona desplazada. También la Directiva UE/2019/1158, de 20 de junio, sobre conciliación de la vida laboral y personal, que apuesta por la corresponsabilidad para evitar la perpetuación de ciertos roles. Asimismo, la Directiva UE/2019/1152, de 20 de junio, sobre condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que define elementos clave como el calendario de trabajo, las horas y días de referencia a los que puede tener lugar el trabajo en casos de contratos a llamada o demanda, o el patrón de trabajo.

A nivel interno, destaca, en primer lugar, la Constitución Española, cuyo art. 40.2, entre los principios rectores de la política social y económica, ordena a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizar el descanso necesario “mediante la limitación de la jornada laboral”.

Como desarrollo, tenemos el ET, donde se establece la ordenación básica en materia de tiempo de trabajo. A partir del ET, existe un desarrollo reglamentario, como el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, que tiene por objetivo “la regulación de ampliaciones y limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos en determinados sectores de actividad y trabajos específicos cuyas peculiaridades lo requieren” (art. 1). Esta regulación específica afecta a sectores como trabajo en el campo, trabajo en interior de las minas, en la construcción y obras públicas, trabajo en hostelería y comercio, trabajo en el mar, empleados de fincas urbanas o transporte por carretera, ferroviario y aéreo.

Asimismo, debe citarse el RD 2001/1983, de 28 de julio, todavía vigente en algunos preceptos, que regulan los festivos.

Por último, no debe olvidarse el papel de la negociación colectiva, pues el art. 34 ET realiza varias llamadas a la negociación colectiva para que tome el papel protagonista en la regulación de determinados aspectos. Entre ellos, se halla el establecimiento de la duración de la jornada (art. 34.1 ET); el establecimiento de la duración irregular de la misma (art. 34.2 ET); el incremento de la jornada máxima diaria de nueve horas (art. 34.3 ET); la consideración como tiempo de trabajo efectivo del descanso dentro de la jornada continuada (art. 34.4 ET); la regulación del ejercicio del derecho de adaptación de la duración y distribución de la jornada como medida de conciliación de la vida laboral y familiar (art. 34.8 ET); y la regulación de la forma de organización y documentación del registro de jornada (art. 34.9 ET).

3. CONCEPTUALIZACIÓN DE TIEMPO DE TRABAJO

No existe en el ordenamiento jurídico una definición de tiempo de trabajo. A esto cabe añadir la aparición de nuevos modelos productivos, dejando atrás los fordistas o tayloristas para pasar a los toyotistas, así como los nuevos sistemas de producción basados en el just in time²¹ o sistemas flexibles que optan por ajustarse de forma continua a las exigencias de la demanda, y los nuevos modelos derivados de la digitalización y la automatización como el uberismo o la uberización del trabajo humano²².

Debe destacarse, además, que cuando se hace referencia a tiempo de trabajo, este puede ser entendido como referido a la duración del contrato de trabajo, o bien a la determinación cuantitativa de la prestación debida. En esta segunda acepción se incluyen otros aspectos referidos al mismo como la jornada, los descansos, las vacaciones, los permisos o el horario de trabajo. No obstante, por regla general, cuando hablamos de tiempo de trabajo, este se refiere a la segunda acepción, y, además, como contrapuesto a tiempo de descanso. De cualquier forma, como señala la doctrina²³, en pleno siglo XXI esta concepción binaria del tiempo de trabajo no responde a la realidad de las nuevas formas productivas y de prestación de servicios ni puede satisfacer las necesidades de las empresas ni de las personas trabajadoras.

Tradicionalmente, el tiempo debido en el contrato de trabajo y la capacidad de disposición por parte de la empresa han servido como criterios delimitadores de existencia de la relación laboral²⁴, frente a otras prestaciones de servicio bajo diferentes coberturas jurídicas.

Según un sector doctrinal el concepto de tiempo de trabajo alude al “encuadramiento temporal de la deuda de actividad a cargo del trabajador”²⁵, es decir, al “tiempo que cada día invierte el trabajador en cumplir sus obligaciones para con el empresario, derivadas del contrato de trabajo”²⁶. El tiempo de trabajo

²¹ RABANAL CARBAJO, P., “Aspectos de interés sobre la distribución del tiempo de trabajo”, *AL*, núm. 2, 2006, p. 3.

²² MOLINA NAVARRETE, C., “¿El futuro del trabajo, trabajo sin futuro?: Los mitos finalistas en la era digital del neo mercado”, *RTSS*, núm. 408, 2017, p. 12; SIERRA BENÍTEZ, E.M., “La protección social de los trabajadores ante el desafío del nuevo trabajo a distancia, del trabajo digital y la robótica”, *RDSS*, núm. 11, 2017, p. 153.

²³ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Flexibilidad de la jornada laboral. Mecanismos legales, convencionales y contractuales para la modificación de la jornada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 120; IGARTUA MIRÓ, M. T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 37.

²⁴ ROQUETA BUJ, R., “La jornada de trabajo y su determinación”, en GOERLICH PESET, J.M. (Coord.), *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*. Madrid: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2008.

²⁵ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F; MONREAL BRINGSVAERD, E. J., “La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores”, *RMTI*, núm. 58, 2005. p. 57.

²⁶ IGLESIAS CABERO, M., “Cómputo de la jornada efectiva de trabajo”, en AA.VV., *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: ACARL, 1991, p. 291.

sería así como aquel en que la persona trabajadora debe permanecer al servicio de la empresa como consecuencia de la relación laboral que les une.

El art. 2 Directiva 2003/88/CE señala en su apartado 1 que el tiempo de trabajo es “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

Por su parte, la doctrina judicial comunitaria señala que, en base a dicho precepto, se establecen tres requisitos en la definición del concepto de trabajo, cuales son permanecer en el trabajo, permanecer a disposición del empresario y permanecer en el ejercicio de la actividad o funciones que desarrolla el trabajador²⁷. El tribunal comunitario entiende que el tiempo dedicado a atención continuada de los médicos de atención primaria en régimen de presencia física debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad, pero si se presta en régimen de localización, sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios. Por tanto, considera que es tiempo de trabajo “todo período durante el cual el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales, matizando que dicho concepto se concibe en contraposición al de período de descanso, al excluirse mutuamente ambos conceptos, o es tiempo de trabajo o lo es de descanso”. La doctrina judicial comunitaria considera tiempo de trabajo “el periodo que el trabajador permanece en el centro de trabajo (...) en función de la obligación de dicho trabajador de mantenerse a disposición de su empleador”, siendo “el factor determinante el hecho de que el trabajador está obligado a estar físicamente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de este para poder realizar de manera inmediata las prestaciones adecuadas en caso de necesidad”²⁸. En este sentido, “para que se pueda considerar que un trabajador está a disposición de su empresario, este trabajador debe hallarse en una situación en la que esté obligado jurídicamente a obedecer a las instrucciones de su empresario y a ejercer su actividad por cuenta de este”²⁹.

En definitiva, según la Directiva comunitaria y la doctrina judicial comunitaria, para hallar el concepto de tiempo de trabajo debe acudirse a la legislación y la práctica nacional del Estado miembro, siempre que no se aparte de los requisitos previstos por la citada Directiva, anteriormente señalados.

²⁷ STJUE de 3 de octubre de 2000, C-303/1998, Asunto SIMAP, en la que se plantea “si el tiempo invertido por los médicos afectados que realizan turnos de atención continuada mediante sistema de localización, debe estimarse todo este tiempo como de trabajo o solo aquél tiempo efectivamente invertido en la realización de la actividad para la que sean llamados según la práctica nacional española”.

²⁸ STJUE de 9 de julio de 2015, C-87/2014, Asunto Comisión contra Irlanda.

²⁹ STJUE de 10 de septiembre de 2015, C-266/2014, Asunto Federación de Servicios Privados del Sindicato Comisiones Obreras, que considera que es tiempo de trabajo el desplazamiento entre su domicilio y los centros del primer y último cliente asignado por la empresa, que conocen normalmente la noche anterior y que cambia en función de este, en tanto que las personas trabajadoras carecen de centro de trabajo fijo o habitual.

Pero, además, cabe añadir un matiz, pues en el ámbito interno, el art. 34 ET indica en su apartado 1 que “la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo”. Asimismo, en su apartado 5 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”. Aparece así el término de “tiempo de trabajo efectivo”. Ello significa que el tiempo de trabajo o la jornada de trabajo comienza a computar desde el momento en que la persona trabajadora está presente en su puesto de trabajo preparado para trabajar, excluyendo, en principio, todo el tiempo destinado a realizar aquellas actividades previas preparatorias a la llegada al puesto de trabajo o posteriores a la retirada del mismo. Además, del art. 34.5, existen otros preceptos que realizan alusiones al trabajo efectivo, como el art. 34.1 ET en relación con el límite de las 40 horas semanales de trabajo efectivo, o el art. 34.3 ET con las 9 horas diarias de “trabajo efectivo”, o el art. 34.5 ET cuando incluye la referencia a que la pausa en la jornada continuada será considerada tiempo de trabajo efectivo si así se ha reconocido por acuerdo. No obstante, la realidad evidencia, como se ha señalado, que dicha delimitación no es sencilla, y existen diversas zonas grises en las que el debate permanece vivo.

De estas referencias estatutarias se pueden extraer dos factores para determinar la existencia de tiempo de trabajo efectivo. Por un lado, la presencia o permanencia en el puesto de trabajo, y por otro lado, la puesta a disposición por parte de la persona trabajadora, al margen de los concretos resultados productivos³⁰. Por tanto, cabe considerar que, en principio, se considera tiempo de trabajo solamente aquel periodo en el que la persona trabajadora está desarrollando efectivamente su prestación de servicios. Ello sí, teniendo en cuenta que también prevé la legislación que determinados momentos en los que la persona trabajadora no presta servicios también se consideran tiempo de trabajo efectivo.

Es decir, desde el punto de vista cuantitativo, esto es, en relación con la determinación del momento inicial y final para computar las horas de trabajo efectivo, el art. 34.5 ET señala que el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria la persona trabajadora se encuentre en su puesto de trabajo. Así, el inicio del cómputo de la jornada no comenzará hasta que la persona trabajadora esté en su puesto de trabajo y concluirá cuando todavía se encuentre prestando sus servicios. El tiempo de trabajo ha de computarse de modo que, tanto al comienzo, como al final de la jornada diaria, la persona trabajadora se encuentre en su puesto de trabajo. Se trata del trabajo efectivamente realizado, comprendido desde la llegada hasta el abandono del puesto de trabajo. Queda limitado, en definitiva, al tiempo útil, a aquel en el que se realiza una actividad productiva. De ahí, que se plantee la problemática en

³⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo*. Granada: Comares, 2009, p. 73.

relación con las actividades relacionadas ex ante o ex post con la prestación laboral, pero independientes de ella, que, en principio, quedan eliminadas del cómputo de la jornada³¹. Se trata del tiempo dedicado, por ejemplo, al desplazamiento desde y hasta el lugar de trabajo, el cambio de ropa o el tiempo invertido en el aseo personal. Estas actividades, en principio, quedan fuera de la consideración de tiempo de trabajo efectivo, pero no se cierra la puerta a que sea la negociación colectiva o el contrato de trabajo, quienes acuerden su retribución e, incluso, considerándolo como tiempo de trabajo efectivo.

Analizando con más detalle los supuestos que se consideran tiempo de trabajo y los que no, cabe señalar lo siguiente.

3.1. Consideración de tiempo de trabajo

En primer lugar, el ET computa como tiempo de trabajo determinados períodos en los cuales no existe, en realidad, ningún trabajo efectivo, como son los permisos del art. 37.3 ET, las vacaciones anuales o los períodos de tiempo no trabajados por causas imputables a la empresa. Asimismo, el ET contempla como tiempo de trabajo efectivo el dedicado al registro sobre la persona de la persona trabajadora, taquillas y efectos particulares, cuando sea necesario para la protección del patrimonio empresarial y de las personas trabajadoras, pues el art. 18 ET prevé que debe realizarse en horas de trabajo. También el tiempo de formación que obligatoriamente han de recibir las personas trabajadoras para permitir su adaptación a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, tal y como prevé el art. 52 b) ET. Se contempla como tiempo de trabajo efectivo el ejercicio del acto de votar en los centros de trabajo para elegir a la representación unitaria (art. 75.1 ET).

En segundo lugar, la LPRL contabiliza como tiempo de trabajo los períodos de formación de la persona trabajadora relativos a la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales, pues deberá impartirse dentro de la jornada de trabajo o, en su defecto, en otras horas pero con el descuento en aquella y del tiempo invertido en la misma (art. 19.2 LPRL); la asistencia de los delegados de prevención a las reuniones del Comité de Seguridad y Salud y las convocadas por la empresa en materia preventiva, así como el tiempo destinado a las visitas ex art. 37.1 LPRL; la formación en materia preventiva que deben recibir los delegados de prevención para el ejercicio de sus funciones (art. 37.2 LPRL); o el tiempo dedicado por los delegados de prevención para acompañar a los técnicos en las evaluaciones de carácter preventivo del medio ambiente de trabajo y a los inspectores de trabajo en sus visitas y verificaciones del cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, así como el tiempo destinado a ser informados por la empresa de los daños producidos en la salud de las personas trabajadoras (art. 36.2 a y c LPRL).

³¹ ROQUETA BUJ, R., “La jornada de trabajo... *op. cit.* p. 80.

En tercer lugar, vía reglamentaria, se considera tiempo de trabajo el tiempo dedicado al aseo personal antes de la comida y antes de abandonar el trabajo de las personas trabajadoras expuestas a agentes biológicos (art. 7.2 RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo) o cancerígenos (art. 6.2 RD 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo).

En cuarto lugar, por vía judicial y jurisprudencial, se ha considerado tiempo de trabajo el período dedicado fuera del horario habitual a la obtención del certificado de formación necesario para renovar el ADR, pues el tiempo invertido en dichas actividades formativas ha de considerarse tiempo de trabajo efectivo y ha de ser remunerado como tal³².

También nuestro alto tribunal considera tiempo de trabajo el período transcurrido desde que se cumple con una obligación previa a la llegada al centro o con una posterior a su abandono, como la recogida y entrega de las armas por parte de los vigilantes de seguridad³³, así como el tiempo invertido por los enfermeros en la continuidad asistencial del personal de enfermería, denominado “tiempo de relevo” o de “solape”³⁴. Argumenta el TS que, según el citado art. 2 Directiva 2003/88, “se entenderá por: 1) 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; 2) período de descanso: todo período que no sea tiempo de trabajo”. Considera, en fin, que de acuerdo con la legislación española debe considerarse como tiempo efectivo de trabajo los tiempos de “solape” en tanto que “se trata de obvia actividad profesional, resulta de absoluta necesidad -que no ya mera conveniencia- para el adecuado tratamiento y seguridad de los enfermos ingresados, y se lleva a cabo en el respectivo puesto de trabajo, antes de iniciarse y concluirse el respectivo turno”.

Asimismo, ha estimado que son tiempo de trabajo, las pausas de cinco minutos por cada hora efectiva de trabajo en trabajos con pantallas de visualización de datos en el sector de contact center³⁵, pues se considera que cuando la persona trabajadora presta servicios en régimen de jornada partida el periodo de tiempo trabajado con carácter previo a la interrupción de la jornada debe ser tenido en cuenta a efectos de generar la primera pausa que disfrute una vez reanudada la jornada tras la interrupción para comer³⁶.

³² STS de 11 de diciembre de 2017, rec. núm. 265/2016.

³³ STS de 18 de septiembre de 2000, rec. núm. 1696/1999.

³⁴ STS de 20 de junio de 2017, rec. núm. 170/2016.

³⁵ STS de 15 de abril de 2010, rec. núm. 52/2009.

³⁶ STS de 26 de mayo de 2021, rec. núm. 19/2020.

En relación con la recogida de uniforme, se ha estimado que son tiempo de trabajo los desplazamientos de las personas trabajadoras, cada dos años, a lugares diferentes de sus centros de trabajo, para recoger los uniformes de trabajo que la empresa pone a su disposición³⁷, pues se considera que la empresa debe facilitar uniformes cada dos años y nuestro alto tribunal argumenta que el desplazamiento para la recogida del uniforme tiene por causa un deber impuesto por la empresa en atención a las necesidades o conveniencia del servicio; así como el tiempo invertido en recoger la ropa de trabajo impuesta por seguridad y salud.

También es tiempo de trabajo el tiempo que transcurre desde que fichan y se incorporan al puesto de trabajo y desde que dejan el puesto de trabajo y fichan la salida, pues se parte de que durante ese tiempo se cambian de ropa, se equipan con los equipos de protección individual e intercambian información con la persona trabajadora que relevan³⁸.

Igualmente es tiempo de trabajo el descanso de treinta minutos de las personas conductoras adscritas a los Servicios de Prevención y Extinción de Incendios que, durante el descanso, pueden ser requeridas para su reincorporación inmediata a su puesto de trabajo interrumpiendo el descanso que podrán reanudar en lo que reste en otro momento posterior, de ser posible³⁹.

En el ámbito del teletrabajo, se califica tiempo de trabajo aquellas desconexiones que son ajenas a la voluntad de la persona trabajadora, como cortes en el suministro de luz o la conexión a internet⁴⁰.

Como condición más beneficiosa se ha estimado tiempo de trabajo, los siete minutos a la entrada y a la salida para el cambio de ropa para las personas trabajadoras que acuden al trabajo en autobús⁴¹; así como las dos horas de reducción de la jornada semanal para las personas trabajadoras que realizan turno de noche⁴²

3.2. No consideración como tiempo de trabajo efectivo

En primer lugar, el propio ET, recoge que no es tiempo de trabajo aquel período de tiempo anterior o posterior que tiene como fin preparar a la persona trabajadora para el inicio o fin de su actividad (art. 34.5). Es decir, ello significa que no se considera tiempo de trabajo aquel período de mera presencia, espera, acceso o salida del trabajo, el tiempo dedicado al cambio de ropa, o al aseo posterior, salvo que se trate de actividades presencialmente peligrosas, tóxicas, irritantes o infecciosas.

³⁷ STS de 24 de septiembre de 2009, rec. núm. 2033/2008.

³⁸ STSJ Baleares, de 4 de abril de 2014, rec. núm. 47/2014.

³⁹ STSJ Castilla y León, de 23 de enero de 2020, rec. núm. 1698/2019.

⁴⁰ SAN de 10 de mayo de 2021, proc. núm. 105/2021.

⁴¹ STSJ La Rioja, de 27 de noviembre de 2003, rec. núm. 436/2003.

⁴² STSJ Madrid, de 20 de febrero de 2008, rec. núm. 315/2008.

En segundo lugar, por vía reglamentaria, se considera que no es tiempo de trabajo la prolongación de la jornada de trabajo -por el tiempo estrictamente necesario- de las personas trabajadoras cuya acción pone en marcha o cierra el trabajo de las demás. Este tiempo de prolongación no se tiene en cuenta a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni tampoco para el cómputo de las horas extraordinarias, sin perjuicio de la posible compensación que se pacte (art. 20 RD 1561/1995).

Tampoco es tiempo de trabajo el tiempo de presencia propio de los sectores de transporte y del mar, pues el art. 8 RD 1561/1995 establece que “se considerará tiempo de presencia aquel en el que el trabajador se encuentra a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicios, averías, comidas en ruta u otras similares”.

En tercer lugar, la doctrina judicial y jurisprudencial no ha calificado como tiempo de trabajo el tiempo destinado al cambio de ropa⁴³ o aseo personal, salvo que sea reconocido como condición más beneficiosa⁴⁴; ni el tiempo dedicado a vestirse y desvestirse, así como recoger y dejar el arma del armero cuando el vestuario y el armero se encuentra en el mismo centro donde se prestan los servicios, dado que las personas trabajadoras no deben desplazarse⁴⁵; ni el tiempo utilizado por los tripulantes de cabina de pasajeros en la recogida, prueba o cambios de uniforme fuera de la jornada laboral, pues se estima que son tiempos en los que las personas trabajadoras no están en sus puestos de trabajo a disposición de la empresa⁴⁶.

Tampoco se ha estimado tiempo de trabajo el empleado en coger y dejar el vehículo de la empresa en el garaje que se encuentra en el mismo centro de trabajo⁴⁷; ni el tiempo entre la llegada al bloque técnico de AENA, donde se accede a las instalaciones aeroportuarias, y su incorporación al lugar de trabajo, pues se trata de un desplazamiento rutinario y necesario para acceder al lugar en que comienza a estar a disposición de la empresa, y durante el cual la persona trabajadora puede realizar lo que desee, como descansar, leer, etc.⁴⁸

Tampoco se estima tiempo de trabajo el dedicado a permisos por asuntos propios, los cuales, en principio, son recuperables, salvo que ya se hubiese completado por la persona trabajadora la jornada anual prevista en convenio colectivo⁴⁹; ni el

⁴³ STSJ Castilla y León, de 9 de mayo de 2018, rec. núm. 575/2018.

⁴⁴ SSTSJ País Vasco, de 29 de octubre de 2013, rec. núm. 1878/2013; País Vasco, de 24 de enero de 2012, rec. núm. 3179/2012.

⁴⁵ STSJ Castilla-La Mancha, de 16 de junio de 2017, rec. núm. 975/2016.

⁴⁶ STS de 4 de mayo de 2016, rec. núm. 169/2015.

⁴⁷ STS de 12 de diciembre de 1994, rec. núm. 1320/1994.

⁴⁸ SSTS de 26 de enero de 2021, rec. núm. 3294/2018; de 18 de noviembre de 2020, rec. núm. 2702/2018.

⁴⁹ STS de 26 de septiembre de 2011, rec. núm. 744/2011.

tiempo dedicado a cumplimentar solicitudes sobre turnos de trabajo o permisos, lo cual se realiza fuera del horario de trabajo a través de una aplicación informática⁵⁰.

De igual forma, no se califica como tiempo de trabajo los siete minutos y medio de descanso para el bocadillo que la empresa estaba ofreciendo, pues estima que “hemos de partir del dato de que no constituye condición más beneficiosa el que la empresa viniera tolerando que diariamente se computaran los 7,5 minutos de descanso para el bocadillo como tiempo de trabajo efectivo. Partiendo de tal premisa se concluye que la empresa puede decidir unilateralmente -como ha hecho a partir del año 2014- que dicho descanso para bocadillo deje de considerarse tiempo de trabajo, lo que irremisiblemente acarrea el que anualmente hayan de realizarse 1768 horas de trabajo efectivo, -a diferencia de lo que se había considerado en años anteriores-”⁵¹.

En cuanto a los tiempos de disponibilidad, esto es, aquellos períodos de tiempo en los que la persona trabajadora se encuentra estrechamente conectada al trabajo, pero sin estar prestando servicios en sentido estricto, surge también el debate en cuanto a su consideración o no como tiempos de trabajo, diferenciándose al efecto entre guardias de presencia física y guardias de localización.

En el caso de las guardias presenciales, el simple hecho de encontrarse la persona trabajadora obligada, durante el periodo de la misma, a permanecer físicamente en el lugar determinado por la empresa y a su disposición para efectuar el servicio de forma inmediata en caso de necesidad constituye el elemento clave para considerar que es tiempo de trabajo, pues esa permanencia es la que implica que la persona trabajadora se halle alejada de su entorno social y familiar y tenga poca libertad para administrar el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales. De ahí que se considere que es tiempo de trabajo, con independencia de las prestaciones que efectivamente se realicen. En este sentido, las guardias de presencia de los médicos se consideran tiempo de trabajo, pues quedan obligados a estar físicamente en un lugar determinado por la empresa y a permanecer a disposición de esta⁵².

En cuanto a las guardias de localización, es decir, en régimen de disponibilidad no presencial, según la doctrina judicial comunitaria⁵³, el criterio delimitador es el grado de restricción de la libertad personal de la persona trabajadora, determinada por su disponibilidad para trabajar por orden de la empresa, siendo intrascendente la no presencia física en el centro de trabajo. Por tanto, lo determinante no es la realización de una actividad profesional real y la presencia o no en el centro de trabajo, sino que la clave se halla en la limitación de la libertad personal de la

⁵⁰ SAN de 24 de junio de 2020, proc. núm. 65/2020.

⁵¹ STS de 13 de julio de 2017, rec. núm. 2235/2015.

⁵² STJCE de 3 de octubre de 2000, C-303/1998, Asunto SIMAP; STS de 11 de octubre de 2006, rec. núm. 1641/2005.

⁵³ STJUE de 21 de febrero de 2018, C-518/2015, Asunto Matzak.

persona trabajadora⁵⁴. Por consiguiente, deberá entenderse que aquellas guardias localizadas que supongan una restricción importante de la libertad personal de la persona trabajadora deberán ser consideradas como tiempo de trabajo efectivo. Así sucede en la guardia de bomberos que quedan obligados a estar presentes físicamente en su domicilio y deben responder al llamamiento en un plazo de ocho minutos⁵⁵; cuando durante las pausas de 30 minutos concedidas a los bomberos durante su jornada laboral, deben estar en condiciones de salir para efectuar una intervención en un periodo de dos minutos⁵⁶; o cuando, en general, del plazo de incorporación y de la frecuencia media de intervención, se desprende “que las limitaciones impuestas a dicho trabajador durante ese periodo son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en ese mismo periodo, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicarlo a sus propios intereses”. Así ocurre en las guardias de bomberos que deben poder presentarse en un plazo de 20 minutos en el término municipal, con su uniforme de intervención y el vehículo de servicio puesto a su disposición por la empresa, haciendo uso de las excepciones a las normas de tráfico⁵⁷; o en las guardias de los técnicos de televisión que deben estar localizables por teléfono y poder presentarse en su lugar de trabajo, en caso de necesidad, en el plazo de una hora⁵⁸.

Por último, en cuanto a las guardias en régimen de disponibilidad no presencial, en las que la persona trabajadora queda a disposición de la empresa, pero sin obligación de permanecer en el lugar de trabajo, y la persona trabajadora queda localizable sin estar presente en el lugar de trabajo pudiendo administrar su tiempo con menos limitaciones y poder dedicarlo a sus intereses personales, no se considera tiempo de trabajo. Se trata, por ejemplo, de las guardias de las personas trabajadoras del servicio de prevención y extinción de incendios forestales, a las cuales no se les exige un lugar determinado de localización y tienen un tiempo de respuesta máximo de 30 minutos⁵⁹; o bien las guardias de las personas trabajadoras de consultoría y estudios de mercado de opinión pública⁶⁰; o las guardias de las personas trabajadoras de montaje y reparación de sistemas de seguridad⁶¹; o cuando se trata de bomberos de retén que, durante la guardia, pueden realizar otra actividad por cuenta propia⁶².

⁵⁴ LAHERA FORTEZA, J., “Tiempo de trabajo efectivo europeo”, *TyD*, núm. 43 (versión on line)

⁵⁵ STJUE de 21 de febrero de 2018, C-518/2015, Asunto Matzak.

⁵⁶ STJUE de 9 de septiembre de 2021, C-107/2019, Asunto Dopravní podnik hl. m. Prahy.

⁵⁷ STJUE de 9 de marzo de 2021, C-580/2019, Asunto Stadt Offenbach am Main.

⁵⁸ STJUE de 9 de marzo de 2021, C-344/2019, Asunto Radiotelevizija Slovenija.

⁵⁹ STS de 2 de diciembre de 2020, rec. núm. 28/2019.

⁶⁰ STS de 18 de junio de 2020, rec. núm. 242/2018.

⁶¹ STS de 7 de febrero de 2001, rec. núm. 132/2000.

⁶² STJUE de 11 de noviembre de 2021, C-214/2020, Asunto Dublin City Council.

Cabe señalar que, para estos períodos de localización que no conlleven tal restricción a la libertad individual y que no son considerados tiempo de trabajo, deberán, según mi parecer, ser de alguna forma compensadas económicamente. De hecho, si se recurre a la teoría general del Derecho Civil, el equilibrio del contrato y de la relación laboral aboga por la necesidad de compensación de los tiempos de disponibilidad, pues si se reconoce que la facultad de disposición que se concede a la empresa no es una facultad originaria ligada al desarrollo de la prestación laboral, y se reconoce que la posibilidad de ser llamada a prestar servicios supone que la persona trabajadora no dispone enteramente de su tiempo libre, habrá de concluirse que cuando la empresa está ampliando sus poderes de dirección, deberá compensar económicamente a la otra parte, esto es, a la persona trabajadora⁶³. Ahora bien, lo complejo es cuantificar esa disponibilidad de la persona trabajadora.

3.3. Tiempo de desplazamiento

En relación con lo que debe considerarse “desplazamiento”, tampoco se dispone de un concepto jurídico de este término. Según el DRAE el desplazamiento es “la acción y efecto de desplazar” y desplazar es definido como “trasladarse, ir de un lugar a otro.”

A la hora de delimitar la consideración del desplazamiento como tiempo de trabajo o no, y teniendo presente lo señalado anteriormente en relación al art. 34.5 ET, debe examinarse caso por caso para poder determinar si este computa o no dentro de la jornada de trabajo.

No obstante, como regla general puede señalarse que se excluyen de la jornada laboral los tiempos de trabajo, incluyendo los desplazamientos para actos preparatorios, recogida de uniforme⁶⁴, recogida de equipos de trabajo⁶⁵ o traslado dentro de la empresa desde el garaje donde están los vehículos a la sede de la unidad y regreso⁶⁶.

Tampoco computan los desplazamientos entre el domicilio particular de la persona trabajadora y el centro de trabajo donde presta sus servicios habitualmente, incluso cuando el centro de trabajo sea uno distinto al inicialmente convenido por decisión unilateral de la empresa⁶⁷. De igual forma, tampoco lo es el tiempo de trabajo utilizado en el desplazamiento desde el domicilio de la persona trabajadora

⁶³ Así lo estima también RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Flexibilidad de la jornada...* op. cit. p. 126.

⁶⁴ SSTSJ Madrid, de 6 de noviembre de 2001, rec. núm. 1266/1999; Galicia, de 14 de mayo de 2004, rec. núm. 1701/1994; Madrid, de 3 de junio de 2006, rec. núm. 2070/2006.

⁶⁵ STSJ Andalucía, de 24 de octubre de 2002, rec. núm. 1609/2002.

⁶⁶ SSTSJ Castilla-La Mancha, de 28 de diciembre de 2001, st. núm. 1753/2001; Castilla y León, de 6 de octubre de 2005, rec. núm. 667/2005.

⁶⁷ STSJ Castilla-La Mancha, de 28 de diciembre de 2001, rec. núm. 1434/2000.

hasta el puesto de trabajo y viceversa⁶⁸, pues la jornada se inicia cuando la persona trabajadora se incorpora realmente a su puesto de trabajo, incluso, como ya se ha señalado, aunque el desplazamiento lo sea a otro centro de trabajo diferente al establecido en el contrato asignado por la empresa de forma unilateral.

Por el contrario, sí se estima como tiempo de trabajo cuando el desplazamiento se produce desde el centro de trabajo habitual a otro lugar distinto donde se ordena que preste los servicios, el tiempo invertido en dicho desplazamiento, así como su regreso, debe ser considerado tiempo de trabajo⁶⁹. Por tanto, el centro de trabajo toma su importancia en el momento de fijar el inicio de la jornada de trabajo. Es decir, si bien la diferencia entre centro de trabajo y lugar de trabajo es importante a efectos de la negociación colectiva y determinar la representación legal de las personas trabajadoras, no obstante, cuando se trata de desplazamientos es indiferente que se trate de lugar o centro de trabajo, pues la clave se halla en el inicio de la prestación de trabajo y que la actividad se encuentre bajo la dirección de la empresa⁷⁰.

También, en el caso de los vigilantes jurados se ha estimado que el tiempo invertido en el desplazamiento al inicio y al final de la jornada desde el centro de trabajo al lugar de prestación de los servicios para recoger o devolver cada día las armas es tiempo de trabajo⁷¹. Asimismo, se considera tiempo de trabajo aquel desplazamiento de las personas trabajadoras desde el centro de trabajo a distinto lugar donde se ordena la prestación de servicios, así como su regreso⁷². Otro sector judicial considera tiempo de trabajo el destinado al ir y volver del trabajo, aunque no directamente desde su domicilio habitual, sino desde un punto determinado de donde salía un autobús para llevar a la persona trabajadora a su puesto de trabajo⁷³.

⁶⁸ SSTSJ Galicia, de 27 de febrero de 2004, rec. núm. 347/2004; Canarias, de 4 de septiembre de 2001, rec. núm. 600/2001.

⁶⁹ STS de 24 de junio de 1992, rec. núm. 2010/1991. No obstante, la STSJ Navarra, de 28 de febrero de 1994, rec. núm. 73/1994, no considera tiempo de trabajo aquel que emplean las personas trabajadoras de una empresa del sector de la construcción en los desplazamientos desde la sede de la entidad hasta los lugares de trabajo, pues “siendo el puesto de trabajo aquel en que el trabajador presta su actividad, no cabe afirmar que desde el momento en el que el mismo se presenta en el domicilio de la empresa, está trabajando porque no es ése su puesto de trabajo; no siendo posible reducir la jornada por el tiempo en que el trabajador tarde en desplazarse a su efectivo puesto, ya que legalmente la jornada de trabajo está referida al trabajo efectivamente prestado”. También la STSJ Asturias, de 19 de octubre de 2012, rec. núm. 2051/2012, señala que el tiempo invertido por las personas trabajadoras en los habituales desplazamientos a centros de trabajo de la empresa sitos en otras ciudades no es tiempo de trabajo, pues éste solo se computa desde que la persona trabajadora se encuentre en su puesto de trabajo.

⁷⁰ GÓMEZ ARBÓS, J., “Los desplazamientos como tiempo de trabajo”, *La Ley*, núm. 49, 2012 (versión on line)

⁷¹ SSTS de 24 de septiembre de 2009, rec. núm. 2033/2008; de 18 de septiembre de 2000, rec. núm. 1696/1999.

⁷² SSTSJ Extremadura, de 25 de septiembre de 2001, rec. núm. 446/2001; Andalucía, de 14 de abril de 2000, rec. núm. 836/2000.

⁷³ STSJ Madrid, de 28 de mayo de 2007, rec. núm. 6306/2006.

No cabe duda de que existen determinadas actividades en las que, de aplicarse la literalidad de la normativa, se excluiría de la consideración de tiempo de trabajo ciertos períodos de tiempo, como es el caso del trabajo en el mar, transporte por carretera, hospitalario... De ahí, el surgimiento de determinados conceptos específicos como “horas de guardia”, “disponibilidad”, “tiempo de espera”, “toma y deje”... y de la regulación específica para estos sectores de actividad.

Así, en el sector del transporte y trabajo en el mar se diferencia entre “tiempo de trabajo” y “tiempo de presencia” estimando que constituye 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”⁷⁴. En base a ello, la doctrina judicial considera tiempo de trabajo “todas las horas que hace el conductor adscrito a un juzgado de guardia, dada la naturaleza intempestiva de los servicios y la cantidad de los mismos a lo largo de las horas de guardia, tomando en consideración las especiales características del servicio, la importancia y conflictividad de la capital en que se presta el número de diligencias en que es previsible tengan que practicarse a lo largo del período de disponibilidad”⁷⁵. Por su parte, se considera tiempo de presencia aquel en el que la persona trabajadora se halla a disposición de la empresa sin prestar trabajo efectivo por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en rutas u otras similares.

Cuando se trata de personas trabajadoras que tienen como actividad atender a clientes, la regla general es la de entender que el desplazamiento desde el domicilio de la persona trabajadora al emplazamiento del primer cliente, así como desde el domicilio del último cliente al de la persona trabajadora se considera jornada de trabajo. Esta premisa ha sido así reiterada tanto por la doctrina judicial comunitaria, como por nuestro alto tribunal⁷⁶. Por un lado, el TJUE⁷⁷ ha señalado que para aquellas personas trabajadoras que carecen de centro de trabajo fijo, debe considerarse tiempo de trabajo el tiempo de desplazamiento entre su domicilio y los centros del primer y del último cliente que les asigna su empresa. Considera que no es ajustado

⁷⁴ Art. 8 RD 1561/1995, de 21 de septiembre.

⁷⁵ STSJ Andalucía, de 6 de marzo de 2003, rec. núm. 494/2002.

⁷⁶ STS de 9 de junio de 2021, rec. núm. 27/2020.

⁷⁷ STJUE de 10 de septiembre de 2015, C-266/2014, Asunto Tyco, cuestión prejudicial planteada por la AN que concretamente se plantea “¿Debe interpretarse el art. 2 de la Directiva 2003/88 en el sentido de que el tiempo invertido en el desplazamiento al inicio y al final de la jornada realizado por el trabajador que no tiene adscrito un centro de trabajo fijo, sino que ha de desplazarse cada día desde su domicilio al centro de un cliente de la empresa, diferente cada día, y volver a su domicilio desde el centro de otro cliente a su vez diferente, situados siempre dentro de una zona geográfica más o menos amplia, en las condiciones del litigio principal explicitada en los fundamentos de esta cuestión, constituye tiempo de trabajo según la definición de ese concepto dada en el artículo de la Directiva o, por el contrario, ha de considerarse como período de descanso?”.

a Derecho la contabilización de la jornada de trabajo que empieza cuando la persona trabajadora llega al centro del primer cliente del día, y termina cuando la persona trabajadora sale del emplazamiento del último cliente. La determinación del lugar de trabajo en estos casos se configura como un elemento clave. Debe recordarse, no obstante, que según el art. 40.1 ET no se aplican las normas en él establecidas a los traslados de las personas trabajadoras contratadas específicamente para prestar sus servicios en empresas o centros de trabajo móviles o itinerantes. Así, según la doctrina judicial los centros de trabajo móviles o itinerantes se caracterizan por no ostentar una radicación geográfica fija debido a una indeterminación especial del puesto de trabajo o por un emplazamiento múltiple de la actividad empresarial, como sucede en el caso de los centros de trabajo de las empresas de montaje⁷⁸ o las de tendido eléctrico o telefónico⁷⁹.

La movilidad o itinerancia no se deriva exclusivamente de la naturaleza del centro de trabajo, sino que puede derivar de una decisión empresarial tendente a una mejor satisfacción de los intereses, atribuyendo así el carácter de móvil o itinerante a un centro de trabajo que, en principio, no lo sería⁸⁰. Además, dicha movilidad o itinerancia debe diferenciarse en el sentido de que pueden existir empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes que cumplen las exigencias del art. 1.5 ET, y empresas con unidades móviles vinculadas a centros de trabajo fijo o con personas trabajadoras individualmente móviles o itinerantes⁸¹. Asimismo, la referencia a las personas trabajadoras contratadas específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes del art. 40.1 ET debe entenderse en el sentido de que afecta únicamente a las personas trabajadoras que prestan servicios en esos centros⁸², y no a cualquier persona trabajadora contratada en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes. Por su parte, la adscripción de las personas trabajadoras a centros de trabajo móviles o itinerantes supone la inaplicación de las garantías para el supuesto traslado en el art. 40.1 ET, pudiendo la empresa acordar así un traslado sin sujeción a dichas reglas. Por último, la exclusión de las garantías de la movilidad geográfica de las personas trabajadoras que prestan sus servicios para centros de trabajo móviles se debe entender con las salvedades del traslado de un centro de trabajo móvil a un centro de trabajo fijo que implique

⁷⁸ STCT de 12 de marzo de 1982; STSJ Cataluña, de 4 de marzo de 2003.

⁷⁹ SSTS de 19 de junio de 1995, rec. núm. 1359/1994; de 14 de mayo de 1996, rec. núm. 1245/1995.

⁸⁰ SSTSJ Asturias, de 14 de julio de 2000; Asturias, de 17 de noviembre de 2000; Cataluña, de 9 de marzo de 1999.

⁸¹ Así no se consideran centros de trabajo móviles o itinerantes las empresas de construcción, aunque desplacen personas trabajadoras a las distintas obras, ya que, por definición, su actividad no se desarrolla en centros de trabajo móviles o itinerantes, sin perjuicio, naturalmente, de empresas de construcción con centros de trabajo móviles o itinerantes (STS de 13 de abril de 1996). Tampoco se consideran las empresas de transporte de mercancías o de pasajeros, al no constituir centro de trabajo vehículos como un camión, un autobús, un tren o un avión; ni las empresas dedicadas a actividades económicas a realizar por personas trabajadoras individualmente móviles como mensajeros, repartidores, cobradores, reporteros, encuestadores, comerciales o guías turísticos.

⁸² STS de 12 de abril de 1996, rec. núm. 1292/1995.

cambio de domicilio, e incluso aunque no le implicase se podría considerar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo⁸³, de modo que el traslado a otro centro de trabajo diferente obligaría a cumplir el art. 40 ET⁸⁴.

Por su parte, nuestro alto tribunal, ha estimado que el tiempo de desplazamiento desde el centro de trabajo hasta la primera prestación de actividad fuera del mismo es tiempo de trabajo⁸⁵, al igual que se considera tiempo de trabajo el utilizado en los desplazamientos entre los domicilios de los usuarios⁸⁶. También considera tiempo de trabajo el desplazamiento desde el domicilio de la persona trabajadora al primer cliente⁸⁷, así como los desplazamientos de la persona trabajadora desde el domicilio particular al domicilio de los clientes y regreso desde el domicilio del último cliente, en las empresas de instalación, mantenimiento y reparación de ascensores, aunque la prestación de servicios tenga lugar en la misma localidad⁸⁸.

⁸³ STSJ Madrid, de 6 de junio de 1990.

⁸⁴ MARTÍN RODRÍGUEZ, O., “Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español”, *REDT*, núm. 194, 2017 (versión online)

⁸⁵ STS de 24 de junio de 1992, rec. núm. 2010/1991.

⁸⁶ STS de 21 de febrero de 2017, rec. núm. 125/2016.

⁸⁷ STS de 9 de junio de 2021, rec. núm. 27/2020.

⁸⁸ STS de 7 de julio de 2020, rec. núm. 208/2018.

PARTE 1. TIEMPO DE TRABAJO

CAPÍTULO 2. JORNADA DE TRABAJO

1. CONCEPTUACIÓN

Como es sabido, tiempo de trabajo y de descanso ha constituido, tradicionalmente, los dos polos opuestos de una concepción binaria, sin categorías intermedias. De hecho, la Directiva 2003/88/CE define el tiempo de trabajo como “todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales” (art. 2.1), mientras que el tiempo de descanso se define como “todo periodo que no sea tiempo de trabajo” (art. 2.2). De hecho, la doctrina judicial comunitaria⁸⁹ ha reiterado que los conceptos de tiempo de trabajo y de descanso se excluyen mutuamente.

Partiendo de ello, nuestro alto tribunal señala que el concepto de “jornada de trabajo” del art. 34.1 ET equivale al tiempo de servicios efectivamente prestado por la persona trabajadora como pago de su deuda de actividad, pues “la jornada efectiva de trabajo es el tiempo que, en cómputo diario, semanal o anual, dedica el trabajador a su cometido laboral propio y, en términos del art. 34.5 ET, es el tiempo en que el trabajador «se encuentra en su puesto de trabajo»”⁹⁰.

De esta forma, según el TS, la “jornada de trabajo” es el tiempo que cada día, semana, mes o año, la persona trabajadora dedica a su cometido laboral propio⁹¹ o a la ejecución del contrato⁹². Por su parte, la “jornada”, como término más amplio y sociológico, sería todo el tiempo de presencia física de la persona trabajadora

⁸⁹ STJUE de 10 de septiembre de 2015, C-266/2014, Asunto Tyco.

⁹⁰ SSTS de 20 de junio de 2017, rec. núm. 170/2016; de 19 de marzo de 2019, rec. núm. 30/2018.

⁹¹ SSTS de 19 de noviembre de 2019, rec. núm. 1249/2017; de 19 de marzo de 2019, rec. núm. 30/2018; de 20 de junio de 2017, rec. núm. 170/2016.

⁹² STS de 22 de diciembre de 1992, rec. núm. 40/1992.

en el centro de trabajo incluyendo tanto los tiempos de trabajo efectivo como los tiempos de descansos; y el “horario de trabajo” sería el tiempo exacto en que cada día se ha de prestar servicios, respetando, en todo caso, la duración de la jornada que se haya fijado⁹³.

2. LÍMITE MÁXIMO SEMANAL DE LA JORNADA DE TRABAJO

Es la CE la que, en su art. 40.2, establece una limitación a la jornada máxima previendo que los poderes públicos “velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral”. No obstante, la doctrina⁹⁴ critica que la CE haya dado muy poca importancia a un aspecto tan importante como es el tiempo de trabajo, sin dedicarle un precepto específico a ello, uniendo en el mismo precepto cuestiones totalmente diferentes y que poco tienen que ver con el tiempo de trabajo. El art. 40.2 CE, como principio rector de la política social y económica, debe informar la legislación positiva, es decir, los diferentes poderes públicos, en su actuación, quedan condicionados, de manera que deben tener en cuenta la necesidad de limitar la jornada de las personas trabajadoras y asegurar el derecho al descanso.

Por tanto, de la CE, se plantea la necesidad de limitar la jornada de trabajo como elemento para garantizar el derecho al descanso⁹⁵. De hecho, la limitación de la jornada de trabajo fue la primera conquista obrera, que tenía como finalidad garantizar la salud de las personas trabajadoras y evitar su explotación.

El legislador laboral ha optado por señalar un número máximo de horas de trabajo dentro de un periodo de referencia semanal y diario. A partir de ahí, y estando ante normas de derecho mínimo, estas previsiones pueden ser mejoradas por la negociación colectiva o el contrato individual. Se pretende asegurar, por consiguiente, que la persona trabajadora no supere tales límites.

Por un lado, en cuanto al límite anual, el art. 34 ET regula la jornada de trabajo, estableciendo en su primer apartado que la “duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo”. Por tanto, es práctica habitual que sean los convenios colectivos, o los contratos de trabajo, los que establezcan la jornada de trabajo en un sector o empresa. Las diferentes reformas normativas han mantenido la preferencia por que sea la negociación colectiva el instrumento que ordene y organice las cuestiones referidas a tiempo de trabajo, dando así un papel relevante a los interlocutores sociales en materia de ordenación de trabajo.

No obstante, cabe tener en cuenta que el art. 34.1 ET fija una duración máxima de la jornada ordinaria en 40 horas semanales de promedio en cómputo

⁹³ STS de 19 de febrero de 2001, rec. núm. 2964/2000.

⁹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Tiempos de trabajo y...* op. cit. p. 99.

⁹⁵ AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Edersa, 1996, p. 92.

anual, esto es, 1826 horas y 27 minutos anuales⁹⁶. Concretamente, establece que la “duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual”.

Los convenios colectivos, así como los contratos de trabajo, respetando esta duración máxima legal, pueden mejorarla, reduciendo el número máximo de horas a trabajar.

De esta previsión, cabe señalar las siguientes puntualizaciones. En primer lugar, que el art. 34.1 ET se refiere a la jornada ordinaria de trabajo, lo que da a entender que puede haber otras normas que prevean jornadas máximas diferentes a las que regula el precepto indicado, como las actividades comprendidas en el RD de jornadas especiales de trabajo. Igualmente, también se aplican previsiones específicas para las relaciones laborales de carácter especial y menores de edad.

En segundo lugar, que esta jornada máxima cabe entenderla referida a tiempo de trabajo efectivo, pues, según el art. 20 RD 1561/1995, no se tiene en cuenta a los efectos de cómputo de la duración máxima de la jornada, el tiempo dedicado a los trabajos de puesta en marcha y cierre de la actividad de las demás personas trabajadoras.

En tercer lugar, estas 40 horas semanales se computan en “promedio anual”, es decir, se procede a la anualización de la jornada, sin sujeción efectiva al límite de jornada semanal⁹⁷. De esta forma, es posible fijar jornadas de trabajo cuya duración semanal sufra un incremento por encima del límite máximo de 40 horas semanales, siempre que en otras semanas diferentes se produzca una reducción proporcional a ese incremento, de modo que, al final, en promedio anual, se desarrolle una prestación de trabajo de 40 horas como máximo. Por tanto, se trata de un límite a la distribución irregular de la jornada anual, pero no un límite a la distribución irregular de la jornada. Lógicamente, acatar esta regla de esta forma es contrario al tradicional sistema de tiempo de trabajo basado en el principio de uniformidad con horarios de trabajo uniformes y estandarizados⁹⁸. De cualquier forma, la práctica muestra que las jornadas semanales son, generalmente, de 40 horas máximas.

Por último, este límite no es absoluto, sino que se permiten ciertas dosis de flexibilidad, ya que la jornada de trabajo no solo depende de la existencia de límites concretos, sino también de los periodos de descanso. En este sentido, deberán respetarse los descansos establecidos legalmente que con posterioridad se estudiarán.

⁹⁶ Este número máximo de horas anuales se contenía en el art. 6 Acuerdo Interconfederal de 1983, Resolución de la Dirección General de Trabajo, de 17 de febrero de 1983.

⁹⁷ GONZÁLEZ BIEDMA, E., “La jornada (en torno al artículo 34)”, *REDT*, núm. 100, 2000, p. 736, que señala que “se indica con toda claridad que las cuarenta horas no tendrán que contarse solo en la perspectiva semanal, sino que significan solo una unidad de medida que habrá que elevar a unidad anual”.

⁹⁸ CRUZ VILLALÓN, J.; FERRADANS CARAMES, C., *Negociación sobre el tiempo de trabajo*. Sevilla: CARL, 2007, p. 18.

Por otro lado, en cuanto al límite diario, el art. 34.3 ET establece que “el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas”.

De esta previsión, cabe señalar, en primer lugar, que esas nueve horas son “ordinarias”, lo cual implica la posibilidad de superar dicho límite mediante la realización de horas extraordinarias. Por tanto, no entra en el cómputo de este límite la posibilidad de que se hagan horas extraordinarias.

En segundo lugar, este límite máximo de nueve horas se flexibiliza cuando la propia regulación establece la posibilidad de superarlo a través de horas extraordinarias, y también alterarlo estableciendo un número máximo de horas diarias diferente. Para ello no es suficiente con la decisión unilateral de la empresa, sino que se requiere que haya un acuerdo a través de la autonomía colectiva, bien a través del propio convenio colectivo, bien a través de un acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras. Es decir, o bien se introduce de manera expresa en el convenio colectivo la alteración de la duración de la jornada diaria, o bien, fijada la jornada diaria sin cambio alguno, ante las necesidades de la empresa, se acude a un acuerdo de empresa. Se trata, por tanto, de una previsión normativa dispositiva para la negociación colectiva⁹⁹.

En tercer lugar, como luego se analizará, esta jornada diaria ha de respetar un límite absoluto e infranqueable -prácticamente el único con este carácter en nuestro ordenamiento jurídico-¹⁰⁰, que es que, entre la finalización de una jornada de trabajo y el inicio de la siguiente, debe mediar un periodo de descanso de 12 horas para la persona trabajadora. Esta regla aparece así como un límite máximo a cualquier pacto de distribución horaria y de la jornada, que resulta intangible tanto a la autonomía colectiva, como la individual. No obstante, este límite del descanso diario, como luego se estudiará, halla una importante excepción en la regulación sobre jornadas especiales, concretamente, en el caso de las ampliaciones de jornada, pues el art. 2 RD 1561/1995 prevé que las reducciones a los descansos entre jornadas y los descansos semanales, deberán ser compensadas con descansos alternativos.

Por último, esta limitación de la jornada se establece para las personas trabajadoras mayores de edad, pues, en el caso de las menores de 18 años, el art. 34.3 ET especifica que no podrán realizar más de ocho horas de trabajo efectivo, incluyendo en la consideración de trabajo efectivo el tiempo dedicado a formación, llegando a aplicarse este límite máximo, incluso si trabajan para varias empresas, de manera que sumado el tiempo de trabajo dedicado a cada prestación de servicios,

⁹⁹ ALFONSO MELLADO, C.; GARCÍA ORTEGA, J., *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 32.

¹⁰⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Tiempo de trabajo y... op. cit.* p. 108.

no pueda superar nunca las ocho horas de trabajo efectivo. Esta regulación, mucho más restrictiva, tiene como fin respetar los periodos de formación y su menor capacidad física. De hecho, la posibilidad prevista en el art. 34.3 ET por la que es posible pactar en convenio colectivo o pacto de empresa la superación de la jornada máxima diaria legal, no resulta de aplicación a estas personas trabajadoras menores de edad.

3. DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA DE TRABAJO

El art. 34.2 ET regula la posibilidad de que se proceda a una distribución irregular de la jornada anual de trabajo. Concretamente, su primer párrafo señala que “mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo”. Con esta fórmula se lleva a cabo un incremento de la flexibilidad en el uso del tiempo de trabajo, dado que la empresa tiene un margen de maniobra mucho mayor. No cabe duda que se produce un aumento del desequilibrio entre las partes, al universalizar la distribución irregular, pues se pasa de su nacimiento ligado a situaciones específicas a una aplicación normalizada, incluso por la propia voluntad empresarial que dispone de un 10 % de la jornada anual para distribuirla irregularmente.

De hecho, partiendo de que es posible trabajar por encima del límite máximo semanal siempre y cuando en otras semanas se trabajen menos horas, lo importante es que al final del año el total de horas realizadas no supere el total anual derivado de la realización de 40 horas todas las semanas. La doctrina¹⁰¹ señala que hubiera sido útil que el ET fijara con alcance general y anual cuál es este total de horas que estima como jornada máxima anual, algo que sí suelen fijar los convenios.

No contamos con una definición legal de distribución irregular de la jornada, siendo un concepto jurídico indeterminado caracterizado “por una operación en la que, tomado un módulo de cómputo de la jornada, en unos períodos se trabaja más y en otros menos, compensándolos entre sí dentro de un lapso temporal determinado, para no alterar la duración total de la prestación comprometida”¹⁰². Se afirma que “la jornada anual se halla distribuida de forma irregular en módulos semanales que en esencia consisten (...) en que trabajan unas semanas treinta y cinco horas y otras cuarenta y dos en jornadas diarias de siete horas; o sea, que se trata de un colectivo que tiene una jornada anual repartida en módulos semanales de una forma especial o irregular, en definitiva de un colectivo con jornada semanal que no se acomoda a la previsión de carácter general contenida en el convenio, y

¹⁰¹ GARCÍA NINET, J.I.; DE VICENTE PALACIO, A., “La jornada (art. 34 ET)”, en GARCÍA NINET, J.I. (Dir.) *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2004)*. Madrid: CEF, 2005, p. 304.

¹⁰² IGARTÚA MIRÓ, M.T., “La flexibilización del tiempo de trabajo”, *TyD*, núm. 13, 2021.

al que, por los argumentos antes expresados, no le sería de aplicación el módulo de jornada semanal fijo, sino solo el límite modular anual”¹⁰³. Es decir, en unos periodos se trabaja más y en otros menos, compensándolos entre sí, de modo que no se altere la duración total de la prestación comprometida. No obstante, un amplio sector de la doctrina¹⁰⁴ se inclina por restringir el concepto de manera exclusiva al cómputo semanal, de forma que unas semanas se trabaja un número de horas diferentes de otras, sin atener a la jornada diaria y siempre que se respete la jornada máxima anual.

De esta forma, la doctrina la define como la “medida de flexibilidad laboral que permite adaptar la jornada de los trabajadores de la empresa para dar respuesta a las necesidades productivas u organizativas de aquella”. Con esta medida, “las empresas pueden reducir los tiempos de trabajo en épocas de menor actividad productiva, para incrementarlos en los periodos de mayor actividad, dando una respuesta adecuada a las necesidades de la empresa mediante la colocación de los tiempos de trabajo de modo no uniforme”¹⁰⁵.

De cualquier forma, cabe indicar que no es lo mismo la distribución irregular de la jornada que la distribución irregular del horario, pues, aunque los conceptos de “jornada” y “horario” son diferentes, en la práctica, muchas veces, lleva a confusión. De esta forma, distribuir irregularmente la jornada de trabajo significa alterar el *quantum* para un módulo de tiempo determinado, de forma que, para la misma unidad temporal, en unos periodos se trabaja más y en otros menos -normalmente, la semana-. Esta distribución irregular de la jornada puede conllevar también consigo una distribución irregular del horario, de forma que varía el momento de inicio y de fin de la prestación debida -el horario-.

Debe indicarse, asimismo, que la relación entre el cómputo anual de la jornada y la distribución irregular, lleva a un sector de la doctrina a considerar que la jornada máxima debería ser objeto de una división modular, en periodos inferiores al año¹⁰⁶, mientras que otro sector¹⁰⁷ aboga por considerar que el periodo de referencia es el año, y no módulos menores.

¹⁰³ STS de 19 de noviembre de 2002, rec. núm. 58/2002.

¹⁰⁴ ROQUETA BUJ, R., “La jornada de trabajo... *op. cit.* p. 65; BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Autonomía empresarial en la gestión del tiempo de trabajo: la distribución de la jornada ordinaria y el recurso a las horas extraordinarias”, *RTSS*, núm. 403, 2016, p. 96; MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M., *El régimen jurídico de la disponibilidad horaria*. Cizur Menor: Aranzadi, 2011, p. 41. También, la STSJ Navarra, de 29 de mayo de 2016, rec. núm. 143/2006, indica que “a tales efectos ha de entenderse por distribución irregular de la jornada aquella distribución de las horas de trabajo que implique que unas semanas se trabaje un número distinto de horas que otras semanas”.

¹⁰⁵ MALDONADO MONTOYA, J.P.; MARÍN MORAL, I.; SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), *La reordenación del tiempo de trabajo*. Madrid: BOE, 2022, p. 244.

¹⁰⁶ MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo: Ley y convenio colectivo*. Madrid: CES, 2005, p. 285.

¹⁰⁷ DE LA FUENTE LAVÍN, M., *El régimen jurídico de las horas extraordinarias*. Granada: Comares, 2002, p. 40; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva”, *RL*, núm. I, 1999, p. 8.

Es importante diferenciar entre distribución irregular estática y dinámica. Por un lado, la distribución irregular estática es aquella que permite fijar duraciones de jornada diferentes en un determinado periodo de referencia, por circunstancias diversas, fácilmente previsibles como, una menor jornada en determinadas épocas, o compensada con ciclos de mayor actividad. Ello suele incluirse en el calendario laboral de la empresa y permite, así, a las personas trabajadoras conocer con suficiente antelación los días y horas en los que deben prestar su trabajo en cada periodo del año. Por otro lado, la distribución irregular dinámica o también denominada flexible o sobrevenida, se caracteriza por no ser previsible a priori. Esta modalidad es propia de las empresas que se ven afectadas por circunstancias imprevisibles y necesitan aumentar o reducir la jornada, para ajustarse a dichas situaciones. De hecho, según la doctrina judicial¹⁰⁸, la distribución irregular de la jornada es de imposible aplicación en una empresa que trabaja con cinco turnos o cuatro turnos reforzados, y la utilización de la jornada irregular, incluso por encima del 10 % ex art. 34.2 ET, solo será efectiva en una empresa cuyas puntas y reducciones de producción estén razonablemente equilibradas pero no resolvería el problema cuando la empresa, tiene generalmente más caídas que incrementos en la demanda, con el consiguiente sobredimensionamiento de plantilla, que no se compensaría con las puntas de producción.

3.1. Vías de regulación

El art. 34.2 ET se refiere al “convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores” como las vías para llevar a cabo, en principio, la distribución irregular de la jornada de trabajo. Y, en defecto de pacto, otorga esta facultad a la empresa, de forma unilateral. Por tanto, se observan dos caminos para llevar a cabo la distribución irregular.

3.1.1. Regulación colectiva

En primer lugar, la colectiva -mediante convenio colectivo o acuerdo de empresa-. Ello tiene total sentido cuando se tiene en cuenta el papel de los convenios en materia de jornada que será siempre primordial por cuanto unifica situaciones y establece pautas de igualdad entre las personas trabajadoras e incluso fija criterios o sistemas para el control del trabajo efectivo.

Debe indicarse que la práctica negocial, pese a la inexistencia de un reparto de materias en este terreno, ha reflejado un creciente grado de descentralización hacia el nivel de empresa. En el marco de esta tendencia descentralizadora hacia el nivel de empresa, algunas prácticas negociales dieron entrada a importantes facultades

¹⁰⁸ SAN de 4 de julio de 2014, proc. núm. 137/2014, confirmada por STS de 11 de mayo de 2016, rec. núm. 76/2015.

unilaterales de la empresa¹⁰⁹, que, muchas de ellas, eran casi exorbitantes, en orden a la distribución irregular de la jornada, y fueron admitidas por la doctrina.

Nuestro alto tribunal¹¹⁰, por su parte, ha venido permitiendo este traspaso de facultades, haciendo titular de las mismas a la empresa, interpretando que son manifestación natural del poder de organización empresarial y que llegará solamente a la vía judicial en supuestos de manifiesto abuso o arbitrariedad.

No obstante, resulta llamativo que, a diferencia de la distribución irregular llevada a cabo de forma unilateral por la empresa, cuando esta se lleva a cabo por vía colectiva no se establece ninguna limitación o porcentaje máximo de distribución irregular, de forma que la irregularidad podría afectar al monto global de la jornada. La doctrina¹¹¹ ya advirtió en su momento de los peligros de dejar en manos de la negociación a nivel de empresa estas cuestiones, pues, en muchos casos, en lugar de actuar como instrumentos de limitación de los poderes empresariales y de tutela colectiva, podrían convertirse en vías que favorecen la implantación de la voluntad empresarial revestida de la legitimidad que el ordenamiento jurídico otorga a la autonomía colectiva.

Cabe destacar que cuando la distribución irregular viene pactada en el convenio colectivo o acuerdo de empresa no hay límite alguno relacionado con el máximo del 10 % de la jornada que se permite y el periodo de compensación en 12 meses. De hecho, no tiene sentido que, si la empresa ya dispone del 10 % de horas de adaptación, sin sujeción casi a límites, no tendrá demasiado interés en sentarse a la mesa de negociación si no es para conseguir márgenes superiores. No obstante, cabe admitir que el convenio puede rebajar el citado porcentaje. Lo que sí resulta indisponible es el plazo de preaviso de 5 días, el cual debe respetarse ya tenga su origen en acuerdo colectivo o por vía unilateral de la empresa.

3.1.2. Facultad unilateral de la empresa

El art. 34.2 ET recoge que, “en defecto de pacto”, la empresa puede proceder a la distribución irregular de la jornada. Sobre esta previsión cabe señalar lo siguiente.

En primer lugar, y aplicando las reglas civiles en relación con la determinación del objeto del contrato (arts. 1261.2 y 1273 CC), sin que nuestro ordenamiento admita dejar el cumplimiento del contrato de trabajo al arbitrio de una de las partes

¹⁰⁹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Jornada de trabajo y jornadas convencionales”, en DE LA VILLA GIL, L.E. (Coord.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: ACARL, 1991, p. 98; TRILLO PÁRRAGA, FJ., *Régimen jurídico de las horas extraordinarias*. Albacete: Bomarzo, 2008, p. 33, que consideran que no se ajustan a la legalidad vigente.

¹¹⁰ STS de 22 de diciembre de 2008, rec. núm. 49/2008, que considera que, según las previsiones legales, el convenio reguló la distribución irregular de la jornada y fijó las bases de la misma. No puede estimarse que viole lo dispuesto en el art. 34.2 ET el hecho de delegar en la empresa la concreción de los meses de jornada continuada y el horario diario en cada supuesto, pues el convenio podía facultarla al efecto.

¹¹¹ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M., *El régimen jurídico de... op. cit.* p. 169.

contratantes (art. 1256 CC), la doctrina mayoritaria considera que a la hora de calificar que el objeto en lugar de ser determinado, sea “determinable”, y ello lo sería cuando la fijación, aunque no sea cierta, lo sea por referencia o aproximación, criterios que se cumplirían pese a que una parte de la distribución de la jornada quede diferida a un momento posterior y a la decisión de la empresa¹¹². No obstante, algún sector¹¹³ estima que la cada vez mayor facilidad para modificar sustancialmente las condiciones de trabajo por causas empresariales erosiona el requisito de que el objeto del contrato sea determinado o determinable.

En segundo lugar, cuando el precepto hace referencia a “en defecto de pacto”, cabe entender, tal y como indica la doctrina judicial¹¹⁴, que dicho artículo “no desliga la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada de trabajo de la necesidad de concurrencia de convenio colectivo o acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, sino que, al igual que la redacción anterior de dicho precepto a la entrada en vigor de la L 3/2012, condiciona dicha posibilidad a la existencia de los presupuestos antedichos. Solo en aquellos casos en que el pacto no concurre, sin entrar a valorar el texto legal las razones de su ausencia, podrá el empresario libremente y de forma unilateral distribuir la jornada de manera irregular, hasta un máximo del 10 % de la jornada de trabajo y con respecto a las condiciones que estipula el propio precepto en su párrafo in fine. La introducción de un nuevo párrafo en el precepto transcrito respecto a su redacción anterior, no comporta la inclusión de una facultad omnímoda e incondicionada reconocida al empresario, sino que mantiene la necesidad de negociar entre las partes implicadas, y que solo en su defecto, revierte en la posibilidad de fijar unilateralmente el empleador la distribución irregular de la jornada”.

No obstante, en la actualidad, cabe entender que el precepto no establece con carácter general un deber de negociar en esta materia, sino que, si el convenio remite al acuerdo de empresa la concreción de los detalles de la distribución irregular de la jornada, sí parece derivarse la obligación de negociar de buena fe, y en el supuesto de que la negociación fracase, es cuando entraría la facultad empresarial. Por tanto, solamente en el caso de que el convenio recoja de forma expresa la necesidad de un acuerdo entre las partes, surge la obligación de negociar, vetando así la facultad unilateral¹¹⁵.

¹¹² VALLE MUÑOZ, F.A., “Sistema de clasificación profesional”, en DEL REY GUANTER, S., (Dir.) *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*. Madrid: La Ley, 2007, p. 457.

¹¹³ MALDONADO MONTOYA, J.P., “Superación del concepto clásico de contrato”, en AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Palacio de Zurbano, Madrid*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2017, p. 11,12.

¹¹⁴ STSJ Castilla y León, de 17 de julio de 2013, rec. núm. 351/2013.

¹¹⁵ Así lo manifiesta también IGARTÚA MIRÓ, M.T., *Ordenación flexible del tiempo...op. cit.* p. 139.

3.2. Porcentaje de distribución irregular

En cuanto al porcentaje de distribución irregular, el art. 34.2 ET establece el 10 % de la jornada. Cabe entender que se refiere a la jornada ordinaria anual, y, en su defecto, en relación con la máxima legal. En este último caso, se trataría de unas 182 horas de disponibilidad para la empresa. Con ello, no cabe duda, de la desincentivación de la empresa en alcanzar un acuerdo, salvo que necesite un mayor margen de distribución irregular.

Al respecto la doctrina judicial¹¹⁶ ha señalado que “dado que el art. 34.2 permite a la empresa, sin pacto alguno, lo que denomina la distribución irregular a lo largo del año del diez por ciento de la jornada de trabajo, debiendo conocer el trabajador con un preaviso mínimo de cinco días el día y hora de la prestación de trabajo resultante de aquella. Lo que, *a sensu contrario*, indica que el restante 90 % de los días y horas de trabajo han de estar previamente determinados y ser conocidos con mucha mayor antelación por el trabajador, sin que queden a disposición de la empresa. Lo que remite al sistema de fijación anual por medio del calendario laboral que se contiene en el número seis del mismo artículo, puesto que no existe otro sistema regulado para ello”.

Se discute entre la doctrina el carácter que hay que atribuir a ese 10 % de distribución de la jornada. A mi juicio, y al de un sector doctrinal¹¹⁷, actuará de forma automática si no hay pacto, pero permitiéndose tanto pactos para incrementar el porcentaje como para reducirlo.

Tampoco indica el precepto estatutario la forma en que ha de aplicarse el porcentaje a aquellas personas trabajadoras que ya realicen una jornada anual inferior a la ordinaria, como pueden ser personas trabajadoras a tiempo parcial o temporales. Un sector de la doctrina¹¹⁸ se inclina por defender la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad, reduciéndolo proporcionalmente para aquellas personas trabajadoras que realicen una jornada inferior.

3.3. Límites a la distribución irregular de la jornada

El art. 34.2 ET señala que la distribución irregular de la jornada debe respetar unos límites. Concretamente, “deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella”.

¹¹⁶ SAN de 28 de julio de 2014, proc. núm. 143/2014.

¹¹⁷ VIVERO SERRANO, J.B., “La fortificación por el legislador del amenazado feudo empresarial de la distribución del tiempo de trabajo”, en AA.VV., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La Reforma Laboral de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 895.

¹¹⁸ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Autonomía empresarial en la... *op. cit.* p. 95.

De hecho, esta regulación ha sido criticada por la doctrina¹¹⁹ al señalar que existe un desajuste con la Directiva 2003/88, pues mientras la Directiva exige como regla de principio, la mediación de la negociación colectiva y la concurrencia de razones objetivas técnicas o de organización del trabajo, para ampliar a doce meses el periodo de referencia para el cómputo, en el ET, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año puede pactarse, incluso imponerse en un 10 % sin exigencia de causa justificativa alguna.

De cualquier forma, según nuestro ordenamiento jurídico, esta facultad de distribución irregular cabe entenderla incluida dentro del *ius variandi* empresarial. Por tanto, la empresa puede recurrir a ella sin necesidad de justificar causa alguna.

Lógicamente, esta distribución debe tener lugar a lo largo del año, es decir, sin afectar a la jornada anual pactada. Sin embargo, la doctrina se ha planteado si dicha distribución irregular podría afectar a las horas “adicionales” que median entre la jornada pactada y la máxima legal, ampliándolas.

El primer límite que debe respetar dicha distribución irregular es el descanso de 12 horas diarias o entre jornadas regulado en el art 34.3 ET. Este precepto señala que “entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo doce horas”. Se trata de un mínimo, obviamente, mejorable por convenio colectivo o contrato de trabajo.

Este descanso, como se analizará con posterioridad, hace referencia a una jornada diaria y, pese al silencio legal, no cabe su disfrute de forma fraccionada, sino que ha de ser ininterrumpido. No tiene por qué coincidir con un periodo determinado del día ni de la noche, sino que su disfrute y duración depende de cuando se produce el fin de la jornada y comience la siguiente.

Tradicionalmente, este descanso se ha entendido de forma especialmente ligado a la protección de la salud de la persona trabajadora, ya que su finalidad es que la persona trabajadora se recupere y reponga fuerzas para afrontar la siguiente jornada.

El segundo límite viene referido al descanso semanal, recogido en el art. 37.1 ET, que reconoce el derecho a un descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido, que generalmente comprende el día completo del domingo, y la tarde del sábado o la mañana del lunes.

¹¹⁹ ROQUETA BUJ, R. “La jornada de trabajo... *op. cit.* p. 65; BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “La distribución de la jornada de trabajo en España”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 1, 2014, p. 6; BALLESTER PASTOR, M.A., “La política de la OIT y de la Unión Europea sobre salud y riesgos psicosociales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 4, 2013, p. 21. ; FERRADANS CARAMÉS, C., “La controvertida reforma de la directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo”, *TL*, núm. 80, 2006, p. 103; MARTÍN PUEBLA, E., “El fallido proceso de revisión de la directiva comunitaria sobre la ordenación del tiempo de trabajo”, *AS*, núm. 22, 2010, p. 1; RABANAL CARBAJO, P., “La Directiva 93/104/CE, sobre ordenación del tiempo de trabajo”, *AL*, núm. II, 2000, p. 403; SÁEZ LARA, C., “Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo”, *TL*, núm. 130, 2015, p. 248.

Respecto al mismo, salvo determinadas excepciones reguladas reglamentariamente, no se permite la fragmentación del descanso, debiendo ser ininterrumpido. Asimismo, al igual que el anterior descanso, se configura como un mínimo de derecho relativo, de forma que es totalmente factible su ampliación vía negociación colectiva o contrato individual.

Asimismo, este descanso puede ser acumulable en periodos de hasta 14 días, de forma que se trabajan 11 días seguidos y se descansan tres días. Con esta posibilidad, que corresponde a la empresa, se consigue reordenar la jornada de trabajo en aras a la flexibilidad, algo especialmente interesante en supuestos de jornada irregular, pudiendo disponer la empresa de 11 días seguidos de trabajo¹²⁰. También se ha señalado que “dada la relación causa-efecto que media entre la acumulación del descanso semanal y la distribución irregular de la jornada, parece que solo podría recurrirse a aquella si el convenio colectivo de aplicación o el acuerdo de empresa hubieran previsto la distribución irregular de la jornada, tal y como dispone el art. 34.2 ET. En ausencia de tal previsión es difícil defender la posibilidad de acumular el descanso, ya que ello podría derivar en una vulneración de la autonomía colectiva, si esta dispuso la distribución irregular de la jornada o no estableció nada al respecto”¹²¹.

Por otro lado, cabe hacer referencia a la polémica en torno a la coordinación entre el descanso entre jornadas y el descanso semanal. Como se analizará con posterioridad, en un primer momento, la jurisprudencia¹²² optó por considerar que no era posible incluir las 12 horas del descanso entre jornadas dentro del cómputo del descanso semanal, sumando así un total de 36 horas, impidiendo su solapamiento. No obstante, con posterioridad, nuestro alto tribunal¹²³ afirmó que, si bien es cierto que descanso diario y semanal no pueden 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. Sin embargo, con posterioridad, y esta es la doctrina actual, se vuelve a la interpretación de que la empresa debe garantizar que ambos descansos se disfruten de forma íntegra, sin yuxtaposición alguna¹²⁴.

El tercer límite lo constituye el preaviso con el que debe comunicarse a la persona trabajadora el día y hora de la prestación de trabajo. De hecho, constituye

¹²⁰ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M., *El régimen jurídico de la...* op. cit. p. 63.

¹²¹ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M., *El régimen jurídico de la...* op. cit. p. 63.

¹²² STS de 10 de octubre de 2005, rec. núm. 155/2004.

¹²³ STS de 20 de septiembre de 2010, rec. núm. 220/2009. Esta señala que “de omitir el descanso del medio día adicional al del día entero de descanso, mediante el artificio de hacer el cómputo por horas del día y medio de descanso semanales, de modo que, según su criterio, descansando la noche del sábado y el domingo habría que entrar a trabajar en la mañana del lunes, pues desde el fin de la jornada del sábado hasta el inicio de la mañana del lunes habrían transcurrido 36 horas”.

¹²⁴ STS de 14 de abril de 2014, rec. núm. 1668/2014. También la STS de 10 de octubre de 2014, rec. núm. 2791/2012.

una garantía clave para evitar abusos de derecho. Se ha afirmado que constituye un derecho a favor de la persona trabajadora y en puridad lo es, pero es consecuencia de la consagración de un régimen de distribución irregular dotado de una gran flexibilidad a favor de la empresa.

La regla prevista en el art. 34.2 ET de preavisar con cinco días de antelación como mínimo confirma, en cierta forma, que la distribución irregular va a producirse enormemente ante situaciones imprevistas o la necesidad de dar respuesta a necesidades perentorias. En otro caso, la razón de ser del preaviso, decae. Es decir, se admite que el momento concreto de la prestación no esté fijado de manera inamovible o rígida en el calendario laboral con antelación, sin contravenir de esta forma las normas civiles sobre determinación del objeto del contrato. El preaviso, por tanto, debe respetarse siempre que la distribución concreta no esté previamente predeterminada, con independencia del instrumento que da carta de naturaleza a la distribución irregular¹²⁵. Esto es, se aplica para los sistemas de distribución irregular dinámicos¹²⁶, pues, en caso contrario, resulta innecesario.

Este preaviso se configura como una norma de derecho mínimo indisponible, mejorable, por tanto, por vía convencional o individual. No obstante, algún sector¹²⁷ ha admitido preaviso inferior por encima del mínimo legal del 10 % o para supuestos excepcionales o de urgencia. De cualquier forma, cabe tener en cuenta que, para estos casos de fuerza mayor, que no se puede llevar a cabo el citado preaviso, se puede recurrir a la utilización de las horas extraordinarias correspondientes. La doctrina judicial¹²⁸, en relación a un preaviso previsto convencionalmente en 24 horas, considera que conculca la legalidad vigente, pues la finalidad del preaviso es que la persona trabajadora disponga de tiempo para organizarse antes de su incorporación al puesto de trabajo, compatibilizando la vida personal y familiar con las exigencias laborales, de forma que el preaviso le permita buscar a alguien que lo cuide mientras la persona trabajadora está trabajando en un periodo temporal que en principio no estaba previsto, pero que se le ha ordenado realizar en virtud de la distribución irregular de la jornada. En esta misma línea, el TS estima que estamos ante una norma mínima o de derecho necesario relativo para el convenio colectivo, que solamente puede ser mejorada, inclusive en caso de que se reduzca el porcentaje de distribución irregular legalmente previsto¹²⁹.

¹²⁵ IGARTUA MIRÓ, M. T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 111.

¹²⁶ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 123; LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., *Distribución irregular de la jornada de trabajo*. Madrid: Francis Lefebvre, 2015, p. 39.

¹²⁷ LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., *Distribución irregular de la... op. cit.* p. 39.

¹²⁸ STSJ Aragón, de 7 de julio de 2013, rec. núm. 225/2013.

¹²⁹ SSTs de 11 de diciembre de 2019, rec. núm. 147/2018; de 16 de abril de 2014, rec. núm. 183/2013. La primera de ellas señala que "tal exigencia no se aplica, únicamente, a la distribución irregular que el artículo 34.2 ET ha previsto que pueda utilizar el empresario, cuando no existe previsión convencional o pacto de empresa en la materia. Al contrario, la necesidad del preaviso de cinco días (...), así como el

En cuanto a la forma del preaviso, nada especifica el ET, pudiéndose admitir, en principio, que sea tanto de forma oral como por escrito. No obstante, si se parte de que se trata de una garantía para la persona trabajadora y de que en el mismo debe indicarse el día y número de horas a realizar, lo lógico es entender que debe ser por escrito. En el caso de distribución irregular derivada del convenio, puede que el mismo exija un contenido mínimo o que se haga referencia a la justificación o la causa de la medida. La doctrina judicial¹³⁰ no ha admitido que se lleve a cabo una notificación colectiva a través de su inclusión en el tablón de anuncios, puesto que la norma la configura como un aviso de carácter individual al menos en el caso de una distribución irregular dinámica.

Por lo que se refiere al contenido del preaviso, la doctrina judicial¹³¹ ha afirmado que el pacto de empresa que aplica las horas de flexibilidad debe ser interpretado a la luz de los arts. 3.1 y 1281 CC, y de lo señalado en el art. 34.2 ET, y le exige comunicar no solo el día sino también el número de horas y el momento concreto en que se va hacer uso de la distribución irregular. Según el órgano judicial, esta interpretación se deriva tanto del pacto o preaviso mínimo de 48 horas como de la norma en que el pacto se fundamenta, es decir, del ET. Se aboga por el derecho de la persona trabajadora ex art. 34.8 ET de adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación, “por cuanto el desconocimiento por el trabajador de la duración de la jornada del sábado en que se haga uso de la flexibilidad horaria implicará imposibilitar la compatibilidad que el ET preconiza”.

Se ha planteado si el preaviso debe respetarse en los supuestos de “reducciones” de jornada fruto de la distribución irregular. En principio, y teniendo en cuenta que el ET no diferencia, y que normaliza la distribución bidireccional cabe entender que sí debe respetarse.

Por último, en cuanto a los efectos del incumplimiento del preaviso, nada establece el ET. Si se trae a colación lo previsto para el contrato a tiempo parcial, se observa que el art. 12.5 f) ET, en relación con las horas complementarias, contiene una cláusula de salvaguarda para la persona trabajadora que se niegue a su realización cuando la empresa no respete los requisitos legales, considerando que no será una conducta laboral sancionable.

En este sentido, debe analizarse si la ausencia de preaviso convierte a las horas en voluntarias y, por tanto, permite a la persona trabajadora la negativa a la

respeto a los períodos mínimos de descanso diario y semanal, se impone a toda distribución irregular de la jornada con independencia de cuál sea su fuente reguladora (...). Al no preverlo así el convenio colectivo que, únicamente, exige un preaviso de cuarenta y ocho horas de antelación, está estableciendo una regulación contraria a la ley que, por tanto, debe ser declarada nula”. En similares términos, SAN de 1 de diciembre de 2021, proc. núm. 280/2020.

¹³⁰ SJS de Santander, de 14 de diciembre de 2016, proc. núm. 605/2016.

¹³¹ STSJ Comunidad Valenciana, de 8 de abril de 2015, rec. núm. 407/2015.

prestación en las horas exigidas por la empresa. Un sector doctrinal¹³² considera que el incumplimiento del preaviso legitima a la persona trabajadora rechazar la propuesta empresarial en base a la doctrina sobre el derecho de asistencia. No obstante, teniendo en cuenta y sopesando esta facultad empresarial y el respeto a unos derechos mínimos para la persona trabajadora, debe permitirse la negativa justificada en determinados casos¹³³.

Por otro lado, un sector de la doctrina judicial¹³⁴ aboga por estimar que la falta de respeto del preaviso lleva a la consideración de las horas trabajadas como horas extraordinarias. Ello significa, por consiguiente, que existe una separación entre la distribución irregular de la jornada, que tiene que tener un elemento, aunque mínimo, de previsibilidad para poder ser preavisada y las horas extraordinarias que no se condicionan al cumplimiento de la comunicación con una determinada antelación. Lógicamente, si la falta de preaviso fuera por un supuesto de fuerza mayor, las horas se podrían considerar como horas extraordinarias ex art. 35.3 ET, y, por tanto, serían obligatorias para la persona trabajadora, no computando, además, para el límite legal de las 80 horas anuales.

3.4. Otros límites

Aunque no se regule de forma expresa en el art. 34.2 ET, cabe indicar que también debe respetarse otros límites. Por un lado, el de las nueve horas diarias que, como se ha indicado, solo podrá rebasarse en el caso de que haya sido objeto de negociación colectiva y, por tanto, también resulta plenamente aplicable, en ausencia de pacto colectivo, para la potestad unilateral de la empresa en aras de la distribución irregular.

De hecho, este aspecto no ha sido nada pacífico, pues algún sector doctrinal¹³⁵ ha posibilitado que se pueda rebasar este límite cuando se aplique la distribución irregular alegando que ello no viene recogido de forma expresa en el art. 34.2 ET. No obstante, a mi parecer, así como el de un sector doctrinal¹³⁶, cabe entender que,

¹³² GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Negociación colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo”, *Ponencia presentada en la XXXIX Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva de la CCNCC*. Madrid: 2016, p. 40.

¹³³ Así lo estima también ALFONSO MELLADO, C.L., “El tiempo de trabajo en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en SALA FRANCO, T., *et altri* (Coords.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Madrid: La Ley, 2008, p. 411.

¹³⁴ STSJ Comunidad Valenciana, de 8 de abril de 2015, rec. núm. 407/2015. En el mismo sentido, LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., *Distribución irregular de la... op. cit.* p. 40.

¹³⁵ FALGUERA BARÓ, M.A., *Jornada y horario: flexibilidad contractual del empresario. 100 preguntas y respuestas*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2016, p. 266.

¹³⁶ PASTOR MARTÍNEZ, A., “Algunas cuestiones derivadas de la actual regulación de la distribución irregular de la jornada”, *IUSLabor*, núm. 2, 2014, p. 7; BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Autonomía empresarial en la... op. cit. p. 102; CASAS BAAMONDE, M.E., “Distribución irregular de la jornada, flexibilidad del tiempo de trabajo y tiempo de vida personal y familiar”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 4, 2017, p. 11; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “Los límites a las facultades de distribución irregular de la

aunque no esté regulado explícitamente, para poder superar este límite se exige un acuerdo colectivo, convenio colectivo o, bien, acuerdo de empresa.

Un segundo límite que no se recoge de manera expresa, pero cabe tener en cuenta es respetar las vacaciones y los festivos, pues se trata de normas de derecho necesario indisponible¹³⁷. Así lo estima la doctrina judicial¹³⁸ al declarar que, si no existe acuerdo en contrario, deber respetarse dicha norma.

Por tanto, la empresa no puede válidamente disponer de estos periodos de descanso para la distribución irregular, salvo que el convenio colectivo regulase previsión diferente. Es decir, nada obsta que se pacten cambios en los descansos o las vacaciones, o la acumulación de descanso semanal o el trabajo en festivos, pero siempre que la persona trabajadora termine disfrutando de dichos descansos.

3.5. Compensación de los excesos o defectos de jornada

En principio, y en coherencia con la configuración de la distribución irregular de la jornada de trabajo, no es posible la retribución en metálico, pues únicamente se permite alterar la colocación del tiempo de trabajo. Ahora bien, el legislador ha previsto que cuando se proceda a la distribución irregular de la jornada, esta debe ser compensada, según la distribución consista en aumentar o reducir la misma.

Tal y como señala el art. 34.2 ET, “la compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan”.

En primer lugar, debe indicarse que el precepto se refiere a las diferencias tanto por exceso o por defecto. De esta forma, se consagra un alto grado de flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo que puede actuar de forma bidireccional. Es decir, por un lado, la empresa puede exigir la realización de más horas, debido a una mayor carga de trabajo, que, posteriormente, deberá compensar con descanso; o bien, por otro lado, puede reducir el ritmo de trabajo, pudiendo requerir a la persona trabajadora su recuperación en un momento posterior, lo cual permite así adaptar la empresa a las necesidades productivas sin tener que llevar a cabo ajustes en la plantilla.

jornada tras las últimas jornadas flexibilizadoras”, en AA.VV, *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma Laboral de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 710.

¹³⁷ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y...* op. cit. p. 121; LASAOSA IRIGOYEN, E., “La extensión de la jornada de trabajo a los domingos y festivos en el comercio y actividades conexas”, en CABEZA PEREIRO, J., (Dir.) *La gestión del cambio laboral en la empresa*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017, p. 383.

¹³⁸ SAN de 24 de julio de 2015, proc. núm. 183/2015. En la misma línea, STSJ Madrid, de 16 de junio de 2015, rec. núm. 297/2014.

En realidad, estas “bolsas de horas” habían sido ya admitidas con anterioridad siempre que vinieran pactadas en convenio colectivo. De hecho, se planteaba si la empresa podía ofrecer unos descansos “a cuenta” de una distribución irregular que aún no había actuado. Y, en la actualidad, el ET lo ha incorporado como una facultad empresarial más. De cualquier forma, cabe señalar que la doctrina¹³⁹ aboga por entender que este precepto se refiere más bien a los saldos positivos de horas que no a los negativos.

En segundo lugar, cabe destacar que se realiza una llamada a la negociación colectiva como primera vía para que regule el régimen de compensación, cuando resulta que el ET otorga esta facultad de distribución irregular a la empresa, si bien de forma supletoria. Al respecto, la doctrina¹⁴⁰ considera que esta remisión que se lleva a cabo en primer lugar al convenio o acuerdo de empresa sobre una materia que inicialmente no ha regulado no tiene mucho sentido.

De esta forma, si se aplica la compensación regulada en el convenio colectivo, el legislador no ha previsto plazo ni límite alguno, ni tampoco garantías para evitar los abusos por la empresa. Lo normal es que va a ser la empresa quien decida cuándo y cómo se realiza la compensación, aunque sería recomendable que se pactara con la representación legal o con la persona trabajadora afectada.

En tercer lugar, en cuanto al plazo para llevar a cabo las compensaciones, el art. 34.2 ET, hace referencia a 12 meses. Desde el punto de vista de la persona trabajadora, lo lógico es que le sea más favorable que el periodo de compensación sea más breve, como, por ejemplo, el de cuatro meses para las horas extraordinarias. En este sentido, cabe recordar el carácter supletorio de esta regulación legal y, por tanto, poner el acento en la responsabilidad de los agentes sociales para fijar periodos de compensación más ajustados.

Según la doctrina mayoritaria¹⁴¹, de la literalidad del art. 34.2 ET, se desprende que la compensación se desplaza al año siguiente, pues es lógico pensar que no se va a tener conocimiento del saldo definitivo, ya sea positivo o negativo, hasta el final del año natural. Por tanto, cabe entender que, en este caso, y de forma excepcional al principio de anualidad en relación al tiempo de trabajo, en los supuestos de distribución irregular se permite trasladar al año siguiente los saldos de las horas¹⁴².

¹³⁹ 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”, *RL*, núm. I, 2014, p. 3.

¹⁴⁰ VALVERDE ASENCIO, A., “Un proceso de cambio continuo en el régimen jurídico de la relación de trabajo: (otras) dos nuevas reformas estructurales. Real Decreto-Ley 16/2013 y Real Decreto-Ley 3/2014”, *TL*, núm. 124, 2014, p. 40.

¹⁴¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Negociación colectiva y flexibilidad... *op. cit.* p. 6; ROQUETA BUJ, R., “Artículo 34”, en CRUZ VILLALÓN, J.; GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, J.I.; GOERLICH PESET, J.M.; MERCADER UGUINA, J.R. (Dir.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Lex Nova, 2016, p. 438. Así también lo ha entendido la STSJ Asturias, de 26 de septiembre de 2014, rec. núm. 1510/2014.

¹⁴² FERRANDO GARCÍA, F., “Implicaciones de la gestión flexible del tiempo de trabajo en materia de conciliación de la vida personal y laboral”, *REDT*, núm. 177, 2015, p. 7; BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “La

No obstante, esta interpretación suscita dudas sobre su ajuste a la Directiva 2003/88/CE, la cual prevé una duración máxima del tiempo de trabajo semanal de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada periodo de siete días (art. 6 b). Ahora bien, la doctrina¹⁴³ estima que “el módulo de doce meses previsto en este precepto en realidad no tiene nada que ver con el recogido en la Directiva, en tanto este está pensado para reconocer un derecho cierto al trabajador (periodo de referencia para el establecimiento de su jornada máxima semanal) mientras que el aquí comentado viene a suavizar el rigor de dicho derecho”.

Por otro lado, se ha planteado si el plazo de 12 meses se cuenta desde el momento en que se produzca cada una de las variaciones. Un sector¹⁴⁴ estima que esta interpretación es la que mejor se ajusta a la literalidad de la norma. Pero esta interpretación supone que habría tantos periodos de doce meses como momentos la empresa haya exigido a su plantilla prestar horas, aspecto complejo de gestionar y controlar. De ahí que otro sector¹⁴⁵ opte por proceder a una interpretación finalista y entender que los 12 meses se refieren al ciclo anual que debe enmarcar la jornada ordinaria, sin que en ningún caso las compensaciones, al alza o a la baja, se pudieran extender al ciclo anual siguiente.

Por su parte, la doctrina judicial¹⁴⁶ ha admitido que el convenio colectivo permita diferir las diferencias de jornada a la anualidad siguiente, argumentando que, ante causas sobrevenidas, resulta imposible proceder a la compensación durante el año.

También se ha planteado si en una compensación de horas por defecto es posible exceder los límites de la jornada legal o pactada. En principio, cabe entender que no, pues “la posibilidad de que la jornada no realizada en el año natural se acumule a la del año siguiente ha de quedar supeditada a que con ello no se rebase la jornada máxima anual prevista en la ley”¹⁴⁷.

Por último, cabe plantear qué sucede si se solapan descansos compensatorios con otras circunstancias de suspensión del contrato, excedencias, permisos... En principio, cabe entender que, aunque en general, será la empresa quien decidirá el momento del descanso compensatorio, este no puede solaparse con periodos de no trabajo. Por tanto, el descanso se debe disfrutar antes o después, no durante¹⁴⁸.

distribución de la... *op. cit.* p. 24.

¹⁴³ MONREAL BRINGSVAERD, E., “La duración de la jornada... *op. cit.* p. 7.

¹⁴⁴ VALVERDE ASENCIO, A., “Un proceso de cambio... *op. cit.* p. 41; LÓPEZ ALVAREZ, M.J., *Distribución irregular de la ... op. cit.* p. 445; FERRANDO GARCÍA, F., “Implicaciones en la gestión... *op. cit.* p. 6

¹⁴⁵ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *La distribución de la jornada... op. cit.* p. 24.

¹⁴⁶ SAN de 4 de julio de 2014, proc. núm. 137/2014, confirmada por STS de 11 de mayo de 2016, proc. núm. 76/2015.

¹⁴⁷ ROQUETA BUJ, R., “La jornada de trabajo... *op. cit.* p. 75.

¹⁴⁸ MARTÍNEZ YÁNEZ, N.M., El régimen jurídico de... *op. cit.* p. 390.

Cuando se trata de los permisos retribuidos, cabe entender que, si coinciden con periodos de inactividad por distribución irregular, no puede exigirse la recuperación posterior del tiempo no trabajado, pues vaciaría de contenido al permiso. Además, y en base al preaviso, sería posible la renuncia al permiso. Cuando se trata de los supuestos de incapacidad temporal, en principio, si durante la misma, debido a la incapacidad temporal, se producen incrementos de jornada por la distribución regular, no podrá disfrutar después de los descansos compensatorios¹⁴⁹. Según la doctrina judicial¹⁵⁰ cuando cesa “(por suspensión, IT) la obligación de trabajar, cesa igualmente la de compensar mediante trabajo las horas que el trabajador debe en el periodo en que el contrato está suspendido así como el cómputo de la jornada, con lo que la distribución de esta debe considerar que durante un tiempo el trabajador no tuvo obligación de trabajar ni de cumplir jornada alguna y, por tanto, durante ese periodo no generó respecto a la empresa derecho u obligación que le pudiera ser reclamado”.

Por último, se ha planteado si existe o no un preaviso en la compensación. Un sector doctrinal¹⁵¹ entiende que debe existir preaviso, argumentando que se aplica el mismo plazo de cinco días previsto para la distribución irregular. Ello es lógico en el caso de compensación de “defectos”, pues la persona trabajadora tiene derecho a conocer con la suficiente antelación la fecha en que deberá prestar servicios y el número de horas.

4. BOLSAS DE HORAS

Fuera de la regulación estatutaria se hallan las denominadas “bolsas de horas” o también “cuentas de horas”, “bancos de horas” u “horas de disponibilidad”. Como es sabido, se trata de un instrumento que empezó a ser utilizado en la práctica convencional como vía para flexibilizar el tiempo de trabajo en determinadores

¹⁴⁹ STSJ La Rioja, de 13 de diciembre de 2007, rec. núm. 250/2007, que considera que los permisos, de duración limitada y destinados al cumplimiento de obligaciones legales o de índole familiar y retribuidos, conllevan la equiparación con el tiempo de trabajo que correspondiera a tales días, sin permitirse la recuperación de las horas de trabajo correspondientes al permiso. Y cuando se trata de la incapacidad temporal, no retribuida, aunque consume tiempo de trabajo, la empresa no puede hacer recuperar a la persona trabajadora el tiempo de trabajo consumido en la incapacidad temporal.

¹⁵⁰ SJS Burgos, de 16 de diciembre de 2016, proc. núm. 407/2016. En la misma línea, la SAN de 4 de julio de 2014, proc. núm. 137/2013, que señala “no exige una compensación individual al trabajador en situación de IT, quien debe trabajar en las mismas fechas que lo haga su equipo, de manera que, si el equipo no trabaja por disminución de la jornada de referencia, cuando el trabajador está en IT, no hay razón alguna para que no trabaje el día que su equipo compense la reducción anterior, si el trabajador está de alta en dicha fecha. Más dudoso podría ser el mismo supuesto, si el trabajador se encuentra disfrutando de un permiso retribuido, cuando su equipo no presta servicios por reducción de la jornada de referencia, puesto que se le obligaría a trabajar con su equipo el día de compensación, con lo que su permiso quedaría vacío de contenido... pero el trabajador será preavisado con la antelación suficiente, para renunciar al permiso si lo estima oportuno. Por el contrario, si lo disfruta de todas maneras, no se producirá el descuento, al igual que al personal que se encuentra en situación de IT, por lo que parece razonable que la empresa le exija trabajar cuando su equipo compense el día no trabajado”.

¹⁵¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Negociación colectiva y flexibilidad... *op. cit.* p. 51.

sectores de actividad donde se producían cambios en el sistema de producción que requería adaptarse a las necesidades del mercado, especialmente, en el sector automovilístico. Esta figura permite ofrecer una respuesta rápida a dichas necesidades sin tener que recurrir a contrataciones temporales u horas extraordinarias. Constituye, pues, un instrumento vinculado a la distribución irregular de la jornada de trabajo.

En principio, este instrumento ha sido permitido por la doctrina judicial, siempre que ello no suponga que el poder de disposición empresarial sea tal que suponga dejar a su arbitrio el cumplimiento del contrato¹⁵².

Dentro de las denominadas bolsas de horas se hallan diversas submodalidades. En primer lugar, las bolsas de horas que suponen cambios en la colocación de las mismas, sin modificar la jornada de trabajo, ya que se compensan con descansos¹⁵³ -muchas veces, denominadas horas de disponibilidad-¹⁵⁴. En segundo lugar, las horas que implican un aumento del tiempo de trabajo retribuido como horas ordinarias, es decir, “horas adicionales” o “complementarias” a disposición de la empresa, y que suponen una modificación cuantitativa de la jornada¹⁵⁵.

Por otro lado, también puede diferenciarse entre bolsas individuales y bolsas colectivas. En este sentido, la doctrina judicial¹⁵⁶ reconoce que, como consecuencia de la situación del sector de la automoción, en los últimos años las empresas se han visto obligadas a dotarse de mecanismos de corrección para hacer frente a los desajustes de producción. Así, considera que el convenio colectivo puede acordar un nuevo sistema de organización del tiempo de trabajo con el fin de adecuar la capacidad de producción de la planta a los requerimientos organizativos y del mercado, mejorar la competitividad de la compañía, evitar la suspensión o extinción de los contratos de trabajo a través de expedientes de regulación de empleo y establecer políticas que redunden en la reducción de horas extraordinarias y favorezcan la creación de empleo alternativo. De esta forma, está reconociendo que las bolsas de horas pueden ser colectivas -cuando afecten a la totalidad de la plantilla-, o individuales -cuando se prevean para personas trabajadoras concretas-. Como ejemplo, el convenio colectivo estatal para el sector de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos, Resol. de 27 de septiembre de 2021, recoge una bolsa de 140 horas para abordar situaciones productivas de carácter excepcionales y provisionales en el tiempo, relacionadas con la disminución del volumen o carga de trabajo motivadas por causas económicas productivas, organizativas o técnicas. Se prevé su utilización como instrumento

¹⁵² RODRÍGUEZ SAN DE GALDEANO, B., *Flexibilidad de la... op. cit.* p. 93.

¹⁵³ RODRÍGUEZ SAN DE GALDEANO, B., “Instrumentos de gestión flexible del tiempo de trabajo en la negociación colectiva, *RL*, núm. 1, 2010, p. 14.

¹⁵⁴ CRUZ VILLALÓN, J., “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *RL*, núm. 2, 2010, p. 4.

¹⁵⁵ FALGUERA BARÓ, M.A., *Jornada y horario... op. cit.* p. 329.

¹⁵⁶ STSJ Aragón, de 24 de octubre de 2006, rec. núm. 859/2005.

preferente y previo a la adopción de decisiones que afecten al mantenimiento del empleo. Este convenio recoge también las condiciones y el procedimiento para su uso. Así, exige la entrega “a los representantes de las personas trabajadoras de la información y documentación justificativa, así como de las medidas de flexibilidad inversa que la empresa pretenda implantar, se abrirá un periodo de consultas con los representantes de las personas trabajadoras que tendrá una duración máxima de cinco días”. En relación con el procedimiento, el convenio exige que debe notificarse a la empresa trabajadora por escrito, de forma motivada y con 5 días de antelación a la efectividad de la medida, la necesidad de sustituir las horas de prestación efectiva de su trabajo que determine la empresa por un descanso obligatorio sin merma de retribución o derecho laboral alguno.

Por tanto, la bolsa de horas se relaciona con la capacidad de la empresa de distribuir de forma irregular la jornada de trabajo, y se refiere al número de horas de trabajo efectivo de que puede disponer la empresa para utilizarlas cuando las necesite para poder adecuarse a las necesidades productivas¹⁵⁷. Se configuran como un “colchón” para la empresa que le permite hacer frente a determinadas situaciones coyunturales.

5. CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO

Como se ha indicado, en la evolución legislativa se observa una gradual flexibilización en la jornada de trabajo, mediante diversas disposiciones que otorgan una flexibilidad a la empresa para que pueda adaptar sus necesidades empresariales a las del mercado de trabajo y al ritmo de producción, especialmente, mediante la distribución irregular de la jornada o el recurso a las horas extraordinarias.

Pero esta flexibilización no se puede confundir con no cumplir las disposiciones sobre jornada máxima. Y aquí es donde, a raíz de diversos pronunciamientos judiciales, se procedió a la aprobación del RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, que fija un sistema de control mediante un registro de la jornada diaria, añadido al que ya se establecía para las horas extraordinarias. De hecho, tal y como indica la exposición de motivos del citado RDL 8/2019 “una de las circunstancias que han incidido en los problemas del control de la jornada por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como en las dificultades de reclamación por parte de las personas trabajadoras afectadas por esa extralimitación horaria y que, a la postre, ha facilitado la realización de jornadas superiores a las legalmente establecidas o convencionalmente pactadas, ha sido la ausencia en el Estatuto de los Trabajadores de una obligación clara por parte de la empresa del registro de la jornada que realizan las personas trabajadoras”.

¹⁵⁷ MALDONADO MONTOYA, J.P.; MARÍN MORAL, I.; SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), *La reordenación del tiempo... op. cit.* p. 251.

Al respecto, debe indicarse que, según datos del INE, más del 50 % de las personas trabajadoras declaran superar las 40 horas semanales, y muchos de estos con contrato a tiempo parcial. Ello induce a pensar que, gran parte de su jornada, no es la realmente contratada.

No cabe duda que el control del tiempo de trabajo conlleva beneficios para todas las partes implicadas. Con los diferentes sistemas de control se permite obtener datos para conocer derechos y obligaciones de ambas partes, lo que facilita la toma de decisiones empresariales en el marco de lo pactado en convenio colectivo o en el ámbito de la empresa. La existencia del control horario es necesario, ya que el mero reconocimiento legal de la jornada de 40 horas en cómputo anual o el límite de nueve horas diarias, no impide la existencia de conflictos y situaciones irregulares. De ahí, que el registro horario debe entenderse desde la perspectiva de permitir una mejor gestión del tiempo de trabajo, y de garantizar los derechos de las personas trabajadoras, impidiendo que se realicen horas extraordinarias sin ser luego retribuidas¹⁵⁸.

El control del tiempo de trabajo se encuentra regulado en el art. 34.9 ET, tras la redacción dada por el RDL 8/2019. Con ello se cumple así con la Directiva 2003/88/CE y la STJUE de 14 de mayo de 2019, C-55/2018, cuyo apartado 62 fija sus características básicas: “sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador forma parte de la obligación que incumbe a los Estados miembros y a los empresarios, prevista en los artículos 4, apartado 1 y 6, apartado 1, de la Directiva 89/391, de constituir una organización y los medios necesarios para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores”.

5.1. Antecedentes judiciales

La fijación de un registro de la jornada de trabajo se basa en unos precedentes judiciales decisivos, que fueron dictados en relación con la interpretación que debía darse al art. 35.5 ET cuando establece la obligación del empresario de “a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día”.

En este sentido, el primer pronunciamiento clave fue el de la AN¹⁵⁹, que en relación con la interpretación que debía darse al art. 35.5 ET sobre las horas extraordinarias, abogó por llevar a cabo un registro de la jornada de trabajo, y no únicamente respecto de las horas extraordinarias, pues con ello se trata de garantizar el control de los distintos horarios pactados. Es decir, en este registro no se contiene el número de horas extraordinarias realizadas diariamente, sino la jornada realizada diariamente, pues si la razón de ser de dicho precepto estatutario es procurar a la

¹⁵⁸ MALDONADO MONTOYA, J.P.; MARÍN MORAL, I.; SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), *La reordenación del tiempo... op. cit.* p. 473.

¹⁵⁹ SAN de 4 de diciembre de 2015, proc. 301/2015. En el mismo sentido, SSAN de 19 de febrero de 2016, rec. núm. 383/2015; de 6 de mayo de 2016, rec. núm. 59/2016.

persona trabajadora un medio de prueba documental para acreditar la realización de horas extraordinarias¹⁶⁰, parece evidente que el registro de la jornada diaria es la herramienta, promovida por el legislador, para asegurar efectivamente el control de las horas extraordinarias. Si no fuera así, si el registro diario de la jornada solo fuera obligatorio cuando se realicen horas extraordinarias, se estaría en un círculo vicioso que vaciaría de contenido la institución y sus fines, puesto que el presupuesto, para que las horas extraordinarias tengan dicha consideración, es que se realicen sobre la duración máxima de la jornada de trabajo, siendo esta la razón por la que, sin el registro diario de la jornada, es imposible controlar la realización de horas extraordinarias. Los resúmenes diarios no tienen que reflejar pues horas extraordinarias, puesto que una jornada diaria puede prolongarse sin que se produzcan horas extraordinarias, que solo concurrirán cuando se supere, en cómputo anual, la jornada de cuarenta horas semanales, sino reflejar día a día la jornada realizada, que es el único medio para constatar si se superaron o no los límites de la jornada ordinaria¹⁶¹.

El segundo hito judicial fue el de nuestro alto tribunal, el cual, en sendos pronunciamientos¹⁶², ha determinado que las empresas no están obligadas a llevar un registro de la jornada diaria de toda la plantilla para comprobar el cumplimiento de la jornada laboral y horarios pactados, sino que sólo deben llevar un registro de horas extraordinarias realizadas.

En la primera de ellas¹⁶³, resuelve el recurso de Bankia contra la SAN de 4 de diciembre de 2015 que condenaba a dicho banco a establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza su plantilla. El TS, no obstante, mantiene la parte del fallo de la AN que determinó que la empresa debía proceder a dar traslado a la representación legal de las personas trabajadoras de la información sobre las horas extraordinarias realizadas en cómputo mensual.

En esta misma línea, debe tenerse en cuenta la interpretación que de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, se viene

¹⁶⁰ SAN de 12 de julio de 2005, proc. núm. 39/2005; STSJ Cataluña, de 3 de octubre de 2008, rec. núm. 8892/2007.

¹⁶¹ CUBO MAYO, A., "El tiempo de trabajo y los problemas no resueltos de control y registros de la jornada y horario", *Diario La Ley*, núm. 8819, 2016 (versión on line)

¹⁶² SSTS de 23 de marzo de 2017, rec. núm. 81/2016; de 20 de abril de 2017, rec. núm. 116/2016. En la primera de ellas, el TS admite que "convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro diario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias", pero "esa obligación no existe por ahora y los Tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario, mediante un condena genérica, que obligará, necesariamente, a negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto, no se trata, simplemente, de registrar la entrada y salida, sino el desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, cuando se pacte".

¹⁶³ STS de 23 de marzo de 2017, rec. núm. 81/2016. En el mismo sentido, SSTS de 20 de abril de 2017, rec. núm. 116/2016; de 20 de diciembre de 2017, rec. núm. 206/2016.

manteniendo desde las instituciones europeas, en concreto desde el TJUE¹⁶⁴, el cual estimó que el Estado español queda obligado a establecer legalmente la obligación de registrar y controlar la jornada laboral diaria realizada por cada persona trabajadora.

5.2. Régimen jurídico

El art. 34.9 ET establece que “la empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo. Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada. La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”.

Junto a esta previsión estatutaria, la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo ha elaborado una Guía sobre el registro de jornada¹⁶⁵ con el fin de facilitar la aplicación práctica de este deber formal empresarial.

Este precepto recoge la obligación empresarial de registrar, no el tiempo de trabajo, sino la jornada. No obstante, si se tiene en cuenta que el fin de este control es controlar las horas extraordinarias que se realizan, así como que se respetan los descansos, es decir, conocer el tiempo de trabajo, cabe entender que el control horario debe serlo del tiempo de trabajo realizado. Esto es, el ET no se refiere al tiempo de trabajo, sino a la jornada y no se refiere a los descansos, por lo que no queda claro si deben incluirse en el registro o no. Por ello, es recomendable que al negociar el contenido y forma del control horario se acuerde que sea lo más exhaustivo posible y permita controlar los descansos y la pausas que no se consideren tiempo de trabajo, para así quedar fuera del cómputo¹⁶⁶.

En definitiva, el fin del registro horario es identificar de forma objetiva, fiable y accesible el tiempo de trabajo diario de la persona trabajadora, para lo cual el registro debe serlo del tiempo de trabajo, no de los descansos.

5.3. Ámbito de aplicación

En primer lugar, en la guía se indica que esta obligación empresarial de registro se aplica a la totalidad de las personas trabajadoras, con independencia de su categoría o grupo profesional, y a todos los sectores de actividad y a todas las empresas, con independencia de su tamaño u organización del trabajo, ello sí,

¹⁶⁴ STJUE de 14 de mayo de 2019, asunto C-55/18, caso Federación de Servicios de Comisiones Obreras contra varios.

¹⁶⁵ Disponible en <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>

¹⁶⁶ SAN de 15 de febrero de 2022, proc. núm. 356/2021.

siempre que estén incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 1 ET. Por tanto, las personas trabajadoras “móviles”, comerciales, temporales, personas trabajadoras a distancia o similares, también quedan amparadas por esta obligación de registro diario de jornada.

No obstante, existen unos colectivos que cuentan con particularidades. Así, para las relaciones laborales especiales habrá que estar a lo establecido en su normativa específica, quedando excepcionado el personal de alta dirección del art. 2.1 a) ET (no se considera tal a los mandos intermedios, cargos de confianza o con ejercicio de especiales responsabilidades que tienen un régimen de libre disponibilidad del tiempo de trabajo o forma parte de sus obligaciones contractuales su plena disposición horaria para el cabal cumplimiento de su actividad profesional, pues para éstos sí debe registrarse la jornada). En el caso de, las personas trabajadoras con contrato a tiempo parcial ya existe una obligación de registro ex art. 12.4 c) ET, así como también, las personas trabajadoras con registros específicos regulados en el RD 1561/1995¹⁶⁷ (determinados transportes por carretera, personas trabajadoras de la marina mercante y personas trabajadoras que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el transporte ferroviario).

Quedan exceptuadas de la aplicación de este registro diario, las relaciones excluidas del ámbito de aplicación del ET, tales como personas socias trabajadoras de cooperativas o personas trabajadoras autónomas.

Por último, para las formas de organización del trabajo flexibles y de distribución irregular de la jornada, incluyendo así el trabajo a distancia o teletrabajo, el registro diario de la jornada no obsta a su aplicación ni constituye tampoco impedimento para su continuidad, pues es un elemento que garantiza la acomodación a las necesidades empresariales y a la conciliación de la vida laboral y familiar. En estos casos de variabilidad de la jornada diaria, con la convivencia de jornadas diarias superiores que son compensadas con otras inferiores, el registro diario de jornada deberá ponderarse y globalizarse a efectos de control y contabilización del tiempo de trabajo efectivo en las secuencias superiores a la diaria, de tal forma que el hecho de que un registro horario diario compute excesos de jornada no se interpreta directamente como trabajo extraordinario si resulta que los registros de otros días compensan el exceso.

5.4. Obligación empresarial

En segundo lugar, para el caso de las personas trabajadoras cedidas por empresas de trabajo temporal, la obligación de registro corresponde a la empresa que ostenta la facultad de dirección y control de la actividad laboral de dichas personas trabajadoras, esto es, a la empresa usuaria (art. 15.1 Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal). Ahora bien, la ETT y

¹⁶⁷ De 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

la empresa usuaria deben establecer procedimientos de aportación de los registros, ya que es a la ETT a quien corresponde remunerar a la persona trabajadora y cotizar a la Seguridad Social (art. 12.1 LETT).

Para las personas trabajadoras subcontratadas, el control de la jornada diaria corresponde a la empresa contratista o subcontratista. No obstante, cuando las personas trabajadoras de la contratista prestan actividad en la empresa principal, ambas empresas podrán acordar utilizar los sistemas de registro que se empleen en la principal para sus personas trabajadoras.

5.5. Información a la persona trabajadora

La implementación del sistema de registro horario ex art. 34.9 ET no habilita a la empresa a registrar todo tipo de datos y utilizarlos para más finalidades sin el conocimiento de la persona trabajadora. Por tanto, la empresa solo puede recoger los datos imprescindibles para el control del registro horario y no puede recoger ningún otro con el pretexto del art 34.9 ET. Si utiliza los datos recogidos para otros tratamientos diferentes deberá informar sobre el tratamiento de los datos que va a realizar, y sobre los datos que va a recoger, además de lo recogido en el art. 34.9 ET.

Por tanto, debe informar a la persona trabajadora sobre las características del sistema del control horario, sobre la modalidad de registro y sobre los datos que se tratan, así como la finalidad, la base legal y los derechos de acceso, rectificación, oposición y supresión.

Por ello, es importante que en el momento de la contratación se informe a la persona trabajadora de dichos extremos.

5.6. Contenido del registro

En tercer lugar, en cuanto al tiempo de trabajo que debe quedar registrado, la obligación del art. 34.9 ET queda referida al “horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora”. Ello significa que debe registrarse todo el tiempo que forme parte de la jornada, contabilizándose también el tiempo de pausas diarias obligatorias legal o convencionalmente previstas, así como las voluntarias, para eludir la presunción de que todo el tiempo que media entre el inicio y finalización de la jornada registrada constituye tiempo de trabajo efectivo. No obstante, si dichas interrupciones o pausas intra-jornadas están predeterminadas y son de carácter global, el registro diario podrá eludir dichos elementos internos de la jornada diaria. En fin, debe tenerse presente que el objetivo de regular el registro de la jornada diaria es crear un marco de seguridad jurídica entre empresa y persona trabajadora, así como posibilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y asegurar asimismo que las horas extraordinarias quedan compensadas en salario o en descanso.

Respecto de las personas trabajadoras desplazadas fuera del centro habitual de trabajo, con o sin pernocta, el registro diario de jornada no altera la aplicación del ET, por lo que debe registrarse el tiempo de trabajo efectivo, no incluyéndose intervalos de puesta a disposición de la empresa, sin perjuicio de su compensación mediante dietas o suplidos. Pero en estos casos es recomendable que el registro, a efectos de prueba de la separación entre ambos elementos temporales, deje constancia de su cómputo.

Por ello, al tiempo de acordar en el convenio colectivo o a través de un acuerdo con la representación legal qué sistema de control se va a implantar, es recomendable que se negocie qué se considera tiempo de trabajo y, por tanto, qué computa en el registro, debiendo quedar constancia de ello. Se trata de un aspecto importante, ya que, a falta de negociación o acuerdo, todo el tiempo que transcurre desde la entrada hasta la salida que se haya registrado se considera a tiempo de trabajo.

Para dar claridad sobre el tiempo de trabajo y su cómputo, sería razonable que en el control horario se especificara el tipo de trabajo que se presta por la persona trabajadora en el centro de trabajo indicándose si es presencial o en un lugar fuera del centro de trabajo, así como sí, todo o parcialmente, el trabajo se desempeña a distancia, así como también si hay horas contempladas en el registro que son únicamente de puesta a disposición¹⁶⁸.

De igual forma, también es importante analizar si existen pausas o descansos dentro de la jornada, debiéndose acordar cómo computan cómo deben trasladarse al propio registro. Así, puede acordarse que se fiche al inicio de la pausa y después de la reanudación de la actividad laboral.

Cuando se trate de horario flexible de entrada y salida, debe también acordarse la forma del control, para que se lleve a cabo un seguimiento real de las horas realizadas y acompasarse a la necesidad de hacer cálculos de horas en periodos superiores a un día, ya que con la flexibilidad es posible que unos días se trabaje más y otro menos, sin que las horas realizadas tengan la consideración de horas extraordinarias.

5.7. Registro diario

En cuarto lugar, no cabe duda que el registro de la jornada debe ser diario, es decir, no es suficiente con un calendario laboral, sino que debe llevarse a cabo un control real de forma diaria. No es suficiente que la persona trabajadora tenga un horario fijado por la empresa, puesto que luego puede suceder imprevistos que impidan cumplir el horario previamente establecido. Resulta indiscutible que la lectura del registro diario de jornada y el posible incumplimiento en los límites de

¹⁶⁸ MALDONADO MONTOYA, J.P.; MARÍN MORAL, I.; SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), *La reordenación del tiempo...* op. cit. p. 483.

tiempo de trabajo desempeñado debe realizarse teniendo en cuenta la flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo que permite la normativa.

5.8. Modalidad de registro

En quinto lugar, no existe una modalidad específica para el registro de la jornada, por lo que ello deberá ser negociado colectivamente o por acuerdo de empresa. De esta forma, es válido cualquier sistema o medio, ya sea en papel o telemático, que proporcione información fiable y no manipulable *a posteriori*. Si el registro se realiza con dispositivos digitales o de videovigilancia o geolocalización, debe respetarse el derecho a la intimidad del art. 20 bis ET. De hecho, como señala la doctrina jurisprudencial¹⁶⁹, “el carácter flexible en el modo de llevar a cabo ese control sobre el tiempo de trabajo casa bien con la heterogénea realidad empresarial. Poco tiene que ver la empresa minúscula donde su titular (persona física) está al frente con la gran corporación multicéntrica; distinta es la actividad agrícola y la industria, la muy tecnificada y la arcaica, etc. De igual modo, nada tiene que ver el centro de trabajo donde existe un horario rígido y uniforme a lo largo de cinco días con la empresa que permite el horario libre y la realización de jornadas según demanda”.

Según el criterio técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada es válido “cualquier medio físico o de cualquier otro tipo siempre que el mismo garantice la fiabilidad y veracidad respecto de los datos registrados diariamente”.

Por tanto, las empresas pueden contar con un modelo propio o adecuado a sus características, siempre que se haya adoptado por negociación colectiva o acuerdos de empresa, y siempre que opere según las propias definiciones en cuanto a interrupciones, pausas y flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo. En defecto de convenio o acuerdo colectivo, será la empresa la que establecerá un sistema propio, pero con la consulta de la representación de las personas trabajadoras, que deberán emitir un informe previo, tal y como se define en el art. 64.1 ET.

Lo importante no es tanto la modalidad de sistema que se implemente, sino que este sea seguro, fiable y que garantice la trazabilidad de la jornada efectivamente realizada sin que haya posibilidad de manipulación posterior, ya sea por la empresa o por la propia persona trabajadora.

El control del horario, con independencia de la forma en que se establezca, ya sea por convenio, acuerdo, pacto o directamente por la empresa, es un derecho de la persona trabajadora irrenunciable, no pudiendo la empresa cumplimentar el horario por la persona trabajadora y manipularlo, o considerar que el horario que se pone en la empresa es el horario trabajado por la persona empleada.

¹⁶⁹ STS de 23 de marzo de 2017, rec. núm. 81/2016.

5.9. Conservación

En sexto lugar, el art. 34.9 ET establece que “la empresa conservará los registros a qué se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”. Por tanto, la empresa tiene obligación de conservar los datos de los registros durante el mismo plazo que se prevé en la normativa de Seguridad Social para las obligaciones laborales (art. 24.1 LGSS). La conservación conlleva la custodia de los datos y la garantía de que no pueden ser accesibles a o por personas terceras que no tengan legitimación.

El ET tampoco especifica cómo se debe entregar o cómo se tiene que poner a disposición la información solicitada. La Inspección de Trabajo considera que la puesta a disposición “no implica la obligación de entrega de copias, salvo que así lo disponga en convenio colectivo o exista un pacto expreso en contrario, ni debe entregarse a cada persona trabajadora copia de su registro diario, sin perjuicio de facilitar su consulta personal, ni a los representantes de los trabajadores, lo que no obsta la posibilidad de estos últimos de tomar conocimiento de los registros de los trabajadores”. Sin perjuicio de ello, y en la medida de que se registran datos personales y en virtud de la LOPD, la empresa debe dar acceso de los datos de registro a las personas trabajadoras como titular de los mismos, ya que no se establece en la normativa ninguna previsión de que no se puedan facilitar, sino que se trata de datos que deben tener y conocer las personas trabajadoras.

A efectos de conservar el registro diario y garantizar su preservación, fiabilidad e invariabilidad *a posteriori*, este deber de conservación se extiende a los registros diarios y no se prevé la totalización de los mismos en períodos más extensos, sin perjuicio de las obligaciones relativas a las horas extraordinarias. Estos registros deben ser conservados durante cuatro años permaneciendo a disposición de las personas trabajadoras, sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Se exige que los registros permanezcan a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo, lo cual debe interpretarse en el sentido de que sea posible acceder a ellos en cualquier momento, garantizando la empresa su cumplimiento. Ello significa, en fin, que los registros deben permanecer en el centro de trabajo o ser accesibles de forma inmediata, sin que la empresa quede obligada a entregar copias a las personas trabajadoras o sus representantes, salvo pacto expreso en contrario.

Por último, este sistema de registro es diferente pero compatible con el registro de horas extraordinarias, de tal forma que es posible que con el registro de la jornada diaria se puedan registrar asimismo las horas extraordinarias.

De hecho, con anterioridad a la promulgación del RDL 8/2019, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ya señaló en su Instrucción 3/2016¹⁷⁰ la obligación de llevar un registro de la jornada ordinaria por parte de las empresas, en virtud del art. 35.5 ET, con independencia de que se realizasen horas extraordinarias o no. La Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social entendía que la llevanza del registro era necesaria porque a partir de dicho registro se podía extraer el número de horas extraordinarias efectivamente realizadas por las personas trabajadoras.

No obstante, con posterioridad, y a la luz de los pronunciamientos anteriormente citados del TS en marzo y abril de 2017, la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social dictó una nueva instrucción (Instrucción 1/2017) que viene a modificar el contenido relativo a la inspección y sanción en materia de registro ordinaria de la Instrucción 3/2016 y establece claramente que las inspecciones no podrán exigir a las empresas registros de la jornada diaria de trabajo, quedando las empresas obligadas únicamente a registrar las horas extraordinarias. Además, la llevanza del registro de jornada diaria no resulta una obligación exigible a las empresas con carácter general, por lo que la omisión del registro de la jornada diaria de trabajo no constituía una infracción del orden social.

¹⁷⁰ De 21 de marzo.

CAPÍTULO 3. HORAS EXTRAORDINARIAS

1. INTRODUCCIÓN

Las horas extraordinarias constituyen la vía clásica de prolongación de la jornada de trabajo, a través de la cual la empresa consigue más tiempo de trabajo en determinados momentos de la producción para poder adaptarse a las necesidades productivas y empresariales. Desde el punto de vista de las personas trabajadoras, aunque supone un incremento de la carga de trabajo y se realizan en interés claramente empresarial, han sido, generalmente, bien recibidas, puesto que supone un incremento del salario. Su justificación es permitir una ruptura, aunque limitada, de los límites legales del tiempo de trabajo ante situaciones de necesidad productiva, evitando así la rigidez que suponen las normas generales sobre máximos del tiempo de trabajo.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, en la actualidad, también sirven como instrumento de flexibilización de la jornada de trabajo, pues las mismas pueden ser compensadas con tiempos de descanso equivalentes. No se trata, por tanto, de trabajar más, sino de distribuir mejor el tiempo de trabajo. La flexibilización conlleva, de esta forma, un proceso de normalización de las mismas, de manera que comienzan a configurarse como una verdadera bolsa de horas a disposición de la empresa para ser usadas cuando esta lo considere oportuno.

Por otro lado, desde el punto de vista de la seguridad y salud de las personas trabajadoras, la prolongación de la jornada de trabajo conlleva una mayor carga de trabajo, y, por tanto, un mayor riesgo para la seguridad y salud de las personas trabajadoras. De hecho, el art. 40.2 CE recoge el mandato dirigido a los poderes públicos de limitar de forma efectiva la jornada de trabajo con el fin de favorecer una protección eficaz de la salud en el ambiente de trabajo.

Desde el ámbito de la política de empleo, las horas extraordinarias van íntimamente relacionadas con el desempleo, pues siempre se ha criticado que la realización de horas extraordinarias supone una limitación a la contratación de otras personas trabajadoras, de tal forma que las mismas tienen un efecto negativo

en el reparto de empleo. De ahí que, la negociación colectiva siempre ha tratado de limitar al máximo las horas extraordinarias¹⁷¹.

De hecho, con la reforma laboral de 1994 se introdujo una modificación importante en la regulación de las horas extraordinarias, pues pasaron de ser un mecanismo de prolongación de la jornada de trabajo a un instrumento de distribución irregular de la jornada de trabajo, especialmente, por la preferencia legislativa por la compensación con tiempo de descanso equivalente, cuando el convenio colectivo o, en su defecto, el contrato individual, no estableciese la retribución en metálico. Esta preferencia legislativa provocó una cierta ambigüedad en la función de las horas extraordinarias en el seno de la relación laboral, ya que dicha reforma confiere a las horas extraordinarias la potestad de distribuir irregularmente la jornada de trabajo difuminando la función clásica de las horas extraordinarias como instrumento de prolongación de la jornada de trabajo.

2. MARCO NORMATIVO

En el ámbito internacional, cabe hacer mención, en primer lugar, al Convenio núm. 1 OIT, el cual recoge en su art. 2 que “todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que solo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana”. Por tanto, las primeras normas internacionales adoptaron un modelo donde se computaba en términos globales la duración de la jornada de trabajo sin distinciones entre ordinaria u extraordinario. De hecho, en 1919 ya se recogía la posibilidad de trabajar por encima de las ocho horas diarias “cuando, en virtud de una ley, de la costumbre o de convenios entre las organizaciones patronales y obreros (a falta de dichas organizaciones, entre los representantes de los patronos y de los obreros) la duración del trabajo de uno o varios días de la semana sea inferior a ocho horas, una disposición de la autoridad competente, o un convenio entre las organizaciones o representantes supradichos, podrá autorizar que se sobrepase el límite de ocho horas en los restantes días de la semana. El exceso del tiempo previsto en el presente apartado nunca podrá ser mayor de una hora diaria” (art. 2 b). No obstante, no se está ante una prolongación del tiempo de trabajo, sino de la recuperación de horas no trabajadas en ciertos periodos por sucesos imprevistos.

Por otro lado, el Convenio núm. 1 OIT también recogió ciertas garantías para hacer efectiva la limitación de la jornada de trabajo cuando, por ejemplo, señala que la empresa deberá “dar a conocer, por medio de carteles colocados en un sitio visible de su establecimiento u otro lugar conveniente, o en cualquier otra

¹⁷¹ TRUJILLO VILLANUEVA, F., “Convenios, jornada y mantenimiento del empleo”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.) *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 569.

forma aprobada por el gobierno, las horas en que comience y termine el trabajo, y si el trabajo se realiza por equipos, las horas en que comience y termine el trabajo de cada equipo. Las horas se fijarán de manera que no excedan de los límites señalados en el presente Convenio y, una vez notificadas, no podrán modificarse sino en el modo y con el aviso aprobados por el gobierno; dar a conocer, en la misma forma, los descansos concedido durante la jornada de trabajo que no se consideren comprendidos en las horas de trabajo; inscribir en un registro, en la forma aprobada por la legislación de cada país o por un reglamento de la autoridad competente, todas las horas extraordinarias efectuadas de acuerdo con los artículos 3 y 6 del presente Convenio” (art. 8).

El Convenio núm. 30 OIT, sobre horas de trabajo en comercios y oficinas, así como el Convenio núm. 31 OIT, sobre horas de trabajo en minas de carbón, también permiten la distribución irregular de la jornada de trabajo de forma que se pueda trabajar hasta diez horas al día, con el límite de las 48 horas semanales. El convenio núm. 47 OIT establece la jornada semanal en 40 horas con el objetivo de liberar tiempo de trabajo para redistribuir el escaso empleo de la época.

A nivel comunitario, la Directiva 2003/88/CE no hace referencia expresa a las horas extraordinarias, ya que se parte de la premisa de limitar el tiempo de trabajo de forma total como instrumento para proteger la seguridad y salud de las personas trabajadoras. Concretamente, la Directiva 2003/88/CE fija la duración de la jornada semanal, incluidas las horas extraordinarias, en 48 horas.

En el ámbito nacional, es el art. 35 ET el que regula las horas extraordinarias, fijando su conceptualización, así como las modalidades, su forma de compensación y los límites a su realización.

No obstante, existen otros preceptos que hacen referencia a las mismas, como el art. 11.2 ET que prohíbe su realización en el contrato para la formación y el aprendizaje (salvo en caso de horas extraordinarias por fuerza mayor); el art. 12.4 ET que también las prohíbe para el contrato a tiempo parcial (salvo las de fuerza mayor); o el art. 47.2 ET que también las prohíbe en caso de reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (salvo las de fuerza mayor). Asimismo, el art. 6 ET también prohíbe su realización a las personas menores de edad, y el art. 36.1 ET a las personas trabajadoras nocturnas.

Por otra parte, el RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo, contiene diversas referencias a las horas extraordinarias. Por un lado, el art. 8.2 sobre tiempo de trabajo efectivo en el ámbito del transporte y del mar establece la aplicación de los límites establecidos para las horas extraordinarias en el art. 35 ET, y fija el límite máximo de la jornada efectiva en 12 horas incluidas las horas extraordinarias. Asimismo, el art. 8.3 al referirse al tiempo de presencia, señala que no computará a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, ni tampoco para el límite máximo de las horas extraordinarias. El art. 16 referente

al trabajo en el mar reitera el límite antes indicado de las 12 horas, incluidas las extraordinarias, con algunas excepciones, señalando, además, que las horas de exceso que se realicen sobre la jornada ordinaria se retribuyen según el art. 35.1 ET, si bien en las embarcaciones de pesca podrán acordarse otras formas de liquidación de las mismas. El art. 20, que regula el trabajo de puesta en marcha y cierre, establece que dicha prolongación no puede computarse a los efectos del número máximo de horas extraordinarias. Por su parte, el art. 28 sobre trabajo de interior en minas, establece la prohibición de realizar horas extraordinarias, señalando que solo podrán realizarse en caso de reparación o prevención de siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, riesgo grave de pérdida o deterioro importante de materias primas, o por circunstancias de carácter estructural derivadas de la naturaleza de la actividad en los términos que en convenio colectivo se definan. El art. 32, dedicado a regular límites de jornada de las personas trabajadoras nocturnas, señala la posibilidad de ampliar la jornada máxima a través de la realización de horas extraordinarias en situaciones excepcionales.

Por último, la LGSS también se refiere, en algunos de sus preceptos, a las horas extraordinarias. El art. 147.2 LGSS excluye las horas extraordinarias de la base de cotización por contingencias comunes; y el art. 149 LGSS regula la cotización adicional por horas extraordinarias.

3. CONCEPTO

El art. 35.1 ET define las horas extraordinarias señalando que “tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior”. Por tanto, en principio, es hora extraordinaria toda aquella que supere la jornada ordinaria de trabajo. De hecho, la actual redacción del art. 35.1 ET es idéntica a la introducida en la reforma de 1994 (L 11/1994).

Un sector de la doctrina¹⁷² ha señalado que esta definición es deficiente y defectuosa. No obstante, a mi parecer, lo realmente importante a la hora de configurar esta figura es poder identificar y delimitar claramente cuándo se está ante una hora extraordinaria. Es decir, la existencia de diversas figuras jurídicas que suponen un incremento del tiempo de trabajo, como las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial o, especialmente, la distribución irregular de la jornada, genera conflictos a la hora de determinar cuándo se está ante una hora extraordinaria.

La delimitación del concepto de hora extraordinaria depende de dos elementos. Por un lado, el concepto de jornada ordinaria de trabajo, y, por otro lado, la calificación de lo que es tiempo “de trabajo”.

¹⁷² ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La jornada ordinaria de trabajo y su distribución”, en AA.VV., *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*. Granada: Comares, 1998, p. 457; DE LA FUENTE LAVIN, M., *El régimen jurídico de las horas extraordinarias*. Granada: Comares, 2002, p. 27.

El primer elemento para delimitar la hora extraordinaria es la configuración de la jornada ordinaria de trabajo. En este sentido, la doctrina ha tratado de interpretar la identificación de las horas extraordinarias como aquellas que superen la jornada ordinaria de trabajo. Como es sabido, y como regla general, el art. 34.1 ET establece que la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será la pactada en convenio colectivo o contrato individual, actuando, en su defecto, la duración máxima legal, fijada en 40 horas semanales de promedio en cómputo anual. Por tanto, cuando el convenio colectivo o el contrato de trabajo fija un número inferior de horas ordinarias de trabajo respecto de la regulación legal, se plantea cuál es el límite máximo -el legal, el convencional o el contractual- aplicable a partir del cual comienza a correr el contador de las horas extraordinarias. Es decir, se trata de determinar si pueden existir o no horas complementarias en los contratos de trabajo a tiempo completo. En principio, parece obvio que el legislador estatutario ha encargado al convenio colectivo, con carácter preferente, la función de limitar la duración máxima de la jornada ordinaria, de tal forma, que existiendo previsión convencional al respecto, sería esta la que prevalecería como referencia para el cálculo de las horas extraordinarias¹⁷³.

Esta técnica legislativa, basada en la imposición de un límite máximo de horas ordinarias por debajo del cual el convenio colectivo puede actuar libremente encuentra su justificación en la necesaria libertad de los sujetos negociadores en materia de tiempo de trabajo, ya que las particularidades productivas de cada sector obligan al legislador a adoptar esta regulación. No obstante, algún sector¹⁷⁴ entiende que cuando la limitación de la jornada ordinaria pactada en convenio colectivo sea inferior a la legalmente establecida, el límite a tomar como referencia sería el de 40 horas semanales, ya que la diferencia de horas entre lo pactado convencionalmente y lo estipulado legalmente corresponde a la categoría de horas complementarias. Otro sector¹⁷⁵ parte de la redacción del propio art. 35.1 ET cuando se refiere, para iniciar el cómputo de las horas extraordinarias, a la jornada ordinaria pactada en convenio colectivo, o, en su defecto, a la contractual. Situación diferente es que el convenio colectivo hubiera introducido alguna cláusula en este sentido, de tal forma que se debería estar a la regulación introducida por el propio convenio para determinar la delimitación entre jornada ordinaria y hora extraordinaria.

En este sentido, cabe tener en cuenta las relaciones entre las diferentes fuentes de determinación de la jornada ordinaria de trabajo, pues, las relaciones entre ley, convenio colectivo y contrato se basan en el principio de norma mínima. Así, la ley fija un máximo que debe ser respetado, de manera que convenio y contrato no pueden superarlo, pero sí mejorarlo fijando una jornada ordinaria inferior a la máxima legal. De esta forma, si el tope máximo legal es de 40 horas semanales,

¹⁷³ STSJ Canarias, de 30 de septiembre de 1999.

¹⁷⁴ GARCÍA DE HARO, R., "Horas extraordinarias y horas complementarias", *RPS*, núm. 60, 1963.

¹⁷⁵ TRILLO PÁRRAGA, F.J., *Régimen jurídico de las horas extraordinarias*. Albacete: Bomarzo, 2008, p. 31.

el convenio o el contrato puede establecer un tope inferior, pero no superior. De otro lado, la relación entre convenio y contrato obedece también al parámetro de suplementariedad, de manera que el contrato podrá mejorar lo establecido en el convenio, pero no empeorarlo.

Por otro lado, en el caso de la distribución irregular de la jornada de trabajo se hallan problemas en torno a la delimitación de las horas extraordinarias, problemas que no se encuentran en jornadas de trabajo distribuidas de forma regular. En este último caso, las reglas para calificar las horas extraordinarias, son, en primer lugar, la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo pactada o, en su defecto, la legal. En segundo lugar, cabe tener en cuenta el periodo de referencia estipulado para el cómputo de la jornada ordinaria de trabajo, pues la tendencia general es el año, aunque el convenio colectivo puede establecer periodos diferentes al año natural. De hecho, estos periodos de referencia contribuyen a la diferenciación entre horas ordinarias y extraordinarias, ofreciendo mayor seguridad jurídica a las personas trabajadoras cuanto más breves sean los arcos temporales.

Cuando se trata de distribución irregular, las reglas para calificar las horas extraordinarias son diferentes, siendo mucho más complejo delimitar cuándo finaliza la jornada ordinaria y cuando se inicia el cómputo de las horas extraordinarias. Los dos parámetros a tener en cuenta en este ámbito son la duración máxima de la jornada ordinaria y las reglas convencionales para llevar a cabo la distribución de la jornada en módulos temporales. Con este modelo de distribución de la jornada, no es posible afirmar que toda hora que supere las 40 horas semanales sea extraordinaria, pues es posible una jornada ordinaria que, en ocasiones, supere dicha cifra¹⁷⁶.

Según el art. 34 ET, y como se ha indicado anteriormente, caben dos formas de distribución irregular, la estática, y la dinámica. En el caso de la jornada irregular estática no es tan complicado detectar la realización de horas extraordinarias, pues sería suficiente con acudir al calendario laboral o la jornada pactada para conocer cuál es la concreción de la jornada ordinaria en cada momento, pudiendo así confrontar esta con el número total de horas de trabajo efectivamente realizadas¹⁷⁷. En tal supuesto, no hay problemas de identificación porque se conoce con precisión el elemento de comparación, aunque esta puede ser diferente en los diferentes periodos del año. Así, se entiende que es hora extraordinaria toda aquella que supere el horario o calendario pactado, incluso si no supera al final el módulo anual.

¹⁷⁶ STSJ Castilla y León, de 16 de diciembre de 2009, rec. núm. 1780/2009, que señala que “no tienen la naturaleza de horas extraordinarias aquellas que, aun excediendo de la jornada legal semanal no superen la jornada semanal más amplia (real) resultante de la distribución por semanas de la jornada ordinaria anual”.

¹⁷⁷ ALFONSO MELLADO, C.L., “Las horas extraordinarias”, en ALFONSO MELLADO, C.L.; ALARCÓN CARACUEL, M.R.; CABEZA PEREIRO, J., *Tiempo de Trabajo*. Albacete: Bomarzo, 2011, p 70; BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 134; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Horas extraordinarias (en torno al artículo 35)”, *REDT*, núm. 100, 2000. p. 750; MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M., *El régimen jurídico de la disponibilidad horaria*. Cizur Menor: Aranzadi, 2011, p. 86.

En el caso de la distribución irregular dinámica, la similitud entre los excesos de jornada en una distribución irregular dinámica y las horas extraordinarias conlleva dificultades para delimitar cuándo se está ante horas extraordinarias¹⁷⁸. La clave es entender que los excesos en caso de distribución irregular son jornada ordinaria de trabajo, mientras que los excesos por hora extraordinaria son jornada extraordinaria¹⁷⁹.

Por tanto, partiendo de que solo es posible diferenciar entre jornada ordinaria y extraordinaria cuando finaliza el año, sería extraordinaria aquella hora que superase la jornada máxima anual establecida según el ordenamiento legal, o la cuantía inferior establecida en convenio colectivo o contrato de trabajo. Ello supone, en definitiva, que el número de horas extraordinarias realizadas solo se podrá conocer con certeza al finalizar el año¹⁸⁰. Y, ello, conlleva, como se observa, que la concreción de las horas extraordinarias sería *a posteriori*, y, por tanto, no habría voluntariedad en su realización.

Además, este planteamiento de esperar al final del año genera el problema de qué ocurre cuando las relaciones laborales duran menos de un año o se extinguen con anterioridad a la finalización del año. Para ofrecer una solución, parece apropiado aplicar el principio de proporcionalidad estricto entre la jornada anual y la duración efectiva, dentro del año natural, del contrato de trabajo, considerando que son horas extraordinarias las que superen las 1826 horas o la cifra interior pactada, pero si el contrato dura o se extingue con anterioridad al año, serían horas extraordinarias las que superen la parte proporcional de la jornada anual pactada.

El segundo elemento para delimitar el concepto de hora extraordinaria es el concepto de tiempo de “trabajo”, de tal forma que la calificación como hora extraordinaria depende tanto de la fijación de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo como del concepto de hora ordinaria ex art. 34 ET.

Para delimitar el concepto de “tiempo de trabajo” cabe remitirse a lo indicado en el capítulo 1. No obstante, cabe recordar brevemente que el art. 34.5 ET exige que, para computar el tiempo de trabajo, la persona trabajadora debe encontrarse en su puesto de trabajo, es decir, a disposición de la empresa, aunque no esté prestando servicios efectivamente. No obstante, la Directiva 2003/88/CE y la doctrina judicial comunitaria¹⁸¹, establecen varios requisitos a cumplir para considerar que se trata de tiempo de trabajo.

¹⁷⁸ ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Registro de jornada y supresión de las horas extraordinarias que se compensan con descanso, la estrategia y el objetivo”, *IUSLabor* núm. 2, 2017, p. 5.

¹⁷⁹ STSJ La Rioja, de 14 de junio de 2017, rec. núm. 158/2017.

¹⁸⁰ SSTSJ Cataluña, de 15 de octubre de 2002, rec. núm. 5732/2003; Canarias, de 20 de abril de 2015, rec. núm. 723/2014.

¹⁸¹ STJCE de 3 de octubre de 2000, C-303/1998, Asunto SIMAP, que señala que “si bien la Directiva 93/104 no define el concepto de hora extraordinaria, que únicamente ese menciona en el artículo 6, relativo a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, no es menos cierto que las horas extraordinarias de trabajo están comprendidas dentro del concepto de tiempo de trabajo en el sentido de dicha Directiva.

Por tanto, el concepto de trabajo efectivo afecta tanto a la jornada ordinaria como a la extraordinaria, es decir, la hora extraordinaria debe ser obligatoriamente tiempo de trabajo efectivo¹⁸². No puede, por consiguiente, ser hora extraordinaria aquel periodo de tiempo de excesos que no se configura como tiempo de trabajo efectivo, como, por ejemplo, el tiempo de presencia, esto es, 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” (art. 8 RD 1561/1995). A continuación, el citado precepto indica que este tiempo de presencia no forma parte de la jornada ordinaria, por lo que no puede considerarse como hora extraordinaria, pues no supone la realización de trabajo efectivo.

Para el caso de las guardias de presencia física, como conllevan que la persona trabajadora no puede dejar el centro de trabajo, debiendo permanecer físicamente en el mismo, para que de manera inmediata desarrolle su prestación de trabajo¹⁸³, sí se consideran tiempo de trabajo efectivo, y, por tanto, pueden dar lugar a horas extraordinarias. Se considera tiempo de trabajo todo el tiempo de guardia, pese a que la persona trabajadora no haya trabajado todo el tiempo de duración de la misma, pues el periodo de guardia no puede considerarse tiempo de trabajo.

Por último, para los casos de guardias de localización o disponibilidad donde la persona trabajadora se compromete a estar a disposición de la empresa durante su tiempo de trabajo, sin estar presencialmente en el centro de trabajo, pero con la condición de incorporarse al trabajo cuando sea requerida, se plantean mayores problemas. Cabe partir, en este caso, que se trata de un tiempo de descanso. Es decir, no es tiempo de trabajo, por lo que, tampoco pueden ser horas extraordinarias¹⁸⁴.

Ahora bien, cabe plantearse cuál es la naturaleza de los periodos de prestación de trabajo que tienen lugar durante la guardia de localización, es decir, cuando la persona trabajadora que está en periodo de localización, es llamada por la empresa y retoma la actividad laboral. En este caso, debe entenderse que

En efecto, esta no realiza distinción alguna según que dicho tiempo se preste o no dentro de las horas de trabajo normales”.

¹⁸² EZQUERRA ESCUDERO, L., *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*. Barcelona: Atelier, 2006, p. 382; GARCÍA RUBIO, M. A., “Ampliación de jornada: horas extraordinarias y horas complementarias”, en GOERLICH PESET, J.M. (Coord.), *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*. Madrid. Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 215.

¹⁸³ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *El tiempo flexible. La jornada irregular*. Madrid: Tecnos, 2018, p. 239. También STJCE de 3 de octubre de 2000, C-303/1998, Asunto SIMAP, que indica que “en el asunto principal, los elementos característicos del concepto de tiempo de trabajo se dan en los periodos 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 periodos 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”.

¹⁸⁴ GARCÍA RUBIO, M. A., “Ampliación de jornada: horas... *op. cit.* p. 258.

depende de cómo se configura la cuestión pro el convenio colectivo¹⁸⁵. Así, si el convenio colectivo incorpora estas horas prestadas en régimen de disponibilidad como jornada ordinaria, de manera que una vez realizadas se ven compensadas con la reducción de la jornada de trabajo posterior, no tienen la consideración de hora extraordinaria. Pero también es posible que el convenio colectivo considere que las horas prestadas como consecuencia de un pacto de disponibilidad tiene la consideración de extraordinarias y se retribuyan como tales.

En todo caso, la realización de trabajo como consecuencia de la guardia de localización debe respetar las reglas en materia de descanso, y especialmente el descanso entre jornada y jornada, por lo que la prestación de estos servicios puede suponer la alteración de turnos de trabajo para respetar lo previsto por el art. 34.3 ET en su primer párrafo y facilitar las 12 horas de descanso entre la finalización del tiempo de trabajo consecuencia de la disponibilidad y la siguiente jornada de trabajo.

Por tanto, debe diferenciarse entre tiempo durante el cual la persona trabajadora está localizada y el tiempo en el que una vez localizada, presta servicios. El primero no sería tiempo de trabajo, y el segundo sí.

4. TIPOS

Aunque el art. 35 ET no recoge de forma expresa una clasificación de las horas extraordinarias, tradicionalmente se habían diferenciado tres grupos, cuales son, las habituales, las estructurales y las de fuerza mayor. Así lo realizaba el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva, de 11 de enero de 1980, y el actual art. 149 LGSS. Este precepto, de forma anacrónica, aún sigue haciendo referencia a las horas extraordinarias estructurales, las cuales, en el fondo, se tratan de un residuo normativo que diferenciaba entre las horas extraordinarias estructurales y las habituales, a los efectos de cotización a la Seguridad Social, concretamente, el antiguo art. 24.3 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Cotización a la Seguridad Social.

Ahora bien, la diferencia entre horas habituales y estructurales tenía sentido mientras el ordenamiento preveía un régimen diferente de cotización para unas y otras, y ello en base a que las primeras obedecían a necesidades productiva puntuales, mientras que las segundas no tenían una justificación productiva específica. Por ello, el legislador privilegiaba la cotización de las estructurales sobre las habituales (las primeras al 14 % y las segundas al 24 %).

No obstante, las partes firmantes del citado Acuerdo Interconfederal ya acordaron en 1980 la supresión progresiva en convenio colectivo de las horas extraordinarias habituales como medida de fomento del empleo, y permitiendo

¹⁸⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *El tiempo flexible. La... op. cit.* p. 233.

únicamente las estructurales y las de fuerza mayor¹⁸⁶. Esta reducción paulatina de las horas extraordinarias habituales se ha ido manteniendo en los sucesivos Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva.

En la actualidad, las horas extraordinarias que se mantienen en vigor son las denominadas “estructurales” y las de “fuerza mayor”.

En primer lugar, las horas extraordinarias por causas “estructurales” o también de “no fuerza mayor” son aquellas que tienen como causa la existencia de pedidos o periodos punta de producción, ausencias imprevistas o cambios de turno. Su característica fundamental es que vengan definidas por convenio colectivo, de tal forma que, en ausencia de regulación convencional, estas horas extraordinarias no pueden tener lugar ni a través de la autonomía individual de las partes, ni en base al precepto estatutario. El mantenimiento de esta clasificación de horas extraordinarias por la negociación colectiva tiene dos efectos positivos. Por un lado, se pretende restringir el uso de ciertos tipos de horas extraordinarias, ya que existen muchos convenios que diferencian entre diversos tipos de horas extraordinarias para, en función del tipo, proceder a declarar la prohibición de realizar unas y permitir la realización de otras. Con ello, se pretende limitar la realización de las horas que no obedezcan a necesidades imprevistas. De esta forma, se prohíbe la realización de horas extraordinarias habituales, mientras que se permite la posibilidad de realizar horas estructurales¹⁸⁷. Por otro lado, está la cuestión de la voluntariedad de las horas extraordinarias, de tal forma que se pueden encontrar casos en los que se establece la obligatoriedad de la realización de las horas estructurales y mantener el carácter voluntario de las habituales.

Por tanto, estas horas extraordinarias estructurales se basan en las notas de necesidad, excepcionalidad y causalidad abierta¹⁸⁸.

En segundo lugar, las horas de fuerza mayor, o también denominadas de “salvamento”, se encuentran reguladas en el art. 35.3 ET, y responden a la denominada “excepción de emergencia”¹⁸⁹. Estas horas, a diferencia de las anteriores, se basan en la exigencia de causalidad, pues su realización solo está permitida en los supuestos especificados en el precepto estatutario, y por la existencia de un elemento de excepcionalidad, ya que su realización es extraordinaria y nada tiene que ver con

¹⁸⁶ DE LA VILLA GIL, L. E., “El concepto de hora extraordinaria”, en DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: ACARL, 1991, p. 369.

¹⁸⁷ FERNÁNDEZ PRATS, C., “Las horas extraordinarias voluntarias a la luz de las últimas reformas”, *AS*, vol. V, 1999, p. 3.

¹⁸⁸ FALGUERA BARÓ, M., “Las horas extraordinarias estructurales: reflexiones sobre su origen y fines, régimen jurídico y práctica convencional”. *Ponencia presentada en el Fórum Laboral: Seminario Permanente sobre problemas actuales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 1998, p. 16.

¹⁸⁹ ALONSO OLEA, M.; BARREIRO GONZÁLEZ, G., *El Estatuto de los Trabajadores. Textos, comentarios y jurisprudencia*. Madrid: Civitas, 1995, p. 167.

la realización de la actividad ordinaria de la empresa¹⁹⁰. Concretamente, el art. 35 ET establece que estas horas están destinadas a prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes. El art. 24.2 RD 2064/1995 se refiere a las mismas indicando que, a efectos de cotización, se aplicará un tipo especial de cotización, que es un tipo inferior de cotización al general aplicable a las horas estructurales.

La doctrina se ha planteado si las horas extraordinarias de fuerza mayor, definidas así en la regulación de Seguridad Social, y las horas para prevenir y reparar siniestros, definidas así por el ET, son lo mismo o se trata de dos categorías diferentes. No se trata de un aspecto baladí, pues ello tiene efectos en materia de su obligatoriedad o no, del límite máximo de las 80 horas anuales... En este sentido, cabe entender, como también lo estima la doctrina mayoritaria¹⁹¹, que se trata de las mismas horas, aunque sería conveniente homogeneizar ambas normativas reguladoras.

El art. 35.3 ET configura las horas de fuerza mayor como aquellas destinadas a “prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes”, es decir, en aquellas situaciones que producen un daño a personas o una pérdida material considerable ya sea a la empresa o a terceros. Pero debe señalarse que el precepto no solo se refiere a situaciones en las que se ha producido el siniestro o el daño, sino que el propio precepto se refiere también a que puede acudirse a estas horas para prevenir dichos daños¹⁹². Lógicamente, no se trata de supuestos de escasa relevancia, sino situaciones caracterizadas por su carácter extraordinario y por la necesidad de actuar de manera urgente, debiéndose cumplir estos dos requisitos de “extraordinarios y urgentes”. Por otro lado, cuando el ET se refiere a “otros daños” está haciendo referencia a que sean también urgentes.

Por tanto, cabe entender que estas horas no pueden realizarse para actividades que pueden ser programadas, ni para situaciones normales¹⁹³.

Por su parte, la fuerza mayor se conceptualiza como una situación que no puede preverse o que, pudiendo preverse, no puede evitarse (art. 1105 CC). Ello significa que aquellas circunstancias previsibles no pueden legitimar la realización de estas horas por fuerza mayor, de igual forma que tampoco circunstancias que dentro de un proceso productivo pudieran haberse evitado por la empresa actuando con una diligencia ordinaria. La fuerza mayor tiene lugar en circunstancias que no son consecuencia de una actuación empresarial, sino por causas ajenas a la propia empresa.

¹⁹⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Voluntariedad y obligatoriedad en la prestación de las horas extraordinarias”, en DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: ACARL, 1991, p. 421.

¹⁹¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Horas extraordinarias. Delimitación, registro y régimen jurídico*. Cizur Menor: Aranzadi, 2020, p. 170.

¹⁹² STS de 20 de noviembre de 2018, rec. núm. 221/2017.

¹⁹³ ALFONSO MELLADO, C.L., “Las horas extraordinarias”... *op. cit.* p. 73.

Tampoco debe confundirse fuerza mayor con caso fortuito. El caso fortuito, a diferencia de la fuerza mayor, es un hecho que no se puede evitar, pero sí se puede prever. En este caso, se trataría de situaciones en las que los daños son imputables a la actuación de la empresa y no ante circunstancias ajenas a la misma¹⁹⁴.

Por tanto, las horas extraordinarias por fuerza mayor son aquellas necesarias para atender circunstancias en las que, por causas ajenas a la empresa, se producen daños para las personas o bienes de la empresa, o incluso terceras personas, o bien existe la posibilidad de que se produzcan, siempre y cuando el suceso causante sea imprevisible o siendo previsible no pueda evitarse¹⁹⁵. De hecho, así lo señala el TS cuando manifiesta que “es seguro que quedan al margen de la regla los trabajos propios de la actividad normal de una empresa que pueden y deben ser objeto de la necesaria programación (paradas de suministro eléctrico previstas en la tarifa contratada, tareas periódicas de limpieza o mantenimiento, aumento de la demanda a causa de la climatología propia de la estación, incidencias ordinarias en el suministro de materia prima, etc.). Ahora bien, exigir que toda avería previsible pueda ser reparada dentro de los límites de la jornada ordinaria y extraordinaria normal, supone prácticamente eliminar el real contenido aplicativo del art. 35.3 ET (...) La posibilidad de acudir a las horas extraordinarias de emergencia, ciertamente, debe ser excepcional y contemplarse con criterios restrictivos, pero sí ha de atenderse a las exigencias de daños extraordinarios y urgentes, lo que concuerda con la nota de imprevisibilidad y desbordamiento del riesgo empresarial inherente a la ajenidad”¹⁹⁶.

De esta forma, dentro de las horas de fuerza mayor se hallan tanto los siniestros o daños extraordinarios y urgentes, como también el riesgo de pérdidas de materias primas, demora en el abastecimiento de materias primas no imputables a la empresa o la terminación de tareas de almacenamiento, carga y descarga, siempre que haya circunstancias no imputables a la empresa que impiden realizarlo en la jornada ordinaria de trabajo.

No obstante, se han admitido interpretaciones más abiertas, considerando que también son horas extraordinarias por fuerza mayor las actuaciones dirigidas a facilitar mantenimiento o reparaciones ante averías que sufren los clientes, especialmente cuando se trata de empresas de suministro de energía o de servicios informáticos¹⁹⁷.

¹⁹⁴ BALLESTER PASTOR, I., “Horas extraordinarias (art. 35 ET)”, en GARCÍA NINET, J.I. (Dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (De 1980 a 2005)*. Madrid: CEF, 2005, p. 377; BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y...* op. cit. p. 156; DE LA FUENTE LAVÍN, M., *El régimen jurídico de...* op. cit. p. 95; MARTÍN SERRANO, A.L., “Horas por necesidades urgentes y por fuerza mayor”, en DE LA VILLA GIL, L.E. (Coord.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: ACARL, 1991, p. 401.

¹⁹⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Horas extraordinarias. Delimitación, registro...* op. cit. p. 172.

¹⁹⁶ STS de 20 de noviembre de 2018, rec. núm. 221/2017.

¹⁹⁷ ALFONSO MELLADO, C.L., “Las horas extraordinarias” ... op. cit. p. 74.

De cualquier forma, debe partirse del carácter extraordinario de estas horas, lo que supone que los daños deben ser relevantes, siendo su reparación urgente e inaplazable. No se tratan de urgencias productivas, sino de urgentes referidas a daños para las personas o las cosas.

De ahí que, como luego se analizará, estas horas son obligatorias y no cuentan para el límite legal de las 80 horas anuales.

Como se observa, existen diferencias importantes entre las horas de fuerza mayor y las estructurales. En primer lugar, las horas de fuerza mayor, como se ha indicado, tienen un carácter causal, mientras que las estructurales no. En segundo lugar, las horas extraordinarias por fuerza mayor no computan ni a los efectos de superar la jornada máxima, ni el tope máximo anual de las horas extraordinarias, mientras que las estructurales sí (salvo que sean compensadas en descanso). En tercer lugar, las horas estructurales son voluntarias, mientras que las de fuerza mayor son obligatorias. Por último, la cotización de las horas de fuerza mayor es menor que las “normales”.

5. RÉGIMEN JURÍDICO

5.1. Voluntariedad vs. Obligatoriedad

En principio, cabe partir del principio de voluntariedad en la realización de las horas extraordinarias, pues esta premisa implica que el acuerdo de voluntades es necesario para la realización de horas extraordinarias¹⁹⁸.

La justificación de la exigencia de voluntariedad es simple, pues la persona trabajadora se compromete, mediante el contrato de trabajo, a prestar servicios para la empresa, elemento que se mide en tiempo. En este sentido, la hora extraordinaria supone un incremento del tiempo pactado, es decir, un tiempo de trabajo que no está cubierto por el contrato. Por ello, en cada uno de los casos en que la empresa desea que la persona trabajadora realice horas extraordinarias, es necesario que las acepte voluntariamente, ya que la persona trabajadora únicamente está obligada a prestar servicios durante la jornada ordinaria¹⁹⁹.

En definitiva, la voluntariedad supone que la decisión final de realizar o no las horas extraordinarias va a depender de la persona trabajadora, no siendo posible que la empresa obligue a la persona trabajadora a realizar horas extraordinarias. Y, en tal caso, la persona trabajadora queda legitimada para ejercer el *ius resistendae*,

¹⁹⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio del modelo normativo*. Granada: Comares, 2009, p. 144.

¹⁹⁹ ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Horas extraordinarias”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*. Granada: Comares, 1998, p. 460; SEMPÈRE NAVARRO, A.V., “El marco jurídico de las horas extras”, AS, núm. 17, 2001, p. 4.

sin que ello suponga sanción o despido, en cuyo caso, el despido sería calificado como improcedente²⁰⁰.

Lógicamente, este principio de voluntariedad también es aplicable a la empresa, de tal forma que esta no queda obligada a ofrecer a las personas trabajadoras la realización de estas horas. Por tanto, la voluntariedad afecta tanto al ofrecimiento como a la aceptación de las mismas²⁰¹.

Sin embargo, el art. 35.4 ET prevé la posibilidad de pactar la obligatoriedad de la realización de horas extraordinarias, ya que el mismo establece la voluntariedad “salvo que su realización se haya pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo”. Ello supone, por consiguiente, que el principio de voluntariedad es dispositivo para la autonomía individual y la colectiva.

Este pacto por el que se hacen obligatorias las horas no es sino una vía alternativa de expresión del carácter voluntario de tales horas, ya que la voluntariedad implica que cada vez que a la empresa le interese la ampliación del tiempo de trabajo, debe ofrecer las horas a la persona trabajadora y esta puede aceptarlas o rechazarlas. De cualquier forma, con este tipo de pacto lo que se acuerda es la previa y voluntaria aceptación por parte de la representación de las personas trabajadoras, que vincula a todas ellas. Es decir, antes de que se realicen las horas extraordinarias, han sido acordadas previamente de forma voluntaria. Así, la aceptación voluntaria no es puntual para cada hora extraordinaria, sino que tal aceptación se produce únicamente con efectos de que se prolonguen en el tiempo.

Este pacto no es, por tanto, una excepción al principio de voluntariedad, sino que el pacto supone el consentimiento que se presta para someterse a la realización de estas horas, y una vez prestado el consentimiento, dichas horas son tan obligatorias como la jornada ordinaria de trabajo.

Por otro lado, no cabe duda que, con este pacto, las horas extraordinarias se convierten en obligatorias para la persona trabajadora, en cuyo caso esta no puede negarse a su realización, salvo que concurra causa justificada.

Este pacto puede establecerse no solo a través de convenio colectivo, sino también mediante la voluntad individual. Ahora bien, si el convenio colectivo establece la prohibición de realizar horas extraordinarias, el contrato individual no puede pactar la obligatoriedad de las mismas. Por tanto, el contrato individual no

²⁰⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Voluntariedad y obligatoriedad en... *op. cit.* p. 418; ROA RICO, L. F., “Horas extraordinarias”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Edersa, 1982, p. 200; SERRANO ARGÜELLO, N., “La continuación de una tendencia en la regulación jurídica de las horas extraordinarias”, *AL*, núm. 8, 1999, p. 180. También SSTSJ Canarias, de 13 de febrero de 2015, rec. núm. 1247/2014; Extremadura, de 8 de abril de 2009, rec. núm. 114/2009; Comunidad Valenciana, de 9 de diciembre de 2008, rec. núm. 3486/2008; Comunidad Valenciana, de 29 de octubre de 2003, rec. núm. 2174/2003.

²⁰¹ ALFONSO MELLADO, C.L., “Las horas extraordinarias” ... *op. cit.* p. 78; DE LA FUENTE LAVÍN, M., *El régimen jurídico de...* *op. cit.* p. 104; DE LA VILLA GIL, L. E., “El concepto de hora... *op. cit.* p. 369.

puede alterar las reglas pactadas en convenio colectivo sobre esta materia, debiendo respetarlas, todo ello en base, al principio de jerarquía normativa²⁰².

Por otro lado, en el caso de las horas extraordinarias de fuerza mayor, a diferencia de las estructurales, se rompe el principio de voluntariedad, ya que las horas extraordinarias de fuerza mayor son obligatorias y no dependen de pacto alguno. En puridad, el art. 35.3 ET no señala expresamente que estas horas son obligatorias, pero así se deduce de la finalidad de las mismas, que es reparar o prevenir siniestros, y en base a ello surge una obligación legal para la persona trabajadora. Se configuran así como una “ampliación de la jornada de carácter obligatorio por mandato *ex lege*, si bien indirecto o como consecuencia de un deber básico del trabajador como es la buena fe, que se basa en la necesidad de atender necesidades urgentes generadas por situaciones de emergencia o fuerza mayor que implican un carácter inaplazable”²⁰³.

Por consiguiente, estas horas, a diferencia de las estructurales, que son producto de un pacto, son obligatorias, y en su realización no interviene en modo alguno la voluntad de la persona trabajadora. Se trata, en definitiva, de horas que, por su naturaleza, son obligatorias para las personas trabajadoras, y la empresa queda legitimada para sancionar a las personas trabajadoras que se nieguen a su realización.

En este sentido, los convenios colectivos también regulan su carácter obligatorio, lo cual refuerza claramente esta característica. Ahora bien, cabe plantearse si es posible que el convenio colectivo establezca el carácter meramente voluntario de estas horas. En realidad, este pacto es posible, por lo que, en los casos de fuerza mayor, la empresa deberá acudir a otras vías para hacer frente a dichas situaciones de necesidad.

Una de las principales consecuencias de la obligatoriedad de estas horas es que la persona trabajadora puede ser sancionada en caso de negarse a realizarlas²⁰⁴. Y, en este sentido, es importante recalcar la interpretación estricta que debe realizarse sobre el ámbito de aplicación de horas de fuerza mayor, ya que, de abogar por una interpretación amplia o flexible, se limitaría el principio de voluntariedad.

Desde el punto de vista de la obligatoriedad de estas horas extraordinarias de fuerza mayor, cabe plantearse si esta obligatoriedad es absoluta o caben excepciones que justifiquen el incumplimiento por parte de la persona trabajadora. En este sentido, cabe entender que es posible justificar objetivamente el incumplimiento de la persona trabajadora para quedar exento de ser sancionado. Es decir, debe

²⁰² ALFONSO MELLADO, C.L., “Las horas extraordinarias” ... *op. cit.* p. 79; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Horas extraordinarias (en torno... *op. cit.*; MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Tiempo de trabajo y... op. cit.* p. 145.

²⁰³ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Horas extraordinarias. Delimitación, registro... op. cit.* p. 183.

²⁰⁴ BALLESTER PASTOR, I., “Horas extraordinarias (art. 35 ET) ... *op. cit.* p. 376; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Voluntariedad y obligatoriedad en... *op. cit.* p. 422.

entenderse que caben supuestos justificativos que permitirían no realizar estas horas.

5.2. Retribución

El art. 35.1 ET establece que “mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. En ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización”.

Se prevén dos modalidades para el pago de las horas extraordinarias, esto es, en cuantía económica o bien en descanso. Para determinar la modalidad de pago, el precepto señala que, en primer lugar, será el convenio colectivo quien determinará qué modalidad de pago aplicable. En defecto de convenio colectivo, será el contrato de trabajo entre persona trabajadora y empresa. Por tanto, existe una relación de supletoriedad, de manera que el legislador confía al convenio esta labor y, en defecto de ello, será el contrato individual quien especifique la opción. No obstante, es posible también que sea el propio convenio quien se remita al contrato individual de trabajo para ello. De esta manera, una vez regulado por convenio colectivo, el contrato individual no podría ir en contra de lo allí establecido²⁰⁵. Si el convenio colectivo opta por el abono de una compensación en metálico, el contrato individual de trabajo no puede ir en contra de lo pactado en el convenio. Sin embargo, algún sector doctrinal²⁰⁶ ha manifestado que el convenio colectivo no puede cerrar a la autonomía individual la posibilidad de pactar la compensación con descanso.

Lo que no cabe duda es que el pacto sobre la modalidad de abono debe ser expresa, ya sea en convenio o en contrato, no pudiendo ser, por tanto, un acuerdo tácito²⁰⁷. Y, en cuanto al contenido de este acuerdo, lo más simple es que el acuerdo colectivo o individual indique claramente si se opta por su abono o bien por su compensación con descanso.

Por último, tal y como se indica claramente en el art. 35.1 ET, para el supuesto de que ni el convenio colectivo, ni el contrato de trabajo, haya optado por una u otra modalidad, el legislador prevé de forma expresa que la modalidad de abono será la compensación en descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización. Esta regla es de carácter supletorio, que se prevé, pues, para los casos en que no haya

²⁰⁵ PRADOS DE REYES, F.J., “La ordenación del tiempo de trabajo en la reforma del Estatuto de los Trabajadores”, *RL*, Tomo I, 1996, p. 509.

²⁰⁶ ALFONSO MELLADO, C.L., “Las horas extraordinarias”... *op. cit.* p. 80, que considera que al ser la compensación con descanso la opción legal preferente, el convenio colectivo no puede cerrar al contrato individual la posibilidad de optar por esta posibilidad.

²⁰⁷ BALLESTER PASTOR, I., “Horas extraordinarias (art. 35 ET)... *op. cit.* p. 380.

pacto colectivo o individual. Ello muestra claramente la preferencia del legislador de optar por la compensación con descansos, pues a ello se llega bien pactándolo o bien cuando no se ha pactado nada, es decir, cuando no se alcanza acuerdo alguno²⁰⁸. Esta posición queda reforzada, además, cuando el art. 35 ET prevé que las horas compensadas con descanso no se computan a los efectos de la superación del tope máximo de las 80 horas extraordinarias anuales.

5.2.1. Retribución en metálico

En primer lugar, en cuanto al abono de las horas extraordinarias en metálico, el art. 35.1 ET establece que se pagarán “en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria”.

Cabe señalar que, con anterioridad a la reforma de 1994, el ET establecía que debían abonarse con un recargo del 75 % sobre el valor de la hora ordinaria de trabajo. El problema era que era una cuantía elevada que incentivaba a las personas trabajadoras a realizar el mayor número posible de horas extraordinarias, y no tenía el efecto desincentivador que se pretendía en realidad²⁰⁹. No obstante, con la reforma laboral de 1994 se elimina esta previsión dejándose, como en la actualidad, que la compensación se pacte en convenio colectivo o en contrato de trabajo, sin que pueda ser inferior al valor de la hora ordinaria. Por tanto, a partir de este mínimo, el convenio colectivo o el contrato individual pueden establecer la cuantía de la hora extraordinaria.

Por tanto, la cuantía concreta de la retribución de la hora extraordinaria se deja a la negociación colectiva, o al contrato individual de trabajo, para que, respetando este mínimo legal, pueda establecer una retribución igual o superior, pero nunca inferior. Además, en base al principio de jerarquía normativa, si el convenio colectivo fija una determinada cuantía, ya sea igual o superior a la norma mínima, el contrato individual de trabajo solo puede igualarla o mejorarla, pero no empeorarla.

Asimismo, cabe tener en cuenta que es perfectamente factible que se pacten diferentes precios para diferentes horas extraordinarias, y se apliquen diferentes criterios, según sean de fuerza mayor o no, voluntarias u obligatorias, nocturnas o diurnas, etc... para establecer una retribución diferente. De hecho, así sucede

²⁰⁸ AA.VV., *Claves para el estudio de la jornada laboral*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017, p. 69; ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Horas extraordinarias... *op. cit.* p. 458; ALFONSO MELLADO, C.L., “Las horas extraordinarias”... *op. cit.* p. 83; BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y...* *op. cit.* p. 159; DE LA FUENTE LAVÍN, M., *El régimen jurídico de...* *op. cit.* p. 145; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Horas extraordinarias (en torno... *op. cit.* p. 758; MONREAL BRINGSVAERD, E., *Régimen jurídico de las horas extraordinarias*. Madrid: Edersa, 2000, p. 138; PRADOS DE REYES, E.J., “La ordenación del tiempo... *op. cit.* p. 509.

²⁰⁹ AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Pamplona: Aranzadi, 2000, p. 209; MONREAL BRINGSVAERD, E., “Retribución en metálico de trabajo nocturno, horas extraordinarias y en los transportes, horas de presencia, régimen estatal y problemática convencional”, *TS*, núm. 159, 2004, p. 35; PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F., “La retribución de las horas extraordinarias”, *RL*, Tomo I, 1985, p. 185.

en el sector de sanidad donde se diferencia entre horas extraordinarias normales y horas de guardias²¹⁰.

Se ha planteado si es posible aplicar la absorción y compensación de salarios en relación con las horas extraordinarias cuando su retribución es superior al mínimo legal. En este sentido, la doctrina jurisprudencial²¹¹ ha señalado que la retribución por hora extraordinaria se produce por una causa concreta y está sujeta a un mínimo de derecho necesario, por lo que no se aplica el principio de absorción y compensación salarial.

En cuanto a la cuantía exacta de la retribución de la hora extraordinaria no es una cuestión nada pacífica. Como se ha señalado, con anterioridad a la reforma de 1994, se abonaba en un 75 % más del valor de la hora ordinaria. Pero ello era bastante elevado para las empresas, y suponía una penalización a la contratación de personas trabajadoras. Ahora bien, se planteaba cuál era el módulo de referencia sobre el que aplicar dicho recargo del 75 %, esto es, si era el valor de la hora ordinaria. Así, se generó una doctrina jurisprudencial²¹² que admitía la posibilidad de que la base de cálculo estuviese integrada por una cuantía inferior al valor de una hora ordinaria de trabajo. De esta forma, al final, el valor de la hora extraordinaria se reducía. Sin embargo, a partir de la reforma de 1994, con la supresión de dicho 75 %, se planteó si se seguía aplicando dicha doctrina jurisprudencial, estimándose que no, ya que el marco normativo era diferente. Por tanto, en la actualidad, cabe entender que el valor de la hora extraordinaria no puede situarse por debajo de la cuantía de la hora ordinaria de trabajo, pues “para las horas extraordinarias se establece bien su compensación en tiempo equivalente de descanso retribuido o su retribución en una cuantía que no podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, como establece el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores en una norma que la Sala ha considerado de Derecho necesario relativo y que, por tanto, se impone como un mínimo para la negociación colectiva, que podrá mejorar esa regulación estableciendo una retribución superior, pero no desconocerla fijando

²¹⁰ SSTSJ Galicia, de 27 de febrero de 2012, rec. núm. 5104/2008; Galicia, de 22 de mayo de 2012, rec. núm. 4845/2008.

²¹¹ STS de 24 de julio de 2006, rec. núm. 1570/2005, que señala que “de lo que ordenan los arts. 34 y 35 del ET, en especial lo que disponen los números 1 y 3 del art. 34 y los números 1 y 2 del art. 35, debe deducirse que la retribución de las horas extraordinarias no es compensable ni absorbible con otras remuneraciones distintas del trabajador. La retribución de las horas extraordinarias constituye un concepto salarial independiente y autónomo que responde a la finalidad específica de remunerar el tiempo trabajado que excede del que es propio de la jornada ordinaria de trabajo, y no guarda homogeneidad alguna con las restantes percepciones de los trabajadores; y por ello no es posible compensar ni absorber tan especial retribución con ningún otro concepto salarial diferente. Antes al contrario, estos otros conceptos salariales, no solo no compensan ni absorben aquella remuneración, sino que su importe tiene que ser tenido en cuenta al objeto de determinar la cuantía a que ha de ascender el precio de cada hora extraordinaria; lo que supone que lejos de impedir el pago de este precio, dichos conceptos remuneratorios inciden sobre el mismo aumentando su cuantía”.

²¹² STS de 30 de noviembre de 1994, rec. núm. 1030/1994.

una compensación económica inferior”²¹³. Se configura así como una norma de derecho necesario relativo, a partir de la cual se puede establecer una retribución igual o superior al valor de la hora ordinaria, pero nunca inferior.

Por consiguiente, se hace necesario determinar cuál es el valor de la hora ordinaria para determinar cuál es el módulo sobre el que opera la hora extraordinaria. Para ello, se debe determinar cuál es el salario anual y dividirlo por el número de horas anuales de trabajo pactado, siendo el cociente el valor de la hora ordinaria de trabajo²¹⁴. Para realizar este cálculo deben incorporarse todas las partidas de naturaleza salarial. Así lo señala nuestro alto tribunal cuando indica que “la especificación, que hace el artículo 35.1 ET de que el valor de las horas extraordinarias en ningún caso podrá ser inferior a la hora ordinaria, por su propia dicción literal no permite a la autonomía colectiva fijar ese valor en relación únicamente a uno de los elementos componentes de la estructura salarial, cuál es el salario base. De haberlo querido el legislador así lo hubiera dispuesto, como acaeció en su día, en otros preceptos hay modificaciones; así, p. ej. el artículo 25 ET disponía, en su redacción originaria, respecto a los incrementos económicos por antigüedad que los mismos «se calcularían sobre el salario base» e igual referencia contenía el artículo 3.4 b) que al regular la retribución por nocturnidad disponía que «tendrán la retribución específica incrementada como mínimo en un 25 por 100 sobre el salario base» (...) La expresión legal «en ningún caso» conduce al «*ius cogens*» y, por tanto, el principio de jerarquía normativa o de legalidad (art. 9 de la Constitución) y el laboral de «norma mínima» imponen el inexorable respeto a este mínimo. El valor de la hora extraordinaria, según el precepto, es el que correspondería a cada hora ordinaria, y este último valor hace relación no solo al salario base, sino a todos aquellos complementos que deben integrarse en la estructura salarial”²¹⁵.

En definitiva, el valor de la hora extraordinaria debe incluir las diferentes partidas salariales recogidas en el convenio colectivo, incluidas las pagas extraordinarias²¹⁶, pero no los conceptos extrasalariales²¹⁷. En este sentido, no se incluyen los incentivos, primas o bonus, retribuciones variables en función de la consecución de rendimientos u objetivos superiores, ya que tales percepciones

²¹³ STS de 20 de febrero de 2007, rec. núm. 3657/2005. En el mismo sentido, SSTS de 14 de mayo de 2019, rec. núm. 48/2018; de 27 de junio de 2018, rec. núm. 227/2016; de 13 de noviembre de 2013, rec. núm. 2310/2012.

²¹⁴ STS de 21 de febrero de 2007, rec. núm. 33/2006, que indica que “el salario ordinario unitario y total constituye la base cuantitativa del correspondiente al de la hora extraordinaria, de modo que dividiendo el importe anual del mismo por el total de horas de trabajo anuales pactados o establecidos se obtiene la realidad de cuál sea el valor de la hora ordinaria”. En el mismo sentido, STS de 10 de noviembre de 2009, rec. núm. 42/2008.

²¹⁵ SSTS de 7 de febrero de 2006, rec. núm. 337/2005; de 21 de febrero de 2007, rec. núm. 33/2006.

²¹⁶ STSJ País Vasco, de 19 de diciembre de 2003, rec. núm. 2459/2003.

²¹⁷ SSTS de 21 de mayo de 2013, rec. núm. 1166/2012; de 21 de diciembre de 2012, rec. núm. 897/2012; de 18 de septiembre de 2012, rec. núm. 4486/2011; de 7 de febrero de 2012, rec. núm. 2395/2011.

no obedecen a una jornada normal de trabajo²¹⁸, ni aquellas que retribuyen circunstancias cuando no concurren o coinciden con la realización de horas extraordinarias, es decir, complementos no consolidables, que solo se tienen en cuenta para calcular la cuantía de la hora extraordinaria cuando las circunstancias que justifican su abono o devengo concurren en el momento de realizarse las horas extraordinarias. Estos complementos solo se tendrán en cuenta si en la ejecución de la hora extraordinaria concurren las circunstancias que determinan su devengo, pues, en caso contrario, no pueden ser tenidos en cuenta porque si fuese una hora ordinaria no se tendrían tampoco derecho a percibirlos²¹⁹.

5.2.2. Compensación en descanso

La otra posibilidad para abonar las horas extraordinarias es compensarlas con descanso retribuido, y esta es, de hecho, la preferencia legal. A esta modalidad de retribución se puede llegar ya sea por pacto expreso en convenio colectivo o en contrato de trabajo, bien, simplemente, por la ausencia de regulación convencional o contractual.

Cabe señalar que cuando se opta por esta modalidad debe medirse el tiempo de trabajo de forma global, de tal forma que no se realiza un exceso de tiempo de trabajo, pues el exceso motivado por la hora extraordinaria realizada, se va a ver compensado con un periodo de descanso que, como mínimo, debe ser equivalente a las horas extraordinarias realizadas. Por lo tanto, en el sumatorio final no se habrá incrementado el tiempo de trabajo, sino que seguirá siendo el mismo, incluso es posible que la utilización de la compensación genere una reducción del tiempo de trabajo si se pacta una compensación no equivalente, sino superior al trabajo extraordinario puntualmente desarrollado²²⁰.

Ello ha hecho plantear a la doctrina si, en estos casos, realmente existen horas extraordinarias, ya que en el sumatorio final no hay incremento de trabajo.

²¹⁸ STS de 1 de marzo de 2012, rec. núm. 1881/2011.

²¹⁹ RABASO RODRÍGUEZ, N., "Horas extraordinarias en el sector de la seguridad privada. Punto final", *RGDTSS*, núm. 32, 2012, p. 6. También la STS de 1 de marzo de 2012, rec. núm. 1881/2011 señala que "en el presente caso el actor solicita que se le abonaran todas las horas extraordinarias con inclusión en las mismas de pluses como los de plus de peligrosidad, plus nocturnidad y plus festivos, cuando los tres primeros vienen establecidos en el art. 69 del Convenio para retribuir las horas que se prestan utilizando la indicada radioscopia, o en horario nocturno o en días festivos, etc. Si se parte de la base de que estos complementos vienen calificados en el art. 69 del Convenio como «complementos de puesto de trabajo» de forma que su devengo se produce exclusivamente cuando se trabaja en aquellas concretas situaciones es lógico y congruente que se perciban en las horas extraordinarias trabajadas de noche, en festivos, etc., pero no es aceptable, porque eso iría en contra de lo expresamente establecido por la norma convenida, que se solicite cuando no se preste el trabajo en tal situación". En el mismo sentido, SSTS de 1 de marzo de 2012, rec. núm. 4478/2010; de 1 de marzo de 2012, rec. núm. 4481/2010; de 7 de febrero de 2012, rec. núm. 2395/2011.

²²⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *El tiempo flexible. La... op. cit.* p. 197.

Según un sector doctrinal²²¹, al que me uno, debe entenderse que se trata de horas extraordinarias, pues, aunque en el monto global no se produce un aumento del tiempo de trabajo, inicialmente, sí se produce un incremento del tiempo de trabajo ordinario.

De lo que no cabe duda es que esta modalidad de retribución permite a la empresa un mecanismo de redistribución del tiempo de trabajo, facilitando así que se aumente el ritmo de trabajo en determinados momentos y adaptarse así a las necesidades productivas.

Sobre esta modalidad de retribución se plantean diversos aspectos. En primer lugar, lo que debe entenderse por el tiempo de tiempo equivalente de descanso al de la hora extraordinaria. No es factible compensar por un periodo de tiempo inferior, pues se está ante una norma de derecho necesario relativo, susceptible de mejora, pero no de empeoramiento. No obstante, cabe plantearse una situación en la que se opte por una retribución de carácter mixto, abonándose una cuantía salarial al menos equivalente a la hora ordinaria de trabajo, más un periodo de descanso. En estos casos, realmente, se utiliza una compensación salarial que se complementa adicionalmente con un periodo de descanso que no tiene que ser, necesariamente, equivalente a la hora extraordinaria realizada, pudiendo ser menor.

En segundo lugar, debe señalarse que el tiempo de descanso con el que se compensa es tiempo retribuido, no siendo posible, por tanto, que no fuera retribuido, pues, en tal caso, las horas extraordinarias no tendrían coste económico alguno para la empresa, produciéndose, en este caso, una situación de enriquecimiento injusto. Por tanto, como mínimo, el valor de la retribución de la hora de descanso debe ser idéntico al valor de la hora ordinaria de trabajo, y más teniendo en cuenta que las horas compensadas con descanso en el plazo de cuatro meses desde su realización no se computan a los efectos de la superación del límite máximo de las 80 horas extraordinarias anuales, de manera que la empresa tendría a su disposición una reducción del salario en unas horas extraordinarias que pueden ser ilimitadas. En definitiva, se llegaría a una situación en la que la distribución del tiempo de trabajo en función de las necesidades empresariales, sería más barato que el trabajo ordinario y sometido a un horario pactado, y ello sin que haya diferencia cualitativa alguna con el trabajo ordinario.

En tercer lugar, en relación con el plazo para efectuar la compensación, el art. 35.1 ET se refiere a que debe compensarse dentro del plazo de 4 meses. Dicho plazo se prevé para los supuestos de compensación como consecuencia de la falta de pacto en convenio o contrato individual. Por tanto, ante la ausencia de una referencia legal sobre el plazo de compensación, se puede pactar el plazo que las partes consideren oportuno, ya sea el de cuatro meses, o bien uno inferior o

²²¹ RODRÍGUEZ PASTOR, G., *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 106.

superior²²². No obstante, aunque las partes pueden pactar los plazos que consideren oportunos, sería conveniente no superar el año natural, manteniendo así el principio de anualidad que también afecta a las horas extraordinarias, sobre todo en los casos de distribución irregular de la jornada.

Cabe la posibilidad de que se pacte la acumulación de los descansos por jornadas completas, de manera que el disfrute de estos descansos se produzca una vez que se haya acumulado tiempo suficiente para completar una jornada de trabajo. Incluso se pueden detectar casos en los que se prevé la acumulación de estos descansos al periodo de vacaciones, o incluso la acumulación a final de año.

Por otro lado, este plazo de cuatro meses es dinámico, pues se dispone de cuatro meses desde la realización de cada hora extraordinaria, de manera que cada nueva hora extraordinaria genera su propio plazo de compensación²²³. No obstante, si se pacta un plazo determinado para la compensación, cabe estar a lo pactado. Por tanto, es posible establecer plazos estáticos para la compensación, y que todas las horas extraordinarias realizadas dentro de un plazo concreto se compensen dentro del mismo plazo²²⁴.

Cabe determinar si este plazo para la compensación se ve afectado por el principio de anualidad, es decir, si pese a contar con cuatro meses, la compensación debe realizarse dentro del año. Un sector²²⁵ estima que la existencia de este plazo de cuatro meses rompe con el principio de anualidad, pudiendo producirse la compensación en el año siguiente. No obstante, es conveniente que dicho principio se imponga al plazo de cuatro meses, pues lo contrario supone serias dificultades a la hora de delimitar la hora extraordinaria de la distribución irregular de la jornada²²⁶.

En el supuesto de que se haya superado el plazo de compensación sin que haya tenido lugar la compensación, cabe entender que, si la falta de compensación se debe a la suspensión del contrato de trabajo, se paralizaría el cómputo del plazo sin que pierda la persona trabajadora el derecho al descanso. Y de igual forma sucede si la no compensación se debe a causa ajena a ambas partes²²⁷.

Cuando la falta de compensación en plazo se debe únicamente por el incumplimiento empresarial, lo más sencillo es considerar que la persona trabajadora puede reclamar el abono de las horas extraordinarias realizadas. Sin embargo, algún sector²²⁸ estima que dado que se ha pactado la compensación,

²²² ALFONSO MELLADO, C.L., "Las horas extraordinarias"... *op. cit.* p. 83

²²³ EZQUERRA ESCUDERO, L., *Tiempo de trabajo: duración...* *op. cit.* p. 425; IGARTUA MIRÓ, M.T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 209.

²²⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Horas extraordinarias. Delimitación, registro...* *op. cit.* p. 194.

²²⁵ RODRÍGUEZ PASTOR, G.E., *El régimen jurídico de...* *op. cit.* p. 97.

²²⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Horas extraordinarias. Delimitación, registro...* *op. cit.* p. 194.

²²⁷ TRILLO PÁRRAGA, F.J., *Régimen jurídico de las...* *op. cit.* p. 57.

²²⁸ ALFONSO MELLADO, C.L., "Las horas extraordinarias"... *op. cit.* p. 83; BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y...* *op. cit.* p. 163.

debería producirse la misma aunque se haya superado el plazo máximo fijado debiendo imponerse una sanción a la empresa por infracción administrativa. Otro sector diferencia según si la compensación se ha pactado por convenio o se aplica supletoriamente por la ausencia de pacto -en cuyo caso no cabría la retribución salarial-, o si la compensación se ha pactado por contrato -en cuyo caso sí podría procederse a la reclamación del abono salarial-²²⁹.

En principio, para resolver estas situaciones cabe estar a lo negociado en el convenio colectivo, que es el que normalmente establece que, si se supera el plazo de compensación, la persona trabajadora tiene derecho al abono de las horas extraordinarias realizadas en la cuantía pactada, o bien que el abono se produzca si así lo solicita la persona trabajadora, que puede mantener la compensación con descanso, aunque fuera de plazo.

Por último, en cuanto al momento concreto en que debe disfrutarse del descanso compensatorio, nada establece la normativa reguladora, por lo que cabe remitirse a lo que establezca la negociación colectiva. En este sentido, el convenio colectivo podrá establecer que sea solo uno de las partes -empresa o persona trabajadora- la que determine el momento de la compensación, estableciendo para ello ciertos requisitos.

5.3. Límite cuantitativo

Partiendo de que la realización de horas extraordinarias supone un incremento del tiempo de trabajo, el legislador ha establecido unos límites a la posibilidad de realizar dichas horas. Esta limitación tiene su razón de ser tanto en la protección de la seguridad y salud de la persona trabajadora, como desde el punto de vista de la política de reparto de empleo. Por lo tanto, salud y política de empleo son los fundamentos del establecimiento de un tope máximo a la realización de horas extraordinarias.

Estos límites vienen establecidos en el art. 35.2 ET que recoge que el número de horas no podrá ser superior a 80 horas al año, si bien para las personas trabajadoras cuya modalidad o duración del contrato realicen una jornada en cómputo anual inferior a la general en la empresa, el número máximo se reúne en la misma proporción, como es el caso del contrato de duración determinada. No obstante, el límite correspondiente en estos contratos temporales es de derecho necesario, configurándose como una norma de carácter mínimo, de modo que los convenios colectivos o contratos de trabajo pueden reducir el tope, o distribuir el tope legal o el inferior que se negocie en módulos temporales inferiores al año²³⁰, pero no es posible que se aumente el número máximo de horas extraordinarias.

²²⁹ FITA ORTEGA, F., *Límites legales a la jornada de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 48.

²³⁰ MONREAL BRINGSVAERD, E., *Régimen jurídico de las horas...* op. cit. p. 91.

Este límite se configura como anual, lo cual permite una gran flexibilidad para la empresa, ya que puede acumular o concentrar las horas extraordinarias dentro del año, o bien distribuir las horas extraordinarias en pequeñas cantidades a lo largo de todo el periodo. Esta flexibilidad ha llevado a la doctrina a plantearse si la regulación nacional, que fija solo un tope anual, es conforme con la Directiva 2003/88/CE, pues su art. 6 establece que los Estados miembros deberán fijar una duración media del trabajo que no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada periodo de siete días. Es decir, fija una jornada semanal de 48 horas máxima, pero incluye en dicho tope máximo tanto la jornada ordinaria como las horas extraordinarias. Además, ello supone establecer un tope semanal a las horas extraordinarias, de manera que su realización no puede superar el total de 48 sumadas a la jornada ordinaria. Es decir, si la jornada ordinaria semanal es de 40 horas, solo podrían hacerse ocho horas extraordinarias a la semana. Ahora bien, si se tiene en cuenta que la Directiva establece este tope de 48 horas como promedio, aunque el promedio no es anual, sino que depende del periodo de referencia de cuatro meses ex art. 16 b), cabe entender que no se ha traspuesto correctamente la Directiva²³¹.

Asimismo, cabe señalar que el legislador puede reducir este tope e, incluso, eliminar la posibilidad de realizar horas extraordinarias. Así lo recoge expresamente el art. 35.2 in fine ET, según el cual el Gobierno puede suprimir o reducir el número máximo de horas, ya sea de forma temporal, con carácter general o para ciertas ramas de actividad o ámbitos territoriales. Ello se prevé como mecanismo para incrementar las oportunidades de empleo de las personas trabajadoras en desempleo.

5.3.1. Horas que no computan para el límite máximo

El art. 35 ET establece de forma expresa que determinadas horas no se computan a los efectos de la superación de las 80 horas máximas, concretamente, se refiere a las horas de fuerza mayor y las horas compensadas con descanso. Estas horas deben ser interpretadas de forma estricta, por lo que fuera de ellas no cabe el establecimiento de otras horas que no se computen a los efectos del tope máximo.

En relación con las horas de fuerza mayor, de hecho, por su propia naturaleza y finalidad, no deben computarse en dicho máximo, ya que su justificación es clara en el sentido de que no suponen un peligro para la política de empleo. Además, se trata de horas obligatorias. Y, como estas horas no se computan a los efectos del tope máximo de horas extraordinarias anuales, no se compensan tampoco con descanso para que dejen de servir para el cómputo de dicho tope²³².

Cabe plantearse si estas horas extraordinarias de fuerza mayor, que no computan para el tope máximo de 80 horas al año, tienen un carácter ilimitado.

²³¹ Así lo estima también GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Horas extraordinarias. Delimitación, registro...* op. cit. p. 211.

²³² BALLESTER PASTOR, I., "Horas extraordinarias (art. 35 ET)... op. cit. p. 375; BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y...* op. cit. p. 157.

En realidad, es dudoso que se pueda imponer a las personas trabajadoras a través de esta vía la realización de más horas de trabajo por lo que debe respetarse el límite del descanso de 12 horas ex art. 34.3 ET²³³. De cualquier forma, también es posible que sea el convenio colectivo el que establezca límites a la posibilidad de realizar estas horas.

En segundo lugar, en relación con las horas compensadas con descanso, estas horas son las denominadas también “invisibles”, en el sentido de que al ser compensadas con descanso no implican un incremento de la jornada de trabajo, incluso pueden suponer una reducción si se compensan con un descanso superior al trabajo realizado, y al no suponer un incremento global de la jornada, se justifica que no se computen para la superación del tope máximo²³⁴. Se configura así como un mecanismo de distribución del tiempo de trabajo y no de aumento del mismo.

En esta modalidad de horas es esencial respetar el plazo legalmente establecido para proceder a la compensación, plazo diferente al que se tiene en cuenta para computar el tope máximo de 80 horas anuales. Como se ha indicado anteriormente, por un lado, el plazo para compensar las horas, en principio será el pactado por las partes, y, en su defecto, el de cuatro meses. Por tanto, puede pactarse la retribución con compensación dentro de un plazo inferior o superior a los cuatro meses, ya que este es de carácter supletorio.

Por otro lado, el art. 35.2 ET establece que no se incluyen en el límite de las 80 horas, aquellas horas que se compensen dentro del plazo de cuatro meses desde su realización. Este plazo es idéntico al supletorio, pero son dos plazos diferentes. Cuando el plazo de compensación pactado ex art. 35.1 ET es superior a los cuatro meses, las horas compensadas con posterioridad al cuarto mes no se verán beneficiadas de la excepción del cómputo del art. 35.2 ET, ya que este precepto establece que no se tienen en cuenta aquellas horas compensadas dentro de los cuatro meses desde su realización. Por su parte, cuando el convenio colectivo establece un plazo inferior a cuatro meses ex art. 35.1 ET, si el pacto establece que solo cabe la compensación dentro de dicho plazo inferior, de manera que no es posible la compensación con descanso fuera de dicho plazo, no es posible dejar de computar tales horas no compensadas dentro del tope máximo de 80 horas anuales, ya que no hay descanso compensatorio. Pero si no se prohíbe dicha compensación fuera de plazo, esta seguirá siendo posible, por lo que la reducción del plazo en base al art. 35.1 ET no afecta a lo señalado en el art. 35.2 ET. Por tanto, una compensación fuera de plazo, pero dentro del plazo de cuatro meses, no debe ser tomada en cuenta a los efectos del tope máximo de las 80 horas anuales.

²³³ MARTÍN SERRANO, A.L., “Horas por necesidades urgentes... *op. cit.* p. 408; TRILLO PÁRRAGA, F.J., *Régimen jurídico de las...* *op. cit.* p. 49.

²³⁴ ALFONSO MELLADO, C.L.; GARCÍA ORTEGA, J., *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994. p. 40.

En cuanto al *dies a quo* del plazo de cuatro meses, el art. 35.2 ET señala que no se computan las horas compensadas con descanso “dentro de los cuatro meses siguientes a su realización”. Por tanto, cabe entender que cada hora realizada dispone de su plazo correspondiente de cuatro meses para proceder a la compensación. No existe un plazo general de compensación para todas las horas extraordinarias, sino que cada hora tiene su plazo correspondiente.

Por último, en el caso de que se supere el plazo de los cuatro meses sin que se haya efectuado la compensación, cabe estar a lo indicado anteriormente en relación con la retribución. De cualquier forma, y, en resumen, cabe interpretar que el art. 35.2 ET solo permite no computar las horas compensadas con descanso si dicha compensación se realiza en el plazo de cuatro meses, de manera que si se compensan cuando se supera dicho plazo, entrarán en el cómputo de las 80 horas extraordinarias anuales.

5.3.2. El papel de la negociación colectiva

Como señala la doctrina, debe destacarse el papel de la negociación colectiva a la hora de reforzar los límites a la realización de horas extraordinarias. Es decir, aunque el legislador establece un límite general, como es sabido, los convenios colectivos constituyen el instrumento que permite adecuar la normativa a las necesidades del sector productivo. Si a ello se une el papel que tiene en materia de reparto de empleo en el sector productivo en concreto o la empresa, no cabe duda que el convenio colectivo puede también limitar la realización de las horas extraordinarias, tanto en beneficio de la política de empleo como para adaptarse a las necesidades del sector productivo. De ahí, que haya convenios que reduzcan o limiten la posibilidad empresarial de acudir a las horas extraordinarias²³⁵.

De esta forma se pueden encontrar diversas tendencias entre los convenios colectivos. Por un lado, los convenios colectivos que se remiten al límite legal anual de las 80 horas anuales, ya sea reiterando expresamente dicha cifra o bien remitiéndose al tope legal sin mencionar cifra alguna²³⁶.

Por otro lado, otros convenios se limitan a establecer la importancia o conveniencia de limitar la realización de horas extraordinarias, manifestando que se realizarán solo cuando sean imprescindible o haya situaciones excepcionales,

²³⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *El tiempo flexible. La... op. cit.* p. 168; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del tiempo de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 143.

²³⁶ Convenio colectivo de bolsas y mercados españoles, Resol. de 5 de junio de 2023; convenio colectivo del grupo Prisa Radio, Resol. de 12 de marzo de 2024; convenio colectivo nacional de la fabricación de alimentos compuestos para animales, Resol. de 12 de noviembre de 2021; convenio colectivo intercentros de la empresa Navantia, SA., Resol. de 4 de febrero de 2019; convenio colectivo Paradores de Turismo de España, SA., Resol. de 26 de abril de 2019; convenio colectivo Mercedes-Benz Retail, SA Unipersonal, Resol. de 1 de abril de 2022; convenio colectivo industrias del curtido, correas y cueros Industriales y curtición de pieles para peletería, Resol. de 9 de marzo de 2023.

pero sin establecer compromisos firmes o limitaciones estrictas. Es decir, establecen meros llamamientos sin contenido obligatorio para la empresa, no imponiendo verdaderas limitaciones²³⁷.

Un tercer grupo de convenios diferencia entre varios tipos de horas extraordinarias y declara la prohibición de realizar unas y la posibilidad de realizar otras. Así, en algunos casos, suprimen determinadas horas extraordinarias. La limitación o prohibición de ciertas horas extraordinarias se entremezcla con la obligatoriedad o voluntariedad de las mismas, de tal forma que se establece la supresión de las horas extraordinarias “virtuales”, mientras que las horas por fuerza mayor se declaran obligatorias, y las horas de no fuerza mayor se mantienen como voluntarias²³⁸.

Por último otros convenios plantean la creación de una comisión por parte de la empresa y de la representación legal de las personas trabajadoras para estudiar el procedimiento a seguir para conseguir la reducción de las horas extraordinarias, o el estudio de esta cuestión, así como la posibilidad de realizar nuevas contrataciones en sustitución de las horas extraordinarias²³⁹. Y otros prohíben la realización de horas extraordinarias, salvo si son por fuerza mayor²⁴⁰.

5.4. Prohibiciones a la realización de horas extraordinarias

El ordenamiento jurídico ha establecido de forma expresa la prohibición de realizar horas extraordinarias para determinadas personas trabajadoras.

En primer lugar, el art. 6.3 ET prohíbe realizar horas extraordinarias a las personas trabajadoras menores de edad. Esta prohibición constituye otro elemento más de protección de las personas menores en materia de tiempo de trabajo, todo ello con el fin de favorecer su desarrollo y madurez. Esta prohibición actúa junto con otras medidas que tienen todas como fin proteger el desarrollo de las personas menores de edad. Así, junto a esta medida, el art. 34.3 ET limita el tiempo de trabajo diario a ocho horas de trabajo efectivo, incluyendo el tiempo dedicado a la formación; el art. 34.4 ET prevé un descanso en jornadas continuadas de 30 minutos, siempre que la jornada tenga una duración de más de cuatro horas y

²³⁷ Convenio colectivo de centrales nucleares Almaraz-Trillo, AIE, Resol. de 29 de marzo de 2021; convenio colectivo nacional de fabricación de alimentos compuestos para animales, Resol. de 12 de noviembre de 2021; convenio colectivo estatal de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados, Resol. de 16 de febrero de 2024; convenio colectivo sectorial de ámbito estatal de las administraciones de loterías, Resol. de 5 de junio de 2019.

²³⁸ Convenio colectivo Refresco Iberia, SAU, Resol. de 22 de abril de 2022.

²³⁹ Convenio colectivo estatal de las empresas y personas trabajadoras de perfumería y afines, Resol. de 16 de enero de 2023; convenio colectivo intercentros de la empresa Navantia, SA., Resol. de 4 de febrero de 2019; convenio colectivo Mercedes-Benz Retail, SA Unipersonal, Resol. de 1 de abril de 2022.

²⁴⁰ Convenio colectivo Electro Depot España, SLU, Resol. de 29 de marzo de 2019; convenio colectivo asociación para la gestión de la integración social, Resol. de 30 de junio de 2023.

media; el art. 37.1 ET prevé un descanso semanal de dos días ininterrumpidos como mínimo; y el art. 6.2 ET prohíbe realizar trabajo nocturno.

En segundo lugar, el art. 11.2 f) ET también prohíbe realizar horas extraordinarias para las personas trabajadoras con contrato para la formación y el aprendizaje. La justificación de esta prohibición se halla en las exigencias formativas de esta modalidad contractual, que no son compatibles con la ampliación de la jornada. No obstante, en este caso, se permite la realización de horas extraordinarias si son por fuerza mayor.

En tercer lugar, también queda prohibido la realización de horas extraordinarias para las personas trabajadoras a tiempo parcial (art. 12.4 c ET). La razón de ser se halla en la existencia de otra vía para realizar jornada extraordinaria, como son las horas complementarias ex art. 12.5 ET. Estas horas complementarias vienen a sustituir a las horas extraordinarias estructurales, por lo que no tiene sentido mantener para esta modalidad contractual las horas extraordinarias. No obstante, al igual que en el supuesto anterior, se permite la realización de horas extraordinarias si son por fuerza mayor.

En cuarto lugar, el art. 36.1 ET prohíbe la realización de estas horas a las personas trabajadoras nocturnas. La justificación de esta prohibición es lógica, toda vez que se trata de proteger la seguridad y salud de las personas trabajadoras, dado que el trabajo nocturno es mucho más penoso que el diurno, y supone un mayor desgaste tanto físico como psíquico. Por tanto, constituye una regla protectora para las personas trabajadoras nocturnas que actúa junto con otras reglas como es la reducción de la jornada máxima diaria a ocho horas de promedio en un periodo de quince días. Aspecto importante a tener en cuenta es que la prohibición afecta a las personas trabajadoras nocturnas, no al trabajo nocturno. De cualquier modo, es perfectamente posible que la negociación colectiva prohíba la realización de dichas horas en horario nocturno, caso en el que habría que entender que existen dos prohibiciones de origen diferente. Como es sabido, el art. 36 ET diferencia entre el trabajo nocturno y la persona trabajadora nocturna, y la prohibición afecta a la persona trabajadora nocturna y a toda su jornada, ya sea en periodo nocturno o diurno. Es decir, cuando una persona trabajadora no tiene la consideración de nocturna, pero realiza una parte de su trabajo en horario que es nocturno, puede realizar horas extraordinarias, pues no le está prohibido²⁴¹. No obstante, al igual que en el contrato a tiempo parcial, las personas trabajadoras nocturnas pueden realizar horas extraordinarias en base al RD 1561/1995, ya que su art. 32 prevé que la jornada de trabajo puede ampliarse cuando haya ampliaciones de jornada motivadas por las mismas situaciones reguladas en el citado RD; cuando resulte necesario para prevenir y reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes; o en el trabajo a turnos, cuando haya irregularidades en el relevo de los turnos por causas

²⁴¹ ALFONSO MELLADO, C.L., "Las horas extraordinarias"... *op. cit.* p. 76; BALLESTER PASTOR, I., "Horas extraordinarias (art. 35 ET)... *op. cit.* p. 368.

no imputables a la empresa. De cualquier forma, el art. 33 RD 1561/1995 regula la jornada de las personas trabajadoras nocturnas cuyo trabajo implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales, en cuyo caso la limita a ocho horas en el curso de un periodo de 24 horas durante el cual realicen un trabajo nocturno.

En quinto lugar, el art. 47.2 ET prevé también la prohibición de realizar horas extraordinarias para las personas trabajadoras afectadas por una reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En este caso, el fundamento se halla en que se trata de personas trabajadoras sometidas a una reducción de la jornada de trabajo, por lo que no tiene sentido que en tal caso se realicen horas extraordinarias aumentando así la jornada de trabajo²⁴². Aquí, no obstante, también se prevé la excepción de poder realizar horas extraordinarias por fuerza mayor.

En sexto lugar, la disposición adicional 1ª RD 295/2009 regula la prohibición para las personas trabajadoras que disfruten de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de hijo, o adopción, guarda o acogimiento a tiempo parcial. Debe señalarse que esta regla no trata de equiparar este supuesto con la situación del contrato de trabajo a tiempo parcial, pues en este caso se está ante una suspensión o permiso “a tiempo parcial”, y no es un contrato de trabajo a tiempo parcial. La justificación de esta prohibición se halla en que el disfrute de la suspensión a tiempo parcial es que se amplía la duración de la misma en idéntica proporción al tiempo trabajado, por lo que cada vez que se realice una hora extraordinaria habría que recalcular la duración. De cualquier forma, en este caso, también se prevé la excepción de poder realizar horas por fuerza mayor.

En séptimo lugar, el art. 13 RD 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo, establece la prohibición de realizar horas extraordinarias para las personas con discapacidad que trabajan en centros especiales de empleo. El fundamento reside lógicamente en las específicas condiciones de las personas con discapacidad. Y, de igual forma que en otros casos, se prevé como excepción la posibilidad de realizar horas extraordinarias por fuerza mayor.

En octavo lugar, el art. 28 RD 1561/1995 prohíbe realizar horas extraordinarias a las personas trabajadoras que prestan servicios en el interior de las minas. La justificación se halla también en la seguridad y salud laboral de las personas trabajadoras, pues el trabajo en el interior de las minas se caracteriza por su peligrosidad y penosidad. De hecho, el citado art. 28 no prohíbe de forma expresa realizar horas extraordinarias, sino que solo permite su realización en ciertos casos (reparación o prevención de siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, riesgo grave de pérdida o deterioro importante de materias primas, o

²⁴² BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y... op. cit.* p. 51.

por circunstancias de carácter estructural derivadas de la naturaleza de la actividad en los términos que en convenio colectivo se definan).

En noveno lugar, el art. 7 RD 396/2006 prohíbe también la realización de horas extraordinarias para aquellos trabajos que se realizan en contacto con amianto. Al igual que en el caso anterior, su justificación se halla en proteger la seguridad y salud de las personas trabajadoras.

Por último, también cabe hacer referencia a la prohibición de realizar horas extraordinarias que se pueda acordar por convenio colectivo. No cabe duda que la negociación colectiva puede prohibir realizar estas horas, así como también establece excepciones a dicha prohibición.

No obstante, cabe señalar que el hecho de que estas horas extraordinarias estén prohibidas no significa que, en la práctica, no se realicen. Lo que ocurre es que serán horas extraordinarias realizadas contra la prohibición legal o reglamentaria. Por tanto, la consecuencia de su realización es la misma que en el caso de que se realicen cuando se supere el límite de las 80 horas máximas, cuál es, que deberán retribuirse como horas extraordinarias, y la empresa habrá incurrido en un ilícito administrativo.

5.5. Registro de las horas extraordinarias

5.5.1. Marco normativo y coexistencia con el registro diario

El art. 35.5 ET regula el registro y control de las horas extraordinarias. Literalmente, establece que “a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente”.

Este precepto establece un mecanismo de control del tiempo de trabajo extraordinario, aunque su redacción no es la más clara y concisa.

De hecho, la regulación de las horas extraordinarias ha supuesto un conjunto de límites a su realización, lo cual es lógico, pues se trata de excesos de tiempo de trabajo. Y, como es sabido, las cifras reales muestran que durante años se han estado realizando muchas más horas extraordinarias de las que oficialmente se han declarado, lo cual ha incrementado el fraude.

Además, como es sabido, la redacción del art. 35.5 ET, tras la reforma de 1994, generaba una importante duda interpretativa cuando se conectaba con la distribución irregular de la jornada. El problema era si este precepto establece la obligación empresarial de registrar solamente la realización de horas extraordinarias, o, si, por el contrario, debe registrarse la jornada diaria. Si la respuesta es que debe registrarse la jornada realmente realizada, es decir, cada hora de trabajo realizada

día a día, la obligación de registro era completa. Ahora bien, si se entiende que solo deben registrarse las horas extraordinarias realizadas, la obligación de registro solo afectaría a estas, de modo que, si no se hacen, no hay obligación registral. Ello es lo que condujo, como se ha indicado anteriormente, a una importante polémica judicial que finalizó con la aprobación del RDL 8/2019.

Como es sabido, ya desde sus primeros pronunciamientos, el TS²⁴³ se mostró a favor de entender que la llevanza del registro de la jornada diaria de las personas trabajadoras, así como su entrega a la representación de las personas trabajadoras no era necesario cuando en las empresas no se realizaban horas extraordinarias. Entendía que únicamente era obligatorio llevar el registro de las horas extras realizadas y comunicar a final de mes a la persona trabajadora y a la representación legal de las personas trabajadoras el número de horas extras realizadas, si se han realizado.

Por su parte, la doctrina judicial²⁴⁴, en un caso de revisión de la actuación inspectora de trabajo en el sector bancario, se mostró a favor de que se realizase un control de la jornada de trabajo de forma completa y no únicamente cuando se realicen horas extraordinarias, pues considera que registrar horas extraordinarias u horas en exceso no tiene demasiado sentido si no existe un registro previo de jornada ordinaria o una fijación clara de la jornada en calendario laboral de obligatorio cumplimiento para la empresa. Así se señala que “ante el hecho de que el art. 35.5 ET establezca que «a efectos del cómputo de horas extraordinarias...» no se puede concluir que solamente cuando estas existan haya que hacer constar las ordinarias y ello porque según la tesis de la parte nunca podían computarse aquellas toda vez que para determinar su existencia es obvio que es preciso computar las horas

²⁴³ STS de 4 de junio de 1989. También SSTS de 11 de diciembre de 2003, rec. núm. 63/2003; de 25 de abril de 2006, rec. núm. 147/2005.

²⁴⁴ STSJ Andalucía (sala contencioso-administrativo), de 19 de septiembre de 2002, rec. núm. 968/1998, que señala que “si bien es cierto que el art. 35.5 del Estatuto de los Trabajadores exige que la jornada de cada trabajador se registre día a día, a efectos del cómputo de horas extraordinarias, dicho control solo es posible mediante el registro de la jornada, se realicen o no horas extraordinarias, más en el caso de los trabajadores a los que se refiere el acta de inspección que si bien realizan su función por las mañanas ocasionalmente acuden a trabajar por las tardes, siendo evidente que la falta de registro impide todo control. Por lo anteriormente expuesto, el registro de la jornada es esencial en la regulación del tiempo de trabajo, de modo que su falta no supone un mero incumplimiento de los deberes meramente formales, sino una trasgresión de normas en materia de jornadas de trabajo, que priva a los trabajadores del medio habilitado por el Estatuto de los Trabajadores para la oportuna comprobación y prueba de la jornada efectiva, estando los hechos tipificados en el art. 95.4 del Estatuto de los Trabajadores”. En el mismo sentido, STSJ Andalucía, de 25 de septiembre de 2002, rec. núm. 1338/1998, que señaló que “lo que impone el art. 35.5 ET a la empresa es el deber de llevar en todo caso un registro diario de la jornada que realice el trabajador totalizándose la misma generalmente con carácter mensual, o, si se quiere, como expone la ley, en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente. Que finalmente esa obligación se dirige a facilitar el control del cómputo de las horas extraordinarias que puedan realizarse es innegable, pero no lo es menos que para que eso pueda ocurrir se hace preciso el control diario de la jornada que ha de hacerse en todos los casos”.

ordinarias”²⁴⁵. Este sector judicial²⁴⁶ argumenta que se trata de un mecanismo de control individual de la jornada realizada que la empresa debe entregar al trabajador, junto con la nómina de salarios, y que existe un mandato legal de registrar el control horario de las personas trabajadoras.

La Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en sus informes de 31 de julio de 2014 y 1 de marzo de 2016, señaló que “para saber, para comprobar si se han realizado horas extraordinarias, es preciso conocer con exactitud el número de horas ordinarias de trabajo realizadas. Quizá podría decirse que, si las horas extraordinarias son voluntarias para el trabajador, salvo lo pactado, será conocida su realización de antemano y a partir de ese momento podría comenzar el cómputo. Sin embargo, eso no es suficiente. Primero, como hemos dicho, porque las horas extraordinarias son la diferencia entre el total de horas trabajadas en un cierto período y el número de horas ordinarias de ese mismo período; segundo, porque esa jornada ordinaria puede ser distribuida irregularmente a lo largo del año (art. 34.2 ET); y tercero, porque incluso horas trabajadas por encima de la jornada ordinaria no tendrán que ser contadas como tales, si se han compensado con descanso (art. 35.2 ET)”.

Y, finalmente, como se ha indicado, en sendos pronunciamientos²⁴⁷, el TS determinó que las empresas no están obligadas a llevar un registro de la jornada diaria de toda la plantilla para comprobar el cumplimiento de la jornada laboral y horarios pactados, sino que solo deben llevar un registro de horas extraordinarias realizadas, de acuerdo con la interpretación que realizan del art. 35.5 ET. De cualquier forma, el TS admite que “convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro diario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias”, pero “eso obligación no existe por ahora y los Tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario, mediante un condena genérica, que obligará, necesariamente, a negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto, no se trata, simplemente, de registrar la entrada y salida, sino el desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, cuando se pacte”.

De lo que no cabe duda es que el sistema de control tiene un importante aspecto procesal, pues facilita la prueba judicial de la realización de horas extraordinarias²⁴⁸. Uno de los problemas con los que se han encontrado las personas trabajadoras a la

²⁴⁵ STSJ Andalucía (sala contencioso-administrativo), de 6 de noviembre de 2006, rec. núm. 282/2002.

²⁴⁶ SSTSJ Cantabria, de 16 de enero de 2008, rec. núm. 1090/2007; Asturias (sala contencioso-administrativo), de 14 de julio de 2006, rec. núm. 625/2002.

²⁴⁷ SSTS de 23 de marzo de 2017, rec. núm. 81/2016; de 20 de abril de 2017, rec. núm. 116/2016.

²⁴⁸ DE LA FUENTE LAVÍN, M., *El régimen jurídico de...* op. cit. p. 197; GARCÍA RUBIO, M. A., “Ampliación de jornada: horas... op. cit. p. 271; IGARTUA MIRÓ, M.T., “La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el DL 8/2019”, *TL*, núm. 147, 2019, p. 119; MARÍN ALONSO, I., “La obligación empresarial de registro

hora de reclamar los salarios por las horas extraordinarias realizadas y no abonadas es que deben enfrentarse a una rígida interpretación jurisprudencial de los efectos de la carga de la prueba, según la cual la carga recae sobre la persona trabajadora demandante que deberá probar, las horas extraordinarias realizadas.

No obstante, la STJUE de 14 de mayo de 2019, C-55/2018, Asunto Deutsche Bank, considera que es imprescindible para el respeto a los derechos en materia de jornada máxima y de descanso regulados en la Directiva 2003/88/CE y los derechos en materia de salud laboral regulados por la Directiva 89/391/CE, el establecimiento de un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada persona trabajadora.

Ello llevó a nuestro legislador a incorporar a nuestro ordenamiento jurídico un sistema de cómputo de la jornada laboral, procediéndose así al RDL 8/2019, que añadió un nuevo apartado 9º al art. 34 ET.

La introducción del registro de la jornada del art. 34.9 ET no supone, en modo alguno, la eliminación del registro de las horas extraordinarias ex art. 35.5 ET, pues según el art. 34.9 ET el registro diario de jornada debe incluir el horario concreto de inicio y de fin de la jornada de trabajo, pero no señala que se registren las horas extraordinarias, pues esto último compete al registro de horas extraordinarias. Por tanto, la introducción del registro diario de jornada no elimina la obligación de mantener estos otros registros²⁴⁹.

No obstante, como algún sector doctrinal²⁵⁰ manifiesta, la coexistencia de los dos registros no significa que no puedan unificarse en un único registro, de manera que este único registro diario de la jornada incorpore todos los datos sobre el tiempo de trabajo, tanto la jornada diaria, como las horas extraordinarias, incluso, en el caso de las personas trabajadoras a tiempo parcial.

5.5.2. Régimen jurídico

El art. 35.5 ET determina que, a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada persona trabajadora se registrará día a día y se totalizará en el período fijado para el abono de las retribuciones, para lo cual se entregará a la

de la jornada ordinaria de trabajo ante el derecho de la Unión europea y el derecho interno”, *RGDTSS*, núm. 53, 2019, p. 102; ROA RICO, L.F., “Horas extraordinarias”... *op. cit.* p. 207;

²⁴⁹ Criterio Técnico 101/2019, sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de jornada de trabajo. Disponible en https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_101_2019.pdf, que señala que “el registro previsto en el artículo 34.9 ET no enerva los registros ya establecidos en la normativa vigente que se mantienen funcionales y de acuerdo con sus propias previsiones o régimen jurídico”.

²⁵⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Horas extraordinarias. Delimitación, registro...* *op. cit.* p. 123, que señala que “lo más adecuado hubiese sido haber incluido expresamente en el art. 34.9 ET las obligaciones registrales en materia de horas extraordinarias y de contrato a tiempo parcial, de manera que sólo exista un único registro al respecto que incluya la totalidad de diferentes datos a recopilar en materia de tiempo de trabajo”.

persona trabajadora la copia del resumen de dicho registro en el recibo salarial. Se establecen así dos obligaciones diferentes. Por un lado, la obligación de registro, y, por otro lado, la de facilitar información a la persona trabajadora.

En la versión originaria del ET de 1980 se establecía la obligación de registro de “la realización de horas extraordinarias”, día a día, aunque la totalización era semanal, entregándose copia a la persona trabajadora del parte semanal. Este precepto obedece a una de las regulaciones más antiguas del Derecho del Trabajo, pues ya el Convenio núm. 1 OIT de 1919 establece en su art. 8.1 c) la obligación de registrar las horas extraordinarias efectuadas, obligación que se reitera por el art. 11 Convenio núm. 30 de 1930²⁵¹. Esta obligación de registro se mantuvo con la reforma de 1994, aunque ya no se refería expresamente al registro de las horas extraordinarias, sino que tenía como fin computar las horas extraordinarias, pasando a ser la totalización y entrega de copia del registro semanal con la misma periodicidad que el abono de la retribución (mensual).

Al respecto, cabe señalar lo siguiente. En primer lugar, el fundamento de la obligación de registrar las horas extraordinarias y facilitar a la persona trabajadora una copia del registro tiene una razón de ser muy clara, que es el valor probatorio del registro y que la persona trabajadora tenga prueba documental de que ha realizado las horas extraordinarias²⁵². Ciertamente, una cosa es que la persona trabajadora tenga constancia de que ha realizado horas extraordinarias y otra bien distinta es la prueba procesal de las mismas. De ahí, la importancia del registro de las horas extraordinarias. Como la carga de la prueba de su realización recae sobre la persona trabajadora, es fundamental que exista una obligación de registro de las mismas, pues es la única prueba objetiva con la que cuenta. El problema se halla, como se ha indicado, en que, con anterioridad a la reforma del RDL 8/2019, solo existía la obligación de registrar las horas extraordinarias cuando estas se realizaban bastando que la empresa negase tal condición para no incumplir la obligación de registro. De ahí que la actual regulación normativa que obliga a llevar un registro diario de la jornada supone un reforzamiento del registro de las horas extraordinarias, facilitando su identificación.

En segundo lugar, el registro es individualizado, pues debe registrarse “la jornada de cada trabajador”. Lo más lógico es que haya un único registro donde estén incorporadas individualizadamente cada una de las personas trabajadoras y no que haya un registro específico para cada persona trabajadora. Dicho registro es permanente y continuo, en el sentido de que se deben incorporar diariamente al mismo las horas extraordinarias realizadas. Por lo tanto, es abierto y debe estar a disposición de la persona trabajadora que lo solicite. No obstante, la totalización del registro se realiza periódicamente, periodicidad coincidente con la propia del

²⁵¹ MERCADER UGUINA, J.R., “Planes de la Inspección de Trabajo sobre el registro de la jornada ordinaria de Trabajo: sus riesgos y sus dudas”, *TyD*, núm. 25, 2017, p. 114.

²⁵² ALFONSO MELLADO, C.L., “Las horas extraordinarias”... *op. cit.* p. 84.

abono de las retribuciones. Dicha totalización se formaliza a través de la entrega de un resumen del registro “en el recibo correspondiente”²⁵³. Por tanto, al igual que el salario, la totalización se realizará como máximo mensualmente. Ello supone que, en caso de recepción del salario con periodicidad inferior al mes, la totalización también tendrá esta periodicidad inferior, no siendo aceptable que se proceda a una totalización por periodos superiores al mes, pues estaría contraviniendo la periodicidad legalmente establecida²⁵⁴.

En tercer lugar, a diferencia del registro diario, el art. 35.5 ET no establece un plazo obligatorio de conservación de los datos del registro, por lo que podría plantearse la aplicación analógica del plazo de cuatro años ex art. 34.9 ET. Este plazo es también el mismo que el del art. 12.4 ET, en relación con el contrato a tiempo parcial. Por tanto, su aplicación analógica es viable. Aunque se pueda pensar que este plazo es excesivo si se tiene en cuenta que el plazo de prescripción para reclamar por la realización de horas extraordinarias es de un año (art. 59.2 ET), no obstante, como el plazo de reclamación en materia de cotización a la Seguridad Social es de también de cuatro años, queda justificada la duración del citado plazo.

En cuarto lugar, en lo que se refiere a las horas extraordinarias compensadas con descanso surge la duda de si deben ser registradas. El problema reside en que estas horas, en realidad, no suponen un exceso de jornada global, ya que estas horas son compensadas posteriormente con descanso, y no se computan, por consiguiente, en el límite máximo de 80 horas anuales. Cabe entender que estas horas también deben ser registradas, ya que es posible que la totalización sea mensual, pero la compensación tenga lugar en un plazo mayor -como los cuatro meses, de tal forma que las horas realizadas aún no se hayan retribuido en el descanso compensatorio. Además, también está la posibilidad de que estas horas finalmente no se compensen, por lo cual, debe existir constancia de las mismas a los efectos de tenerlas en cuenta para el tope máximo de las 80 horas anuales²⁵⁵.

En el caso de que las horas extraordinarias se compensen inmediatamente, esto es, dentro del mes natural en que se realicen, como no suponen ningún incremento de jornada en dicho mes, cabe entender que también deben ser registradas, ya que el art. 35.5 ET no diferencia entre unas y otras.

En quinto lugar, el descanso compensatorio de las horas que se compensen con descanso también debe registrarse, ya que ello es una prueba más de que dichas horas han sido compensadas. No obstante, nuestro alto tribunal ha indicado que la representación legal de las personas trabajadoras no tiene por qué ser informada de las compensaciones, pues “no existe norma legal ni convencional que exija el registro diario de las compensaciones de prolongación de jornada puesto que no

²⁵³ DE LA FUENTE LAVÍN, M., *El régimen jurídico de...* op. cit. p. 197.

²⁵⁴ GARCÍA RUBIO, M. A., “Ampliación de jornada: horas...” op. cit. p. 270.

²⁵⁵ ALFONSO MELLADO, C.L., “Las horas extraordinarias...” op. cit. p. 84.

lo exigen los preceptos antes referidos que limitan la obligatoriedad al registro de la jornada”²⁵⁶.

En sexto lugar, el incumplimiento empresarial de la obligación empresarial de registrar las horas extraordinarias y de entregar la copia del resumen a la persona trabajadora conlleva la realización de una infracción administrativa regulada en la LISOS. Se duda de si este incumplimiento conlleva un único incumplimiento o dos -la de registro y la de facilitar información a las personas trabajadoras-. La doctrina²⁵⁷ considera que existen dos obligaciones diferentes, cuales son, la de registrar y la de facilitar la información a la persona trabajadora, y el cumplimiento de la obligación de registro, no supone el cumplimiento de la de facilitar la información a la persona trabajadora.

En este sentido, se ha cuestionado si es posible imputar dos infracciones diferentes a la empresa cuando no hay registro de horas extraordinarias, de manera que se sancione por dicho incumplimiento y por no facilitar la información a la persona trabajadora al no existir registro de las horas extraordinarias. Por el contrario, cabe entender que, para cumplir la obligación de informar se requiere el previo cumplimiento de la exigencia de registro, de manera que el incumplimiento de la obligación de registro no supone realmente que también la empresa incumpla su deber de información. Por ello, la doctrina²⁵⁸ aboga por estimar que ello no supone una doble imposición de sanciones.

5.5.3. Control de horas extraordinarias por los órganos de representación de las personas trabajadoras

El art. 35.5 ET, además de la obligación de registro de las horas extraordinarias, prevé la obligación empresarial de facilitar información sobre la realización de horas extraordinarias tanto a la Autoridad Laboral, como a la representación legal de las personas trabajadoras. Así, la disposición adicional tercera RD 1561/1995 establece que la representación legal de las personas trabajadoras tiene derecho a ser informada mensualmente por la empresa de las horas extraordinarias realizadas, con independencia de su forma de retribución. Para ello, la empresa debe remitirle copia de los resúmenes a los que se refiere el art. 35.5 ET. Cabe señalar que, aunque el art. 35.5 ET se refiere a la representación unitaria, el art. 10.3.1 LOLS también establece este derecho de información para los y las delegados sindicales.

La representación de las personas trabajadoras debe recibir información mensual sobre las horas extraordinarias realizadas, hayan sido o no retribuidas o hayan sido o no compensadas con descanso. Este derecho se enmarca, además, en las funciones de control y vigilancia que el ordenamiento recoge en el art. 64.7 a) ET.

²⁵⁶ STS de 4 de diciembre de 2019, rec. núm. 82/2018.

²⁵⁷ GARCÍA RUBIO, M. A., “Ampliación de jornada: horas... *op. cit.* p. 270.

²⁵⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Horas extraordinarias. Delimitación, registro...* *op. cit.* p. 154.

En cuanto al contenido de esta obligación empresarial, el precepto establece que la representación legal será informada mensualmente por la empresa “de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores”.

En primer lugar, cabe plantearse si la empresa debe informar únicamente de las horas extraordinarias realizadas o si debe informar de la jornada diaria registrada. El TS ha considerado que la disposición adicional 3ª establece un derecho de la representación de las personas trabajadoras únicamente sobre la realización de horas extraordinarias, de manera que la empresa solo tiene la obligación de informar sobre las horas extraordinarias efectivamente realizadas, no sobre la jornada ordinaria de cada persona trabajadora²⁵⁹.

Aspecto diferente es que para poder informar de las horas extraordinarias realizadas sea necesario tener previamente un registro de la jornada diaria, ya que sin este es imposible controlar de manera efectiva las horas extraordinarias realizadas²⁶⁰.

Ello, como indica la doctrina²⁶¹, supone que hasta la aprobación del registro diario ex art. 34.9 ET con el RDL 8/2019, el derecho de información de la representación legal de las personas trabajadoras tenía escasa eficacia, ya que el registro existente solo era de horas extraordinarias y este solo se activaba de considerar la empresa que se habían realizado tales horas, lo cual, en la práctica, significaba que el control por los órganos de representación era nulo. Con la introducción del registro diario de la jornada de trabajo se impone así un control de la jornada que refuerza el control del registro de las horas extraordinarias.

Por tanto, aunque, según la disposición adicional 3ª RD 1561/1995, la representación legal de las personas trabajadoras no tiene derecho a recibir información periódica sobre la jornada ordinaria de cada persona trabajadora, limitándose esta información solo a las horas extraordinarias, sin embargo, según el art. 34.9 ET sí puede acceder la representación legal al registro diario de jornada.

Por otro lado, se plantea si la representación legal de las personas trabajadoras ha de recibir información individualizada de cada persona trabajadora o una

²⁵⁹ SSTs de 25 de abril de 2006, rec. núm. 147/2005; de 11 de diciembre de 2003, rec. núm. 63/2003.

²⁶⁰ SSAN de 19 de febrero de 2016, proc. núm. 383/2015; de 4 de diciembre de 2015, proc. núm. 301/2015, que señalan que “la obligación, contenida en el art 35.5 ET respecto de cada trabajador individualmente considerado, tiene otra manifestación que se inscribe dentro de las competencias de vigilancia asignados a la representación legal de los trabajadores, en el art. 64.7 ET. En esta esfera, la Disposición Adicional 3ª del RD 1561/1995 de 21 de septiembre sobre jornadas especiales de trabajo, señala que la representación de los trabajadores tiene derecho a ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, como recuerda STS 11-12-2003, rec. 63/2003”.

²⁶¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Horas extraordinarias. Delimitación, registro...* op. cit. p. 157.

información globalizada. Un sector²⁶² estima que ha de facilitarse información global y no individualizada. Otro²⁶³ aboga por entender que se debe facilitar información de cada persona trabajadora, pues si el fin de este mecanismo es permitir la vigilancia y control por parte de la representación legal del cumplimiento de la norma, no cabe duda que ofrecer una información global del número de horas extraordinarias realizadas no tiene mucho sentido, pues únicamente sirve para poder estimar si sería factible o no la contratación de nuevas personas trabajadoras en vez de realizar horas extraordinarias. A mi parecer, para que exista un real y efectivo control de las horas extraordinarias realizadas, la información debe ser individualizada, de cada persona trabajadora, pues de forma global no existe un control completo. Además, el art. 35.5 ET hace referencia expresa a “la jornada de cada trabajador”.

En cuanto a las horas extraordinarias compensadas con descanso, al igual que anteriormente se ha indicado que estas también deben registrarse, con independencia de si son compensadas o no con descanso, cabe entender que la obligación empresarial de informar de las horas extraordinarias realizadas, debe serlo de todas, con independencia de que hayan sido compensadas con descanso o retribuidas en metálico.

Por último, en cuanto al plazo y forma de esta información, la disposición adicional 3ª establece que la representación de las personas trabajadoras recibirá copia de los resúmenes a que se refiere el art. 35.3 ET, precepto que establece que la obligación de la empresa de entregar “copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente”, y este recibo, se refiere, lógicamente, al del salario. Por tanto, la información debe recibirse junto con el recibo del salario, que normalmente, será mensual. Lógicamente, la información a entregar a la representación legal de las personas trabajadoras es la relativa a las horas extraordinarias, no la del salario. Por tanto, la copia del resumen a entregar se formalizará documentalmente en forma distinta a la del recibo de salario²⁶⁴.

El incumplimiento por parte de la empresa de esta obligación de información constituye una infracción administrativa calificada como grave según el art. 7.7 LISOS.

²⁶² CEBRIÁN CARRILLO, A., “El control interno de las horas extraordinarias”, en DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: ACARL, 1991, p. 525.

²⁶³ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Horas extraordinarias. Delimitación, registro...* *op. cit.* p. 158.

²⁶⁴ ALFONSO MELLADO, C.L., “Las horas extraordinarias”... *op. cit.* p. 85.

CAPÍTULO 4. TRABAJO NOCTURNO Y A TURNOS

1. INTRODUCCIÓN

La OIT, en la Guía para establecer una Ordenación del Tiempo de Trabajo Equilibrada (2019), define el trabajo a turnos -incluido el trabajo nocturno-, como una manera de organizar el tiempo en la cual las personas se van sucediendo en el lugar de trabajo, de modo tal que el establecimiento pueda funcionar más allá del horario laboral de cada una en diferentes momentos del día.

Existen diferentes formas de clasificar los sistemas de trabajo a turnos, pero generalmente se dividen en dos categorías. Por un lado, el sistema de turnos fijos, en cuyo marco un determinado grupo de personas trabajadoras presta servicios siempre en el mismo turno, y, por otro lado, el sistema de turnos rotativos donde las personas trabajadoras se asignan a turnos de trabajo que varían regularmente a lo largo del tiempo y rotan las 24 horas del día.

Según la OIT, existe una tendencia, cada vez más en aumento, del número de personas trabajadoras que prestan servicios en trabajo nocturno y a turnos. Según la VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (2011)²⁶⁵ de España, un 22,2 % trabajaba a turnos y un 8.9 % tenía horario nocturno, ya fuera en turno fijo de noche o en jornada de turnos mañana-tarde-noche. En relación con el trabajo a turnos, en la industria afectaba al 28,7 % en las empresas más grandes, a una de cada tres personas trabajadoras. Entre las ramas de actividad destacan, especialmente, las sanitarias y sociales con un 37,1 %, pero también destacan otras como la industria química y la hostelería.

En relación con el trabajo nocturno, afectaba más frecuentemente a las personas trabajadoras de las ramas de actividades sanitarias y sociales con un 23,8 %.

²⁶⁵ Disponible en <https://www.insst.es/documents/94886/96082/VII+Encuesta+Nacional+de+Condiciones+de+Trabajo%2C+2011.pdf/399f13f9-1b87-41de-bd7e-983776f8212a?t=1528877644476>

Desde el punto de vista del género, las mujeres son las que trabajaban con más frecuencia en jornadas continuas de mañana y jornadas continuas de tarde, mientras que los hombres lo hacían más en turnos rotativos, incluyendo la noche.

Según la IV Encuesta Europea sobre Condiciones de Trabajo de 2017²⁶⁶, a nivel comunitario, casi 2 de cada 10 personas trabajadoras (19 %), prestaban servicios durante la noche, como mínimo, una vez al mes. Ello, además, era más común entre los hombres, con un 24 %, que, entre las mujeres, con un 14 %. Además, un 21 % de todas las personas trabajadoras de la UE prestan servicios a turnos, lo que representa un aumento con respecto al 17 % que se registró en la misma encuesta de 2010 y 2005.

Del tipo de sistema de turnos, el rotativo seguido de turnos permanentes (mañanas, tardes o noches) es el más utilizado. Por su parte, los turnos divididos diarios que comportan un descanso de al menos cuatro horas entre periodos de trabajo, son menos comunes.

En el ámbito comunitario, según Eurofound, la Encuesta de Condiciones de Trabajo de 2021 -adaptada a las circunstancias de la pandemia- refleja que el trabajo nocturno es más frecuente en hombres que en mujeres (un 25 % sobre un 17 %). En relación con los sectores de actividad, aquellos relacionados con la seguridad, como fuerzas armadas y servicios de protección, el 65 % manifiesta que presta servicios de noche. También es bastante habitual en actividades de cuidado, como profesionales de la salud con un 39 %, y ocupaciones vinculadas a la operación de instalaciones con un 24 %, y el transporte de mercancías como operaciones de plantas y máquinas (42 %) y conductores (46 %).

Cuando se presta la actividad en modalidad de sistema de trabajo a turnos o nocturno, cabe tener en cuenta que los seres humanos como organismos vivos tienen unos ritmos biológicos, tales como, circadianos, infradianos y ultradianos²⁶⁷. En este sentido, el reloj biológico forma parte de las diferentes células de nuestro organismo. Muchas funciones vitales están relacionadas con algún tipo de oscilación rítmica que ha llevado a plantear la existencia de relojes biológicos que marcan los diferentes pasos de la actividad orgánica, tales como las secreciones hormonales, la regulación de la temperatura del cuerpo, o el funcionamiento del corazón y del cerebro²⁶⁸. Asimismo, el reloj biológico puede verse afectado por la luz o la oscuridad, indicando si es hora de dormir o de despertarse.

A diferencia del reloj biológico, los ritmos circadianos son los cambios biológicos, neurológicos o del comportamiento que guardan una duración de 24

²⁶⁶ Disponible en <https://www.eurofound.europa.eu/es/surveys/encuesta-europea-sobre-las-condiciones-de-trabajo-ewcs>

²⁶⁷ GOLOMBEK, D., *Cronobiología Humana*. Quilmes, Universidad Nacional de Quilmes, Argentina, 2008.

²⁶⁸ LABATH, L., *Cerebro, Reloj biológico, Ritmo Circadiano*, 2016. Disponible en <https://asociacioneducar.com/cerebro-reloj-biologico>

horas aproximadamente, en concordancia con el ciclo de luz solar diaria. Sirven para sincronizar la adaptabilidad del organismo a los cambios del medio, donde la luz es una de las señales que más impacto producen. Por su parte, el reloj biológico es el que controla a los ritmos circadianos, y muchas funciones encefálicas guardan relación con algún tipo de oscilación rítmica. Se trata de mecanismos de regulación y de autorregulación del organismo, que permiten una adecuada adaptabilidad²⁶⁹.

En este contexto, los cambios del ritmo circadiano, los síntomas de insomnio o hipersomnia son propios de jornadas o turnos laborales que se solapan con el periodo normal del sueño, permaneciendo la persona trabajadora en alerta en un momento inadecuado de su ciclo sueño-vigilia. Las condiciones de trabajo en turnos nocturnos o de madrugada o cuando este se realiza en turnos rotativos, demandan tiempo para adaptar el ciclo sueño-vigilia a la nueva situación y conllevan una reducción de las horas de sueño, con la consiguiente perturbación del ritmo circadiano de sueño-vigilia²⁷⁰.

La doctrina²⁷¹ es uniforme en que los efectos negativos del trabajo a turnos y del trabajo nocturno se basan en el desfase de los ritmos biológicos y la privación del sueño. Tanto el trabajo por turnos como el trabajo nocturno se relaciona con problemas de salud, ya que el reloj interno del cuerpo tiene dificultades para adaptarse al ciclo normal de luz y oscuridad. Así, por ejemplo, trastornos del sueño y del estado del ánimo, enfermedades cardiovasculares, modificaciones del sistema inmune e incluso cánceres. Se ha estudiado la relación entre enfermedades cardiovasculares y el trabajo a turnos²⁷², pues la desregulación del ritmo circadiano se asocia a efectos negativos en el sistema cardiorrenal y un mayor riesgo de mortalidad cardiovascular²⁷³. Asimismo, se asocia el turno nocturno con alteraciones cardiovasculares²⁷⁴.

Según la doctrina médico-científica la exposición a luz durante la noche y la exposición crónica a medidores relacionados con el estrés están relacionados con riesgo de cáncer²⁷⁵. Se concluye que existe un nivel de confianza alto para una relación causal entre el cáncer y el trabajo nocturno persistente, es decir, el trabajo

²⁶⁹ LABATH, L., *Cerebro, Reloj biológico, Ritmo... op. cit.*

²⁷⁰ GÁLLEGO PÉREZ LARRAYA, J.; TOLEDO, J.B.; URRESTARAZU, E.; IRIARTE, J., "Clasificación de los trastornos del sueño", *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, núm. 30, 2007.

²⁷¹ SERRA M.L., "Trabajo en turnos, privación de sueño y sus consecuencias clínicas y médico legales", *Revista Médica Clínica Las Condes*, núm. 3, 2013.

²⁷² TUCKER, P.; FOLKARD, S., *Working Time, Health and Safety*, OIT, 2018. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618490.pdf

²⁷³ COSTELLO H.M.; GUMZ, M.L., *Ritmo circadiano, genes del reloj e hipertensión: avances recientes en la hipertensión*. *Hipertensión*, 2021.

²⁷⁴ DESCHAMPS PERDOMO, A.; SAHILYN, B.; OLIVARES, R.; DE LA ROSA ZABALA, K.L.; ASUNSOLO DEL BARCO, A.; "Influencia de los turnos de trabajo y las guardias nocturnas en la aparición del Síndrome de Burnout en médicos y enfermeras", *Medicina y Seguridad en el Trabajo*, núm. 57, 2011.

²⁷⁵ GEHLERT, S.; CLANTON, M., "On Behalf of the Shift Work and Breast Cancer Strategic Advisory Group", *Int J Environ Res Public Health*, núm. 17, 2020.

nocturno frecuente y de largo plazo, que comienza especialmente en la edad adulta temprana, que provoca la interrupción del ritmo circadiano y un nivel de confianza moderado para una relación causal entre el cáncer humano y ciertas condiciones de iluminación²⁷⁶. La exposición a la oscuridad suprime la hormona nocturna melatonina con propiedades oncostáticas con alteración del ritmo circadiano, es decir, se trata de la desalineación entre la noche y el día, entre las células y los órganos, y los surigiere como los principales mecanismos involucrados en la carcinogénesis²⁷⁷.

2. TRABAJO NOCTURNO

2.1. Marco normativo

En el ámbito internacional, el trabajo nocturno fue regulado ya en los inicios de la OIT. Así en el Convenio núm. 4 OIT, sobre el trabajo nocturno (mujeres), de 29 de octubre de 1919 (actualmente derogado), ya se diferenciaba entre trabajo nocturno y persona trabajadora nocturna. El Convenio núm. 20 OIT sobre el trabajo nocturno (panaderías), de 19 de mayo de 1925, recogía en su art. 1 que “a reserva de las excepciones previstas en las disposiciones del presente Convenio, queda prohibida la fabricación, durante la noche, de pan, pastelería o productos similares a base de harina. 2. Esta prohibición se aplica al trabajo de todas las personas, tanto empleadores como trabajadores, que participen en dicha fabricación, pero no concierne a la fabricación casera efectuada por los miembros de un mismo hogar para su consumo personal. 3. El presente Convenio no se aplica a la fabricación de galletas al por mayor. Todo Miembro podrá, previa consulta a las organizaciones interesadas de trabajadores y de empleadores, determinar los productos que, a los efectos de este Convenio, deban ser considerados como “galletas””. Posteriormente, se vuelve a aprobar el Convenio núm. 41, sobre el trabajo nocturno (mujeres) (revisado) (actualmente derogado), de 4 de junio de 1934, que estableció en su art. 3 que “las mujeres, sin distinción de edad, no podrán ser empleadas durante la noche en ninguna empresa industrial, pública o privada, ni en ninguna dependencia de estas empresas, con excepción de aquellas en que estén empleados únicamente los miembros de una misma familia”. A tales efectos, el art. 2 consideraba que “el término noche significa un período de once horas consecutivas, por lo menos, que comprenderá el intervalo que media entre las 10 de la noche y las 5 de la mañana”.

Finalmente, se aprueba el Convenio núm. 89, sobre el trabajo nocturno (mujeres), de 17 de junio de 1948, que vuelve a recoger en su art. 3 que “las mujeres, sin distinción de edad, no podrán ser empleadas durante la noche en ninguna

²⁷⁶ GIMÉNEZ BADIA, S.; TENDERO, CANET SANZ, T.; JURADO LUQUE, M.; MADRID PÉREZ, J.A.; MERINO ANDREU, M.; SELLES GALIANA, F., “Trastorno de retraso de la fase del sueño y del despertar. Síndrome de retraso de fase”. *Revista Pediátrica Atención Primaria*, núm. 71, 2016.

²⁷⁷ HANSEN, J., “Trabajo nocturno y riesgo de cáncer de mama”, *Medicina y Seguridad en el Trabajo*, núm. 4, 2017.

empresa industrial, pública o privada, ni en ninguna dependencia de estas empresas, con excepción de aquellas en que estén empleados únicamente los miembros de una misma familia”. Y para ello, su art. 2 establece que “el término noche significa un período de once horas consecutivas, por lo menos, que contendrá un intervalo, fijado por la autoridad competente, de por lo menos siete horas consecutivas, comprendido entre las 10 de la noche y las 7 de la mañana; la autoridad competente podrá prescribir intervalos diferentes para las distintas regiones, industrias, empresas o ramas de industrias o empresas, pero consultará a las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores antes de fijar un intervalo que comience después de las 11 de la noche”. Junto a este Convenio, se halla el Protocolo núm. 89 relativo al Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), de 6 de junio de 1948.

Es el Convenio núm. 171, sobre el trabajo nocturno, de 6 de junio de 1990, el que se caracteriza por tratarse de un instrumento que ha sido introducido con el fin de cambiar la dinámica de los antiguos convenios sobre esta temática. Concretamente, en lugar de promover una técnica prohibicionista, tal como se había dispuesto desde los inicios de la actividad normativa de la OIT, con este Convenio se ha decidido recorrer un camino más flexible, reconociendo la realidad del trabajo nocturno, y consagrando ciertos derechos a las personas trabajadoras nocturnas, en una clara manifestación protectora. Así, los arts. 4 a 10 prevén una serie de medidas para las personas trabajadoras a fin de proteger su salud, ayudarles a cumplir con sus responsabilidades familiares y sociales, proporcionarles posibilidades de mejoras en su carrera y compensarles adecuadamente.

Así, en el Convenio núm. 6 OIT, sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), de 29 de octubre de 1919, prohíbe “emplear durante la noche a personas menores de dieciocho años en empresas industriales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de aquellas en que únicamente estén empleados los miembros de una misma familia” (art. 2). Asimismo, establece que “el término noche significa un período de once horas consecutivas, por lo menos, que comprenderá el intervalo que media entre las 10 de la noche y las 5 de la mañana” (art. 3).

También el Convenio núm. 79, sobre el trabajo nocturno de los menores (trabajos no industriales), de 19 de septiembre de 1946, establece que “los niños menores de catorce años que sean admitidos en el empleo a jornada completa o a jornada parcial, y los niños mayores de catorce años que estén todavía sujetos a la obligación escolar de horario completo, no podrán ser empleados ni podrán trabajar de noche durante un período de catorce horas consecutivas, como mínimo, que deberá comprender el intervalo entre las 8 de la noche y las 8 de la mañana” (art. 2). También el Convenio núm. 90, sobre el trabajo nocturno de los menores (industria) (revisado), de 17 de junio de 1948, prohíbe “emplear durante la noche a personas menores de dieciocho años en empresas industriales, públicas o privadas, o en sus dependencias, salvo en los casos previstos a continuación” (art. 3).

El Convenio núm. 90, sobre el trabajo nocturno de los menores (industria) (revisado), de 17 de junio de 1948, prohíbe “emplear durante la noche a personas menores de dieciocho años en empresas industriales, públicas o privadas, o en sus dependencias, salvo en los casos previstos a continuación”.

En el ámbito nacional, el art. 36 ET, titulado “Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo” regula el régimen del trabajo nocturno y la persona trabajadora nocturna. Este precepto queda desarrollado por el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

No obstante, junto al art. 36 ET, existen otros preceptos estatutarios que complementan la regulación, como los arts. 6.2 y 6.3 relativos a la limitación del trabajo de menores; el art. 34 ET relativo a la duración de la jornada; el art. 37 sobre el descanso semanal, fiestas y permisos; o los arts. 4.2 d), 5 b) y 19 relacionados con el derecho en materia de seguridad y salud en el trabajo. Asimismo, para el tema de la seguridad y salud en el trabajo, es importante la LPRL, Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

El antecedente del art. 36 ET lo encontramos en la reforma laboral de 1994, concretamente, la L 11/1994, que procede a modificar este precepto para adecuar el texto de 1980 a las prerrogativas de la UE, especialmente en materia de seguridad y salud en el trabajo. Dicha modificación tuvo lugar por la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre, la cual regula las implicaciones preventivas específicas del tiempo de trabajo nocturno, a turnos y ritmo de trabajo.

Además de esta Directiva, la 89/391/CE, de 12 de junio, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, ya preveía la obligación de la empresa de “garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo”.

2.2. Concepto de trabajo nocturno

El legislador diferencia entre el “trabajo nocturno” propiamente dicho y el concepto de “persona trabajadora nocturna”, conceptos que, aunque son similares, no tienen el mismo significado legal. Una persona que realiza trabajo nocturno no es siempre una persona trabajadora nocturna.

El trabajo nocturno viene definido en el art. 36.1 ET como aquel “realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana”. No se trata de una definición en sentido estricto de lo que el legislador entiende por trabajo nocturno, sino que es una opción del legislador a la hora de fijar el periodo temporal o marco horario en el cual encuadrar el periodo que debe considerarse como nocturno a efectos legales. De esta forma, se considera que es nocturno el periodo comprendido entre las 22 horas de la noche y las 6 horas de la mañana. Se define así el trabajo nocturno en función de que se preste servicios en una franja temporal prefijada, no en función

de unas características especiales en la forma de realizarla. Por tanto, se considera trabajo nocturno el prestado en esa franja horaria con independencia del tipo o forma del trabajo realizado²⁷⁸.

Destaca que esta previsión normativa es más protectora que la Directiva 93/104/CE, ya que la Directiva establecía que cada Estado debía fijar un periodo de trabajo nocturno que comprendiera un mínimo de siete horas, entre las cuales debía figurar siempre el periodo comprendido entre las 24 horas y las cinco de la mañana. Como se observa, el periodo fijado por el ET es más amplio que el de la Directiva.

Además, este periodo fijado en el art. 36 ET se configura como una norma de Derecho necesario respecto de los límites del trabajo nocturno, es decir, inalterable e imperativa. Debe considerarse tanto las ocho horas a las que se extiende la calificación de trabajo nocturno, como los límites cronológicos de inicio y fin de esa consideración, quedando prohibido que se pueda, ya sea vía negociación colectiva o individual, tanto reducir el número mínimo de horas que engloba el trabajo nocturno, como trasladar la franja horaria considerada nocturna a otras horas distintas de las legales respetando el mínimo de ocho horas nocturnas, retrasando el momento de inicio del trabajo nocturno después de las 22 horas, o anticipando el momento final del periodo nocturno a antes de las 6 de la mañana, aunque se respetasen las ocho horas que dura como mínimo el periodo nocturno²⁷⁹.

Lógicamente, este carácter de Derecho necesario o imperativo lo es con carácter de mínimo mejorable, por lo que pueden realizar pactos vía negociación colectiva o, incluso, mediante el contrato individual, que mejoren cuantitativamente el mínimo legal, es decir, ampliando el periodo nocturno para incluir un mayor número de horas calificables como nocturnas, adelantando el inicio del periodo legal o retrasando su finalización.

2.3. Concepto de persona trabajadora nocturna

El art. 36.1 ET define la persona trabajadora nocturna como “aquel que realice normalmente en periodo nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así como a aquel que se prevea que puede realizar en tal periodo una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual”.

En orden a calificar una persona trabajadora como nocturna, el legislador prevé dos vías alternativas, sobre las cuales cabe analizar con detalle.

Por un lado, aquella persona trabajadora que realice normalmente en periodo nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo. En este

²⁷⁸ CARCELÉN GARCÍA, J., *El sistema de trabajo a turnos y su problemática*. Madrid: Fundación Confemetal, 2000, p. 238-239.

²⁷⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Jornada nocturna”, en DE LA VILLA GIL, L.E. (Coord.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: ACARL, 1991.

sentido, cabe señalar, en primer lugar, que debe indicarse que se refiere a tres horas de su jornada diaria y no a un tercio de la misma.

En segundo lugar, cuando el art. 36.1 ET se refiere a “normalmente”, debe interpretarse en el sentido de que engloba tanto a los supuestos en los que a priori se tiene la certeza de que la persona trabajadora va a realizar la jornada en esos parámetros como cuando *a posteriori* se comprueba que tal es su forma de prestación de servicios²⁸⁰. Ello se corresponde con las personas trabajadoras que cuentan con jornadas de trabajo regulares y definidas, de tal forma que se sabe con antelación el horario de su jornada diaria.

En tercer lugar, debe entenderse que el cómputo de la horas trabajadoras a efectos de considerar a una persona trabajadora como nocturna, se debe referir a la jornada ordinaria y no a las horas extraordinarias²⁸¹, las cuales, por regla general, no son previsibles en su realización. Por tanto, habrá que estar al calendario laboral, el cual recoge la jornada ordinaria, para determinar si una persona trabajadora presta normalmente su jornada diaria en dichas horas nocturnas.

En cuarto lugar, se observa como el legislador establece un límite cuantitativo de las horas trabajadas en periodo nocturno de la jornada para calificar a la persona trabajadora como nocturna, de tal forma que es suficiente con la misma realice, al menos, tres horas diarias en horario nocturno para que sea calificada como nocturna. Por tanto, hay que interpretar que tanto aquella persona que presta servicios de 22 a las 6 horas de la mañana, como el que tiene un horario desde las 3 horas de la mañana hasta las 12 horas del mediodía, son personas trabajadoras nocturnas.

Por otro lado, también considera el art. 36 ET como persona trabajadora nocturna aquella que prevea que va a realizar al menos un tercio de su jornada anual en horario nocturno. En este supuesto, el legislador no alude a la jornada diaria, sino a la anual siendo el parámetro cuantitativo utilizado un tercio de la jornada anual. En este caso, se incluye al que realiza un trabajo a turnos rotatorios incluyendo el turno nocturno, en el que va a estar adscrita al menos un tercio de su jornada anual. También se incluyen aquellos supuestos de distribución irregular de la jornada anual, en los que resulte previsible que al menos un tercio de su jornada anual se desarrolle en periodo nocturno, lo que introduce un concepto de aleatoriedad, ya que podría no cumplirse tal previsión y haber sometido a la persona trabajadora a las limitaciones de la persona trabajadora nocturna. Según la doctrina²⁸², esto

²⁸⁰ PRADOS DE REYES, F.J., “La ordenación del tiempo de trabajo en la reforma del Estatuto de los Trabajadores”, *RL*, núm. 8, 1996.

²⁸¹ PRADOS DE REYES, F.J., “La ordenación del tiempo... *op. cit.*”; MARTÍN VALVERDE, A., “Trabajo nocturno, trabajo a turnos, ritmo de trabajo”, en MARTÍNEZ EMPERADOR, R., (Dir.), *Otras modificaciones del Estatuto de los Trabajadores. Extinción individual y extinciones colectivas del contrato de trabajo*. Madrid: CGPJ, 1995.

²⁸² PRADOS DE REYES, F.J., “La ordenación del tiempo... *op. cit.*”

quedaría solventado si se interpreta que lo que se pretende es compensar con dicho régimen la previsibilidad o disponibilidad de la persona trabajadora a la prestación de su trabajo en periodo nocturno.

Bien es cierto que, generalmente, se identifica a la persona trabajadora nocturna como aquella que trabaja toda su jornada de trabajo por la noche, pero, según el art. 36 ET, es perfectamente posible que persona trabajadora nocturna es aquella que habitualmente realice al menos tres horas de su jornada diaria en el periodo nocturno o aquella que se prevea que, en cómputo anual, va a realizar al menos un tercio de su jornada anual.

Por tanto, es persona trabajadora nocturna tanto la que presta todos sus servicios en el periodo nocturno, como también aquella que lo realiza de forma parcial siempre que diariamente realice tres horas de su jornada diaria o un tercio de su jornada anual.

Ello significa, a su vez, que no siempre coincide persona trabajadora nocturna con aquella que realiza horas en periodo nocturno, pues si solo se realizan dos horas nocturnas, no se está ante una persona trabajadora nocturna. De esta forma, aquellas personas que prestan servicios durante el día y, en algunos momentos puntuales, realizan parte de su jornada en horario nocturno, no son personas trabajadoras nocturnas.

Por último, no debe olvidarse que la definición legal de persona trabajadora nocturna es un mínimo de Derecho necesario que puede ser mejorado por convenio colectivo o contrato individual, pero nunca empeorado.

2.4. Protección de la persona trabajadora nocturna

Teniendo en cuenta lo indicado anteriormente sobre los efectos negativos que tiene el trabajo nocturno sobre la salud de la persona trabajadora, el legislador ha previsto una serie de medidas orientadas en la limitación del tiempo de trabajo para proteger la seguridad y salud de las personas trabajadoras.

Como señala la doctrina²⁸³, tanto la Directiva 93/104/CE como el ET se hacen eco de los estudios científico-médicos sobre la afectación del trabajo nocturno sobre la salud de las personas trabajadoras, y de ahí, el establecimiento de una serie de medidas que tienen como fin proteger su salud.

2.4.1. Limitación de la jornada diaria

El art. 36.1 ET establece que “la jornada de trabajo de los trabajadores nocturnos no podrá exceder de ocho horas diarias de promedio, en un período

²⁸³ MURCIA CLAVERÍA, A., “Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo”, en VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.) *La reforma del mercado laboral*. Valladolid: Lex Nova, 1994.

de referencia de quince días. Dichos trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias”. Al respecto, cabe señalar lo siguiente.

En primer lugar, esta limitación no se aplica a todas las personas trabajadoras que presten su servicio en periodo nocturno, sino solo a las que legalmente puedan ser calificadas de personas trabajadoras nocturnas. Esta restricción se aplica únicamente a las personas que tengan la consideración legal de persona trabajadora nocturna, no a aquellas que realicen una parte de su jornada en horario nocturno, pero sin llegar a tener tal consideración.

En segundo lugar, este límite no significa que la persona trabajadora nocturna no pueda realizar más de ocho horas diarias de trabajo, sino que las horas trabajadas deben computarse en periodos de 15 días, de tal forma que su resultado dé un promedio de ocho horas diarias.

En tercer lugar, esta regla se prevé como norma de Derecho necesario mínimo, mejorable, por consiguiente, por convenio colectivo o contrato individual, de forma que pueden reducir el número máximo de horas a realizar, pero no incrementarlo.

En cuarto lugar, en cuanto al periodo de 15 días previsto como de referencia, se plantea si deben ser considerados como naturales o laborales. En este sentido, estimo, al igual que un sector de la doctrina²⁸⁴, que deben ser considerados como laborales, ya que en las semanas laborales suelen ser de cinco días. En el mismo sentido lo regula también el art. 16 Directiva 2003/88/CE, el cual regula los periodos de referencia, y en su apartado c) se refiere a la duración del trabajo nocturno señalando que, “para la aplicación del artículo 8 (duración del trabajo nocturno), un período de referencia definido previa consulta a los interlocutores sociales o mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados a nivel nacional o regional entre interlocutores sociales. Si el período mínimo de 24 horas de descanso semanal exigido por el artículo 5 quedare comprendido en este período de referencia, no se tomará en consideración para el cálculo del promedio”. Este precepto lo que está indicado es que en el plazo de promedio para el trabajo nocturno se debe descontar el tiempo destinado al descanso semanal. Por ello, los 15 días deben considerarse como días laborales y no naturales, descontando de su cómputo el descanso semanal.

En quinto lugar, para las empresas que cuenten con sistemas de producción de 24 horas, el art. 36.3 ET, prevé que ninguna persona trabajadora “esté en el de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria”. Además, en estos casos, si la persona trabajadora presta al año al menos un tercio de su jornada en turno nocturno, se le aplicará también la limitación de la jornada nocturna de 8 horas de promedio en un periodo de 15 días. Por tanto, se utilizan dos plazos, el de dos semanas y el de 15 días, que no coinciden. La solución para conjugar ambos cómputos es que el límite de jornada nocturna de 8 horas de promedio para

²⁸⁴ GARCÍA NINET, J.I., “Trabajo nocturno y a turnos y protección de la salud”, *TS*, núm. 5234, 2010.

el supuesto de que la persona trabajadora nocturna cada dos semanas cambie de turno, es que esos 15 días comprenden los días trabajados durante esas dos semanas y los días que falten se computarán cuando la persona trabajadora de nuevo ocupe el turno nocturno en la siguiente rotación.

En sexto lugar, en el caso de que se pacte en convenio colectivo o contrato individual una distribución irregular de la jornada anual, cabe indicar que, respecto de las personas trabajadoras nocturnas, esos pactos o acuerdos sobre la distribución irregular en cómputo anual o distribución irregular de la jornada diaria están condicionados por el límite de ocho horas diarias en promedio de 15 días. Por tanto, estos pactos de distribución deberán tener en cuenta no ya el promedio de 40 horas señales de trabajo en cómputo anual, sino el promedio de 8 horas diarias en un periodo de 15 días.

Estos límites de la jornada de las personas trabajadoras nocturnas coinciden con lo establecido en el art. 8.1 Directiva 2003/88/CE, que señala que “el tiempo de trabajo normal de los trabajadores nocturnos no exceda de ocho horas como media por cada período de 24 horas”, definiéndose el periodo de referencia según el art. 16 c).

Por su parte, el art. 8.2 establece que el límite será absoluto y no un promedio para las personas trabajadoras nocturnas cuyo trabajo implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes, de tal forma que no trabajen más de ocho horas en el curso de un periodo de 24 horas durante el cual realicen un trabajo nocturno.

2.4.2. Prohibición a la realización de horas extraordinarias

El art. 36.1.2 ET establece otra medida de protección para las personas trabajadoras nocturnas, concretamente, la prohibición de realizas horas extraordinarias. Al respecto, cabe indicar que lo que el ET prohíbe expresamente es que las personas trabajadoras nocturnas realicen horas extraordinarias, partiendo de que se está haciendo referencia a las personas trabajadoras nocturnas calificadas así legalmente, no a cualquier persona trabajadora que preste servicios en horario nocturno.

Esta limitación no significa que no se puedan realizar horas extraordinarias en horario nocturno, sino que las personas trabajadoras nocturnas no pueden realizar horas extraordinarias en ningún momento del día.

Esta regla se configura, además, como una norma de Derecho necesario absoluto, de tal modo que no puede ser modificada ni por convenio colectivo ni por contrato individual.

2.4.3. Excepciones a estas dos limitaciones

Estas dos medidas pueden ser objeto de excepción en diversos casos.

Por un lado, el art. 34.7 ET habilita al Gobierno para que pueda realizar ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y en los descansos para aquellos sectores y trabajo que por sus peculiaridades así lo requieran. De igual forma, el art. 36.1.4 ET también habilita al Gobierno para que establezca limitaciones y garantías adicionales en ciertas actividades o por determinada categoría de personas trabajadoras.

Con ello se está autorizando al gobierno para que pueda ampliar los límites o reducir o exceptuar la limitación de la jornada de ocho horas de promedio quincenal y la prohibición de realizar horas extraordinarias respecto de las personas trabajadoras nocturnas, así como también habilitar al Gobierno para que establezca otras garantías adicionales para realizar trabajo nocturno en ciertas actividades o determinados grupos de personas trabajadoras.

No obstante, cabe señalar que la previsión del art. 34.7 ET se refiere a la persona trabajadora nocturna, mientras que el art. 36.1.4 ET al trabajo nocturno. Además, la primera previsión incluye la posibilidad de ampliar o reducir la regulación general, mientras que la segunda solo permite introducir limitaciones o mayores garantías, por lo que es más restrictiva que la primera. Asimismo, el art. 34.7 ET habilita al Gobierno para modificar la ordenación y duración de la jornada y descansos, mientras que el art. 36.1.4 ET se refiere a la forma de realización del trabajo nocturno. Por último, la primera habilitación se refiere a las peculiaridades de los sectores o trabajos, mientras que la segunda tiene su causa en los riesgos para la salud que comporta la realización del trabajo nocturno en determinadas actividades o por parte de determinados grupos de personas trabajadoras.

En este contexto, se aprueba el RD 1561/1995, en cuyo art. 32 se recogen unas “excepciones a los límites de jornada de los trabajadores nocturnos”. Concretamente, se permite la superación de la jornada de trabajo máxima de las personas trabajadoras nocturnas de ocho horas diarias de promedio en un periodo de 15 días, ya sea mediante la realización de horas extraordinarias o la ampliación del periodo de referencia de 15 días. Ello se prevé únicamente cuando sean casos de ampliaciones de jornada previstos en el capítulo II RD 1561/1995; cuando resulte necesario para prevenir y reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes; o en el trabajo a turnos, en caso de irregularidades en el relevo de los turnos por causas no imputables a la empresa.

Como se ha indicado, esta superación del límite de jornada de las personas trabajadoras nocturnas puede llevarse a cabo, en primer lugar, permitiendo la ampliación del periodo de referencia, pasando así de 15 días a cuatro meses, salvo que por convenio colectivo se acuerde la ampliación del periodo de referencia hasta

un máximo de seis meses, o de cuatro semanas en los dos segundos supuestos indicados anteriormente. De esta forma, lo que realmente se está permitiendo es que se puedan pactar distribuciones de jornada de una persona trabajadora nocturna no sometidas al periodo de referencia de los 15 días, sino a las excepciones del art. 32, para los casos de ampliación de jornadas previstos en el propio RD 1561/1995.

El segundo mecanismo para superar el límite de jornada es mediante la realización de horas extraordinarias, sea cual sea la forma de compensación de las mismas acordadas por las partes. Pero, para ello, el art. 32.2 RD 1561/1995 exige que cuando tenga lugar dicha ampliación realizando horas extraordinarias, deberá reducirse la jornada de las personas trabajadoras afectadas en los días subsiguientes hasta alcanzar el referido promedio en el periodo de referencia correspondiente.

Se prevé así que las horas extraordinarias realizadas por las personas trabajadoras nocturnas sean compensadas con una reducción de jornada de las personas trabajadoras afectadas en los días subsiguientes para alcanzar el promedio de referencia. Esta excepción a la prohibición general de realización de horas extraordinarias se aplica en los casos en los que el propio RD 1561/1995 permite ampliaciones de jornada o cuando sea para prevenir y reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes o en caso de irregularidades en el relevo de los turnos por causas no imputables a la empresa²⁸⁵.

De esta forma, se añade una garantía consistente en la reducción de las jornadas siguientes para mantener el promedio legal de las ocho horas en el periodo de referencia aplicable, con independencia de la normativa que establezca el convenio colectivo o contrato de trabajo sobre las horas extraordinarias, de tal forma que se aplicarían ambas compensaciones, la del RD 1561/1995 y la prevista por el convenio colectivo o contrato de trabajo. La razón de ser de esta mayor compensación de las horas extraordinarias realizadas por las personas trabajadoras nocturnas se halla en que se traspasa una prohibición absoluta de realizar horas extraordinarias²⁸⁶.

2.4.4. Otras limitaciones

Junto a estas dos medidas proteccionistas, el ET incluye otras previsiones que también limitan o influyen en el desarrollo del trabajo nocturno.

En primer lugar, debe respetarse el descanso diario y semanal de los arts. 34.3 y 37.1 ET, que se analizará con posterioridad.

En segundo lugar, cuando se preste servicios en un sistema de trabajo a turnos en empresas con procesos productivos continuos de 24 horas, ninguna persona trabajadora puede, salvo adscripción voluntaria, permanecer más de dos semanas

²⁸⁵ CARCELÉN GARCÍA, J., *El sistema de trabajo... op. cit.* p. 251.

²⁸⁶ PRADOS DE REYES, F.J., "La ordenación del tiempo... op. cit.

consecutivas en el turno de noche. Por consiguiente, en este tipo de empresas con procesos productivos de 24 horas, ninguna persona trabajadora puede estar en el turno nocturno más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria, ni puede tampoco realizar una jornada superior a ocho horas de promedio.

En tercer lugar, el art. 6.2 ET prohíbe que las personas trabajadoras menores de 18 años de edad realicen trabajo nocturno. Se trata de una prohibición absoluta, inmodificable por convenio y por contrato individual de trabajo.

Por último, para las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia natural, el art. 26 LPRL prevé una protección específica cuando la realización de trabajo nocturno comporte riesgos para la salud de la madre, del feto o del bebé.

2.5. Retribución del trabajo nocturno

Como es obvio, la realización del trabajo en periodo nocturno implica un plus de penosidad frente al trabajo diurno, de tal forma que es lógico que sea compensado abonando un plus, o que sea compensando con un descanso para poder reponer el desgaste físico y mental.

El art. 36.2 ET así lo prevé recogiendo que “el trabajo nocturno tendrá una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos”.

Al respecto, cabe realizar las siguientes matizaciones. En primer lugar, el art. 36.2 ET se refiere a la retribución del “trabajo nocturno” no del “trabajador nocturno”. Lo que se debe retribuir o compensar son las horas trabajadas en el periodo considerado como trabajo nocturno. Ello significa que se debe retribuir cada hora nocturna realizada con independencia de que tal hora haya sido realizada por una persona trabajadora considerada nocturna o no, pero que ha prestado servicios en el horario nocturno.

En segundo lugar, el art. 36.2 ET prevé dos formas de compensación. Por un lado, una retribución económica o, bien, por otro lado, la compensación en descanso. Con esta segunda forma de retribución, se observa un interés y preocupación del legislador en la seguridad y salud de la persona trabajadora.

Por un lado, en cuanto a la retribución económica, el anterior precepto estatutario preveía un incremento del 25 % sobre el salario base como forma de retribución del trabajo nocturno -conocido como plus o complemento de nocturnidad-. El art. 36.2 ET no prevé una concreta retribución, remitiéndose a la negociación colectiva para que sea esta la que lo determine. De esta forma, el ET contempla una retribución adicional y específica, pero no especifica ningún criterio ni porcentaje, sino que se remite a la negociación colectiva. Debe destacarse que el ET se remite al convenio colectivo, pero no al contrato de trabajo individual como

instrumento para regular esta retribución específica del trabajo nocturno, pues con ello trata de evitar posibles situaciones de discriminación. Sin embargo, un sector doctrinal²⁸⁷ señala que debe admitirse esta vía para el caso de que no exista negociación colectiva al respecto, dado que el art. 26.3 ET otorga la posibilidad que, en contrato individual y solo en defecto de negociación colectiva, pueda establecerse la estructura salarial entre la que habrá que incluir al complemento de nocturnidad.

Este plus o complemento de nocturnidad, tal y como prevé el art. 26.3 ET, en tanto complemento vinculado al puesto de trabajo -salvo pacto en contrario-, solo se percibirá por cada hora nocturna efectivamente trabajada, con independencia de que la jornada diaria sea total o parcialmente nocturna. Este plus no tiene carácter consolidable, salvo pacto en contrario, por lo que, en caso de cambio de puesto de trabajo, se perdería el derecho a percibirlo, salvo en el caso de movilidad descendente ex art. 39 ET, o el caso de movilidad a un puesto no correspondiente al grupo profesional de una trabajadora en los supuestos de riesgo durante el embarazo o la lactancia ex art. 26 LPRL.

Al retribuirse cada hora nocturna efectivamente trabajada, no se adiciona a su retribución la parte proporcional de sábado y domingo, ni tampoco el promedio de la nocturnidad abonada en los meses anteriores para el cálculo de las pagas extraordinarias. Tampoco se devengará el plus durante los días de descanso semanal, festivos o durante la situación de incapacidad temporal, o disfrute de permisos y licencias retribuidas. No obstante, sí se devenga durante las vacaciones, salvo que quede eludido de forma expresa por el convenio colectivo.

Por otro lado, como se ha indicado, el art. 36.2 ET prevé una segunda modalidad de retribución, que es mediante la compensación con descanso. No obstante, al igual que en el caso de la retribución económica, el legislador tampoco ha concretado la equivalencia de descanso que corresponde a cada hora nocturna trabajada, remitiéndose a la negociación colectiva para que sea esta la que lo determine. Lo lógico es que la compensación con descanso sea de como mínimo una hora diurna, incrementada en el mismo porcentaje que se haya fijado para aumentar la retribución de la hora nocturna frente a la diurna²⁸⁸.

En tercer lugar, el art. 36.2 ET indica de forma expresa que este complemento o plus de nocturnidad no se devengará cuando, para determinar el salario a percibir, ya se haya tomado en cuenta que se está ante un trabajo nocturno por su propia naturaleza, es decir, cuando la nocturnidad es consustancial a la actividad y se hubiera fijado ya una retribución para la actividad que excediera de la retribución general para ese mismo trabajo.

²⁸⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.; PALOMO BALDA, E., "La reforma del régimen de los salarios", *RL*, núm. 17-18, 1994; PRADOS DE REYES, F.J., "La ordenación del tiempo... *op. cit.*

²⁸⁸ CARCELÉN GARCÍA, J., *El sistema de trabajo... op. cit.* p. 258.

La doctrina ha planteado lo que cabe entender que un “trabajo sea nocturno por su propia naturaleza”. Según un sector doctrinal²⁸⁹, para calificar un trabajo como nocturno por “naturaleza”, deben concurrir unos requisitos. En primer lugar, debe tratarse de un trabajo del que pueda predicarse su carácter nocturno de una manera sustantiva en función de las circunstancias de tiempo, lugar y condiciones en que tenga que efectuarse, es decir, que dicho trabajo no pueda realizarse indistintamente en horario diurno o nocturno. Y, en segundo lugar, que el factor de nocturnidad forme parte de la estructura del salario. Ambos requisitos deben darse de forma acumulativa de tal forma que un trabajo que no es nocturno por su naturaleza desactiva la retribución adicional, o cuando un trabajo que es nocturno por naturaleza no se haya contemplado en la retribución.

La doctrina jurisprudencial, para determinar si se tiene derecho al plus de nocturnidad, atiende a la naturaleza de la actividad, así como al hecho de que ese dato de nocturno se haya tenido en cuenta para fijar la retribución, comparando al *quantum* del salario convenido y el salario diurno.

Así, en unos casos se ha entendido que no se tiene derecho a abonar cantidad alguna por nocturnidad por haberse tomado en cuenta tal dato a la hora de fijar el salario, a pesar de que las actividades no eran nocturnas por naturaleza²⁹⁰. Considera que, en un supuesto de una panadería, aunque el convenio no contemple el plus de nocturnidad, no implica concluir que el trabajo nocturno no ha sido objeto de consideración, pues lo determinante es analizar si concurren los dos requisitos señalados anteriormente, esto es, la naturaleza nocturna del trabajo y su influencia en la fijación del salario²⁹¹.

En otros casos, se ha negado el abono del plus si se ha pactado una jornada más reducida para aquellas personas que realizan su trabajo por la noche comparándola con la jornada diurna, de tal modo que la mayor penosidad que supone trabajar de forma permanente en horario nocturno, se compensa con el menor número de horas que se trabaja²⁹².

²⁸⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Jornada nocturna... *op. cit.*”

²⁹⁰ STCT de 5 de abril de 1989, en el caso de una empresa dedicada al transporte por carretera que contrata personas trabajadoras para atender la entrega de mercancías a unos grandes almacenes, considera que no procede el plus de nocturnidad, porque en el salario ya se había previsto el abono de un incremento por la nocturnidad. También en otra STCT de 5 de abril de 1989 considera que en la actividad de un hospital no procede el abono del plus de nocturnidad porque tal circunstancia ya se tuvo en cuenta en la valoración de los puestos.

²⁹¹ STS de 25 de febrero de 1994. El TS considera que en este caso concurre tanto el primer requisito referido a la naturaleza nocturna del trabajo, como el segundo referido a su influencia en la fijación del salario, ya que se percibe el plus de nocturnidad, pero en un porcentaje inferior al legal, y esta minoración del plus no afecta a la existencia del requisito.

²⁹² SSTS de 4 de marzo de 1992; de 27 de febrero de 1995; STSJ Madrid, de 28 de abril de 1994.

2.6. Deber de información a la autoridad laboral

El art. 36.1 ET establece que “el empresario que recurra regularmente a la realización de trabajo nocturno deberá informar de ello a la autoridad laboral”. Esta comunicación se realiza para informar a la autoridad laboral de la realización del trabajo en horas nocturnas, pero no supone, en ningún caso, la solicitud de autorización para hacerlo.

La finalidad de esta comunicación no es más que la autoridad laboral puede llevar a cabo un control y vigilancia del cumplimiento por parte de las empresas de la normativa sobre trabajo nocturno, especialmente, en materia de seguridad y salud, así como las prohibiciones antes señaladas.

Además, como se observa, se refiere al “trabajo nocturno”, no al “trabajador nocturno”, lo cual comprende el periodo realizado entre las 22 horas de la noche y las 6 horas de la mañana, así como el prestado en el periodo nocturno que pueda ser mejorado por la negociación colectiva o el contrato individual, con independencia, por tanto, de que dicho trabajo lo realice una persona trabajadora que legalmente sea considerada o no como nocturna.

Por otro lado, el art. 36.1 ET establece esta obligación cuando la empresa “recurra regularmente” al trabajo nocturno. Según la doctrina²⁹³ “recurrir regularmente” debe entenderse como utilizar el periodo nocturno de forma ordinaria o común para el desempeño del objeto empresarial, quedando, por tanto, exentos de esa obligación quienes acudan excepcionalmente a la realización del trabajo en dicho periodo.

Lo determinante para considerar que se recurre al trabajo nocturno no es la naturaleza de la propia actividad desarrollada, sino que se prevea que se va a trabajar algunas horas del periodo nocturno. La obligación surge cuando se trabaja durante ese periodo, aun cuando las personas trabajadoras no puedan ser calificadas como nocturnas.

3. TRABAJO A TURNOS

3.1. Introducción

El sistema tradicional de organización del trabajo se basa en un sistema organizativo de ocho horas diarias durante cinco días a la semana, con descanso los fines de semana, extendiéndose, en algunos sectores a los sábados. Este sistema encaja con el régimen general de ordenación del tiempo de trabajo.

No obstante, con el tiempo aparecen nuevas formas de organización del trabajo que se van extendiendo más allá de las ocho horas diarias, hasta llegar a la actividad que comprende las 24 horas día y los 365 días del año. En este contexto,

²⁹³ MURCIA CLAVERÍA, A., “Trabajo nocturno, trabajo a... *op. cit.*”

aparece la necesidad de organizar el ciclo productivo que abarque todo ese periodo, llegando a situaciones donde los mismos puestos de trabajo son ocupados por diferentes personas trabajadoras que realizan las mismas funciones, pero en diferentes franjas temporales o diferentes días de la semana, dando lugar a los denominados turnos de trabajo.

Y aquí es donde se plantea si las mismas personas van a desempeñar el trabajo en uno de esos turnos de forma fija, o van a ir pasando de un turno a otro, de forma rotatoria. En cualquiera de esas modalidades, cuantitativamente, la persona trabajadora realizará la jornada anual pactada, pero la distribución será diferente según se opte por una u otra modalidad. Básicamente, se pueden diferenciar dos modalidades. Por un lado, el trabajo a turnos rotatorios donde la persona trabajadora va cambiando de turno de trabajo de forma periódica, ya sea semanal o cada ciertos días. Por otro lado, el trabajo a turnos constante, donde la persona trabajadora siempre presta servicios en la misma franja horaria, ya sea en el turno de mañana, de tarde o de noche.

3.2. Concepto y características del trabajo a turnos

El art. 36.3 ET define el trabajo a turnos como “toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un periodo determinado de días o de semanas”. Esta misma definición es la que se contiene en el art. 2.5 Directiva 2003/88/CE.

Según la doctrina²⁹⁴, el trabajo a turnos puede tener diversas acepciones. Por un lado, equivaldría a horario, es decir, las diferentes franjas horarias en que puede ser dividida una jornada diaria, apareciendo así el turno de mañana, el turno de tarde y el turno de noche. Por otro lado, turno sería el conjunto de personas trabajadoras adscritas a una determinada franja horaria, refiriéndose al turno de noche como al conjunto de personas trabajadoras adscritas a la franja horaria nocturna.

Para otro sector doctrinal²⁹⁵, el trabajo a turnos conlleva un sistema de trabajo común que se presta en horarios diferentes y una concurrencia de varias personas que van alternándose en dichos horarios, permitiendo un funcionamiento prolongado e ininterrumpido de la actividad productiva por encima de la jornada de las personas trabajadoras que prestan esa tarea común.

En la organización del trabajo a turnos, cabe tener en cuenta que este puede ser diario, semanal, mensual, anual, etc., de tal forma que una vez establecido el

²⁹⁴ CARCELÉN GARCÍA, J., *El sistema de trabajo... op. cit.* p. 132.

²⁹⁵ GARCÍA GOMBAU, J., *El trabajo a turnos*. Bilbao: Deusto, 1991.

turno, la cadencia en el desempeño del trabajo ha de ser la misma para todas las personas trabajadoras.

De la definición legal contenida en el art. 36.3 ET, se extraen las siguientes características configuradoras del trabajo a turnos.

En primer lugar, se trata de una forma de organización del trabajo en equipos. Por equipos de personas trabajadoras cabe entender al conjunto de personas trabajadoras adscritas a un horario determinado en cada momento, de tal forma que deben existir varios equipos que ocupan los mismos puestos en horarios diferentes. No existe un número mínimo ni máximo de personas trabajadoras que forman el equipo, sino que dependerá de las necesidades organizativas y productivas de la empresa, pudiendo ser equipos de una única persona o más.

En segundo lugar, existe una sucesión de la prestación laboral en un mismo puesto de trabajo que responde a un cierto ritmo de trabajo, ya sea continuo o discontinuo. El término ritmo debe entenderse como sinónimo de sistema de trabajo, es decir, como modo en que la empresa puede organizar su actividad empresarial²⁹⁶. El sistema se considera de trabajo a turnos, con independencia del ritmo de trabajo, pues lo determinante es que haya una sucesión de personas trabajadoras en un mismo puesto, y sucesión de horarios respecto de un mismo puesto para ser ocupados por las diferentes personas trabajadoras, es decir, que un mismo puesto está desempeñado en diferentes horarios por varias personas trabajadoras que se van sucediendo entre sí según un ritmo preestablecido.

En tercer lugar, se requiere que la prestación de la persona trabajadora se efectúa en horas diferentes en un periodo determinado de días o semanas. Ello significa que una persona trabajadora, para realizar su prestación, debe ocupar su mismo puesto de trabajo en diferentes horarios, es decir, debe rotar en los mismos según una cadencia.

Rotación es definido por la RAE como acción y efecto de rodar, lo cual significa “suceder unas cosas a otras”. En este sentido, la rotación implica la sucesión de varios horarios alrededor de un puesto de trabajo, de tal forma que todo sistema de turnos conlleva una rotación con base en unas cadencias rítmicas de alternancia de trabajo y descanso y adscripción a cada turno u horario, completando unos ciclos que se repiten en el tiempo.

El trabajo a turnos se refiere a regímenes de turnos que no cubren las 24 horas del día, esto es, el trabajo a turnos discontinuo; a regímenes de turnos que cubren las 24 horas del día, descansando los fines de semana y festivos, esto es, el trabajo a turnos semidiscontinuo; y el sistema de turnos que cubren las 24 horas del día y los fines de semana y festivos, esto es, el trabajo a turnos continuo.

²⁹⁶ MURCIA CLAVERÍA, A., “Trabajo nocturno, trabajo a... *op. cit.*”

A la vista de estos requisitos, cabe entender que no tienen la consideración de sistema de trabajo a turnos, los siguientes. En primer lugar, aquellos supuestos en los que en la empresa solo existe un horario fijo y continuado de trabajo común para todas las personas trabajadoras adscritas a unos puestos de trabajo determinados, es decir, que cada puesto solo es desarrollado en un único horario. De esta forma, es posible que en una misma empresa existan diferentes horarios de trabajo en función de las diferentes actividades que se realicen en la misma. En este caso, a pesar de que existen diferentes horarios, no hay trabajo a turnos, ya que las personas trabajadoras adscritas a cada sección tienen un único horario fijo.

En segundo lugar, aquellos casos en los que cada persona trabajadora tiene asignado un horario fijo y realiza su prestación siempre en el mismo horario, pero de forma discontinua, pues, en este caso, se estará ante una distribución irregular de la jornada. En estos supuestos falta el requisito de la sucesión en la rotación y en la prestación de servicios en horas diferentes.

En tercer lugar, tampoco se considera trabajo a turnos cuando, aun existiendo varios horarios de trabajo en una empresa, la persona trabajadora siempre desempeña su trabajo en uno de dichos horarios o turnos de manera fija, sin rotar entre los diferentes turnos, pues en este caso no se da alternancia en los horarios, ya que las personas trabajadoras tienen siempre la misma franja horaria.

En cuarto lugar, tampoco lo son aquellas personas trabajadoras que van completando los equipos necesarios a causa del absentismo. Es decir, personas trabajadoras que, sin estar adscritas a un turno o equipo determinado, se incorporan a aquel en el que se produzca la ausencia, careciendo, pues de un calendario legal preestablecido.

Por último, tampoco lo son aquellos casos en los que existe una pequeña rotación o variación horaria, pero con mantenimiento de turnos cerrados o fijos, ni cuando la variación o rotación sea puntual o esporádica.

3.3. Fijación y modificación del trabajo a turnos

La empresa tiene libertad para decidir la modalidad organizativa de la misma, pudiendo optar por el sistema de trabajo a turnos, ya sea en turnos fijos o en turnos rotatorios. Esta decisión tiene un claro componente organizativo, técnico y económico.

De cualquier forma, la implantación de un trabajo a turnos puede coincidir con el inicio de la actividad de la empresa u ocurrir en el devenir de la vida empresarial. En este segundo caso, la implantación implica una modificación del sistema ya existente.

El art. 36.3 ET se limita a definir lo que se entiende por trabajo a turnos, pero no da reglas sobre la competencia para su establecimiento ni sobre su organización.

El único requisito que establece es que la sucesiva ocupación debe realizarse en función de un cierto ritmo y que los cambios deben estar determinados, es decir, deben ser conocidas por las personas trabajadoras con antelación.

En la fijación del trabajo a turnos, en primer lugar, es la empresa la que debe decidir desde el mismo momento del inicio de la actividad productiva la implantación del sistema de trabajo a turnos, el cual está sometido al régimen del horario de trabajo. Por tanto, salvo concreción colectiva, corresponde a la empresa, en el ejercicio de sus facultades de organización, fijar los turnos de trabajo que estime adecuados a su actividad. Es en este momento cuando la empresa decide si instaura un sistema de trabajo a turnos fijo o rotatorio, u otra forma horaria de prestación de servicios, estableciendo las cadencias de las rotaciones y su periodicidad.

En segundo lugar, una vez establecido el sistema de trabajo a turnos, corresponde a la empresa adscribir las concretas personas trabajadoras a los turnos, teniendo en cuenta las reglas del art. 36.3 ET sobre turno de noche o rotación en los turnos. La empresa debe respetar los mínimos legales y normas de obligado cumplimiento referido al trabajo de menores, descansos, horas extraordinarias, etc.

Cabe tener en cuenta que la organización del sistema de trabajo a turnos puede ser articulada a través de la negociación colectiva previamente al inicio de la actividad de la empresa. En este caso, el convenio debería ser diferente y superior al de la empresa, ya que en el inicio de la actividad de la empresa no es posible pactar con las personas trabajadoras, cuando ni siquiera han sido contratadas, ni tampoco han podido elegir a sus representantes. Y también es posible instaurar un trabajo a turnos a través del contrato de trabajo individual, respetando, lógicamente, los mínimos establecidos en el ET y el convenio colectivo.

Por otro lado, cabe destacar que el art. 36.3.3 ET establece que “las empresas que por la naturaleza de su actividad realicen el trabajo en régimen de turnos, incluidos los domingos y días festivos, podrán efectuarlo bien por equipos de trabajadores que desarrollen su actividad por semanas completas, o contratando personal para completar los equipos necesarios durante uno o más días a la semana”.

Esta previsión estatutaria contiene una opción a favor de la empresa que le permite que, cuando la actividad se extienda a los domingos y festivos, cubra tales días ya sea con las mismas personas trabajadoras que trabajan el resto de la semana, o bien contratar parcialmente a otras personas para tales días, posibilidad que ya está admitida por el legislador al regular el contrato a tiempo parcial. Podría entenderse que lo que el precepto contiene es una regla que permite a la empresa que las personas trabajadoras que presten sus servicios entre semana puedan trabajar extendiendo los turnos a los domingos y festivos, es decir, trabajando en los días que, en principio, forman parte del descanso semanal o son considerados no laborales.

Cabe entender que cuando el art. 36.3 ET establece “que por la naturaleza de su actividad realicen el trabajo en régimen de turnos” no hace referencia a que sea un requisito intrínseco de la actividad, es decir, no se trata de que haya actividades que por su naturaleza deban organizarse obligatoriamente en régimen de trabajo a turnos, sino que se refiere simplemente a las actividades que, por las necesidades del proceso productivo, lo normal es que se organicen en sistemas de turnos.

Por último, lógicamente, una vez asignada a una persona trabajadora a un determinado régimen de trabajo a turnos, si la empresa quiere llevar a cabo su modificación, deberá seguir el régimen del art. 41 ET para la modificación del horario.

3.4. Retribución del trabajo a turnos

El hecho de trabajar en un sistema de turnos afecta, lógicamente, a la vida laboral y también personal de una persona trabajadora, haciéndolas más penosas que el trabajo con un horario o turno fijo. De ahí, que se haya considerado que debe ser compensado económicamente.

Con anterioridad a la reforma de 1994, la compensación económica era el denominado plus de turnicidad, regulado en el Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, sobre ordenación del salario. No obstante, con la reforma de 1994 se deroga este Decreto, remitiendo el legislador a la negociación colectiva, o en su defecto, al contrato individual, para que sean estos los que regulen la estructura salarial y el plus de turnicidad.

Este plus de turnicidad tiene como fin, por tanto, compensar el mayor esfuerzo de la persona trabajadora que presta sus servicios en turnos rotativos con cambios de horarios, a diferencia de la persona trabajadora que tiene un horario fijo, que solo se retribuirá cuando efectivamente se produzca la rotación de horarios. Como señala nuestro alto tribunal, tiene como finalidad “compensar económicamente a los trabajadores por las mayores incomodidades que conlleva la modificación de los horarios de trabajo con carácter periódico y habitual con lo que su base fáctica (...) estriba en el cambio de horario determinado por esta modalidad de organización de trabajo y (...) compensa el desgaste psicofísico y el deterioro de la regularidad de los hábitos de la vida de la relación del trabajador”²⁹⁷. Es decir, la mayor gravosidad que supone no disponer de una jornada ordinaria de trabajo que se desempeñe continuada y cotidianamente en la misma franja horaria²⁹⁸, o la prestación de servicios en horas diferentes en un periodo determinado, lo que la hace más gravosa²⁹⁹.

²⁹⁷ STS de 28 de enero de 1993, rec. núm. 66/1992; SSTSJ Castilla y León, de 12 de junio de 2006, rec. núm. 987/2006; Comunidad Valenciana, de 25 de enero de 2005, rec. núm. 1961/2004.

²⁹⁸ STSJ Castilla-La Mancha, de 3 de abril de 2006, rec. núm. 1855/2004.

²⁹⁹ STSJ Andalucía, de enero de 2009, rec. núm. 3095/2007.

El plus no se devenga, además, por cada día en que efectivamente se rote, sino durante los días en que la persona trabajadora está sometida a la alternancia de los horarios³⁰⁰. Es decir, el plus se devenga por el hecho de estar adscrito a un puesto de trabajo que implique la rotación de horarios, con independencia de que la cadencia de la rotación sea dilatada en el tiempo, pues la finalidad de este plus es, como se ha indicado, compensar económicamente a las personas trabajadoras por las mayores incomodidades que conlleva la modificación de los horarios de trabajo.

Al retribuirse cada día en que se trabaje a turnos, salvo que así se pacte en convenio colectivo o contrato de trabajo, este plus de turnicidad no se adicionará a la retribución de las partes proporcionales de sábados y domingos, ni se incluirá un promedio de la turnicidad abonada en los meses anteriores para el cálculo de las pagas extraordinarias, ni se devengará los días de descanso semanal, ni festivos, ni durante la situación de incapacidad temporal o el disfrute de permisos y licencias. No obstante, sí debe incluirse en las vacaciones.

Este plus es de índole funcional y su percepción depende, por consiguiente, del ejercicio de la actividad profesional en el puesto asignado, por lo que se devenga durante la real y material realización del trabajo, y no los días que no se trabaja a turnos³⁰¹. Se tiene derecho al plus de turnicidad cuando la persona trabajadora realmente rota en los diferentes turnos de trabajo, aunque solo lo haga en los turnos de mañana y tarde³⁰².

En la regulación contenida en el ET, concretamente, en su art. 26 ET -referido al salario-, y el art. 36 -referido al trabajo a turnos-, no existe ninguna previsión expresa sobre el plus de turnicidad. Por tanto, solo en el caso de que expresamente se prevea dicho complemento en el convenio colectivo, o en su defecto, en el contrato de trabajo, la persona trabajadora generará el derecho al mismo. Por tanto, se establece una relación de subsidiariedad entre el convenio y el contrato de trabajo, ya que este solo podrá regular este complemento en ausencia de convenio colectivo³⁰³.

Por otro lado, cabe tener en cuenta que, como es sabido, el art. 26.3 ET establece que, por convenio colectivo, o en su defecto, por contrato de trabajo, se establecerá el carácter consolidable o no del complemento salarial de turnicidad. En defecto de pacto, el legislador considera que no son consolidables los complementos vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa. Como el plus de turnicidad es un complemento fijado en función de la forma de realizar el trabajo, salvo que exista pacto al respecto, cabe entender que no es consolidable, de tal forma que, si la persona trabajadora cambia de puesto de trabajo a otro en el que no se realicen turnos, no considera el derecho a seguir cobrando dicha turnicidad.

³⁰⁰ CARCELÉN GARCÍA, J., *El sistema de trabajo... op. cit.* p. 216.

³⁰¹ STSJ Galicia, de 14 de diciembre de 1990.

³⁰² STSJ Andalucía, de 8 de enero de 2009, rec. núm. 3095/2007.

³⁰³ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.; PALOMO BALDA, E., "La reforma del régimen... op. cit.

El plus de turnicidad, según la doctrina judicial, no se abona cuando se produce una alteración esporádica de los horarios de trabajo, pues se estima que la alteración de la jornada de un día no confiere a ese trabajo la calificación de trabajo a turnos³⁰⁴. Tampoco cuando la persona trabajadora no presta servicios en horas diferentes en un periodo determinado, como ocurre cuando se trabaja de lunes a sábado en horario de tarde y domingos alternos en turno de mañana, pues las horas asignadas son siempre las mismas³⁰⁵; ni cuando se trabaja en turno de tarde y para completar la jornada se trabaja algunos domingos y festivos por la mañana³⁰⁶; ni cuando una persona trabajadora está adscrita al turno fijo de mañana, aunque realice guardias de localización y disponibilidad en otro horario³⁰⁷.

En el supuesto de empresas con producción ininterrumpida, únicamente se reconoce a las personas trabajadoras con sistema de trabajo a turnos de 24 horas, durante los 365 días del año, y no a favor de cualquier persona trabajadora sometida al régimen de trabajo a turnos³⁰⁸.

No obstante, sí se tiene derecho al mismo cuando una persona trabajadora presta servicios a turnos sin que previamente se hubiera autorizado, pues la persona destinataria de la autorización previa no es la persona trabajadora, sino los responsables de las unidades administrativas³⁰⁹. También tienen derecho al mismo las denominadas personas trabajadoras “cubre-bajas”, pues se estima que el propio sistema de trabajo del personal denominado sobrante convierte en inherentes a su puesto de trabajo las variaciones horarias a que se halla sometida por su situación de cubre-bajas y da derecho a percibir el citado plus³¹⁰.

3.5. Límites a la organización del trabajo a turnos

El art. 36.3 ET regula una limitación específica para el trabajo a turnos. Según el mismo “en las empresas con procesos productivos continuos durante las veinticuatro horas del día, en la organización del trabajo de los turnos se tendrá en cuenta la rotación de los mismos y que ningún trabajador esté en el de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria”.

Al respecto, cabe señalar, en primer lugar, que se ha planteado si esta previsión va dirigida tanto a los trabajos a turnos continuos como semicontinuos, es decir, aquellos en los que se prestan trabajos durante las 24 horas del día, todos los días del año (continuos), así como aquellos que excluyen los festivos y fines de semana (semicontinuos). En otras palabras, si va dirigida a cualquier modalidad de trabajo

³⁰⁴ STSJ Extremadura, de 14 de septiembre de 1992.

³⁰⁵ STS de 6 de octubre de 2021, rec. núm. 1182/2020.

³⁰⁶ STSJ Castilla-La Mancha, de 30 de septiembre de 2020, rec. núm. 1187/2019.

³⁰⁷ STSJ Cantabria, de 31 de diciembre de 2004, rec. núm. 782/2004.

³⁰⁸ STS de 7 de octubre de 2011, rec. núm. 16/2011.

³⁰⁹ STSJ Andalucía, de 23 de mayo de 1997.

³¹⁰ STSJ Asturias, de 17 de marzo de 1995.

a turnos, o solo a aquellas empresas en las que exista un trabajo a turnos de 24 horas al día. Un sector de la doctrina³¹¹ consideró que la finalidad protectora de la vida personal y social de la persona trabajadora que preside la rotación de turnos durante el día completo inspira la rotación cuando los turnos no se extiendan a las 24 horas del día, debiéndose entender que se aplica a cualquier modalidad de trabajo a turnos. No obstante, otro sector, estima que la limitación solo se refiere a los trabajos que se extiendan las 24 horas, ya que la actual redacción consiste en una exacta transposición del anterior precepto³¹².

En segundo lugar, el precepto se refiere a los procesos productivos continuos de 24 horas, en los cuales se tendrá en cuenta la rotación. La doctrina se ha planteado si lo que pretende el legislador es que siempre que existan procesos productivos continuos de 24 horas organizados en turnos sea obligatoria la rotación, o simplemente pretende obligar a que tal posibilidad sea valorada por la empresa como una opción y no como una imposición. En este sentido, la doctrina opta por la segunda interpretación, ya que literalmente establece que la empresa “tendrá en cuenta la rotación”. Cabe entender, por consiguiente, que el ET recomienda y no impone que las personas trabajadoras roten entre los diferentes turnos en aquellas empresas en las que existan varios turnos motivados por ser un proceso productivo de 24 horas.

La doctrina³¹³ estima que el art. 36.3 ET incluye tanto los supuestos en los que no exista rotación, a pesar de haberse valorado la rotación como una posibilidad sin asumirla, así como aquellos casos en que una persona trabajadora que tenga asignado un turno fijo puede solicitar el cambio a un turno diferente cuando se le mantenga indefinidamente en contra de su voluntad. Se estima que la finalidad del precepto es recomendar la rotación para distribuir equitativamente el sacrificio entre todas las personas trabajadoras, evitando la adscripción forzosa permanente a turnos con horarios menos habituales³¹⁴.

En tercer lugar, el precepto contiene una regla prohibitiva indisponible, consistente en que no puede obligarse a ninguna persona trabajadora a permanecer en el turno de noche más de dos semanas consecutivas. Por consiguiente, la empresa queda obligada a hacer rotar a las personas trabajadoras en el turno de noche para que ninguna permanezca más del plazo legal establecido. No obstante, esta prohibición absoluta para la empresa tiene un carácter relativo o disponible para la persona trabajadora, de tal forma que esta limitación no se aplica si la persona trabajadora se adscribe voluntariamente al turno de noche.

³¹¹ MONTOYA MELGAR, A., “Jornada en régimen de turnos”, en DE LA VILLA GIL, L.E. (Coord.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: ACARL, 1991. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ PASTOR, G., *Tiempo de trabajo, descansos y permisos retribuidos. Actualizado a la última jurisprudencia del TJUE y del TS y a la doctrina judicial de los TSJ*. Valencia: CISS, 2022.

³¹² FALGUERA I BARÓ, M. “Reflexiones jurídicas sobre la turnicidad”, RDS, núm. 1, 1998.

³¹³ RODRÍGUEZ PASTOR, G., *Tiempo de trabajo, descansos... op. cit.*

³¹⁴ MARTÍN VALVERDE, A., “Trabajo nocturno, trabajo a.. op. cit.

Ahora bien, esta adscripción voluntaria no es de obligado acatamiento por la empresa. Es decir, aunque la persona trabajadora quiera hacer uso de la citada opción, la empresa no está obligada a aceptarla. El art. 36.3 ET obliga a organizar el trabajo para garantizar que ninguna persona trabajadora permanezca en el turno de noche más de dos semanas consecutivas, quedando a su elección el ofrecer la adscripción voluntaria a dicho turno o no hacerlo, pudiendo ser posible, por tanto, que exista un sistema de trabajo a turnos rotatorios en el que la rotación no se extienda al turno de noche por estar este cubierto por personas trabajadoras que voluntariamente han prestado su consentimiento a su permanencia fija en dicho horario.

Este límite se relaciona directamente con el propio límite de la jornada nocturna del art. 36.1 ET según el cual una persona trabajadora nocturna no puede realizar más de ocho horas diarias de promedio en un periodo de 15 días. Por tanto, y a pesar de su posible adscripción voluntaria, si en ese periodo de referencia la persona trabajadora realiza una jornada diaria superior a esas ocho horas diarias, llegará un momento en que no podrá seguir en el turno nocturno, aunque voluntariamente esté adscrito al mismo, ya que hay un límite absoluto para la jornada nocturna.

Esta adscripción voluntaria de la persona trabajadora al turno nocturno se configura como un pacto entre ambas partes. Dado el carácter más penoso del trabajo en el turno de noche frente a los otros turnos, hay que exigir ciertas formalidades en la forma de exteriorizar el consentimiento por parte de la persona trabajadora a la hora de adscribirse voluntariamente a dicho turno. Por tanto, dicha adscripción debe ser explícita, y debe ser aceptada por la persona trabajadora, no siendo posible que la representación legal de las personas trabajadoras supla dicha manifestación de voluntad.

De cualquier forma, debe señalarse que se ha criticado esta posibilidad de adscripción voluntaria al turno de noche, pues ello puede implicar una dejación por parte de la persona trabajadora de sus derechos de salud laboral e iría en contra de los derechos constitucionales a la salud y seguridad ex arts. 15, 40.2 y 43.1 CE. Es decir, se estaría renunciando ilícitamente a tales derechos.

Como argumentos en contra, se podría alegar que hay actividades en las que el trabajo nocturno es consustancial a la prestación de los servicios y no existe una prohibición genérica del trabajo nocturno.

Para salvar estos obstáculos, cabe entender que lo que el precepto permite es la renuncia temporal a su derecho a cambiar de turno, permaneciendo entre tanto en el turno nocturno, pero no se podrá admitir una renuncia definitiva al cambio, que sí podría implicar una renuncia sus derechos, de tal forma que cuando lo quisiera, podría solicitar cambiar del turno nocturno a otro o bien rotar en las rotaciones³¹⁵.

³¹⁵ CARCELÉN GARCÍA, J., *El sistema de trabajo... op. cit.* p. 229.

Por último, y partiendo de que la adscripción es voluntaria, debe entenderse que la misma es revocable³¹⁶, sin perjuicio de que pueda exigirse a la persona trabajadora el cumplimiento de un plazo de preaviso razonable para revocar su adscripción³¹⁷.

4. PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO NOCTURNO Y A TURNOS

Como se ha indicado anteriormente, y partiendo de que la prestación de servicios a turnos y en horario nocturno es más gravosa para la persona trabajadora, se prevén una serie de medidas que tienen como fin proteger la seguridad y salud de las personas trabajadoras. Tanto el trabajo nocturno como el trabajo a turnos han sido objeto de muchos estudios por su riesgo para la seguridad y salud de las personas trabajadoras, especialmente para los colectivos más sensibles, como las personas menores de edad, mujeres en periodo de maternidad o lactancia, y personas con especial sensibilidad.

De esta forma, el art. 36.4 ET establece que “los trabajadores nocturnos y quienes trabajen a turnos deberán gozar en todo momento de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo, y equivalente al de los restantes trabajadores de la empresa. El empresario deberá garantizar que los trabajadores nocturnos que ocupe dispongan de una evaluación gratuita de su estado de salud, antes de su afectación a un trabajo nocturno y, posteriormente, a intervalos regulares, en los términos establecidos en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y en sus normas de desarrollo. Los trabajadores nocturnos a los que se reconozcan problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno tendrán derecho a ser destinados a un puesto de trabajo diurno que exista en la empresa y para el que sean profesionalmente aptos. El cambio de puesto de trabajo se llevará a cabo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 39 y 41, en su caso, de la presente ley”.

Estas previsiones deben ser interpretadas con arreglo a los criterios, principios y exigencias establecidos por la LPRL y su normativa de desarrollo.

4.1. Medidas de protección comunes para el trabajo a turnos y trabajo nocturno

El primer párrafo del art. 36.4 ET contiene un principio general de protección común tanto para las personas trabajadoras nocturnas como las personas trabajadoras a turnos que consiste en garantizar, por un lado, un nivel de protección de su seguridad y salud adaptado a la naturaleza de su trabajo, proporcionándoles una prevención adecuada y equivalente al resto de las personas trabajadoras.

³¹⁶ STSJ Cataluña, de 25 de abril de 2000, rec. núm. 8991/1999.

³¹⁷ MARTÍN VALVERDE, A., “Trabajo nocturno, trabajo a *op. cit.*”

Ello debe interpretarse en el sentido de que la protección que la empresa debe proporcionar a estas personas trabajadoras debe ser acorde a las peculiaridades de esta organización del trabajo y a los riesgos específicos que, por la peculiaridad de esta organización del trabajo, incide en la seguridad y salud de la persona trabajadora, lo que responde a la obligación de la empresa de “garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo” (art. 14.2 LPRL).

Este requisito de protección aparece detallado a lo largo de la LPRL mediante diferentes obligaciones preventivas. Por tanto, aunque el ET no prevea acciones concretas, la empresa debe adecuar la acción preventiva a la concurrencia del trabajo nocturno y a turnos³¹⁸. Para conseguir la equiparación de derechos con el resto de personas trabajadoras, como establece el art. 16.1 LPRL, lo primero que debe realizar la empresa es una evaluación de riesgos, tanto al comienzo de la actividad como cuando cambien las condiciones de trabajo, así como cada vez que se produzcan daños a su salud.

4.2. Medidas de protección para las personas trabajadoras nocturnas

El art. 36.4.2 ET contiene un grupo de medidas más específicas para las personas trabajadoras nocturnas como son, por un lado, la obligación de reconocimiento médico al inicio de la actividad y de forma periódica para detectar posibles efectos del trabajo sobre la salud o determinada sensibilidad para el desarrollo de la actividad en periodo nocturno; y, por otro lado, el derecho a cambio de puesto por razones de salud.

En primer lugar, la empresa debe garantizar la disposición de una evaluación gratuita de su estado de salud previo a la adscripción al trabajo nocturno y, posteriormente, a intervalos regulares, en los términos establecidos en la normativa de prevención. Como se observa, el art. 36.4 LPRL regula este derecho, pero no concreta el contenido, ni si es o no obligatorio para la persona trabajadora.

En principio, cabe entender que, en virtud del art. 18 CE y el art. 4.2 e) ET, la persona trabajadora no puede ser obligada a someterse a los reconocimientos médicos, pues la información sobre la salud queda protegida por el derecho a la intimidad. Pero tenemos que tener en cuenta que la finalidad de los reconocimientos médicos es conocer el estado de salud de la persona trabajadora antes de su asignación a un puesto nocturno o, en caso de estar ya ocupándolo, comprobar si el trabajo nocturno puede estar incidiendo en su salud.

El art. 22.1 LPRL establece, como norma general, que los reconocimientos médicos se llevarán a cabo cuando lo consienta de forma expresa la persona trabajadora, de manera que la obligación de la empresa es garantizar la puesta

³¹⁸ GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo”, en AA.VV., *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2005)*. Madrid: CEF, 2005, p. 424.

a disposición del reconocimiento, y es decisión de la persona trabajadora su realización o no. No obstante, establece unas excepciones a esta voluntariedad, previendo unos supuestos en los que es obligatorio someterse a los reconocimientos médicos.

Por consiguiente, cabe entender que en el caso de las personas trabajadoras nocturnas se está ante una excepción a la voluntariedad de la vigilancia de la salud. En la práctica de los reconocimientos médicos se deberán observar los principios del art. 22 ET, esto es, que deberán realizarse los reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias a la persona trabajadora y que sean proporcionales al riesgo; que los datos relativos a la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio de la persona trabajadora; y que se respete siempre el derecho a la intimidad y la confidencialidad de la información en materia de salud.

En segundo lugar, en relación con la movilidad por razones de salud, el art. 36.4 ET reconoce el derecho de la persona trabajadora, a la que se le reconozca problemas de salud ligados al trabajo nocturno, a ocupar un puesto en horario diurno que exista en la empresa y para la que sea profesionalmente apta. Este cambio debe llevarse a cabo respetando los arts. 39 y 41 ET.

Se trata de una medida preventiva para cuando las medidas organizativas y/o técnicas adoptadas tras la detección de riesgos para la persona trabajadora nocturna no hayan conseguido solucionar el problema, o a pesar de ser adaptadas, la evaluación de la salud de la persona trabajadora siga manifestando incompatibilidad con su condición de persona trabajadora nocturna.

No se reconoce un derecho al cambio de puesto de trabajo como un derecho absoluto, sino que deben concurrir varios requisitos. En primer lugar, que sea una persona trabajadora considerada nocturna ex art. 36.1 ET. En segundo lugar, que tenga reconocido algún problema de salud ligado al hecho de su trabajo nocturno, con independencia de cuál sea el estado de salud previo al desempeño del trabajo nocturno, pues lo importante es que la nocturnidad afecta a su salud. En tercer lugar, que exista un puesto de trabajo diurno en la empresa para poder realizar el cambio, pues, en caso contrario, no se podrá aplicar el cambio³¹⁹. En este sentido, cabe matizar que la empresa no queda obligada a crear un puesto diurno para posibilitar el cambio si no es necesario³²⁰. En cuarto y último lugar, que la persona trabajadora sea profesionalmente apta para el desempeño del trabajo del puesto a asignar.

Este cambio de puesto de trabajo puede suponer una movilidad funcional o geográfica, incluso un cambio de actividad que no tenga nada que ver con el trabajo

³¹⁹ GARCÍA NINET, J.I., "Trabajo nocturno y a... *op. cit.* p. 5.

³²⁰ SSTSJ Cataluña, de 18 de enero de 2002, rec. núm. 5520/2001; Cataluña, de 25 de abril de 2002, rec. núm. 8991/1999.

desarrollado hasta el momento, pero para las que la persona trabajadora pueda resultar profesionalmente apta. De cualquier forma, este cambio debe hacerse según los arts. 39 y 41 ET, con las alternativas que se conceden a la persona trabajadora para los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo³²¹.

Por tanto, la movilidad ex art. 39 ET puede llevarse a cabo dentro del *ius variandi* ordinario, esto es, dentro del mismo grupo profesional, o bien el *ius variandi* extraordinario, en cuyo caso pueden realizarse funciones superiores o inferiores no correspondientes al grupo profesional, siempre que esté facultada y por el tiempo necesario.

Cuando la movilidad se realice superando los límites del art. 39 ET, el cambio requiere el acuerdo de las partes o, en su defecto, se aplicarán las medidas para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo ex art. 41 ET.

4.3. Ritmo de trabajo y salud

El art. 36.5 ET prevé que la empresa que organice el trabajo en la empresa según un cierto ritmo deberá tener en cuenta el principio de adaptación del trabajo a la persona, como medida de seguridad y salud, especialmente para atenuar el trabajo monótono y repetitivo en función del tipo de actividad y de las exigencias en materia de seguridad y salud. Estas exigencias deberán tenerse en cuenta especialmente a la hora de determinar los periodos de descanso durante la jornada de trabajo.

Esta previsión tiene su origen en el art. 13 Directiva 2003/88/CE, y en el principio del art. 15.1 d) ET, que indica que la empresa deberá adaptar el trabajo a la persona y elegir equipos y métodos de trabajo y de producción para atenuar el trabajo monótono y repetitivo.

Esta medida preventiva de adaptación del trabajo a la persona debe entenderse en sentido amplio para dar cabida a los diferentes sistemas de trabajo sometidos a cierto ritmo y/o turnos, y a diferentes tipos de trabajo -monótonos y repetitivos-.

Para evitar los principales riesgos de este tipo de trabajo, el legislador considera que el principio de adaptación del trabajo a la persona debe incidir especialmente en el diseño y organización de los ritmos, a través de una de las medidas más efectivas para su prevención como son los descansos entre jornadas y las pausas durante la jornada, que tienen como fin la recuperación de la persona trabajadora.

³²¹ PÉREZ AMORÓS, F., “Trabajo nocturno y a turno y ritmo de trabajo”, *REDT*, núm. 100, 2000, p. 776.

PARTE 2. TIEMPO DE DESCANSO

CAPÍTULO 5. DESCANSOS Y FESTIVOS LABORALES

1. INTRODUCCIÓN

La regulación de los descansos, los festivos y las vacaciones configuran las interrupciones periódicas de la prestación laboral.

En un primer momento, como es sabido, la normativa reguladora del Derecho del Trabajo se caracterizaba por su papel limitador de la duración máxima de la jornada, todo ello con el fin de proteger la seguridad y salud de las personas trabajadoras.

Es en esta misma etapa cuando se trata de regular los descansos. Así, el Tratado de Versalles, de 28 de junio de 1919, recoge como una de las mejoras de las condiciones de trabajo que las legislaciones nacionales de los Estados partes del Convenio debían incorporar un descanso semanal de 24 horas, que debería comprender, dentro de lo posible, el día del domingo.

También los Convenios de la OIT, como el núm. 14, sobre descanso semanal, recogía el descanso semanal de 24 horas, descanso que se preveía que debía disfrutarse por cada periodo de siete días de trabajo, previéndose que este descanso debía coincidir, siempre que sea posible, con los días consagrados por la tradición o las costumbres del país o región.

A nivel internacional, la Declaración de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948 recogió como derecho fundamental la necesidad de que “toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre”. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, de 19 de diciembre de 1966, establece en su art. 7 que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo, equitativas y satisfactorias, que le aseguren en especial: (...) d) El descanso,

el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”.

Asimismo, en España, fue el Fuero del Trabajo de 1938 el que declaró que “el Estado mantendrá el descanso dominical como condición sagrada en la prestación del trabajo” (Declaración II, número 2), regulándose el descanso semanal en la Ley de 13 de julio de 1940, sobre el descanso dominical.

Posteriormente, la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, regula en sus arts. 23-27 las “Jornadas, horarios y descanso laborales”, donde se reduce la duración máxima de la jornada ordinaria semanal a 44 horas, y se mantiene la duración máxima de la jornada diaria en 9 horas. Respecto de los descansos, por una parte, amplió el derecho al descanso semanal (dejándose de denominar “descanso dominical”) a un día y medio ininterrumpido, que, como regla general, comprendería la tarde del sábado o la mañana del lunes y el día completo del domingo (art. 25.1). Asimismo, estableció el descanso mínimo entre jornadas en 12 horas, y el descanso intra-jornada (descanso del bocadillo) en caso de jornada continuada de, al menos, 15 minutos, siendo retribuido como de trabajo, y computándose como jornada de trabajo a todos los efectos. Asimismo, estableció un máximo de 14 fiestas laborales, de las cuales 12 son de ámbito nacional y 2 locales, de carácter retribuido y no recuperables (art. 25.2).

La CE, partiendo de que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” (art. 1.1), recoge dentro de los Principios rectores de la política social y económica, que “los poderes públicos (...) garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados” (art. 40.2). Se trata, por tanto, de un principio rector de la política social y económica, por lo que su reconocimiento, respeto y protección “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”.

Finalmente, el ET/1980 regulaba los descansos y los festivos laborales dentro de la sección dedicada al “Tiempo de trabajo”, e iniciaba la regulación del tiempo de trabajo reduciendo la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo semanal a 42 horas en jornada continuada y a 43 en jornada partida, y manteniendo la misma duración máxima de la jornada diaria que la LRL en 9 horas.

En cuanto a los descansos, el ET no hacía referencia alguna al descanso intra-jornada en caso de jornada continuada, pero mantuvo la previsión de la LRL respecto del descanso mínimo entre jornadas -12 horas-, y del descanso semanal -mínimo 1 día y medio ininterrumpido, y que como regla general comprendería la tarde del sábado o la mañana del lunes y el día completo del domingo-, permitiendo cierta flexibilización por medio de los convenios colectivos en la línea introducida en el art. 34 ET en materia de jornada de trabajo.

En relación con las fiestas laborales, mantuvo el mismo número máximo que la LRL, esto es, 14 días, y su carácter retributivo y no recuperables. No obstante, establece como novedades que de esos 14 días festivos, cuatro fiestas serían de ámbito nacional (Natividad del Señor, Año Nuevo y 1 de mayo, como fiesta del Trabajo), y que debían respetarse en cualquier caso; que el Gobierno podría trasladar a los lunes todas las fiestas de ámbito nacional que tuvieran lugar entre semana, salvo las 3 señaladas y las que por su arraigo local deban disfrutarse el día de su fecha; y reconoce a las Comunidades Autónomas la facultad de fijar las fiestas que por tradición les fuesen propias pero dentro del límite anual de 14 días festivos, esto es, que podrían utilizar algunas de las ocho fiestas que fijaba el Gobierno.

Además, el ET preveía que “el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, podrá establecer ampliaciones o limitaciones a la jornada de trabajo” (art. 34.5). Como desarrollo se aprobó el Decreto de jornadas especiales de 1983.

Con posterioridad, el RD 2819/1981, de 27 de noviembre, fijó las fiestas laborales de ámbito nacional con carácter permanente, fruto de la previsión del ET y del Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre la Santa Sede y el Estado español, distinguiendo cuatro grupos de festivos, cuales eran, los que eran de conformidad con el ET, los que eran de acuerdo con la Conferencia Episcopal; la Fiesta Nacional y de la Hispanidad; y los seis festivos, cinco de los cuales de acuerdo con la Conferencia Episcopal.

La Ley 4/1983, de 29 de junio, de fijación de la jornada máxima legal en 40 horas y de las vacaciones anuales mínimas en 30 días, modificó el art. 34.2 ET. Por un lado, redujo la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo semanal a 40 horas, y, por otro lado, introdujo el descanso intra-jornada mínimo de 15 minutos en caso de jornada continuada, considerándose “tiempo de trabajo efectivo cuando por acuerdo individual o colectivo entre empresarios y trabajadores, así esté establecido o se establezca”.

El RD 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos, tenía como finalidad principal sistematizar en un solo texto la dispersa normativa sobre las “jornadas especiales”. En materia de descansos, este RD estableció con carácter general que el “régimen jurídico de la jornada ordinaria de trabajo en lo referente a duración máxima, ordenación global y descanso” sería el establecido en el art. 34 ET, si bien “el régimen de descansos aplicables serán los pactados en convenios colectivos o contrato de trabajo, que, en todo caso, respetarán lo establecido con carácter de derecho necesario en las disposiciones legales y reglamentarias”. Asimismo, determinó que el descanso intra-jornada, es decir, el descanso del bocadillo “se ajustará a las modalidades que las partes acuerden”; y mantuvo la misma regulación del descanso semanal, añadiendo su carácter retribuido, y permitió la distribución irregular de los descansos entre

jornadas y semanal en las empresas con actividad laboral por equipos de personas trabajadoras en régimen de turnos, y cuando así lo precisase la organización del trabajo, y que se podrían “computar por periodos de hasta cuatro semanas”.

En cuanto a las fiestas laborales, el art. 45 recogió el contenido del RD 2819/1981, y el art. 46 recogía las dos fiestas laborales. Pero la novedad respecto del ET fue que recogió que, en caso de trabajo en día festivo o descanso semanal, la retribución de las horas trabajadas se incrementaba en un 75 % como mínimo, salvo el descanso compensatorio.

Además, se estableció el contenido del calendario laboral de la empresa, el cual comprendía “el horario de trabajo y la distribución anual de los días de trabajo, festivos, descansos semanales o entre jornada y otros días inhábiles a tenor, todo ello de la jornada máxima legal o, en su caso, la pactada” (art. 4.3).

Asimismo, el art. 45 RD 2001/1983 fue modificado para introducir como fiesta nacional el día 6 de diciembre, y estableció una reordenación de los cuatro grupos de festivos³²². Posteriormente, fue modificado de nuevo para asegurar un calendario de carácter permanente para que todos los años fuesen las mismas las fiestas de carácter laboral de alcance nacional y para garantizar el disfrute del descanso semanal del art. 37.2 ET, por lo que, se volvió a reordenar el grupo d) de las fiestas laborales³²³, y se estableció trasladar el descanso laboral de las fiestas nacionales al lunes inmediatamente posterior cuando coincidieran en domingo. También se dio a las Comunidades Autónomas la opción entre celebrar la Fiesta de San José o la de Santiago Apóstol, y en caso de no ejercerse esa opción antes del 30 de septiembre de cada año, correspondería la celebración de la primera de dichas fiestas. También se estableció que las Comunidades Autónomas podrían sustituir las fiestas del grupo d) por otras que, por tradición, les fuesen propias; y las Comunidades Autónomas también podrán sustituir el descanso del lunes de las fiestas nacionales que coincidan con domingo por la incorporación a la relación de fiestas de la Comunidad Autónoma de otras que les fuesen tradicionales.

El RDL 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras fiscales y laborales, modificó el ET en relación con el calendario laboral de la empresa ex art. 34.4 ET, ya que estableció que “anualmente se elaborará por la empresa el calendario laboral, debiendo exponerse un ejemplar del mismo en un

³²² Concretamente, preveía los siguientes grupos: a) De carácter cívico (12 de octubre, 6 de diciembre); b) de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores (1 de enero, 1 de mayo, 25 de diciembre); c) En cumplimiento del artículo III del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979 (15 de agosto, 1 de noviembre, 8 de diciembre, Viernes Santo); d) En cumplimiento del artículo II del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979 (Jueves Santo, Corpus Christi; 6 de enero, 25 de julio, 19 de marzo).

³²³ El listado se modificó en este sentido: a) De carácter cívico (12 de octubre, 6 de diciembre); b) de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores (1 de enero, 1 de mayo, 25 de diciembre); c) En cumplimiento del artículo III del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979 (15 de agosto, 1 de noviembre, 8 de diciembre, Viernes Santo); d) En cumplimiento del artículo II del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979 (Jueves Santo, 6 de enero, 25 de julio o 19 de marzo).

lugar visible de cada centro de trabajo” (art. 8). Asimismo, introdujo un elemento de flexibilidad en la utilización del tiempo de trabajo al permitir que “en los convenios colectivos podrán regularse jornadas anuales respetando el límite” previsto para la jornada ordinaria diaria de un máximo de nueve horas ordinarias de trabajo efectivo y del descanso mínimo entre jornadas de 12 horas.

Con la reforma de 1994 se inicia una etapa de flexibilización de la jornada de trabajo al introducirse la distribución irregular de la jornada, precisamente por la utilización flexible de los descansos de las personas trabajadoras, como un elemento de flexibilidad interna de las empresas.

La flexibilización del tiempo de trabajo viene condicionada, por una parte, por la evolución de la negociación colectiva, en la medida que anticipó medidas de flexibilidad interna en las empresas que la reforma de 1994 incorporó; y, por otra parte, por la crisis económica de 1994.

En este contexto, se aprueba la Directiva 93/104/CE con el fin de que “el establecimiento de disposiciones mínimas relativas a la ordenación del tiempo de trabajo puede mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores”. De esta forma, se consideró que deben “poder disfrutar de periodos mínimos de descanso -diario, semanal y anual- y de periodos de pausa adecuados; que, en este contexto, es conveniente establecer, asimismo, un límite máximo de duración de la semana de trabajo”. En materia de descanso diario se estableció que las personas trabajadoras de los Estados miembros debían disfrutar de un periodo mínimo de descanso de 11 horas consecutivas en el curso de cada periodo de 24 horas (art. 3). Respecto del descanso semanal, estableció que todas las personas trabajadoras de los Estados miembros debían disfrutar por cada periodo de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirían las 11 horas de descanso diario, pero que podría establecerse un periodo mínimo de descanso de 24 horas cuando se justificase por razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo.

La L 11/1994, de 19 de mayo, modificó diversos preceptos del ET. De estas modificaciones cabe destacar, en primer lugar, que la duración máxima de la jornada ordinaria semanal se sitúa en 40 horas de promedio en cómputo anual y que se puede establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año mediante convenio colectivo o acuerdo colectivo de empresa, con el único límite del respeto de los periodos mínimos de descanso entre jornadas y semanal previstos en el ET. Se mantiene el descanso entre jornadas de 12 horas, que también actúa como límite a la distribución irregular del tiempo de trabajo diario. El descanso semanal se mantiene en un día y medio ininterrumpido, que, como regla general, comprende la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo, aunque puede acumularse por periodos de hasta 14 días.

En cuanto al descanso intra-jornada, se establece que, si la duración de la jornada diaria continuada excede de seis horas, deberá establecerse un periodo de

descanso durante la misma de duración no inferior a 15 minutos, considerándose este descanso como tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo (art. 34.4 ET).

En referencia a las fiestas laborales, se incorpora lo regulado en el RD 2001/1983, y se incorpora como una de las fiestas de ámbito nacional que deben ser respetadas, el 12 de octubre, como fiesta Nacional de España.

Con la refundición del ET a través del RDLegislativo 1/1995 se incorporan las modificaciones llevadas a cabo en 1994.

Posteriormente, se aprueba la Directiva 2003/88/CE, que vino a sustituir a la Directiva 93/104/CE y que prácticamente copia su contenido en cuanto a descansos. De esta forma, en relación con el descanso diario, también lo fijó en 11 horas consecutivas, y el descanso semanal en un periodo mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añaden las 11 horas de descanso diario por cada periodo de siete días, manteniendo la posibilidad de que el periodo de descanso sea de 24 horas cuando se justifique por razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo.

El RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, modificó el art. 34.2 ET para añadir en materia de distribución irregular de la jornada anual que “en defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 5 por ciento de la jornada de trabajo”, pero se mantenía que, a efectos de la distribución irregular, se debían respetar, en todo caso, los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos legalmente.

Asimismo, en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, se introdujo el apartado 8 del art. 34 ET que añadió un párrafo referente a la promoción de 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 las personas trabajadoras y la mejora de la productividad en las empresas.

El RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, modificó el art. 34.2 ET para añadir un párrafo en relación con las denominadas “bolsa de horas”.

El RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, deroga el RD 2001/1983, aunque mantuvo prácticamente la misma estructura que este. No obstante, estableció, como criterio general, que las ampliaciones de jornada, al comportar una reducción de los descansos entre jornadas y semanal, “deberán ser compensadas mediante descansos alternativos, de duración no inferior a la reducción experimentada, a disfrutar dentro de los periodos de referencia que en cada caso se señalan, en la forma que se determine mediante acuerdo o pacto”.

pudiendo los convenios colectivos “autorizar que, previo acuerdo entre la empresa y el trabajador afectado, la totalidad o parte de los descansos compensatorios debidos por las reducciones contempladas en este Real Decreto para los descansos entre jornadas pueda acumularse para su disfrute conjuntamente con las vacaciones anuales. Del mismo modo se podrán acumular las compensaciones contempladas para el medio día del descanso semanal” (art. 2.1). Asimismo, se previó que el disfrute de estos descansos compensatorios “no podrá ser sustituido por compensación económica, salvo en caso de finalización de la relación laboral por causas distintas a las derivadas de la duración del contrato” (art. 2.2).

En materia de fiestas laborales, mantuvo la vigencia de los arts. 45, 46 y 47 RD 2001/1983, ya que no incluía en su articulado ningún precepto sobre las fiestas laborales.

Finalmente, con el ET/2015, aprobado por el RDLegislativo 2/2015, de 23 de octubre, se refunden todas las modificaciones laborales habidas, y a partir de esta edición del ET, se producen diversas reformas que se caracterizan por utilizar los descansos como un elemento más en la ordenación del tiempo de trabajo, tratando de compatibilizar los intereses de las personas trabajadoras a efectos de su conciliación laboral y familiar con los intereses de la empresa en una nueva realidad donde predominan nuevas formas de organización del trabajo.

En la actualidad, no cabe duda que se está ante una nueva organización donde el tiempo de trabajo ha adquirido un papel protagonista para las personas trabajadoras, y que las empresas han de tener en cuenta a efectos de la gestión del personal y de atraer talento. De esta forma, la gestión del tiempo de trabajo y de descanso se ha convertido en un elemento tangible y muy valorado por las personas demandantes de empleo y las personas trabajadoras.

Así el RDL 6/2019 modificó el ET en materia de tiempo de trabajo. Por ejemplo, el art. 34.8 ET respecto del derecho de conciliación de la vida familiar y laboral en relación con las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, exigiendo que dichas adaptaciones “deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa”.

2. DESCANSO ENTRE JORNADAS

El descanso entre jornadas se considera como uno de los derechos básicos de toda persona trabajadora. Su tratamiento legal está directamente vinculado con el principio constitucional del derecho al descanso necesario y la limitación de la jornada de trabajo ex art. 40.2 CE.

De hecho, ya en las primeras leyes obreras se hacía referencia a garantizar un periodo diario de reposo laboral de la persona trabajadora. Este deseo de

racionalizar la duración de la jornada diaria se resumió con la “regla de los tres ocho”, según la cual se aplicaba en el desarrollo de la actividad laboral a la siguiente relación: ocho horas de trabajo diario efectivo, ocho horas destinadas al ocio y a la vida familiar, y ocho horas dirigidas al reposo físico.

Es con al LRL, cuando, en España, se contempla que “entre la terminación de la jornada diaria y el comienzo de la siguiente dispondrá, al menos, de un descanso de doce horas” (art. 23.1).

El actual art. 34.3 ET establece, en su primer párrafo, que “entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas”. El análisis aislado de este precepto no aporta muchos elementos, pero si se pone en relación con otras referencias concretas del legislador a este descanso, se pueden extraer diversas conclusiones importantes.

En primer lugar, el art. 34.3.1 ET se refiere a la interrupción diaria del trabajo, y aunque no se refiere expresamente a “descanso”, dicho precepto está regulando el derecho al descanso entre jornadas. Es decir, está reconociendo el derecho al descanso entre jornadas, a diferencia de los otros preceptos que, de alguna forma, se refieren a este mismo descanso.

En segundo lugar, el art. 34.2 ET regula la distribución irregular del tiempo de trabajo, y prevé que la misma debe respetar siempre los periodos mínimos de descanso diario. Por tanto, este precepto conecta de forma directa con el descanso diario y el régimen jurídico de la duración y distribución de la jornada de trabajo. Por un lado, prevé que debe respetar un promedio de 40 horas semanales de trabajo efectivo en cómputo anual, y, por otro lado, deberá respetar el descanso diario de 12 horas como límite aún más rígido a la ordenación flexible del tiempo de trabajo.

Por último, el ET hace también referencia al descanso entre jornadas en el art. 34.3.2 in fine ET, cuando lo relaciona con la determinación del número de horas ordinarias que se configuran como tiempo de trabajo efectivo. No obstante, prevé también que la negociación colectiva pueda autorregular la duración de la jornada, siempre y cuando se respete el descanso entre jornadas.

Por tanto, como vemos, el descanso entre jornadas aparece en tres contextos normativos diferentes relacionados con la ordenación del tiempo de trabajo. Por un lado, en el art. 34.3.1 ET, donde se regula en sentido propio. Por otro lado, en el art. 34.2 in fine, y en el art. 34.3.2 conectado con el descanso entre jornadas.

2.1. La configuración de la interrupción diaria del trabajo como descanso laboral

El art. 34.3.1 ET no se refiere al descanso con un término concreto o a la noción de “descanso”, sino que parece que prima el efecto de interrupción diaria

del trabajo³²⁴. De ahí, que la doctrina se haya planteado si se puede calificar a esta figura como un verdadero descanso o se está, en realidad, ante una mera interrupción del trabajo.

Un sector de la doctrina³²⁵ ha cuestionado el carácter del descanso de la interrupción diaria de la prestación laboral, ya que lo conecta con la distribución irregular del tiempo de trabajo y su configuración como límite legal a la ordenación de la jornada. No obstante, es complejo cuestionar la condición de descanso a la remisión diaria del trabajo debido a su función como tiempo mínimo para la recuperación física y psicológica de la persona trabajadora³²⁶. De esta forma, la persona trabajadora tiene junto al descanso semanal, un tiempo diario destinado a la reposición de las fuerzas y el desgaste de la actividad laboral diaria.

Por ello, no cabe confundir la configuración del descanso entre jornadas, como límite a la distribución irregular de la jornada de trabajo, con su carácter de descanso laboral. Por tanto, aunque nuestro legislador no haya utilizado en el art. 34.3.1 ET el término descanso, la Directiva 2003/88/CE sí califica la interrupción diaria de la prestación de servicios como “descanso diario”³²⁷.

Además, el legislador confirma el carácter de descanso de la interrupción diaria cuando en el art. 34.2 in fine ET establece que la “distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal”. Por ello, se ha estimado que cabe incluir el descanso entre jornadas en el término “descanso diario”, junto a los descansos comprendidos dentro de la jornada. En realidad, en principio, el descanso se refiere a las 12 horas que median entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente. Y, si atendemos a la duración de la jornada ordinaria pactada suele ser mayor el tiempo de interrupción inter-jornadas que la duración legal del descanso.

Por otro lado, cabe señalar que este descanso entre jornadas ha sido interpretado por la doctrina³²⁸ como una norma imperativa, de derecho necesario

³²⁴ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., “Pausas intra-jornadas y descansos inter-jornadas”, DE LA VILLA GIL, L.E. (Coord.) *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: Acarl, 1991, p. 284.

³²⁵ RODRÍGUEZ PASTOR, G., *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 81.

³²⁶ GARCÍA NINET, J.I., “Ordenación del tiempo de trabajo”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Edersa, 1994, p. 30, que establece que “se trata de un descanso o interrupción de actividades para descansar efectivamente, sin que quepa seguir pensando que se trata de una mera interrupción de doce horas”.

³²⁷ GARCÍA NINET, J.I., “Ordenación del tiempo de... *op. cit.* p. 26; PRADOS DE REYES, F.J., “El tiempo de trabajo en la normativa comunitaria”, *DL*, núm. 43, 1994, p. 136; FERNANDO GARCÍA, F. M., “Sobre la Directiva 93/104/CE (LCEur 1993, 4042), relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo”, *AS*, núm. 26, 1994, p. 2305-2306.

³²⁸ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., “Pausas intra-jornadas y descansos... *op. cit.* p. 284; ALFONSO MELLADO, C.; GARCÍA ORTEGA, J., *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 9; SEMPERE NAVARRO, A., “Distribución de las jornadas laborales”, en AA.VV., *Ordenación de las Jornadas de Trabajo*. Madrid: CEOE, 1983, p. 30; GARCÍA NINET, J.I., “Ordenación del tiempo de... *op. cit.* p. 29.

mínimo o *ius cogens*. Es una norma que puede ser mejorada vía negociación colectiva o contrato individual, pero nunca empeorada.

Este carácter de derecho necesario mínimo tiene su razón de ser en la propia naturaleza del descanso, pues, tiene un carácter de derecho personal e irrenunciable para la persona trabajadora. Así pues, la imperatividad del descanso diario alcanza a todas las personas trabajadoras dependientes por cuenta ajena, que disfrutan de un periodo mínimo de interrupción diaria en el desarrollo de la prestación de servicios, con independencia del sector laboral en que se hallen.

La doctrina³²⁹ considera que el carácter necesario del descanso supone una limitación de los poderes de organización del trabajo de la empresa frente a los márgenes de distribución irregular de la jornada, pues, en cierta forma, se limitan las posibilidades de gestión empresarial del descanso diario, a diferencia de lo que sucede con el descanso semanal, cuyo disfrute se puede distribuir con mayor margen de libertad.

2.2. Descanso de 12 horas ininterrumpidas

El art. 34.3.1 ET prevé que la duración del descanso entre jornadas es de 12 horas.

Cabe señalar que, por su parte, la Directiva 2003/88/CE prevé que este descanso es de 11 horas (art. 3). Por tanto, nuestra legislación es más favorable que la comunitaria en materia de descanso diario.

Se observa también que, en la negociación colectiva, a diferencia de otras materias, no se pactan mejoras en relación con la duración de este descanso, pues únicamente se remiten a la duración prevista con carácter general en el ET.

Como luego se analizará con detalle, es importante destacar que estas 12 horas de descanso diario se deben disfrutar la jornada anterior al periodo de descanso semanal, esto es, los descansos entre jornadas y el semanal no se pueden superponer. De hecho, la Directiva 2003/88/CE establece que se disfrutará “de un periodo mínimo de descanso ininterrumpido de veinticuatro horas, a las que se añadirán las once horas de descanso diario establecidas en el artículo 3” (art. 5). Con ello se trata de evitar la posible neutralización del descanso entre jornadas. Así, pues, las 12 horas de descanso entre jornadas deben adherirse y preceder al día y medio de descanso semanal. Entre la jornada previa a la interrupción semanal de trabajo y el descanso semanal deben existir 12 horas de descanso.

Asimismo, cabe entender, aunque el art. 34.3.1 ET no se refiere expresamente al carácter ininterrumpido del descanso entre jornadas, que este descanso no puede interrumpirse. La propia naturaleza del descanso obliga a entender que el descanso debe disfrutarse de forma continuada, debiéndose garantizar que el disfrute del

³²⁹ GARCÍA NINET, J.I., “Ordenación del tiempo de... *op. cit.* p. 29

descanso se produzca sin interrupción alguna³³⁰. En este sentido, de hecho, lo recoge la Directiva 2003/88/CE cuando de forma expresa recoge en su art. 3 que el descanso mínimo es de “once horas consecutivas en el curso de cada periodo de veinticuatro horas”.

2.3. La configuración del descanso entre jornadas como límite de la jornada de trabajo

El legislador ha establecido un límite máximo a la duración de la jornada diaria de trabajo. El descanso, como se ha comentado, por su carácter de mínimo, es de 12 horas o más, y deberá estar comprendido entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente. Su condición de límite legal a la jornada de trabajo se halla en el fundamento del descanso³³¹.

La efectividad del derecho al reposo diario como límite a la jornada se remonta a la etapa de su instauración durante la primera legislación laboral sobre jornada de trabajo. En efecto, el descanso entre jornadas es el descanso que, sin lugar a dudas, más ha resistido todas las reformas laborales y los procesos de flexibilización de la ordenación del tiempo de trabajo.

La eficacia del descanso como límite a la jornada de trabajo se proyecta tanto en la dimensión cuantitativa como en la cualitativa del tiempo de trabajo. Desde el punto de vista cuantitativo, el descanso diario limita la duración máxima diaria de la prestación laboral. Desde el punto de vista cualitativo, esto es, la distribución del tiempo de trabajo, el asueto viene a determinar los momentos concretos en los que tienen lugar las interrupciones diarias de la actividad laboral. En este sentido, el descanso entre jornadas se caracteriza como un periodo de descanso en el trabajo referido al sistema de organización del trabajo diario.

La incidencia limitadora del descanso tiene como referencia la duración máxima de la jornada de trabajo en cómputo diario. De esta forma, la interrupción diaria del trabajo limita la ordenación de aquellas instituciones que tienen una mayor elasticidad en su ordenación como las horas extraordinarias, ya que estas no tienen un tope diario y pueden superar las nueve horas ordinarias de trabajo efectivo. Por tanto, el descanso entre jornadas se presenta en la regulación del tiempo de trabajo como un tope legal absoluto en relación a cualquier sistema de ordenación del tiempo de trabajo. Estas doce horas de reposo se entienden aplicables a la jornada laboral continuada o a la partida, a las jornadas ordinarias

³³⁰ GARCÍA NINET, I., “Jornada”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Edersa, 1982, p. 120; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., “Pausas intra-jornadas y descansos... op. cit. p. 284; FITA ORTEGA, F., *Límites legales a la jornada de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 52.

³³¹ ALARCÓN CARACUEL, M.R., *La ordenación del tiempo de trabajo*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 90; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., “Pausas intra-jornadas y descansos... op. cit. p. 283.

o a las especiales, y a los horarios ordinarios o irregulares³³². Se trata, por tanto, de un límite que afecta a cualquier ordenación del tiempo de trabajo.

De igual forma, este descanso entre jornadas también supone un límite para la configuración del horario de trabajo, pues, aunque el horario de trabajo no tiene que determinar necesariamente el descanso como contenido obligatorio del mismo, no obstante, este descanso diario es, en cierta forma, el reverso del tiempo de trabajo. Por consiguiente, el descanso entre jornadas se puede deducir implícitamente del tiempo de trabajo. Desde esta perspectiva, el horario de trabajo da a entender cuál es el sistema de descanso entre jornadas aplicable.

2.4. La determinación del momento de disfrute del periodo de descanso entre jornadas y el cómputo de las 12 horas

El art. 34.3.1 ET no establece de forma expresa el momento de disfrute del descanso, sino que solo entiende cumplida la norma si entre jornada y jornada se descansa, con independencia del horario de dicho descanso³³³. Por tanto, el descanso entre jornadas puede disfrutarse durante la noche o durante el día. Además, junto a este descanso, existe la posibilidad de que el descanso diario sea mixto, es decir, parte se disfruta de día y parte de noche -pues, como es sabido, el trabajo nocturno se configura desde las 10 de la noche hasta la 6 de la mañana-.

En un primer momento, la determinación del descanso entre jornadas era una facultad de la empresa. Pero, en la actualidad, el art. 34 ET regula unos márgenes de actuación para la negociación colectiva y el contrato de trabajo que con anterioridad no estaban previstos. No obstante, aunque si bien es cierto que hay límites, la fijación del “momento” de disfrute del descanso diario se considera que forma parte del poder de dirección empresarial y se está ante una expresión de las facultades de organización del trabajo. De cualquier forma, ello no puede llevar a pensar que la empresa puede imponer unilateralmente el momento exacto de disfrute del descanso diario, sino que hay que tener en cuenta las previsiones normativas sobre la duración y ordenación de la jornada de trabajo.

Lo que no cabe duda es que no existe un momento de disfrute para todas las personas igual, sino que cada persona trabajadora, según su ritmo de vida, tendrá un descanso diario diferente. De cualquier forma, también queda claro que el descanso diurno puede afectar a la salud laboral de la persona trabajadora, pues ello supone una alteración de los ritmos biológicos y sociales de la persona trabajadora, siendo lo normal que el descanso lo sea por la noche.

En cuanto al cómputo de las 12 horas de descanso diario, cabe determinar el momento de inicio del cómputo del descanso y el momento de fin del mismo, pues

³³² LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Descansos Laborales y Tiempo de Trabajo. Régimen jurídico de los descansos diario y semanal y de los días festivos*. Madrid: CES, 2004, p. 39.

³³³ RODRÍGUEZ PASTOR, G., *El régimen jurídico de... op. cit.* p. 84.

la finalización del descanso diario se conoce cuando comienza el mismo, ya que, a partir de ese dato, solamente cabe contar las 12 horas de descanso ininterrumpido.

Por tanto, en general, puede indicarse que el inicio de cómputo de las 12 horas de descanso comienza cuando haya concluido el tiempo de trabajo efectivo pactado de la jornada diaria. La clarificación de este interrogante depende de la concreción del tiempo de trabajo y de descanso que se establezca en los convenios colectivos o, en su defecto, en los acuerdos de empresa o contratos de trabajo.

Ahora bien, el momento en que la persona trabajadora abandona su puesto de trabajo no siempre coincidirá con el fin de la jornada ordinaria. Es necesario tener en cuenta los supuestos excepcionales de extensión temporal del desarrollo de la prestación de servicios, como en el caso de la realización de horas extraordinarias. No obstante, estos supuestos son de carácter excepcional. Así, en el caso de las horas extraordinarias, solo se puede invadir el periodo de descanso en las horas extraordinarias prestadas para remediar daños extraordinarios y urgentes, así como aquellas realizadas con el fin de prevenir o reparar siniestros que, como sabemos, no se tienen en consideración a la hora de determinar la duración máxima de la jornada ordinaria, ni para el cómputo de las horas extraordinarias (art. 35.3 ET)³³⁴.

2.5. La compensación del descanso entre jornadas

El ET únicamente prevé una posible reducción del descanso diario cuando se aumente la jornada diaria debido a supuestos excepcionales anejos a la actividad laboral, es decir, en los casos de excesos excepcionales de jornadas³³⁵. En estos casos, el descanso diario se pospone a otro momento.

Cabe destacar que estos supuestos excepcionales que pueden suponer una reducción del descanso diario únicamente pueden serlo por fuerza mayor, y no por causas técnicas u organizativas. Por tanto, únicamente puede tener lugar por horas extraordinarias por fuerza mayor, o bien, retrasar el inicio del descanso a condición de respetar su duración legal.

Únicamente el art. 2.1.1 RD 1561/1995, en materia de jornadas especiales, prevé que las mermas de los descansos entre jornadas “deberán ser compensadas mediante descansos alternativos” en los supuestos de reducción del descanso contemplados en dicho RD³³⁶. Como se observa, pues, este precepto prevé una regla de compensación del descanso que es aplicable, únicamente, a los supuestos previstos reglamentariamente. Por tanto, no es aplicable por analogía a otros

³³⁴ LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Descansos Laborales y Tiempo...* op. cit. p. 45.

³³⁵ GARCÍA NINET, J.I., “La ordenación del tiempo de trabajo”, *TS*, núm. 43, 1994, p. 41, que señala que el descanso entre jornadas “debe disfrutarse siempre, aunque por circunstancias graves y urgentes hubiera que prolongar la jornada más allá de lo normal por la realización de horas extraordinarias urgentes o por fuerza mayor”.

³³⁶ RIVERO LAMAS, J., “Régimen de la jornada y de los horarios en la reforma del Estatuto”, *DL*, núm. 47, 1995, p. 43; GONZÁLEZ BIEDMA, E., “La jornada (en torno al artículo 34)”, *REDT*, núm. 100, 2000, p. 740.

supuestos, ya que el ET contiene una norma imperativa en relación con el disfrute del descanso.

Concretamente, el citado art. 2.1.1. RD 1561/1995 prevé que el descanso reducido se debe compensar con tiempo de reposo equivalente, es decir, “mediante descansos alternativos, de duración no inferior a la reducción experimentada, a disfrutar dentro de los periodos de referencia que en cada caso se señalen, en la forma que se determine mediante acuerdo o pacto”.

Ahora bien, esta regla de compensación del descanso requiere la determinación del momento exacto en que se concede el descanso alternativo, es decir, determinar el día concreto del disfrute alternativo. En este sentido, cabe entender que lo más adecuado es que la compensación del descanso se realice en los días inmediatamente siguientes, para no desfigurar así la cadencia diaria del descanso. De igual forma, en los casos de merma del asueto entre jornadas sería conveniente compensar el tiempo de exceso con un día libre. La decisión de extender el periodo de referencia por encima del cómputo diario del descanso para ejercer la acumulación es contraproducente para la salud de la persona trabajadora. Por un lado, para los intereses de la dirección de la empresa que no tendrá disponibles a sus personas trabajadoras en condiciones óptimas, y, por otro lado, para las personas trabajadoras que no podrán disfrutar de su descanso regular de su tiempo de descanso diario.

Por ello, considero, como así lo estima un sector de la doctrina³³⁷, que lo más adecuado es que se acumule el tiempo de descanso pendiente de disfrutar al periodo de reposo diario de la jornada siguiente. Durante este día de trabajo, el descanso entre jornadas será las 12 horas previstas para dichos días más las horas pendientes de descanso diario no disfrutadas con anterioridad.

Para las jornadas especiales, cabe indicar que el RD 1561/1995 prevé la posibilidad de compensar el descanso diario en un periodo de referencia de hasta cuatro semanas en los casos de ampliación de la jornada ordinaria de trabajo -para los casos de personas trabajadoras de fincas urbanas (art. 3.2), guardas y vigilantes no ferroviarios (art. 4.2), labores agrícolas, forestales y pecuarias (art. 5.3), hostelería (art. 7.2), transporte y trabajo en el mar (art. 9), o transporte aéreo (art. 14)-.

Por último, debe destacarse que, como se observa, no está prevista la compensación económica del descanso diario, estando prohibido en el art. 2.2 RD 1561/1995. Así lo señala expresamente cuando indica que el disfrute del descanso compensatorio diario “no podrá ser sustituido por compensación económica”.

³³⁷ LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Descansos Laborales y Tiempo... op. cit.* p. 47.

3. DESCANSO SEMANAL

3.1. Configuración y fundamento

El derecho a un descanso semanal retribuido constituye también uno de los derechos básicos de toda persona trabajadora.

El actual ET establece en su art. 37.1 que “los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo”. A continuación, permite que el gobierno establezca ampliaciones o limitaciones en la jornada, así como la fijación de regímenes de descanso alternativos para actividades concretas. Dicho precepto es desarrollado por el RD 1561/1995³³⁸, de jornadas especiales, el cual, en relación con las actividades de comercio, permite que mediante convenio colectivo o por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores podrá acumularse el medio día de descanso semanal por períodos de hasta cuatro semanas, o su separación respecto del día completo para su disfrute en otro día de la semana³³⁹.

Este descanso se configura como un periodo de cesación de la prestación de servicios con carácter ininterrumpido después de cinco jornadas y media de trabajo.

Este descanso constituye claramente un derecho mínimo e indisponible, siendo ininterrumpible y sin posibilidad de fraccionamiento, aunque flexible en la medida en que el medio día se puede disfrutar el sábado o el lunes, o acumularlo por períodos de catorce días. Debe destacarse su carácter de norma de derecho necesario mínimo, ya que el art. 37.4 ET establece “descanso mínimo semanal”. Ello significa, por consiguiente, que la interrupción semanal del trabajo tiene como límite a la distribución del descanso y condiciona, en consecuencia, la posible acción de la voluntad colectiva e individual de las partes. Por consiguiente, el descanso semanal únicamente podrá ser modificado, si se produce una mejora del disfrute legal del derecho, pero nunca en sentido peyorativo.

No obstante, cabe señalar que la configuración del descanso semanal como derecho mínimo de carácter necesario es diferente según se refiera a la duración del periodo de descanso o a su régimen concreto de disfrute. Así, en relación con la duración del descanso su configuración es indisponible, mientras que, en relación con el modo de disfrute, este se puede ordenar flexiblemente.

Como señala la doctrina judicial³⁴⁰, las características del descanso semanal se sintetizan en que “es mínimo e irrenunciable, pudiendo ser sólo mejorado

³³⁸ De 21 de septiembre.

³³⁹ Art. 6 RD 1561/1995.

³⁴⁰ STSJ Baleares, de 31 de marzo de 2014, rec. núm. 4/2014.

por convenio colectivo o contrato; que es ininterrumpido, sin posibilidad de fraccionamiento; que es flexible, el medio día de descanso se puede disfrutar el sábado o el lunes; que es acumulable el descanso correspondiente a cada semana por períodos de hasta catorce días”.

La razón de ser de este descanso se halla en la necesidad de garantizar un período de recuperación física, psíquica y social de toda persona trabajadora. Se trata de preservar, en el fondo, los bienes jurídicos de descanso necesario y de libre desarrollo de la personalidad. Es decir, de garantizar, la recuperación del estado de salud -a todos su niveles-, de garantizar un período de ocio y de esparcimiento a la persona trabajadora, esto es, la capacidad de “autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”³⁴¹.

En palabras de la doctrina, tiene como finalidad “garantizar al trabajador periódicamente el disfrute de un tiempo de desvinculación del trabajo suficientemente amplio que posibilite, no sólo el descanso y la recuperación del desgaste experimentado durante el transcurso de cada semana laborable, sino también la atención de sus necesidades, intereses y responsabilidades de carácter personal y familiar”³⁴².

La configuración de los conceptos de tiempo de trabajo y tiempo de descanso tienen su base en la Directiva 2003/88/CE, que en su art. 2 considera como tiempo de trabajo todo período durante el cual la persona trabajadora permanezca en el trabajo, a disposición de la empresa y en el ejercicio de su actividad o de sus funciones, añadiendo a continuación que el período de descanso es todo aquel que no es tiempo de trabajo.

3.2. Duración y disfrute del descanso semanal

El art. 37.1 ET establece un descanso de periodicidad semanal, concretamente, de un día y medio ininterrumpido a la semana, con carácter general. El ET es, en este sentido, más beneficioso que la citada Directiva comunitaria, la cual encomienda a los Estados miembros a garantizar un descanso mínimo de 24 horas ininterrumpidas por cada período de siete días.

Cabe señalar que este descanso semanal, como norma de derecho necesario mínimo, puede ser mejorada en virtud de pacto colectivo o individual. En este sentido, los convenios colectivos suelen aumentar la duración del periodo de descanso a dos días semanales, elevando así medio día la duración del mismo, cuyo disfrute es, además, generalmente, de carácter continuado.

Cabe destacar que existe una excepción a la duración del descanso ex art. 37.1 ET, que es el caso del descanso semanal de las personas menores de 18 años, cuya

³⁴¹ SSTC 53/1985, de 11 de abril; 192/2003, de 27 de octubre; 324/2006, de 20 de noviembre.

³⁴² MOLERO MANGLANO, C., (Coord.), *Manual de Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015 (versión on line)

duración se amplía a dos días con carácter mínimo e indisponible. Esta mejora del descanso tiene su origen en la Directiva 2003/88/CE, que se aplica a las personas trabajadoras menores de edad. La legislación obliga a la empresa a conceder a las personas trabajadoras menores de edad un descanso semanal más prolongado, siendo, además, su ordenación más rígida que la prevista en el descanso semanal ordinario.

Por otro lado, el RD 1561/1995 recoge algunas particularidades para determinados sectores productivos, como el colectivo de la minería que prevé un descanso semanal de dos días para aquellas personas trabajadoras que presten sus servicios en puestos de trabajo subterráneos o en el exterior, pero cuya actividad sólo pueda producirse simultáneamente a la de las primeras.

En cuanto al régimen de disfrute de este descanso, el art. 37.1 ET lo configura como un descanso ininterrumpido, característica que ha permanecido inmune a las diversas reformas del precepto estatutario. La doctrina³⁴³ señala que esta rigidez del carácter ininterrumpido del descanso deriva del propio concepto del descanso semanal, pues tiene su fundamento en la propia naturaleza del descanso, ya que, en caso contrario, se estaría vulnerando la finalidad del derecho, cual es, facilitar semanalmente un periodo de recuperación física y psicológica a la persona trabajadora.

Esta prohibición de interrupción no se corresponde exactamente con la duración total del descanso semanal, sino que exige, al menos, que el descanso continuo de la persona trabajadora se extienda durante un día completo. Es decir, supone, con carácter general, que no se puede interrumpir el periodo de asueto desde la media noche de un día hasta la medianoche del siguiente, salvo el caso del trabajo nocturno. Así pues, en principio, se podrá interrumpir el periodo de asueto semanal, separando el medio día de descanso y acumulándolo a otro medio con el fin de conseguir un día completo de descanso en un periodo de referencia de 14 días.

La posibilidad de separar el medio día de reposo del día completo del descanso, o su acumulación bisemanal, se reconoce en determinadas actividades laborales comprendidas en el régimen jurídico de las jornadas especiales, como en todos aquellos casos en los que el RD 1561/1995 permite que el descanso semanal se pueda computar en ciclos de hasta cuatro semanas. Así, la doctrina judicial³⁴⁴ ha venido entendiendo que el disfrute del descanso será de forma consecutiva desde la medianoche de un día a la medianoche del día siguiente. Es decir, salvo que el trabajo sea nocturno, el tiempo destinado al descanso se corresponde con la jornada diurna. De esta forma, el tiempo de descanso de la persona trabajadora

³⁴³ GIL Y GIL, J.L., “El descanso semanal”, en DE LA VILLA GIL, L.E. (Coord.) *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: ACARL, 1991, p. 616.

³⁴⁴ STCT de 27 de septiembre de 1984, que señala que “el día a que se refiere es un día natural, es decir, entre las doce horas de uno y las del siguiente y no las veinticuatro horas que la demandada emplea, a caballo de dos días, para colocar en ellos el descanso”.

no puede fraccionarse. Este sistema de disfrute del descanso semanal es una característica consustancial al concepto mismo de descanso semanal, dado que el reposo disfrutado de forma continua es necesario para la recuperación física y psicológica de la persona trabajadora.

En definitiva, como características de su configuración, debe destacarse su automaticidad, puesto que, el descanso semanal interrumpe la prestación laboral según un ritmo que viene establecido de forma rígida. En segundo lugar, tiene un carácter retribuido, aspecto que la doctrina³⁴⁵ ha calificado como inherente a la noción de descanso semanal, pues así se deduce del art. 26.1 ET que considera salario a los períodos de descanso computables como de trabajo.

3.3. Concreción del día de disfrute

El art. 37.1 ET establece unos días concretos de la semana como días de disfrute del descanso semanal, concretamente, la tarde del sábado o la mañana del lunes y el domingo completo.

Esta previsión normativa es de carácter dispositivo para las partes³⁴⁶, por lo que se pueden fijar otros días distintos para el descanso ya sea vía convencional o contractual. Así lo indica también la doctrina jurisprudencial al estimar que la mención literal a la tarde del sábado o la mañana del lunes y el día completo del domingo no significa que no pueda establecerse el descanso en otros días de la semana³⁴⁷.

En base a este carácter dispositivo³⁴⁸, se permite que, cuando por razones derivadas de la actividad empresarial, el descanso no pueda disfrutarse en domingo, se establecerá un día sustitutorio, como es el caso de trabajos que no admiten interrupción o trabajos ocasionados por circunstancias imprevisibles o perentorias que sea preciso atender, quedando en la actualidad reconducidos a dos supuestos, cuales son, los reglamentariamente contemplados en la norma preceptiva sobre jornadas especiales, y los que haya podido establecer el convenio colectivo y, en su defecto, el pacto individual instrumentalizado en el contrato de trabajo. Así, el RD 1561/1995 sobre jornadas especiales contempla un amplio margen dentro de estas facultades legalmente atribuidas, pues se prevén numerosos supuestos de

³⁴⁵ ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*. Madrid. Civitas, 2001, p. 408

³⁴⁶ ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas y descanso semanal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 68

³⁴⁷ STS de 23 de enero de 1991, rec. núm. 818/1990.

³⁴⁸ SSTSJ Galicia, de 12 de abril de 2005, rec. núm. 1342/2005, que señala que “la significativa expresión “como regla general” nos permite concluir el carácter dispositivo en la determinación concreta del día y medio de descanso, de ahí la posibilidad de establecer otra determinación diferente a través de pacto colectivo o individual”. En el mismo sentido, SSTSJ Navarra, de 17 de enero de 2005, rec. núm. 445/2004; Galicia, de 10 de diciembre de 1999, rec. núm. 4833/1996; Galicia, de 7 de julio de 2014, rec. núm. 2987/2012.

reducciones de los descansos entre jornadas y de descanso semanal, estableciendo que, en tal caso, deberán ser compensadas mediante descansos alternativos.

Se prevé también la posibilidad de acumular por períodos de cuatro semanas el medio día de descanso o separarlo del día completo para que sea disfrutado aisladamente con la ruptura del carácter ininterrumpido. Esta alternativa se ofrece para el trabajo a turnos (art. 19 RD 1561/1995); para trabajos específicos como el de fincas urbanas (art. 3.2 RD 1561/1995); el de guardas y vigilantes no ferroviarios (art. 4.2 RD 1561/1995); los agrícolas, forestales y pecuarios (art. 5.3 RD 1561/1995); los del sector de comercio y la hostelería (art. 6 RD 1561/1995); o los realizados en puestos de trabajo subterráneos donde puede acumularse el segundo día completo por períodos de hasta cuatro semanas o adicionarlo a otros descansos como las vacaciones. En otros, se permite que el cómputo del descanso semanal completo se compute por largos períodos como las cuatro semanas de los trabajos en el mar o los transportes por carretera (art. 9 RD 1561/1995) o las ocho de los trabajos en condiciones de aislamiento o lejanía (art. 21 RD 1561/1995).

Uno de los sectores en los que más cambios se está llevando a cabo es en el sector del comercio, pues, en los últimos años ha quedado patente que el período de mayor actividad comercial diaria se produce en viernes y fin de semana, siendo en la actualidad, especialmente, sábados y domingos, pues se ha producido una modificación de los hábitos de compra, y los meses en los que se desarrolla una mayor actividad comercial a lo largo del año son julio, diciembre y enero³⁴⁹. A ello se ha unido la situación de acentuada crisis económica producida en España que ha reducido el volumen de ventas, situación ante la cual, el sector comercial ha tomado medidas para aumentar sus beneficios, siendo una de ellas, la apertura en domingos y festivos. Además, en este sector es habitual que se finalice la jornada diaria en sábado o se comience la misma en lunes, así como que coincida la finalización de turnos en uno de dichos días señalados, elementos que plantean problemas de determinación del disfrute del descanso diario y su posible superposición con el descanso semanal. En este caso, lo lógico es que se debe disfrutar por cada semana un período mínimo de treinta y seis horas sin solaparse con el descanso diario³⁵⁰.

3.4. Descanso semanal, domingo y religión católica

Ha sido largo el debate en torno a si el hecho de establecer el domingo como día de descanso respondía o no a un aspecto religioso, estimando la doctrina constitucional³⁵¹ 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 descanso responde a razones de tradición, y que, teniendo en cuenta nuestra sociedad actual,

³⁴⁹ SAN de 23 de noviembre de 2009, proc. núm. 227/2009; STSJ Madrid, de 14 de diciembre de 2012, rec. núm. 59/2012.

³⁵⁰ STSJ Canarias, de 29 de octubre de 2006.

³⁵¹ STC 19/1985, de 13 de febrero.

los fines sociales de este derecho se cumplen cuando el descanso se disfruta de forma general en los mismos días por parte de la colectividad.

No cabe duda de que el establecimiento del domingo como período de descanso semanal tiene, en cierta forma, una conceptualización religiosa, pero sin que de ello pueda inferirse que la ley establezca un régimen favorable para unos creyentes y desfavorable para otros³⁵². Según el TC³⁵³, la libertad religiosa comporta, y en base al principio de igualdad, el tratamiento paritario de las distintas confesiones religiosas, pues “en España, como en los pueblos de civilización cristiana, el domingo, obedece a que tal día es el que por mandato religioso y por tradición se ha acogido en estos pueblos” sin que este hecho “puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso”. Por tanto, se ha estimado constitucionalmente irreprochable tanto por la tradición como por las costumbres, entendido en nuestra sociedad como “el tradicional y generalizado descanso” en cómputo semanal.

Según el TC, el art. 3 LOLR³⁵⁴ garantiza el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto al tiempo que señala que este ejercicio “tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”. Pero si existe una alegada incompatibilidad entre la práctica religiosa y el cumplimiento de las obligaciones laborales es, a juicio del TC, “evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto”, sin que, en modo alguno, “la invocación de estos derechos o libertades puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas”.

A pesar de las críticas de esta postura que mantuvo el TC, la doctrina coincide en que con dicha decisión el TC renunció a buscar una adecuación entre el ejercicio fundamental de la libertad religiosa y la organización del trabajo al no realizar “ningún intento de establecer una mínima obligación por parte del empresario de poder acomodar el ejercicio en buena fe de los derechos fundamentales de sus trabajadores y la organización del trabajo”³⁵⁵.

³⁵² NIETO ROJAS, P., “Libertad religiosa y negociación colectiva. Su especial incidencia en la fijación de los descansos laborales”, *RIL*, núm. 4, 2017 (versión on line)

³⁵³ STC 19/1985, de 13 de febrero.

³⁵⁴ LO 7/1980, de 7 de junio, de libertad religiosa.

³⁵⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J., “Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral: un estudio introductorio”, en SEMPERE NAVARRO, A.V., (Coord.) *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 272.

Posiblemente, esta regulación es deudora de un determinado contexto histórico en el momento de redacción del ET, concretamente, del marco de colaboración entre la Santa Sede y el Gobierno Español que sentó las bases para la articulación de la relación entre el Estado español y la Iglesia Católica, pues, en dicho Acuerdo³⁵⁶ el Estado español reconoce como días festivos todos los domingos, y de común acuerdo se determinarían otras festividades religiosas reconocidas también como festivos.

El art. 7 LOLR prevé que “el Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que, por su ámbito y número de creyentes, hayan alcanzado notorio arraigo en España”, habiéndose procedido a este reconocimiento con tres confesiones religiosas con las que suscribieron los correspondientes acuerdos³⁵⁷. En dichos acuerdos se establecen las previsiones para poder cambiar el día de disfrute del descanso semanal, siempre que exista acuerdo entre las partes.

Como se observa, se trata de una cuestión de conciliación de las prácticas religiosas de las personas trabajadoras de otras confesiones diferentes a la católica con las necesidades organizativas de la empresa, debiéndose aplicar como pauta interpretativa la doctrina constitucional que indica que “dicho trato no debe entenderse como uniformidad, sino como proporcionalidad cualitativa lo que supone no la existencia de un tratamiento legal igual, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, sino en función de las circunstancias que concurran en cada supuesto concreto en relación con el cual se invoca”³⁵⁸. No obstante, esta interpretación no ha sido asumida en relación a los descansos semanales, sino que el TC optó por la tesis más restrictiva al impedir disfrutar el período distinto al domingo si no media acuerdo colectivo o si no se logra la aquiescencia entre trabajador y empresario.

Por ello, un sector doctrinal³⁵⁹ considera que, si existen las condiciones para el reconocimiento a una persona trabajadora del día de descanso semanal acostumbrada por su religión, la empresa debería conceder el descanso, salvo que acredite el perjuicio cierto que supone esa alteración, pues es obvio que las leyes que contemplan el acomodo del descanso semanal al día tradicionalmente

³⁵⁶ De 28 de julio de 1976, Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos.

³⁵⁷ Ley 24/1992, con la que ratifica el Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España; Ley 25/1992, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Federación de Comunidades Israelitas de España; Ley 26/1992, por la que se aprueba el acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Comisión Islámica de España.

³⁵⁸ CONTRERAS MAZARÍO, J.M., *Marco jurídico del factor religioso en España*. Madrid: Observatorio del Pluralista Religioso en España, 2011. p. 18. Disponible en http://www.observatorioreligion.es/upload/83/51/Marco_juridico.pdf

³⁵⁹ NIETO ROJAS, P., “Libertad religiosa y negociación colectiva. Su especial incidencia en la fijación de los descansos laborales”, *RIL*, núm. 4, 2017 (versión on line)

acostumbrado por las confesiones religiosas diferentes a la católica no deberían interpretar como mandatos inocuos en las relaciones laborales sino que esta regulación debería vincular de algún modo a los sujetos de las relaciones laborales, incluso aunque no exista acuerdo entre empresa y persona trabajadora.

Este régimen de determinación de festivos se ha calificado como “menos garantista”³⁶⁰ al quedar condicionado a la necesidad del acuerdo y se ha justificado en base “al peso histórico y sociológico que la Iglesia Católica tiene en nuestro país, lo que ha originado que parte del calendario laboral oficial, se determinado de acuerdo con esta Iglesia”³⁶¹.

3.5. Descanso semanal, domingo y conciliación de la vida laboral y familiar

Los problemas de conciliación de trabajo y familia, desde una perspectiva estrictamente jurídico-laboral, derivan con carácter general del tiempo en que la persona trabajadora, por estar en su puesto de trabajo, no puede atender a las necesidades derivadas de sus circunstancias familiares.

En el ámbito laboral, con anterioridad a la Ley 31/1999³⁶², el ET no contemplaba medidas de ordenación y racionalización del tiempo de trabajo desde el punto de vista de los intereses de las personas trabajadoras, ya que únicamente reflejaba posibles medidas de flexibilidad del tiempo de trabajo desde la perspectiva de la empresa. Con la citada ley se dio un paso importante en la adopción de mejoras en la protección social y el desarrollo de prestaciones económicas, reordenando la regulación de situaciones de maternidad y riesgo, si bien dejó bastante limitado el objetivo de avanzar en la corresponsabilidad de hombres y mujeres. Posteriormente, con la LO 3/2007³⁶³ se intenta hacer efectivo el derecho de igualdad de trato en cualquier ámbito de la vida y entre ellos el laboral, pues en su exposición de motivos se fija como un criterio regulador de la actuación de los poderes públicos el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia, así como la reorganización del tiempo de trabajo con la finalidad de mejorar la posibilidad de conciliación de la vida laboral y personal de las personas trabajadoras.

Por último, es con el RDL 6/2019³⁶⁴ cuando se lleva a cabo una importante modificación normativa en aras de favorecer y garantizar una efectiva conciliación de la vida laboral y familiar y promover la corresponsabilidad entre ambos

³⁶⁰ GARCÍA DIAZ, J.A., *La libertad religiosa en la negociación colectiva: el descanso semanal, festividades religiosas, permisos y licencias*. Universidad de Alcalá, 2012, p. 60. Disponible en https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/27999/libertad_garcia_IELATPD_2012_06.pdf?sequence=1&isAllowed=y

³⁶¹ LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Descansos Laborales y Tiempo...* op. cit. p. 283.

³⁶² De 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

³⁶³ De 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

³⁶⁴ De 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

sexos, modificando asimismo el citado art. 34.8 ET que establece “las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan 12 años. En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión”. Con ello, se trata de facilitar que se garantice una efectiva conciliación de la vida laboral y familiar promoviendo la adaptación del horario de trabajo, la distribución de la jornada de trabajo o la duración de la misma a las necesidades familiares de la persona trabajadora.

No cabe duda de que esta previsión es compleja cuando se trata del sector comercial, pues, según lo indicado y a la vista de los actuales hábitos de compra, no resulta nada acorde con las necesidades organizativas de las empresas.

Desde la experiencia convencional, la negociación colectiva, sobre todo la de nivel de empresa, ha sido el instrumento para gestionar esa progresiva flexibilización en la ordenación del tiempo de trabajo a favor del interés empresarial. No obstante, esa generalización no ha sido secundada con carácter general por las personas trabajadoras. De hecho, la flexibilización en interés de la persona trabajadora, en la actualidad, no se vincula al reparto de empleo, esto es, la reducción del tiempo de trabajo como medida de política de empleo, sino con la conciliación de la vida laboral, familiar y personal. Además, la utilización de la negociación colectiva como instrumento de conciliación constituye una pauta común en varios países europeos³⁶⁵.

En definitiva, satisfacer las necesidades conciliatorias requiere una labor de diálogo y negociación entre representantes de las personas trabajadoras, empresas y las propias personas trabajadoras. Cabe tener en cuenta que no sólo la organización empresarial y productiva tienen peculiaridades que deben marcar

³⁶⁵ PÉREZ DEL RÍO, T., “Tiempo de trabajo: una óptica de género”, en AA.VV., *Tiempo de trabajo*. Albacete: Bomarzo, 2007, p. 273.

esa negociación en la materia sino también la plantilla de personas trabajadoras presentará características propias que hagan que no todas las medidas conciliatorias satisfagan realmente sus intereses de conciliación familiar, laboral y personal, y son dichas características propias las que deben estar presentes en los interlocutores sociales a la hora de negociar las mismas, pues, en caso contrario, de nada servirían medidas conciliatorias previstas en el convenio colectivo que para nada responden a las necesidades conciliatorias de los incluidos en su ámbito personal de aplicación. Sólo con un diálogo fluido y continuo entre todas las partes implicadas, podrá lograrse que, velar por los intereses conciliatorios, se convierta en un objetivo intrínseco y permanente a la relación laboral que se concreta en la realización de una prestación de servicios.

Parte de la doctrina judicial³⁶⁶ ha señalado que la conciliación de la vida familiar y laboral debe ser un principio rector de la regulación y de la negociación colectiva, pero del mismo debe tenerse presente que las personas trabajadoras no tienen un derecho expresamente reconocido a que los horarios de la empresa se ajusten a sus necesidades laborales, sino que dependerá de lo que se pacte.

De cualquier modo, debe citarse un pronunciamiento de nuestro alto tribunal (aunque de la sala de lo contencioso-administrativo)³⁶⁷ en el que se avala el sistema de descanso obligatorio de un día fijo a la semana fijado en la ordenanza municipal reguladora del taxi de Madrid, puesto que considera que ello entra dentro de las facultades de organización de la corporación municipal al no existir una norma de rango superior que establezca un criterio específico que deba ser seguido. Entre los diferentes motivos alegados, se argumenta que el establecimiento de un día fijo de descanso semanal permite una adecuada conciliación de la vida familiar y laboral, ya que permite controlar el día de libranza y permite que cualquier comprador de una licencia sepa desde el primer momento cuál es el día de libranza que tiene asignado. Concretamente, indica que este método “favorece la conciliación familiar y social, pues da seguridad jurídica a quienes adquieren una licencia de taxi pues el conocimiento previo de su régimen de descanso aplicable les permite organizar la vida privada, siendo que en más de un 60 % de los titulares de licencia son autónomos que conducen su propio taxi sin conductores aislados”.

3.6. Acumulación del descanso semanal por períodos de hasta catorce días

El art. 37.1 ET regula la posibilidad de acumular el disfrute del descanso semanal por períodos de hasta catorce días, previsión acorde con el art. 16 Directiva 2003/88/CE, que fija el período máximo de acumulación del descanso semanal en también catorce días. De esta forma, el art. 37.1 ET posibilita un ciclo de trabajo consistente en prestar servicios durante 11 días consecutivos y descansar tres,

³⁶⁶ SAN de 19 de noviembre de 2013, rec. núm. 290/2013.

³⁶⁷ STS, sala de lo contencioso-administrativo, de 5 de junio de 2020, rec. núm. 5571/2017.

a los que se sumaría el descanso diario, según lo indicado anteriormente sobre acumulación de descanso diario y semanal. Según un sector doctrinal³⁶⁸, esta previsión pone en entredicho “la esencia semanal del descanso”.

De cualquier forma, debe destacarse que esta previsión estatutaria no es acorde con los Convenios de la OIT³⁶⁹, pues los arts. 2.1 Convenio núm. 14 OIT, y 6.1 Convenio núm. 106 OIT, establecen que las personas trabajadoras deben disfrutar de un período de descanso de al menos 24 h por cada período de siete días. De hecho, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha realizado algunos requerimientos al Gobierno de España para que adopte las medidas necesarias para adaptar la legislación a las disposiciones de los Convenios OIT³⁷⁰. Concretamente, ha señalado que “desde hace varios años, la Comisión ha llamado la atención del Gobierno sobre lo dispuesto en el artículo 37, párrafo 1, del Estatuto de los Trabajadores, donde se prevé la posibilidad de un descanso semanal acumulable por períodos de 14 días, un precepto que va más allá de lo autorizado por el artículo 6, párrafo 1, del Convenio, que exige un período de descanso semanal ininterrumpido de 24 horas en el curso de cada período de siete días. A este respecto, la Unión General de Trabajadores (UGT) había subrayado, en sus comentarios anteriores, el hecho de que esta disposición podría redundar negativamente sobre la salud y la seguridad de los trabajadores, así como la calidad de los trabajos efectuados. En su memoria, el Gobierno indica que la legislación nacional en su conjunto aplica las disposiciones del Convenio y que las excepciones al régimen general no pueden imponerse de manera unilateral por el empleador, sino que son negociados con los representantes de los trabajadores. El Gobierno añade que la legislación es plenamente conforme con las disposiciones de la directiva núm. 2003/88/CE del Parlamento europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y, en particular, con el artículo 16, a), que establece que los Estados Miembros podrán establecer un período de referencia que no exceda de 14 días para establecer un descanso semanal. Tomando nota de las explicaciones del Gobierno, la Comisión recuerda que el artículo 37, párrafo 1, del Estatuto de los Trabajadores es contraria a las disposiciones del Convenio. La Comisión espera, por consiguiente, que el Gobierno tendrá a bien revisar esta cuestión para adoptar, en un futuro próximo, las medidas necesarias para poner su legislación en plena conformidad con las disposiciones del Convenio”³⁷¹.

³⁶⁸ CABEZA PEREIRO, J., “Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada por lactancia y guardia legal (En torno al artículo 37)”, *REDT*, núm. 100, 2000, p. 784.

³⁶⁹ CAMPS RUIZ, L.M., “Los Convenios de la OIT sobre vacaciones y sobre descanso semanal”, *RMTSS*, núm. 112, 2014, p. 29.

³⁷⁰ OIT, *Informe de la 98ª Reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo*, de 2009. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_103488.pdf

³⁷¹ OIT, *Informe de la 98ª Reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo*, de 2009. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_103488.pdf

Este conflicto debe ser resuelto a favor de las normas internacionales, pues así se deduce del art. 351 TFUE que señala que “las disposiciones de los Tratados no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra”.

No obstante, debe tenerse presente que esta posibilidad de acumular el descanso semanal por estos períodos debe respetar ciertos requisitos. En primer lugar, este ciclo no debe suponer, en ningún caso, que, en un periodo cualquiera de 14 días contados hacia detrás o hacia delante la persona trabajadora, no haya descansado los tres días exigidos. Ello significa que siempre debe respetarse el ciclo de trabajo durante 11 días, descanso durante tres días, trabajo durante 11 días y así sucesivamente, no siendo posible, por ejemplo, acumular dos ciclos de 11 días, de tal forma que los descansos de tres días se sitúen en los extremos³⁷². En segundo lugar, de igual forma que se acumulan los 11 días de trabajo, también deberán acumularse los tres días, no pudiéndose partir dicho período de descanso en un día una semana, y dos días otra semana. Es decir, no se puede acumular solo una parte del descanso semanal, sino que el asueto de día y medio ha de producirse de forma ininterrumpida, según la ordenación genérica del art. 37.1 ET. En tercer lugar, esta acumulación debe llevarse a cabo mediante la negociación, hay sea colectiva o individual, no siendo posible su imposición unilateral por la empresa, pues ello no entra dentro del poder de dirección empresarial³⁷³. Por último, esta acumulación no es aplicable a los menores de 18 años, pues como se desprende del art. 37.1 ET, la duración del descanso semanal de los menores es de, como mínimo, dos días ininterrumpidos.

3.7. La ordenación del descanso semanal en la negociación colectiva

Por mandato del legislador, la negociación colectiva se convierte en instrumento imprescindible de organización del tiempo de trabajo. Así, el art. 34.1 ET indica que “la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo”, siendo estos los que pueden fijar su distribución irregular, así como que el descanso semanal pueda acumularse en períodos de hasta 14 días. El legislador remite, de este modo, para la ordenación del tiempo de trabajo a la negociación colectiva, otorgando todo el protagonismo

³⁷² BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017 (versión on line)

³⁷³ No obstante, existe un sector doctrinal que considera que “la decisión de acumular el asueto puede corresponder al acuerdo colectivo o individual. La doctrina ha entendido que, en ausencia de acuerdo en materia de acumulación, el cómputo bisemanal del descanso se puede aplicar en virtud de la decisión unilateral de la empresa. En este supuesto, estaríamos ante una facultad concedida por la legislación laboral al empresario con el fin de conseguir un rendimiento más eficaz de la empresa, así como una gestión flexible de sus recursos humanos” (LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Descansos Laborales y Tiempo... op. cit.* p. 130)

en la cuestión a los convenios colectivos y a los contratos de trabajo, que deberán tomar el testigo dado por el legislador para conseguir que el tiempo de trabajo no suponga un obstáculo a la conciliación de la vida familiar y laboral.

Además, con las últimas reformas laborales se ha visto reforzado el papel de la negociación colectiva, y ello no ha pasado desapercibido para los negociadores, pues han acordado modificaciones relevantes que han afectado a la distribución irregular de la jornada de trabajo y, más aun teniendo presente la preferencia aplicativa del convenio de empresa frente al de sector en cuanto al horario y la distribución del tiempo de trabajo. Todo ello sitúa al convenio colectivo de empresa en un lugar destacado en la ordenación del tiempo de trabajo.

Si se observa la negociación colectiva al respecto, se confirma que algunos convenios³⁷⁴ reconocen la totalidad de la distribución irregular de la jornada de trabajo efectuada de conformidad con los cuadrantes horarios elaborados por la empresa, previendo incluso posibles modificaciones del mismo y limitando la comunicación a períodos inferiores a los señalados en el ET. Otros³⁷⁵ reconocen dicha distribución con tal generalidad que se ofrece como un arma en manos de la empresa al no hacer concreción alguna en el convenio, sino remitiendo a otras instancias. Incluso algunos convenios³⁷⁶ reconocen dicha posibilidad, en aras de la competitividad de la empresa sin hacer alusión tampoco alguna a los posibles problemas conciliatorios que, en determinadas ocasiones, la exigencia de esa bolsa de horas pueda suponer.

El importante papel asignado a la negociación colectiva en materia de no discriminación sexista y de derechos de conciliación contrasta, sin embargo, con una trascendencia real que ha sido puesta en entredicho por toda la doctrina científica³⁷⁷ que ha analizado nuestra práctica negocial, pues en cuanto a las cuestiones de jornada, horario y, en general, tiempo de trabajo, se pone encima de la mesa que aunque la negociación colectiva introduce contenidos diversos, y cláusulas de

³⁷⁴ VIII Convenio colectivo del sector de derivados del cemento, Resol. de 3 de julio de 2023; VIII Convenio colectivo estatal de gestorías administrativas, Resol. de 23 de noviembre de 2019; Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, Resol. de 12 de noviembre de 2021; Convenio colectivo para la industria azucarera, Resol. de 9 de marzo de 2022; Convenio colectivo nacional de autoescuelas, Resol. de 17 de marzo de 2022; Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio, Resol. de 27 de febrero de 2023; Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, Resol. de 16 de abril de 2024; Convenio colectivo estatal de naturopatía y profesionales naturópatas, Resol. de 7 de mayo de 2018; Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, Resol. de 22 de abril de 2022.

³⁷⁵ Convenio colectivo estatal de prensa diaria, Resol. de 7 de junio de 2024; Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón, Resol. de 28 de septiembre de 2023; Convenio colectivo estatal de jardinería, Resol. de 27 de junio de 2022.

³⁷⁶ VII Convenio colectivo de cadenas de tiendas de conveniencia, Resol. de 22 de mayo de 2024; V Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería, Resol. de 6 de febrero de 2023; Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares, Resol. de 21 de septiembre de 2023.

³⁷⁷ CABEZA PEREIRO, J., “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras”, en AA.VV., *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Madrid: CCNCC, 2008.

indudable interés para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en términos generales no puede decirse que los convenios hayan tenido demasiado en cuenta, salvo raras excepciones, esta perspectiva. De este modo, lo que hay son cláusulas aisladas que incorporan buenas prácticas y que pueden servir de modelos para su acogimiento en otras unidades de negociación. Falta, en consecuencia, una perspectiva general a favor de la conciliación y de la corresponsabilidad que sirva como idea inspiradora de la regulación.

Resulta así que muchas de las reglas no obedecen en su génesis a objetivos explícitos o implícitos de hacer más compatible el trabajo con las tareas extralaborales de las personas, si bien como generan ciertas garantías tales como predeterminación del tiempo de trabajo, fijeza en los descansos semanales o mayor duración de los mismos, adaptación de las vacaciones a las preferencias individuales o acumulación de los períodos de descanso, producen consecuencias positivas a la vez en la atención a la vida personal y familiar de trabajadores y trabajadoras. Por ello, se afirma que una negociación colectiva más inclinada a conseguir dichos objetivos, sin duda, puede todavía perfeccionar estas herramientas.

Ante estas previsiones convencionales, resultará, sin lugar a dudas, más beneficioso a los intereses conciliatorios de las personas trabajadoras el silencio de la negociación, ya que al menos limita a un 10 % de la jornada esa distribución irregular. De cualquier forma, queda claro que las características de la actividad empresarial pueden justificar dicha distribución irregular, y en el caso de que las citadas características empresariales no demandaran la necesidad de la distribución irregular, debería quedar justificado claramente y negociado por todas las partes implicadas.

3.8. Acumulación con el descanso diario

Uno de los aspectos más debatidos en relación al descanso semanal es su relación con el descanso diario o inter-jornadas, pues según la interpretación que se realice, su duración será diferente. Es decir, en función de si se tienda que el descanso diario es independiente del semanal, o que este absorbe al primero, la duración y el régimen jurídico es totalmente diferente.

Esta íntima conexión, tanto teleológica como temporal, entre el descanso semanal y el diario ha llevado a la doctrina judicial³⁷⁸ y a la jurisprudencia³⁷⁹

³⁷⁸ SSAN de 7 de mayo de 2007, st. núm. 44/2007, recogiendo la STS de 20 de diciembre de 2002, rec. núm. 148/2001; de 24 de octubre de 2006, proc. núm. 127/2006; SSTSJ Castilla y León, de 9 de noviembre de 2011, rec. núm. 1594/2011; País Vasco, de 1 de junio de 2011, rec. núm. 805/2011; Canarias, de 28 de febrero de 2011, rec. núm. 25/2009; Madrid, de 14 de octubre de 2010, rec. núm. 506/2010.

³⁷⁹ STS de 5 de octubre de 2010, rec. núm. 25/2009, que enjuicia un caso donde la empresa pretendía omitir el descanso del medio día adicional al del día entero de descanso, mediante el artificio de hacer el cómputo por horas del día y medio día de descanso semanales, de modo que descansando la noche del sábado y el domingo habría que entrar a trabajar en la mañana del lunes, pues desde el fin de la jornada del sábado hasta el inicio de la mañana del lunes habrían transcurrido 36 horas. La primera sentencia

a dictaminar en este punto, quienes señalan que el descanso semanal de día y medio no es lo mismo que “treinta y seis” horas, pues el concepto de “día y medio” ininterrumpido a que se refiere el art. 37.1 equivale al disfrute de un descanso de “treinta y seis horas” consecutivas, pero en el sentido de que si a la persona trabajadora le coincide el día de descanso semanal en domingo, ha de descansar también la tarde del sábado o la mañana del lunes y, si no coincide en domingo, el descanso semanal incluirá el día correspondiente y la tarde del antecedente o mañana del día siguiente. De esta forma, lo que se trata es de evitar que el tiempo libre de la persona trabajadora que le queda tras realizar su jornada completa se solape con el correspondiente a su descanso semanal, pues se trata de determinar si constituyen descansos con autonomía propia, o por el contrario, son períodos de reposo indisolublemente relacionados, es decir, precisar si cuando la persona trabajadora finaliza su jornada, con independencia de la hora en que ello se produzca, el resto del día se computará como descanso diario y no como medio día de descanso semanal, o bien si el tiempo que transcurre desde el final de la jornada supone el inicio del descanso semanal, esto es, tiempo a cuenta del medio día de asueto.

La doctrina judicial³⁸⁰ sostiene que la propuesta de cómputo de los descansos diario y semanal no aumenta, ni disminuye el tiempo de descanso de las personas trabajadoras, y tampoco repercute en la duración de la jornada anual pactada en convenio colectivo. Es decir, considera que los descansos diario y semanal tienen plena autonomía, de manera que la aplicación de uno de ellos no viene condicionada por la del otro, puesto que como se trata de descansos mínimos, dichos descansos no son acumulables, ni tienen que disfrutarse de forma consecutiva, porque dicho efecto jurídico no se deduce expresamente de los arts. 34.3.1 y 37.1 ET. Desde

del TS al respecto fue de 5 de septiembre de 2008, rec. núm. 109/2007 (caso Leroy Merlin), criterio que fue fijado por sus posteriores sentencias de 25 de septiembre de 2008, rec. núm. 109/2007 (caso Carrefour); de 23 de octubre de 2008, rec. núm. 157/2006 (caso Makro Autoservicios de mayorista); de 27 de noviembre de 2008, rec. núm. 1949/2008 (caso Alcampo). En todas ellas se enjuicia el art. 32.10 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes que establece que “el cumplimiento del artículo 37 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y el Real Decreto 1561/1995, en lo que se refiere al descanso semanal, podrá ser compensado mediante el disfrute de un día de descanso a la semana. En este último caso, se entenderá en turnos rotativos a lo largo de toda la semana y no será posible su compensación económica. De mutuo acuerdo entre empresas y trabajadores podrá acumularse el medio día de descanso semanal para su disfrute en otro momento dentro de un ciclo no superior a cuatro semanas, y el día completo de descanso dentro de un ciclo no superior a catorce días, así como la recuperación del disfrute por la coincidencia del día libre rotativo con festivo, sin que ello implique reducción de la jornada anual pactada en el Convenio Colectivo...”. El convenio colectivo de Grandes Almacenes, Resol. de 8 de abril de 2013, establece en su art. 27.2 “de la jornada anual contratada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores, y una vez ya distribuida, se podrá disponer del porcentaje de horas previsto legalmente. La distribución de tales horas deberá respetar los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley, dando conocimiento al trabajador con un preaviso mínimo de siete días, del día y la hora de la prestación de trabajo. A los presentes efectos, la disposición por parte de la empresa de este tiempo de trabajo se producirá, bien sin previsión de tal número de horas, o bien modificando en igual número las horas planificadas, siempre con el preaviso previsto en el párrafo anterior”.

³⁸⁰ SAN de 19 de noviembre de 2008, proc. núm. 141/2008.

esta perspectiva, el descanso semanal puede comenzar al finalizar la jornada de sábado, ya que lo realmente importante es que al final de la jornada semanal la persona trabajadora disfrute las 12 horas de descanso diario y el día y medio de descanso semanal. No se debe tener presente únicamente el aspecto cuantitativo de la jornada, sino también el cualitativo, y es precisamente esta última idea la que permite deducir que los descansos diarios y semanales no se pueden superponer.

Uno de los argumentos interpretativos a favor de la conexión de los descansos diario y semanal se contiene en el art. 5 Directiva 2003/88/CE³⁸¹, que presupone la necesidad de sumar de forma consecutiva los descansos. De este modo, se disfrutaría, en primer lugar, el descanso diario y posteriormente el semanal. Dichos descansos deberán, pues, disfrutarse de forma consecutiva, de manera que el descanso semanal se concederá de manera subsiguiente o posterior al descanso entre jornadas, puesto que prevalece en este último descanso la finalidad recuperadora de la jornada inmediatamente anterior. La normativa comunitaria prevé que el descanso diario se debe disfrutar la jornada anterior al período de descanso semanal, de suerte que ambos descansos no se pueden superponer entre sí. Se tendrá, pues, que permitir mediante el reposo diario la recuperación de la persona trabajadora y se iniciará el disfrute del descanso semanal el día siguiente a la última jornada de trabajo de la semana³⁸². Asimismo, se justifica esta tesis en base a la interpretación histórica del 37.1 ET, ya que su anterior versión, contenida con el mismo numeral en la LRL de 1976, sustituyó la redacción original manejada en la tramitación parlamentaria, que hacía referencia a las 36 horas de descanso, en vez de al día y medio de descanso. Finalmente, la redacción de la LRL acogió la expresión día y medio de descanso, ya que ello no suponía una mejora de la duración del asueto. Por último, la imposibilidad de superposición de los descansos diario y semanal se infiere directamente de la regulación del ET, de tal forma que no se podrán neutralizar las horas de asueto mediante el cómputo de las doce horas de descanso diario dentro del día y medio de reposo semanal³⁸³. La naturaleza diversa de cada período de descanso permite limitar las posibilidades de distribución irregular de la jornada de trabajo a lo largo del año. El art. 34.2, in fine, del ET prevé la necesidad de “respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal” contemplados en la legislación laboral a la hora de realizar la ordenación del tiempo de trabajo, de tal forma que se puede decir que el carácter necesario del descanso supone una limitación de

³⁸¹ Literalmente, el artículo indicado prevé que “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de veinticuatro horas, a las que se añadirán las once horas de descanso diario establecidas en el art. 3”.

³⁸² SSTSJ País Vasco, de 1 de junio de 2011, rec. núm. 805/2011; Madrid, de 14 de octubre de 2010, rec. núm. 506/2010; Extremadura, de 12 de noviembre de 1992; Andalucía, de 27 de julio de 1990.

³⁸³ SSTS de 23 de octubre de 2008, rec. núm. 151/2006; de 25 de septiembre de 2008, rec. núm. 109/2007; de 5 de septiembre de 2008, rec. núm. 109/2007; de 10 de octubre de 2005, rec. núm. 155/2004; SSAN de 6 de julio de 2004, st. núm. 64/2004; de 21 de junio de 2003; STSJ Canarias, de 29 de septiembre de 2006, rec. núm. 900/2005.

los poderes de organización del trabajo de la empresa frente a los márgenes de distribución irregular de la jornada laboral. De hecho, según nuestra legislación nacional, cabe inferir el carácter independiente y autónomo de los descansos diario y semanal, pues tienen una clara naturaleza jurídica diversa, ya que uno tiene un objetivo de periodicidad diaria, y otro de frecuencia semanal, teniendo como se ha indicado ambos la finalidad de limitar la distribución regular o irregular de la jornada, esto es, se trata de dos límites cualitativos a la ordenación del tiempo de trabajo. En este sentido, se puede decir que el carácter necesario del descanso supone una limitación de los poderes de organización del trabajo de la empresa frente a los márgenes de distribución irregular de la jornada laboral³⁸⁴. De este modo, el legislador ordinario restringe las posibilidades de gestión empresarial del descanso diario a diferencia de lo que sucede en el descanso semanal, cuyo disfrute se puede distribuir con mayor margen de libertad. Y, en este sentido, es preciso decir que en nuestro ordenamiento jurídico el carácter necesario y obligatorio del descanso diario y semanal, se refuerza en virtud de la calificación del incumplimiento de dichos descansos como infracción laboral grave.

En síntesis, no cabe duda de que, en caso de solapamiento, se producirá la omisión del medio día de descanso semanal o bien la merma de determinadas horas correspondientes al descanso entre jornadas. Y este efecto no se puede justificar en el hecho de que el descanso semanal se compute por horas, de modo que descansando la noche del sábado y el día completo del domingo se deba entrar a trabajar la mañana del lunes, puesto que desde el fin de la jornada del sábado hasta el inicio de la mañana del lunes han transcurrido solamente 36 horas. En este sentido, debemos subrayar que ciertamente la referencia a un día y medio de descanso ha de interpretarse pro operario, esto es, debe entenderse como la necesidad de descansar 36 horas de manera ininterrumpida³⁸⁵.

Ya con anterioridad, se había señalado³⁸⁶ que cuando el día de descanso de un trabajador coincide con un domingo, el descanso semanal comprende igualmente la tarde del sábado o la mañana del lunes, y este descanso se acumula a las doce horas de descanso diario. Y sí el día completo de descanso semanal se disfruta

³⁸⁴ GARCÍA NINET, J. I., "Ordenación del tiempo de... *op. cit.* p. 29.

³⁸⁵ STS de 5 de octubre de 2010, rec. núm. 25/2009, que literalmente indica que "la interpretación efectuada del precepto controvertido no supone (...) que el tiempo libre correspondiente al día en que el trabajador ha realizado su jornada completa no pueda computarse como tiempo de descanso semanal, sino que lo que no cabe interpretar es que día y medio de descanso semanal supone únicamente 36 horas seguidas de descanso. Día y medio de descanso semanal, como claramente señala la sentencia de instancia... supone que sí, al trabajador le coincide el día de descanso semanal en domingo, ha de descansar también la tarde del sábado o la mañana del lunes y, si no coincide en domingo, el descanso semanal incluirá el día correspondiente y la tarde del antecedente o mañana del siguiente". En el mismo sentido STS de 20 de diciembre de 2002, rec. núm. 148/2001; SSTSJ País Vasco, de 1 de junio de 2011, rec. núm. 805/2011; Madrid, de 14 de octubre de 2010, rec. núm. 506/2010; Canarias, de 29 de septiembre de 2006, rec. núm. 900/2005; Madrid, de 8 marzo de 1995; Galicia, de 10 de diciembre de 1999, rec. núm. 4833/1996; Murcia, de 24 de noviembre de 1994, rec. núm. 1074/1993.

³⁸⁶ SAN de 6 de julio de 2004, st. núm. 64/2004.

entre semana, el medio día de descanso se debe conceder la tarde del día previo o la mañana del día siguiente. Y si el día y medio de descanso semanal se tiene que fraccionar, el descanso se disfrutaría a razón de un día completo en una semana y dos días en la siguiente, sin merma del descanso diario de doce horas.

A mi parecer y el de parte de la doctrina científica³⁸⁷, no puede aplicarse el descanso semanal sin observar previa y necesariamente el descanso diario o entre jornadas, pues constituye un límite imperativo a la ordenación del tiempo de descanso de las personas trabajadoras. De hecho, este conflicto se plantea respecto de las personas trabajadoras con jornada partida y en aquellos casos en los que la jornada ordinaria de trabajo finaliza en momentos muy próximos al fin del día natural.

En realidad, el fondo de la cuestión se halla en la determinación del momento concreto en que debe concederse el medio día de descanso semanal. De entrada, conviene destacar que el legislador ordinario prevé que el día completo de descanso semanal será disfrutado, como regla general, el domingo, y a continuación, en relación con el medio día de sueto, se establece una opción, dado que el descanso se podrá disfrutar la tarde del sábado o la mañana del lunes. Dicha opción legislativa es un instrumento de ordenación del descanso semanal, en la medida que constituye una regla jurídica que permite determinar los días concretos en los que el derecho al descanso se va a disfrutar. Sin embargo, dicha ordenación previa de los días de descanso es una pauta meramente indicativa, debido a la posibilidad de alterar los días de disfrute del descanso en virtud de pactos individuales o colectivos. La determinación del medio día de descanso semanal, que se yuxtapone al día completo del domingo con el fin de conseguir las 36 horas de descanso en cómputo semanal, es un aspecto que las partes pueden disponer en virtud de pacto colectivo o individual. Aunque el art. 37.1 ET no diga nada al respecto, ésta parece la finalidad de la norma, ya que la referencia a estos días de la semana se prevé como regla general, pudiéndose contemplar otra opción en materia de fijación del descanso³⁸⁸. Por tanto, la determinación del medio día de descanso no es un criterio totalmente rígido, puesto que es posible introducir reglas de cómputo irregular del medio día de reposo en virtud de la acumulación del descanso en períodos de referencia de hasta 14 días.

En definitiva, en caso de solapamiento, no se puede producir la omisión del medio día de descanso semanal o bien la merma de determinadas horas correspondientes al descanso entre jornadas. El descanso semanal no acoge en su seno al descanso diario, de la misma forma que este no acoge en el suyo a

³⁸⁷ Asimismo, lo entiende LÓPEZ AHUMADA, J.E., "Problemas relativos al cómputo del descanso semanal y diario: una visión cualitativa del tiempo de descanso", AS, núm. 84, 2008 (versión on line)

³⁸⁸ GARCÍA NINET, J. I., "Ordenación del tiempo de trabajo", en AA.VV., *Comentarios a las Leyes Laborales. El ET*. Madrid: Edersa, 1994, p. 98; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas y descanso...* op. cit. p. 69.

aquel, pues se trata de dos ciclos bien diferenciados, esto es, el ciclo de 24 horas, equivalente a un día natural, dentro del cual se halla el período mínimo de descanso diario de 12 horas consecutivas, y, por otro lado, el ciclo semanal, dentro del cual se instala el descanso de día y medio³⁸⁹. Así, aunque ambos tienen como objetivo común el limitar la distribución de la jornada laboral, sobre todo en los casos en los que esta se distribuya irregularmente, sin embargo, responden a finalidades específicas diferentes, pues el descanso diario o entre jornadas actúa como límite intrínseco a la delimitación de la jornada laboral, tiene un carácter más intenso que el semanal, y responde a la necesidad biológica del ser humano de descansar, de tener un asueto u ocio, o simplemente de dedicarse a otras actividades, como las familiares, tras una jornada de trabajo, mientras que el descanso semanal tiene como fin introducir dentro de las jornadas sucesivas de trabajo un período de cesión o interrupción cíclica de las mismas cada cinco jornadas y media de trabajo. Por ello, tras la jornada de trabajo, y sea cual sea la subsiguiente actividad a realizar, incluida una nueva jornada de trabajo o un tiempo de descanso distinto como lo es el semanal, deba producirse el descanso diario. En suma, el descanso diario y el semanal, por ser distintos y obedecer a finalidades e incluso a causas diferentes, no pueden superponerse, ya que no en balde las 12 horas de las que se compone el descanso diario deben disfrutarse por el trabajador inmediatamente después de terminada la jornada de trabajo, para recuperarse de ella, e inmediatamente antes de que se inicie el descanso semanal, de tal forma que este no coincida, ni parcialmente siquiera, con el primero, sino que se sucedan en el tiempo³⁹⁰.

Precisamente el respeto de la finalidad del descanso supone no olvidar la periodicidad diaria del descanso, previsión normativa que tutela la salud laboral de las personas trabajadoras, debiendo concederse el descanso “entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente” (art. 34.3.1 ET). Estamos, pues, ante un límite legal a la jornada de trabajo que reside en el fundamento mismo del descanso³⁹¹. El descanso entre jornadas se presenta en la regulación del tiempo de trabajo, en principio y a salvo de determinadas excepciones reglamentarias, como un tope legal de carácter absoluto en relación a cualquier sistema de ordenación del tiempo de trabajo. Las doce horas de reposo laboral se entienden aplicables a la jornada laboral continuada o a la partida, a las jornadas ordinarias o especiales, así como a los horarios de trabajo comunes o irregulares de carácter flexibles. Se trata, en consecuencia, de un límite omnicomprendido del desarrollo temporal de la prestación de servicios por cuenta ajena. Todo lo contrario, sucede en materia de descanso semanal, cuyo disfrute se puede ordenar flexiblemente en relación a la ubicación del descanso en la semana, fraccionamiento del período de reposo o su cómputo semanal o bisemanal. Ciertamente, en este descanso las nuevas reglas de ordenación flexible del descanso han incidido directamente sobre el carácter

³⁸⁹ SAN de 7 de mayo de 2007, st. núm. 44/2007.

³⁹⁰ SSAN de 7 de mayo de 2007, st. núm. 44/2007; de 24 de octubre de 2006, proc. núm. 127/2006.

³⁹¹ ALARCÓN CARACUEL, M. R., *La ordenación del tiempo... op. cit.* p. 90.

necesario del derecho. Así, se puede apreciar cómo al margen de la duración del descanso, que siempre ha tenido el carácter de derecho mínimo, indisponible e inderogable para la voluntad colectiva o individual de las partes, las nuevas posibilidades de ordenación irregular del descanso permiten la disposición de los límites inherentes a la distribución de la interrupción semanal del trabajo.

Es más, nuestro alto tribunal supremo³⁹² ha estimado procedente que la empresa compense a las personas trabajadoras con una indemnización de daños y perjuicios el solapamiento causado entre dicho descanso, no sólo por no recuperarse del cansancio y esfuerzo que conlleva todo trabajo, sino también por no poder compatibilizar su vida laboral, familiar y personal.

3.9. La retribución del descanso semanal

A pesar de que el art. 37.1 ET no contempla de forma expresa el carácter retribuido del descanso, cabe entender que el descanso semanal, al igual que el diario, es un descanso retribuido. La doctrina³⁹³ considera que del descanso semanal se deduce el derecho de la persona trabajadora a percibir el salario correspondiente al día de descanso. Desde los inicios del ordenamiento jurídico laboral, se reivindicó tanto una reducción de la jornada de trabajo y un aumento del descanso, así como el carácter retribuido del descanso. Por tanto, desde los mismos orígenes, se contempla la retribución del descanso semanal como elemento esencial de esta figura jurídica.

La doctrina³⁹⁴ ha considerado que el salario del descanso semanal constituye un elemento necesario y esencial para el disfrute efectivo del descanso, es decir, como un requisito inherente a la noción de descanso. Se estima que la garantía del abono del salario se halla en el art. 26.1 ET³⁹⁵, pues el mismo establece que el salario comprende “la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, (...) ya retribuyan el trabajo efectivo (...) o los periodos de descanso computables como de trabajo”. Se estima que el contenido del art. 26.1 ET establece una regla imperativa. No obstante, la doctrina considera que el contenido del art. 26.1 ET es ambiguo.

³⁹² SSTs (ambas) de 14 de abril de 2014, rec. núm. 1665/2013 y 1667/2013. En el mismo sentido, STSJ Madrid, de 14 de octubre de 2010, rec. núm. 506/2010.

³⁹³ GARCÍA NINET, J.I., “Retribución del descanso dominical y de las vacaciones”, en ALMANSA PASTOR, J.M. (Dir.) *Estudios sobre la ordenación del salario*. Valencia: Universitat de Valencia, 1976, p. 237.

³⁹⁴ ALONSO GARCÍA, M., *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona: Ariel, 1976, p. 318; MATÍAS PRIM, J., “Descanso semanal y anual. Permisos”, en BAYÓN CHACÓN, G. (Dir.) *Dieciséis Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1977, p. 318; RAYÓN SUÁREZ, E., “Descanso semanal, fiestas y permisos”, AA.VV., *Comentarios a las leyes laborales. Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Edersa, 1982, p. 311; GIL Y GIL, J.L., “El descanso semanal”, en DE LA VILLA GIL, L.E., *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: ACARL, 1991, p. 617.

³⁹⁵ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 373, señala que el art. 26.1 ET “atribuye expresamente carácter salarial a la retribución de las festividades, días de vacaciones y demás interrupciones remuneradas, lo que significa la consagración legal de la idea del sinalagma genérico o global”.

Así, desde un punto de vista meramente conceptual, el art. 26.1 ET no califica de forma preceptiva el pago del descanso semanal, sino que el descanso es objeto de abono, si así se prevé un acuerdo colectivo o individual³⁹⁶. Partiendo de esta premisa, el legislador se refiere al abono de los descansos laborales sin garantizar que el descanso vaya a ser necesariamente retribuido.

No obstante, si se analiza la normativa sobre el salario mínimo interprofesional, se puede observar como sí se prevé que el salario mínimo interprofesional se entiende referido a la jornada legal de trabajo en cada actividad, “sin incluir en el caso del salario diario la parte proporcional de los domingos y festivos” (art. 1 RD 145/2024, de 6 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2024). Por tanto, cabe entender que en los salarios mensuales se computa el salario correspondiente al descanso semanal y festivos del mes. Es decir, se retribuyen todos los días del mes.

Por consiguiente, la interrupción semanal se garantiza concediendo a la persona trabajadora los medios económicos necesarios para poder cesar en el trabajo, dado que, en caso contrario, la interrupción de la prestación de servicios correría a cargo de la persona trabajadora. No obstante, si este principio es evidente en las relaciones laborales comunes, en las que la estabilidad del desarrollo de la prestación de servicios permite un devenir cíclico y regular de los descansos semanales, en determinadas actividades laborales nuestro sistema jurídico contempla reglas específicas del carácter retribuido del descanso semanal.

4. LAS FIESTAS LABORALES

4.1. Marco normativo

Las fiestas laborales se configuran como días de interrupción de la prestación laboral que se suman anualmente a los días de descanso semanal y vacacional.

El art. 37.2 ET recoge el derecho de las personas trabajadoras al disfrute de las festividades declaradas oficialmente con carácter laboral. La Directiva 2003/88/CE, por su parte, no recoge el tratamiento de las fiestas laborales, pues tiene un carácter tradicional y cultural, que da lugar a una diversidad de regulaciones en cada Estado, e impide, por tanto, su armonización a nivel comunitario.

El desarrollo reglamentario de esta figura jurídica se contiene en los arts. 45, 46 y 47 RD 2001/1983.

Asimismo, debe señalarse que la regulación de los días festivos se basa en el ET y en el citado RD sin efectuar remisión a la negociación colectiva. Ello reafirma

³⁹⁶ GONZÁLEZ-POSADA, E., “La determinación y estructura del salario”, *RPS*, núm. 141, 1984, p. 66; MONTOYA MELGAR, A., “La retribución del trabajo”, en AA.VV., *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*. Madrid: MTSS, 1987, p. 233; GARCÍA MURCIA, J., “El art. 26 del ET”, *REDT*, 2000.

el carácter imperativo e indisponible de las fiestas laborales, pues se configuran como una institución de orden público. No obstante, como veremos, es posible a la adaptación de determinados aspectos del ejercicio del derecho, es decir, desplazar a otro día determinadas festividades laborales. De esta forma, respetando ciertos límites, la autonomía colectiva e individual pueden modular el disfrute de los días festivos. De hecho, como señala la doctrina jurisprudencial³⁹⁷, la fuente idónea para regular las fiestas laborales es el acuerdo en convenio o pacto colectivo, que prevalece sobre el contrato de trabajo debido al carácter colectivo de las fiestas.

4.2. Conceptualización y características configuradoras

Nuestro ordenamiento jurídico no contiene una definición de “fiesta laboral”. En una primera acepción, se podría definir como “aquellos días a vacar en la ejecución de la prestación de servicios, debido a una previsión oficial de carácter anual de los días inhábiles para el trabajo”³⁹⁸.

Ahora bien, no debe confundirse este término con el de los domingos, pues los domingos no tienen carácter laboral en sentido estricto, sino que el domingo es el día que generalmente se establece como de descanso semanal, y únicamente tiene efectos en las relaciones laborales como día inhábil para el trabajo cuando así sea de aplicación como consecuencia del disfrute del descanso semanal.

El carácter del domingo como día tradicional de descanso semanal tiene un carácter accidental, ya que se presenta en nuestra legislación como un mero referente de las prácticas sociales en las relaciones laborales. Su condición como día inhábil para el trabajo no es esencial, pues cada vez más se tiende a flexibilizar la determinación del domingo como día idóneo de descanso, primando el reposo efectivo con independencia del día concreto de su disfrute. De hecho, no cabe olvidar que, junto a la finalidad recuperadora del descanso semanal coexista una dimensión social y familiar. En este sentido, en las fiestas laborales existe también una vertiente colectiva de la interrupción del trabajo, cesando la obligación de trabajar durante la jornada festivo con el fin de celebrar determinados eventos. Como se observa, el art. 37 ET divide en dos apartados diferentes el régimen de las fiestas laborales y el derecho al descanso semanal. Ello significa que si la voluntad del legislador hubiera sido reconocer el carácter de festivo al domingo lo habría situado dentro de las fiestas.

En primer lugar, cabe indicar que las fiestas laborales tienen un carácter necesario, pues la imperatividad es una característica inherente a la interrupción festiva de la actividad laboral. Así se deduce del art. 37.1 que enumera los caracteres básicos de los días festivos. El reconocimiento expreso de su carácter retribuido, su carácter no recuperable, y la enumeración de las cuatro festividades obligatorias,

³⁹⁷ SSTCT de 30 de octubre de 1981; de 15 de diciembre de 1981; de 22 de noviembre de 1982.

³⁹⁸ LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Descansos Laborales y Tiempo... op. cit.* p. 245.

refuerza el régimen jurídico de las fiestas laborales, que se convierten así en un derecho laboral necesario. Así lo reconoce también nuestro TC³⁹⁹.

En este sentido, existe un fondo común al reconocimiento del descanso semanal y de las fiestas laborales. Así, el legislador ordinario caracteriza a ambos supuestos interruptivos como derechos laborales imperativos. Así se reconoce la imperatividad del descanso semanal en el art. 37.1 ET, e implícitamente, cabe deducirlo del carácter obligatorio de los festivos laborales.

En segundo lugar, el art. 37.2 ET prevé que el número de fiestas laborales “no podrá exceder de catorce al año”. El precepto determina un número máximo de fiestas laborales, de suerte que el conjunto de festividades no puede exceder de 14 jornadas a lo largo de un año natural. Se trata de una cláusula limitativa, es decir, un tope máximo.

Este límite máximo tiene un carácter de derecho necesario e indisponible. La eficacia del art. 37.2 ET como norma de derecho necesario tiene los mismos efectos que las características básicas del descanso semanal. No obstante, un sector de la doctrina⁴⁰⁰ ha declarado que este listado de días festivos constituye no solo un límite máximo, sino también un límite mínimo. Sin embargo, otro sector, al que me uno, estima que la interpretación correcta es la de entender que constituye un límite máximo, no mínimo, pues es posible que los poderes públicos supriman algún día festivo con eficacia laboral con el fin de estimular la productividad nacional. En este sentido, como es sabido, los cuatro festivos previstos en el ET son auténticos mínimos normativos, ya que son indisponibles para la Administración, así como para la autonomía colectiva e individual.

Además, cabe tener en cuenta la posibilidad de que las comunidades autónomas pueden introducir un decimoquinto día festivo de carácter autonómico, una vez aplicadas todas las reglas de ordenación de las fiestas laborales, en virtud de la distribución de competencias entre las Administraciones.

En tercer lugar, se configuran como fiestas no recuperables. Ello significa que una vez disfrutado el día festivo e ininterrumpida la actividad laboral, la no recuperabilidad del día festivo impide a la empresa exigir, con posterioridad, la realización de la jornada coincidente con la fiesta. Por tanto, la interrupción festiva en el trabajo no debe ser un cargo a costa de las personas trabajadoras. Así, lo recoge expresamente el art. 37.2 cuando señala su carácter “no recuperable”.

Las fiestas laborales están predeterminadas legalmente con carácter no recuperable, de tal forma que las decisiones unilaterales de la empresa, así como la autonomía colectiva e individual tienen que tener en cuenta la no recuperabilidad

³⁹⁹ STC 63/1984, de 21 de mayo.

⁴⁰⁰ RAYÓN SUÁREZ, E., “Descanso semanal, fiestas y... *op. cit.* p. 318, que señala que “la no inclusión del día de todos los Santos (2 de noviembre) por tener lugar en Domingo, no obstante, lo cual la introducción de otro día de fiesta supone el mantenimiento de las 12 de ámbito nacional, a las que se añaden las locales”.

de dichos días. En realidad, este carácter no recuperable se predica, de igual forma, respecto de otros descansos laborales. Este carácter no recuperable se configura como una norma de derecho necesario, pero la no recuperabilidad de la fiesta laboral se conecta, a su vez, con otros elementos propios de esta institución, como son el concepto de fiesta retribuida⁴⁰¹.

En cuarto lugar, estos días festivos tienen también un carácter tuitivo, de tal forma que en las fiestas laborales existe una posibilidad de prestación del trabajo, sin que sea posible su recuperación. La persona trabajadora conserva su salario, y no cabe su compensación con otro trabajo posterior. Ello no significa que, en determinados casos, como luego se analizará, se puedan prestar servicios durante los días festivos.

En quinto lugar, el art. 37.2.4 ET prevé que “si alguna comunidad autónoma no pudiera establecer una de sus fiestas tradicionales por no coincidir con domingo un suficiente número de fiestas nacionales podrá, en el año que así ocurra, añadir una fiesta más, con carácter de recuperable, al máximo de catorce”. Este decimoquinto día festivo determinado por las comunidades autónomas, como fiesta de carácter autonómico, constituye la excepción al carácter no recuperable de las fiestas laborales.

No obstante, para su establecimiento es requisito necesario la no coincidencia con domingo de un número suficiente de fiestas nacionales. Por tanto, aunque es cierto que el carácter no recuperable de las fiestas laborales se predica en general para todos los días festivos, el legislador permite la remisión de esta nota esencial de las fiestas laborales para permitir la coordinación de las competencias de la Administración autonómica.

Este decimoquinto día constituye una facultad de las comunidades autónomas, no siendo obligatorio. Y, además, únicamente se permite hacer uso de esta facultad cuando los entes autonómicos no pueden establecer dentro del límite anual de los catorce festivos laborales, una de sus fiestas tradicionales. Y, en ese caso, es cuando se permite añadir al calendario un día festivo propio. Ahora bien, esta fiesta añadida es recuperable, constituyendo así una excepción al carácter no recuperable de las fiestas laborales. Concretamente, esta característica de recuperable tiene como fin salvaguardar el límite máximo anual de los 14 días festivos aplicables en todo el territorio del Estado español.

En sexto lugar, los días de fiesta laboral tienen carácter retribuido. La retribución es una de las notas comunes al descanso semanal y a las fiestas laborales. La empresa no queda liberada de su obligación de retribuir el cese en la prestación laboral.

⁴⁰¹ ALONSO OLEA, M., “Fiestas laborales y competencias para su determinación; y sobre el rango de la norma en cuanto a los conflictos de competencia”, en AA.VV., *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Madrid: Civitas, 1985, p. 27.

La retribución de las fiestas laborales se refiere a todas las festividades aplicables en nuestro ordenamiento jurídico. Si durante el desarrollo de la relación laboral coincide una jornada laboral con una fiesta, la persona trabajadora no tiene obligación de trabajar y se le abona esa jornada como si fuese día de trabajo (art. 37.2 ET).

A diferencia del descanso semanal, en el ET se declara expresamente el carácter retribuido y no recuperable de las fiestas laborales⁴⁰². No obstante, el carácter retribuido de las fiestas laborales tiene el mismo contenido que en el descanso semanal.

No obstante, la diferencia entre las fiestas recuperables y no recuperables sí afecta a la retribución de estos días festivos, pues los días festivos recuperables son un tipo especial de festivos laborales. Si bien es cierto que, en principio, son días liberados de la obligación de trabajo, son días de trabajo debido, ya que luego deben ser recuperados.

En cuanto a la retribución de los días festivos, el salario se determina sin referencia a la jornada laboral previamente desarrollada, de tal forma que, una vez determinados los 14 días festivos por la autoridad laboral competente, y en virtud del reconocimiento retribuido de la interrupción, nace el deber empresarial de abonar las fiestas sin tener como referencia el tiempo de trabajo prestado.

El salario de los días festivos ha de ser, como mínimo, el mismo que los días de trabajo. En los sistemas de retribución semanal, mensual o anual, el abono de las fiestas laborales se paga según el periodo de computo del salario, sea la semana, el mes o el año, siendo la cuantía mínima e indisponible de la retribución festiva. En los salarios globalizados, por tanto, el régimen de retribución es similar al descanso semanal. Se trata de equiparar el jornal festivo al salario medio correspondiente a un día de trabajo, totalizándose el pago del festivo en el momento de devengo del salario.

La retribución de las fiestas laborales es una cantidad abonable *ex lege*, que comprende el salario medio de cualquier día de trabajo, incorporando la parte correspondiente al salario base y a los complementos salariales que se abonan en un día de trabajo.

Además, cuando coincide un día de fiesta con un día de huelga no se descuenta el día festivo. Ello significa, por tanto, que el día festivo tiene relevancia *per se*, ya que, si estuviera globalizado en el salario, el efecto sería el descuento de todos los días de huelga incluidos en el periodo de liquidación del mismo, con independencia de los días festivos. Ahora bien, es extraño que durante un día

⁴⁰² GARCÍA NINET, J.I., "Retribución del descanso dominical... *op. cit.* p. 241; MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M.; SEMPERE NAVARRO, A.V.; RÍOS SALMERÓN, B., *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*. Pamplona: Aranzadi, 2005, p. 224; CABEZA PEREIRO, J., "Descanso semanal, fiestas, permisos... *op. cit.* p. 786.

festivo se esté en situación de huelga, pues, las huelgas, en general, se convocan para días concretos.

4.3. Compensación del trabajo realizado en día festivo

Aunque, como regla general, y como se ha indicado, el art. 37 ET garantiza el derecho de las personas trabajadoras a la interrupción de la prestación de servicios durante los días de fiesta laboral, no obstante, es posible que el régimen de desarrollo de la actividad laboral impida, en ciertos casos, el disfrute de las jornadas festivas en el mismo día en que se conmemora la fiesta.

En este sentido, la compensación del trabajo realizado durante el día de fiesta laboral supone una excepción a la declaración legal imperativa del disfrute de los días festivos previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, se podía, de forma excepcional, trasladar el momento de interrupción festiva del trabajo a otra jornada laborable.

De cualquier forma, cabe señalar que el art. 37.2 ET no se refiere de forma expresa a la posibilidad de trabajar en festivo, por lo que, en principio, no sería posible trasladar su celebración a otro día. No obstante, el art. 47 RD 2001/1983 prevé una excepción a la regla de la interrupción del trabajo en los días festivos, regulando así su compensación. Concretamente, establece que “cuando, excepcionalmente y por razones técnicas u organizativas, no se pudiera disfrutar el día de fiesta correspondiente o, en su caso, de descanso semanal, la empresa 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”.

Como se observa el citado art. 47 RD 2001/1983 exige que concurren “razones técnicas u organizativas” para poder proceder a esta compensación, no pudiendo aplicarse por decisión unilateral de la empresa sin que concurra una causa justificativa.

Además, este precepto, establece que la compensación para el trabajo en día festivo requiere una indemnización económica, ya que establece que se debe abonar a la persona trabajadora un importe adicional al valor de la jornada trabajada, consistente en un incremento del 75 % como mínimo. Cabe entender que este 75 % se aplica al total del valor de las horas trabajadas en el día festivo. Si la jornada festiva tiene la misma duración que cualquier jornada laborable, la persona trabajadora tiene derecho al salario correspondiente a un día ordinario de trabajo, y, además, a percibir un incremento de las horas prestadas con el 75 %. Con ello se están compensando las condiciones más gravosas de trabajo en festivos.

En la negociación colectiva, se ha contemplado, generalmente, el recargo como la mejor opción de compensar el trabajo festivo, previéndose la compensación económica como fórmula indemnizatoria. No obstante, en algunos casos también se ha previsto el descanso alternativo.

Por otro lado, tal y como prevé el citado art. 47 ET, es también posible proceder a la compensación del trabajo en festivo, mediante un descanso compensatorio. Es decir, proceder a un descanso alternativo. Esta posibilidad se configura como una vía subsidiaria a la compensación económica, y ello, a mi entender, resulta contradictorio con la finalidad tuitiva del Derecho del Trabajo. La única explicación es partir de que la finalidad de las fiestas laborales no es el descanso y la recuperación física y psicológica de la persona trabajadora, sino la celebración de determinados eventos de forma social y familiar.

Este descanso compensatorio se manifiesta en el sentido de disfrutar de un tiempo de descanso sustitutorio, es decir, un periodo de tiempo equivalente, sin perjuicio de que sea mejorado vía convenio colectivo o contrato individual de trabajo. No obstante, ello no significa que el traslado del día festivo a otro día de forma alternativa no sea un supuesto de compensación con descanso sustitutorio, pues en las fiestas laborales también se descansa. En el fondo, se está ante un día de cesación en la ejecución de la prestación de servicios.

No se puede olvidar nunca que en las fiestas laborales también existe, por mínima que sea, una finalidad recuperadora, aunque no sea su eje central. De ahí que haya sido criticado por la doctrina⁴⁰³ la redacción del art. 47 RD 2001/1983. Así se propone que el recargo económico vaya acompañado del correspondiente descanso compensatorio o que su aplicación exclusiva se produzca en los supuestos de imposibilidad de concesión del descanso alternativo. La compensación adecuada sería otorgar a la persona trabajadora un día de reposo sustitutorio en otro día diferente del festivo y, como mínimo, por tiempo equivalente. La compensación del trabajo festivo con un día de reposo alternativo se entiende que se realiza sustituyendo el día concreto de interrupción festiva por otro día necesariamente de carácter laborable, sin que ello altere el carácter retribuido del día de reposo adicional. Ello es así porque resulta ineficaz el otorgamiento a la persona trabajadora de un descanso sustitutorio en otro día de la semana. Por ello, en los casos de cesación del trabajo, es decir, si existe una situación de inactividad laboral, no se puede fijar el disfrute del descanso compensatorio en un día de no trabajo⁴⁰⁴.

En cuanto a la determinación del día concreto de descanso compensatorio, la doctrina judicial⁴⁰⁵ considera que corresponde a ambas partes, no siendo posible decidirlo unilateralmente la empresa.

⁴⁰³ LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Descansos Laborales y Tiempo...* op. cit. p. 273.

⁴⁰⁴ STSJ Comunidad Valenciana, de 4 de noviembre de 1992.

⁴⁰⁵ SSTSJ Galicia, de 24 de septiembre de 1999; País Vasco, de 24 de abril de 2001.

4.4. Clasificación de las fiestas laborales

El art. 37.2 ET establece de forma expresa que “en cualquier caso se respetarán como fiestas de ámbito nacional las de la Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de mayo, como Fiesta del Trabajo, y 12 de octubre, como Fiesta Nacional de España”. Este precepto prevé cuatro fiestas laborales que tienen un estatuto especial y reforzado en el sistema de festivos.

No obstante, es el RD 2001/1983 el que desarrolla la clasificación de las fiestas laborales, previendo diversas categorías, respetando, lógicamente, lo regulado en el art. 37.2 ET. Las cuatro festividades del art. 37.2 ET se imponen, lógicamente, en base al principio de jerarquía normativa, de tal forma que las fiestas civiles y religiosas señaladas reglamentariamente se subordinan al régimen legal. Por tanto, teniendo presente la indisponibilidad de las cuatro festividades estatutarias, las comunidades autónomas pueden ejercer su competencia remitiendo al Ministerio de Trabajo sus festividades propias, siempre respetando las reglas normativas.

El art. 45 RD 2001/1983, clasifica las fiestas laborales, de carácter retribuido y no recuperable, de la siguiente forma: “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”.

Al respecto cabe señalar, en primer lugar, que se configura como una enumeración de *numerus apertus*, es decir, dicho catálogo no colma los festivos apreciables en nuestro país, ya que no recoge los festivos autonómicos ni los locales. Este carácter abierto del listado es consecuencia de la cooperación administrativa entre las diferentes administraciones competentes en materia de fiestas laborales. Este precepto regula los días festivos con eficacia en las relaciones laborales en función del contenido solemne del día festivo que se conmemora, es decir, la interrupción puede tener como fin solemnizar una fiesta civil o religiosa. Esta clasificación básica en festividades civiles y religiosas se subdivide en cuatro grupos. Los dos primeros grupos son los correspondientes a los festivos de carácter civil, aunque el día 25 de diciembre, tiene principalmente un móvil religioso. Y en estos dos grupos se compilan las fiestas cívicas y festividades según el ET, donde se recogen, junto a las cuatro fiestas estatutarias, el 6 de diciembre, como día de la Constitución Española.

Las fiestas religiosas se reconocen como días festivos en atención al instrumento internacional por el cual se produce su incorporación en nuestro sistema jurídico, cual es el Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979. Así pues, el art. 45.1 RD 2001/1983 viene a cumplir con los compromisos asumidos por España con la Santa Sede⁴⁰⁶. Este acuerdo, como tratado internacional, forma parte de nuestro ordenamiento interno y tiene carácter de ley, por haber sido ratificado por España y publicado en el BOE. Por tanto, el art. 45.1 no es desarrollo del art. 37.2 ET, sino también del Tratado internacional suscrito por España.

Por tanto, como se observa, los días festivos pueden dividirse en religiosos y civiles. En este sentido, un primer grupo lo configuran las fiestas laborales civiles, las cuales, en la actualidad, son mayoritarias. De hecho, salvo el día 25 de diciembre, las festividades previstas en el art. 37.2 ET son civiles. Este reconocimiento de la fiesta civil y de su fuerte protagonismo es un reflejo de la pérdida de importancia de las festividades religiosas. A diferencia de otros periodos históricos antiguos, las festividades civiles van adquiriendo cada vez un mayor protagonismo.

Por su parte, el segundo grupo, esto es, las fiestas religiosas, se han caracterizado por su excesivo número. Ante la necesidad de racionalizar el conjunto de días inhábiles para el trabajo por motivos festivos, con el fin de acomodar las fiestas laborales a las exigencias productivas de las empresas, se tuvo que reducir el número de fiestas religiosas. De hecho, en la actualidad, la declaración de los festivos religiosos viene precedida de un debate en determinados ordenamientos jurídicos comunitarios.

En nuestro ordenamiento jurídico, las festividades religiosas son aquellas declaradas reglamentariamente según el Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, esto es, aquellas contenidas en los apartados c) y d) del art. 45.1 RD

⁴⁰⁶ GÓMEZ MUÑOZ, J.M., *Las jornadas especiales de trabajo*. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 47

2001/1983. Esta declaración de las festividades propias de la Iglesia Católica como fiestas laborales religiosas no vulnera el principio de no confesionalidad del Estado, pues esta posición privilegiada de las fiestas religiosas católicas se debe a que la religión católica es la confesión mayoritaria de nuestro Estado.

Otra clasificación de los días festivos puede llevarse a cabo en base a su distribución competencial. Como sabemos, la previsión anual de las fiestas laborales se basa en la labor de cooperación administrativa entre la Administración central, la autonómica y la local. Nuestro ordenamiento jurídico laboral ha tenido presente en la regulación de las fiestas laborales la concurrencia de los intereses de las diferentes Administraciones públicas.

En primer lugar, contamos con las fiestas laborales de ámbito nacional. Este constituye el primer escalafón de tal forma que, una vez determinados estos días festivos, se aplican las festividades correspondientes a las Administraciones autonómicas y locales. La determinación de las fiestas laborales de ámbito nacional, salvo las cuatro festividades previstas en el art. 37.2 ET, y de las fiestas de ámbito autonómico se delega por el propio legislador al ejercicio de la potestad reglamentaria del ejecutivo nacional y la potestad ejecutiva de los diferentes gobiernos autonómicos. El art. 37.2 ET prevé 14 festivos laborales, de los cuales dos son de carácter local.

Estas cuatro fiestas laborales previstas en el ET tienen un carácter privilegiado, pues el ET declara su disfrute con carácter general y permanente, es decir, se aplicarán de forma necesaria todos los años y con eficacia en todo el territorio nacional⁴⁰⁷. Según el art. 37.2 ET, estas fiestas laborales no pueden ser trasladadas en el calendario anual de festivos, pues el citado precepto establece que la ordenación se realizará “respetando las expresadas en el párrafo anterior, el Gobierno podrá trasladar”. Por tanto, estos cuatro días deben ser disfrutados el día en que corresponda, con independencia de que coincidan con domingo u otro día festivo. Por tanto, salvo el posible traslado al lunes, el festivo se debe celebrar ese mismo día y no en otro.

No obstante, como se ha indicado, el art. 45 RD 2001/1983 desarrolla esta enumeración dividiendo los festivos en cuatro bloques, ya indicados anteriormente, previéndose en su último bloque varias posibilidades de días festivos. Por tanto, la declaración completa de los días festivos no estatutarios que restan para completar los 14 anuales se conoce en virtud de la Resolución de la Dirección General de Trabajo, que determina para cada año el calendario de fiestas laborales.

⁴⁰⁷ GÓMEZ MUÑOZ, J.M., *Las jornadas especiales...* op. cit. p. 47, que señala que “si se descuentan como de cumplimiento legal las cuatro fiestas de ámbito nacional fijadas como tales por el Estatuto de los Trabajadores (Navidad, Año Nuevo, 1 de mayo y 12 de octubre) y se tiene en cuenta que el número máximo de festivo al año es de catorce, de los que dos son fiestas locales, resultaría que el Gobierno solo tiene capacidad para disponer sobre la fiesta del 6 de diciembre, día de la Constitución, habida cuenta que las siete fiestas religiosas resultantes del artículo III del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero 1979 obligan igualmente al Gobierno”.

Se configura así un sistema de cuatro fiestas laborales previstas estatutariamente y ocho como consecuencia del desarrollo legal. Además, otro límite a tener en cuenta, es que, de esos 14 festivos, dos son locales. Por tanto, 12 fiestas son nacionales, de las cuales cuatro son obligatorias y están reguladas en el art. 37.2 ET (25 de diciembre, 1 de enero, 1 de mayo y 12 de octubre), cinco fiestas son nacionales y previstas reglamentariamente (6 de diciembre, 15 de agosto, 1 de noviembre, 8 de diciembre y Viernes Santo), y finalmente, tres son fiestas reglamentarias disponibles por las Comunidades Autónomas por sus fiestas tradicionales (Jueves Santo, 6 de enero, y 19 de marzo o 25 de julio). Asimismo, en relación con estos días festivos reglamentarios, su disfrute no tiene que coincidir necesariamente en el día de su acaecimiento. En este sentido, la doctrina⁴⁰⁸ los ha denominado “días de segundo orden o movibles”, sin atender ya a su carácter reglamentario, sino más bien a la función que en el régimen jurídico de las festividades desempeñan.

El número de fiestas laborales de ámbito nacional se halla en nuestro ordenamiento por exclusión, es decir, si dos son las fiestas locales, el número de fiestas de carácter nacional es de 12 festivos. Sin embargo, esta previsión normativa se puede ver alterada, ya que las Comunidades Autónomas pueden sustituir los festivos nacionales del art. 45.1 d) RD 2001/1983. La finalidad de esta regla es permitir a las Comunidades Autónomas la determinación de sus fiestas autonómicas. Asimismo, las Comunidades Autónomas también pueden sustituir los festivos nacionales que se trasladen a lunes. Por tanto, el número de fiestas nacionales depende de que las Comunidades Autónomas efectúen o no estas posibilidades, pues pueden sustituir hasta tres festivos nacionales, quedando así nueve festivos nacionales, salvo que exista algún festivo nacional que se traslade al lunes.

En cuanto a los festivos autonómicos, las Comunidades Autónomas pueden establecer sus fiestas laborales de ámbito autonómico cuando estas festividades se fijen en sustitución de las fiestas enumeradas reglamentariamente por el Gobierno. No obstante, las Comunidades Autónomas se encuentran con dos límites legales, como son el respeto necesario a las fiestas estatutarias indisponibles, y el respeto a las fiestas locales. Asimismo, la facultad de sustitución de las Comunidades Autónomas de una fiesta de ámbito nacional por una fiesta autonómica prevista en el art. 37.2.3 ET, se complementa con la previsión del art. 45.1 y 3 RD 2001/1983. Así, determinadas fiestas de ámbito nacional pueden ser sustituidas por fiestas de ámbito autonómico, como jueves santo y 6 de enero, y la opción entre el 19 de marzo y el 25 de julio. Por tanto, las Comunidades Autónomas pueden optar por celebrar el 19 de marzo -San José-, o el 25 de julio -Santiago Apóstol-. Si ejercen esta opción, podrán sustituir el Jueves Santo, el 6 de enero, y 19 de marzo o 25 de julio. En este segundo caso, las Comunidades autónomas juegan con los tres -o cuatro festivos- anteriormente citados, que son disponibles. Ahora bien, la opción

⁴⁰⁸ GARCÍA NINET, J.I., “Ordenación del tiempo de... *op. cit.* p. 100.

debe ser comunicada de forma expresa a la autoridad laboral, pues la ausencia de decisión administrativa, conlleva que la festividad aplicable será el día de San José.

A su vez, según el art. 37.2.3 ET, las Comunidades Autónomas pueden fijar sus fiestas tradicionales en perjuicio de los festivos de ámbito nacional que se trasladen al lunes. Esta posibilidad se aplica de forma facultativa a la disposición de las fiestas religiosas del apartado d) del art. 45.1 RD 2001/1983, y su utilización depende de la Comunidad Autónoma.

Una vez aplicadas todas las reglas para determinar las fiestas laborales autonómicas, y si no es posible establecer dentro del máximo legal de los 14 festivos anuales, una de las fiestas de carácter autonómico, las Comunidades Autónomas pueden establecer una de sus fiestas tradicionales por no coincidir durante ese año con un domingo alguna de las fiestas de carácter disponibles. Así, como se ha indicado anteriormente, las Comunidades Autónomas pueden añadir un festivo más a los 14 anuales. Las Comunidades Autónomas pueden fijar sus festivos tradicionales sustituyendo determinados días previstos reglamentariamente y respetando el límite de los 14 festivos, o sustituyendo los festivos nacionales que por coincidir en domingo se trasladen a los lunes. Si las Comunidades Autónoma no pueden fijar sus festividades propias ni sustituyendo las fiestas habilitadas, entonces podrán superar el límite de 14 días festivos y añadir un día más, pero recuperable.

Por último, tradicionalmente, nuestro ordenamiento ha reconocido la competencia en materia de fiestas laborales a los municipios. De esta forma, los Ayuntamientos pueden determinar los días festivos de carácter local con el fin de aplicar determinados días inhábiles en el trabajo en su localidad. El RD 2001/1983 reconoce la facultad a la Administración local de determinar aquellas festividades que por “tradición les sean propias en cada municipio” (art. 46 RD 2001/1983). El desarrollo del art. 37.2 ET declara la competencia de los entes locales en materia de fiestas laborales, al reconocer que “serán también inhábiles para el trabajo, retribuidos y no recuperables, hasta dos días de cada año natural” con carácter de fiestas locales (art. 46).

Estos festivos locales se equiparan en cuanto a su retribución y no recuperabilidad a los festivos de ámbito nacional y autonómicos, salvo el decimoquinto día festivo adicional.

Las fiestas locales tienen un estatuto reforzado en el ET, ya que, al igual que sucede con los cuatro días recogidos en el art 37.2 ET, su fecha no puede ser objeto de traslado por los poderes públicos, dado que esta facultad de traslado al lunes únicamente se predica de las fiestas de ámbito nacional no estatutarias que coincidan entre semana.

Cabe matizar que la fiesta local solo es aplicable a las empresas que tengan su centro de trabajo en la localidad, de tal forma que la interrupción de la actividad

laboral únicamente se dirige al centro de trabajo como unidad funcional básica de la empresa.

4.5. Movilidad de las fiestas laborales

La movilidad de las fiestas laborales hace referencia al poder de traslado que tienen los poderes públicos de la fecha concreta de la interrupción festiva. Se trata de mover el momento de disfrute del día festivo con efectos generales en el conjunto de las relaciones laborales.

Por un lado, este traslado puede realizarse con el fin de impedir la aplicación de los puentes laborales y, por otro lado, se puede trasladar el día festivo para permitir la articulación de las competencias en materia de fiestas entre las diferentes Administraciones territoriales, facilitándose a las Comunidades Autónomas la posibilidad de determinar sus festivos tradicionales.

De esta forma, el traslado al lunes de determinados festivos se regula en nuestro ordenamiento como una facultad compartida por la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas. Este traslado al lunes, además, solo es posible cuando se está en presencia de los festivos no estatutarios, siempre y cuando caiga entre semana. De esta forma, la Administración General del Estado o las Comunidades Autónomas solo pueden trasladar las fiestas de ámbito nacional objeto de disposición según el art. 45.2 RD 2001/1983, siendo inamovibles las cuatro fiestas estatutarias indisponibles y las fiestas locales⁴⁰⁹. En este supuesto de traslado el disfrute del día festivo se desplaza al lunes, añadiéndose al domingo, con el fin de evitar entre semana las interrupciones en la producción empresarial. Por ello, la doctrina⁴¹⁰ considera que no es posible la traslación de las fiestas laborales que caen en lunes o sábado, pues se pierde el fundamento que es impedir una interrupción adicional en la mitad de la semana, ya que si la festividad coincide en sábado o lunes no causa tantos perjuicios al ritmo de producción.

Junto al traslado de las fiestas laborales, con el fin de proteger el proceso productivo, también se produce la traslación del día festivo que caiga en domingo al lunes siguiente. Ello permite, así, una interrupción en el trabajo de dos días consecutivos. Esta traslación es imperativa y automática, esto es, con independencia de que figure o no en el calendario oficial de festivos. Así, los arts. 37.2 ET y 45.2 RD 2001/1983, al contrario de lo que ocurre con la traslación del festivo entre semana, establecen que “en todo caso” se producirá la movilidad al lunes del festivo coincidente con domingo. En este caso, la finalidad no es evitar perjuicios para la

⁴⁰⁹ No obstante, GARCÍA BLASCO, J., “Flexibilidad del tiempo de trabajo: jornadas y descansos”, en DE LA VILLA GIL, L.E., (Coord.) *Reforma de la legislación laboral: estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 135, considera que la facultad del Gobierno de traslado de las fiestas laborales no impide “que el Gobierno pueda trasladar a los lunes las fiestas que por su rango local deberían disfrutarse en el día de su fecha”.

⁴¹⁰ GARCÍA NINET, J.I., “La ordenación del tiempo... *op. cit.* p. 52.

productividad empresarial, sino preservar el principio de descanso semanal efectivo y respetar el límite máximo anual de 14 festivos, sin necesidad de amortizar el festivo y reducir el número de fiestas laborales oficiales.

En cuanto a la posibilidad de que el Gobierno traslade a lunes las fiestas de ámbito nacional que tengan lugar entre semana, es una facultad potestativa que tiene el Gobierno a diferencia de la traslación automática de la fiesta laboral que coincida con domingo, que es obligatorio. De cualquier forma, el efecto es el mismo, esto es, propiciar el disfrute sucesivo del descanso semanal en el domingo y día festivo correspondiente al lunes. Este traslado se refiere a aquellas festividades cuya celebración sea entre semana, ya que se considera que tienen efectos más perjudiciales para los procesos productivos.

Esta posibilidad del Gobierno únicamente debe respetar los cuatro festivos estatutarios, cuya fecha de celebración es inamovible, caigan cuando caigan. Por tanto, esta competencia es sobre los restantes ocho festivos.

Por lo que se refiere a la facultad de las Comunidades Autónomas de trasladar al lunes las fiestas laborales tradicionales de su ámbito autonómico que caigan entre semana, el ET prevé un uso compartido de la tutela de los procesos productivos. De esta forma, las Comunidades Autónomas tienen competencia para evitar, en virtud de los traslados de los días festivos al lunes, la sucesión continua de festivos intrasemanales. Las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de su facultad de traslado de sus festivos laborales, tienen los mismos límites que el ejecutivo central, esto es, el respeto de las fiestas laborales estatutarias. Por tanto, su poder puede ejercerse con plena libertad sobre las festividades determinadas reglamentariamente.

El legislador permite a las Comunidades Autónomas interferir, incluso, en la facultad de traslación de las fiestas laborales del Gobierno con el fin de facilitar la competencia de las Administraciones autonómicas al determinar sus festivos tradicionales. Así, se permite la posibilidad de sustituir la fiesta que se traslade al lunes por el ejecutivo central por aquellas festividades autonómicas que no puedan determinarse en el calendario anual por sobrepasar el límite de los 14 festivos anuales (art. 37.2.3 ET).

4.6. Calendario anual de fiestas laborales

El calendario anual de fiestas laborales es el documento que recoge el catálogo definitivo de las festividades anuales de las diferentes comunidades autónomas y localidades. Contiene la declaración oficial anual de las fiestas laborales en el ámbito de las relaciones laborales, con el fin de ofrecer certidumbre y seguridad jurídica de los días obligatorios de interrupción festiva del trabajo⁴¹¹. Además, tiene como fin

⁴¹¹ PENDÁS DÍAZ, B., "El calendario laboral", en DE LA VILLA GIL, L.E. (Coord.) *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: ACARL, 1991, p. 631; SEMPERE NAVARRO, A.V., "Fiestas laborales", en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*. Madrid: Civitas, 1995, p. 3117.

garantizar en la aplicación de las fiestas laborales por parte de las Administraciones territoriales una cierta permanencia en el tiempo de los días inhábiles para el trabajo, es decir, asegurar un principio de estabilidad en la aplicación de los festivos laborales.

El calendario anual de fiestas laborales representa un supuesto de “publicidad formal”, pues está dirigido tanto a empresas como a personas trabajadoras, que deberán respetarlo y cumplirlo en el desarrollo de las relaciones laborales.

Este calendario es elaborado anualmente por el Ministerio de Trabajo, en colaboración con las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, y publicado por Resolución de la Dirección General de Trabajo. El calendario es fruto de una coordinación y colaboración administrativa entre las Administraciones territoriales. En este sentido las Comunidades Autónomas están obligadas, salvo sus festivos permanentes, a trasladar al Ministerio de Trabajo sus fiestas tradicionales aplicables en su ámbito autonómico antes del 30 de septiembre de cada año. Por su parte, la Administración local, a propuesta del Pleno del Ayuntamiento, debe determinar los dos festivos locales.

5. CALENDARIO LABORAL

5.1. Concepto y contenido

El calendario laboral es un documento que las empresas deben elaborar anualmente en el que se reflejan los tiempos de trabajo y de descanso, respetando lo previsto en las disposiciones legales y convenios colectivos, así como por decisión unilateral de la empresa de efectos colectivos⁴¹².

El calendario laboral viene regulado en el art. 34.6 ET, el cual establece que “anualmente se elaborará por la empresa el calendario laboral, debiendo exponerse un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo”.

El calendario se limita a recoger y adecuar anualmente los tiempos de trabajo y de descanso previamente determinados. Cabe señalar que el mismo no se configura como una vía para introducir modificaciones sustanciales, pues no puede ser utilizado por la empresa para introducir modificaciones sobre el tiempo de trabajo, descansos, vacaciones....

En este sentido, se estima que sí se permite, por no considerarse modificación sustancial, adecuarlo o ajustarlo con ocasión de las variaciones que se producen anualmente con los festivos⁴¹³; por las variaciones en la jornada⁴¹⁴; por la variación en el número de días laborales, como el incremento de días inhábiles, de días de

⁴¹² STS de 16 de junio de 2005, rec. núm. 118/2004.

⁴¹³ STSJ Madrid, de 9 de abril de 1991, rec. núm. 1207/1991.

⁴¹⁴ STSJ Cataluña, de 13 de diciembre de 1999, rec. núm. 5859/1999.

vacaciones, de puentes, etc.⁴¹⁵; o distribuir las horas de presencia cuando no suponen un incremento de jornada⁴¹⁶.

No obstante, se considera que constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y, por consiguiente, no puede de forma unilateral modificar el horario de trabajo para adecuarlo a las horas establecidas en el convenio colectivo al afectar a la distribución de la jornada y horario⁴¹⁷; compensar los excesos de jornada mediante el incremento en cuatro minutos del tiempo de descanso para el bocadillo, cuando el convenio colectivo prevé que los excesos de jornada se compensen por días enteros de descanso⁴¹⁸; fijar unilateralmente los viernes para ajustar las horas de exceso, cuando en los sucesivos calendarios laborales se ordenaba que el ajuste se hiciera de común acuerdo entre persona trabajadora y empresa⁴¹⁹; imponer a las personas trabajadoras cuatro días festivos entre semana, con obligación de recuperarlos en sábado⁴²⁰; o alterar las reglas del convenio sobre vacaciones⁴²¹.

En cuanto al contenido del calendario laboral, ni el ET ni el RD 1561/1995 incluyen referencia alguna a cuál deba ser el contenido del calendario laboral. Por tanto, cabe acudir a lo que regulen los convenios colectivos al respecto.

Para el caso de que los convenios colectivos no prevean nada en esta materia, abre las puertas a que la empresa tenga más flexibilidad en cuanto a su contenido. En este sentido, cabe indicar que el calendario laboral puede contener, entre otros, los siguientes aspectos: jornada anual, distribución regular o irregular de la jornada, horario de trabajo, días de trabajo del año, descanso semanales, días festivos y puentes, o vacaciones⁴²². De cualquier forma, no se puede obligar a que en el calendario conste el horario concreto de trabajo⁴²³, o el horario flexible que disfruta una parte de las personas trabajadoras de la empresa, o la distribución anual de los días laborales y la jornada diaria de trabajo⁴²⁴. Lógicamente, no podrá contener, en ningún caso, previsiones que sean contrarias a los mínimos legales, reglamentarios y convencionales⁴²⁵.

⁴¹⁵ STSJ Cataluña, de 9 de septiembre de 1996, rec. núm. 3798/1996.

⁴¹⁶ STS de 5 de marzo de 2010, rec. núm. 155/2019.

⁴¹⁷ STSJ Cataluña, de 21 de junio de 2021, rec. núm. 811/2021.

⁴¹⁸ STS de 5 de julio de 2005, rec. núm. 99/2004.

⁴¹⁹ STS de 9 de diciembre de 2003, rec. núm. 88/2003.

⁴²⁰ STSJ Cataluña, de 5 de mayo de 2005, rec. núm. 9564/2004.

⁴²¹ STSJ Madrid, de 26 de abril de 2006, rec. núm. 602/2006.

⁴²² STS de 9 de diciembre de 2003, rec. núm. 88/2003.

⁴²³ SSTS de 23 de enero de 2018, rec. núm. 215/2016; de 21 de junio de 2016, rec. núm. 223/2015.

⁴²⁴ STS de 14 de febrero de 2007, rec. núm. 93/2006.

⁴²⁵ SAN de 28 de julio de 2014, proc. núm. 143/2014.

5.2. Elaboración del calendario laboral

El calendario laboral se debe elaborar anualmente por la empresa⁴²⁶. Como indica la doctrina⁴²⁷, se configura como una “facultad-deber” que se inscribe dentro del poder de dirección empresarial reconocido en el art. 20 ET, sin perjuicio de las limitaciones legales previstas en el art. 34 ET o las pactadas en el convenio colectivo⁴²⁸.

Este poder empresarial no es absoluto, ya que “deberá respetar tanto las normas de carácter necesario, fiestas nacionales, locales, así como las pactadas en convenio y el conjunto de condiciones que vengan rigiendo la jornada como resultado de acuerdos entre las partes o de una voluntad unilateral de la empresa cuando en este último caso se haya incorporado el acervo contractual de los trabajadores”⁴²⁹.

En principio, la empresa no queda obligada a negociar con la representación legal de las personas trabajadoras la elaboración del calendario, salvo que el convenio colectivo establezca lo contrario⁴³⁰. Ahora bien, si el convenio colectivo establece la obligación de negociar el calendario laboral, la empresa no incumple dicho deber si la representación legal de las personas trabajadoras pretende negociar cuestiones ajenas al calendario laboral, como cambios de horario o reducciones o modificaciones de la jornada que, además, implican una modificación del convenio colectivo⁴³¹.

La representación legal de las personas trabajadoras debe ser consultada por la empresa y debe emitir un informe previo a la elaboración del calendario (disposición adicional tercera RD 1561/1995). La previa consulta y el informe tienen como fin que la representación legal manifieste su parecer sobre el calendario y, en su caso, controlar la adecuación del mismo a lo regulado en la normativa legal, convencional o por decisión unilateral de la empresa de convenios colectivos⁴³². De

⁴²⁶ STSJ País Vasco, de 9 de abril de 2021, rec. núm. 330/2021.

⁴²⁷ RODRÍGUEZ PASTOR, G., *Tiempo de trabajo, descansos y permisos retribuidos. Actualizado a la última jurisprudencia del TJUE y del TS y a la doctrina judicial de los TSJ*. Valencia: CISS, 2022, p. 167.

⁴²⁸ STS de 23 de enero de 2018, rec. núm. 215/2016.

⁴²⁹ SSTS de 23 de enero de 2018, rec. núm. 215/2016; de 21 de junio de 2016, rec. núm. 223/2015; de 18 de noviembre de 2014, rec. núm. 2730/2013; de 16 de junio de 2005, rec. núm. 118/2004.

⁴³⁰ STS de 17 de mayo de 2011, rec. núm. 147/2010; STSJ Galicia, de 31 de marzo de 2017, rec. núm. 5118/2016.

⁴³¹ STS de 23 de enero de 2018, rec. núm. 215/2016.

⁴³² SAN de 28 de julio de 2014, proc. núm. 143/2014, que señala que “la consulta debe realizarse de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo; la consulta debe permitir que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones, para lo cual disponen de un plazo máximo de quince días desde que les son remitidas las informaciones correspondientes”.

cualquier forma, el informe de la representación legal de las personas trabajadoras es preceptivo, pero no vinculante para la empresa.

Por tanto, en principio, la empresa cumple consultando con la representación legal de las personas trabajadoras, sin que exista una obligación de llegar a un acuerdo o de que la empresa deba “mantener indefinidamente una negociación infructuosa”⁴³³. Si durante el periodo de consulta se llega a un acuerdo, no será necesario el informe, pero si después de las negociaciones no se llega a un acuerdo, la fijación del calendario corresponde a la empresa de forma unilateral, siendo, en este caso, el informe ineludible⁴³⁴.

Si la empresa cumple con su deber de consulta, pero la representación legal de las personas trabajadoras no emite el informe en un plazo razonable, esto es, quince días, por aplicación analógica del art. 64.6 ET, porque no lo considera oportuno o conveniente, debe entenderse que la empresa queda libre para elaborar el calendario laboral sin el preceptivo informe⁴³⁵.

En el caso de que la empresa elabore unilateralmente el calendario laboral, incumpliendo el deber de consulta y/o informe de la representación de las personas trabajadoras, si estas solicitan la declaración judicial de nulidad, el calendario se declarará nulo⁴³⁶. Además, ello constituye una infracción administrativa grave por transgredir los derechos de información de la representación de las personas trabajadoras.

Por último, un ejemplar del calendario laboral debe ser expuesto en un lugar visible de cada centro de trabajo con el fin de que pueda ser conocido por las personas trabajadoras.

⁴³³ STS de 18 de noviembre de 2014, rec. núm. 2730/2013.

⁴³⁴ STS de 18 de noviembre de 2014, rec. núm. 2730/2013; SSTSJ Andalucía, de 5 de marzo de 2000, rec. núm. 221/2000; Navarra, de 26 de octubre de 2017, rec. núm. 344/2017.

⁴³⁵ STSJ Andalucía, de 28 de abril de 2000, rec. núm. 23/2000.

⁴³⁶ STS de 18 de noviembre de 2014, rec. núm. 2730/2013; STSJ Cataluña, de 21 junio de 2021, rec. núm. 811/2021.

CAPÍTULO 6. PERMISOS

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido el contrato de trabajo constituye una relación jurídica de tracto sucesivo, donde el tiempo constituye un factor fundamental, pues, por un lado, la relación laboral se mantiene operativa durante un período de tiempo, más o menos prolongado, y por otro lado, el núcleo de la relación laboral lo constituye el tiempo trabajado a lo largo de ese período, esto es, la jornada de trabajo⁴³⁷. Como elemento anexo a la jornada de trabajo, se hallan los permisos retribuidos, como tiempo computable de trabajo efectivo y retribuido.

No cabe duda que la delimitación de la jornada laboral constituye uno de los terrenos donde los intereses de empresas y personas trabajadoras más colisionan. Como muestra de ello lo conforma el elevado número de pronunciamientos judiciales al respecto, destacando especialmente, en estos últimos meses cuando aún se plantean conflictos judiciales sobre los permisos retribuidos que reconoce el art. 37.3 ET.

De hecho, la exposición de motivos del RDL 8/2019⁴³⁸ recuerda que “las reglas sobre limitación de la jornada laboral son uno de los elementos que están en el origen del Derecho del Trabajo. Estas reglas se configuran como un elemento de protección de las personas trabajadoras y se aglutinan en torno al establecimiento legal de una jornada máxima de trabajo y su indisponibilidad para las partes del contrato de trabajo, al ser normas de derecho necesario. La realización de un tiempo de trabajo superior a la jornada laboral legal o convencionalmente establecida incide de manera sustancial en la precarización del mercado de trabajo, al afectar a dos elementos esenciales de la relación laboral, el tiempo de trabajo, con relevante influencia en la vida personal de la persona trabajadora al dificultar la conciliación familiar, y el salario”.

⁴³⁷ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., (Coord.), *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017 (versión on line)

⁴³⁸ De 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

El apartado 3 del art. 37 configura una lista de permisos, estableciendo como requisitos configuradores de los mismos el que “el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente”.

De esta forma, el permiso puede definirse como aquel tiempo de trabajo retribuido por el cual la persona trabajadora, con previo aviso y justificándolo, podrá ausentarse del trabajo cuando concurran alguno de los motivos señalados legal o convencionalmente.

Consisten en interrupciones del contrato de trabajo por los que la persona trabajadora posee un “verdadero derecho a ausentarse del trabajo sin pérdida alguna de retribución, de manera que por virtud de estos permisos el trabajador deja de desarrollar una actividad a la que sí estaba obligado. Se trata de una vicisitud del contrato de trabajo, de duración breve, frente a la cual cesa temporalmente la obligación de desempeñar la actividad laboral, pero no la de retribuir, configurándose como un auténtico derecho y procediendo sólo en los casos previstos en el ordenamiento jurídico”⁴³⁹.

Su origen se halla, como se ha dicho en la propia naturaleza del contrato de trabajo, esto es, su tracto continuado, con vocación de permanencia, de tal forma que durante su ejecución podrán surgir una serie de vicisitudes y afecciones en su normal transcurrir. Y, por ello, se diseñan una serie de causas por las cuales la persona trabajadora podrá ausentarse del trabajo durante un cierto período de tiempo, eso sí, corto, para que pueda atender esas otras necesidades extralaborales.

En cuanto a su naturaleza, debe advertirse que, a diferencia de las vacaciones, no son estrictamente tiempos de descanso, pues su finalidad no es propiamente que la persona trabajadora se reponga física y psíquicamente del trabajo, sino que su objetivo es posibilitarle que pueda atender la necesidad personal que justifica el permiso. De hecho, a diferencia de las vacaciones, o el descanso semanal, las licencias se disfrutan en días que, en principio, están previstos como días laborables, pero por determinadas causas, la persona trabajadora deja de prestar servicios durante dichos días, conservando el derecho a la retribución⁴⁴⁰.

2. CARACTERÍSTICAS GENERALES

De esta forma, como características ordenadoras de los permisos se pueden señalar los siguientes. En primer lugar, con el permiso se produce un cese o interrupción temporal de la prestación de trabajo, a diferencia de la extinción que produce una interrupción definitiva, de tal modo, que la persona trabajadora no prestará sus servicios durante un lapso temporal. Y, además, como tal, sólo

⁴³⁹ SJS núm. 3 Pamplona, de 16 de mayo de 2019, rec. núm. 895/2018.

⁴⁴⁰ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Los permisos retribuidos del art. 37.3 del ET: un análisis aplicativo”, *REDT*, núm. 195, 2017 (versión on line).

tiene sentido cuando la atención a la necesidad se superpone horariamente con la actividad laboral, de tal forma que las ausencias por estos permisos han de coincidir con el trabajo real y efectivo en la empresa, de tal forma que de no mediar dicha coincidencia se entiende que la persona trabajadora puede disponer de su tiempo libre para atender la actividad o necesidad en cuestión⁴⁴¹. Además, los permisos surgen para causas diferentes de las suspensivas, con una función socioeconómica diferente, pues en la suspensión se mantiene vivo el contrato, pero sin actualizar sus prestaciones fundamentales, mientras que en el permiso se trata que la persona trabajadora pueda llevar a cabo en óptimas condiciones la realización de determinadas actuaciones. Se pretende, en definitiva, que la persona trabajadora, a pesar de su compromiso de cumplir la jornada y calendario laboral correspondiente, tenga el derecho de dejar de hacerlo sin que se le siga consecuencia perjudicial o negativa, pues “la interpretación contraria llevaría a una aplicación disuasoria del disfrute de tales permisos o licencias, lo que iría en contra de su finalidad”⁴⁴².

En segundo lugar, no tiene carácter periódico, sino que se trata de situaciones esporádicas, teniendo lugar de forma ocasional. Los permisos aparecen ante circunstancias que no son periódicas.

En tercer lugar, durante el tiempo del permiso, la persona trabajadora continúa percibiendo su retribución ordinaria, sin descuento alguno y sin que se excluya ningún complemento salarial o extrasalarial. En este sentido lo considera la doctrina judicial que señala que “ha de retribuirse por el importe del salario que hubiera recibido el trabajador de haber prestado servicios con arreglo a la jornada de trabajo prefijada para ese día”⁴⁴³. De hecho, así debe ser, pues, en otro caso, se adoptaría una interpretación “disuasoria” de su disfrute, que encubriría una especie de sanción⁴⁴⁴. Y, para el supuesto de que en una parte de la retribución la formen primas que tienen una cantidad variable, en función de la actividad o los resultados realmente existentes, la doctrina judicial ha optado por entender que se ha de abonar el promedio de los importes últimamente recibidos, siguiendo el mismo criterio que el utilizado a la hora de calcular la retribución de las vacaciones⁴⁴⁵. Más dudas se han planteado en el caso de los complementos extrasalariales, especialmente los vinculados a los gastos del trabajo, como las dietas y suplidos, pudiéndose encontrar pronunciamientos a favor por entender que el complemento iba ligado al hecho de que la persona trabajadora se hallaba fuera de su residencia habitual y es allí donde se aplicaba el permiso en cuestión⁴⁴⁶; o en relación al plus de transporte cuando

⁴⁴¹ SJS núm. 3 Pamplona, de 16 de mayo de 2019, rec. núm. 895/2018.

⁴⁴² STSJ Galicia, de 27 de abril de 1995.

⁴⁴³ STSJ País Vasco, de 9 de mayo de 1994, rec. núm. 429/1993.

⁴⁴⁴ STSJ Galicia, de 27 de abril de 1995.

⁴⁴⁵ STSJ Valencia, de 6 de junio de 1991. Aunque, la STSJ Madrid, de 25 de mayo de 1993, rec. núm. 2760/1993, es contraria a que se satisfaga esa retribución.

⁴⁴⁶ SSTCT de 28 de abril de 1981; de 21 de diciembre de 1988.

no se realiza el desplazamiento efectivo al centro de trabajo, pero sí a los lugares en que va a desarrollarse la tarea que da lugar al permiso⁴⁴⁷.

En cuarto lugar, tal y como se encuentran regulados en el art. 37.3 ET, se trata de derechos para la persona trabajadora. Son facultades jurídicamente exigibles por la persona trabajadora, sin que su concesión sea discrecional o graciable para la empresa, al margen de los problemas que puedan presentarse en orden a la fijación del momento de disfrute⁴⁴⁸. Como consecuencia, los derechos sobre los permisos que contengan las leyes o convenios son irrenunciables.

En quinto lugar, estos períodos de tiempo computan como de trabajo efectivo. Según el art. 2 Directiva 2003/88/CE, se considera tiempo de trabajo efectivo aquél durante el cual la persona trabajadora permanece en el trabajo, a disposición de la empresa en el ejercicio de sus funciones. Por tanto, las características de este período de tiempo son, la permanencia física en el lugar de trabajo, la disponibilidad frente al poder de dirección del empresario y el ejercicio de las propias funciones.

En sexto lugar, concurriendo los requisitos, la persona trabajadora tiene derecho a ausentarse del trabajo, sin que el disfrute del permiso quede a expensas de que sea autorizado por la empresa⁴⁴⁹. Es decir, la exigencia de unos requisitos no significa que la empresa sea la que conceda o no el permiso, pues es un derecho de la persona trabajadora que no queda condicionado en absoluto a la voluntad de la empresa, sino que, si la persona trabajadora cumple con los requisitos, tiene derecho a disfrutar del mismo.

En séptimo lugar, debe tenerse presente que la regulación estatutaria tiene el carácter de derecho necesario mínimo, por lo que la negociación colectiva puede mejorar la misma aumentando la duración de los permisos o estableciendo nuevos permisos, como el denominado “asuntos propios”, que concede a la persona trabajadora el derecho a ausentarse de su trabajo durante un tiempo determinado sin incluso que concurra causa justificada concreta. En relación con este permiso creado ex novo por los convenios colectivos sería posible que estos los declararan como no recuperables, de manera que su disfrute se equipararía a la realización de trabajo efectivo; o también, sería posible que los convenios colectivos establecieran que no se considera tiempo de trabajo efectivo, por lo que deberían ser recuperados⁴⁵⁰.

Debe resaltarse este carácter de norma mínima (y no de norma más favorable), pues los convenios colectivos “deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario” (art. 3.3 ET), pues esta caracterización conlleva que “no obliga a escoger entre dos normas, seleccionando una, la más favorable en su conjunto, y desechando la otra, sino que, en el juego del principio de norma mínima, al aplicar

⁴⁴⁷ STS de 20 de mayo de 1992, rec. núm. 1634/1991.

⁴⁴⁸ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *Los permisos retribuidos del trabajador*. Cizur Menor: Aranzadi, 1999, p. 33.

⁴⁴⁹ STSJ Cataluña, de 6 de julio de 2004, rec. núm. 1317/2004.

⁴⁵⁰ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y... op. cit.*

la norma convencional que respeta y supera el mínimo establecido por la norma legal estamos al mismo tiempo aplicando ésta. La operación jurídica que llevamos a cabo al implementar el principio de norma mínima consiste en un proceso de depuración de la norma convencional, eliminando de ella, uno por uno, todos los aspectos que no respeten los mínimos establecidos en la norma legal de derecho necesario relativo que han establecido dichos mínimos”⁴⁵¹.

3. CÓMPUTO DE LOS DÍAS DE DISFRUTE DE LOS PERMISOS

En primer lugar, se ha planteado cómo deben computarse los días del permiso, esto es, naturales o hábiles⁴⁵², cuando en el convenio colectivo no se especifica nada sobre ello. La doctrina mayoritaria considera que debe entenderse que deben computarse como días naturales, pues así debe deducirse de la regulación del Código Civil⁴⁵³ y del hecho de que es un permiso que se concede para satisfacer una determinada necesidad que surge en un momento muy concreto. La finalidad del precepto no es relevar del trabajo, sino permitir que la persona trabajadora atienda otras obligaciones, al margen de si se trata de días laborales o no. Además, tratándose de computar un plazo en el seno de una relación privada, como es la derivada del contrato de trabajo, se debe realizar el cómputo por jornadas naturales, sin exclusión de los festivos⁴⁵⁴. Esta es la conclusión a la que debe llegarse, pues hay que entender que los días de que habla la ley son naturales “conclusión que se aviene bien con la propia finalidad de los permisos y la exigida proximidad o inmediación respecto a la causa que los provoca, surgiendo a veces el malentendido porque no se atiende al hecho de que sin previa obligación del trabajador tampoco puede exigir exoneración, es decir, el permiso necesita que hablemos de días de trabajo para el sujeto en cuestión, lo que puede dar pie a la errónea creencia de que su duración va referida a días de trabajo”⁴⁵⁵.

De esta forma, cuando el hecho causante que da lugar al permiso tiene lugar en días no laborales para la persona trabajadora, lo que ocurre es que la propia persona trabajadora tendrá que dedicar su tiempo libre a realizar las actividades correspondientes del permiso, sin requerirse permiso alguno, ya que no concurre la necesidad a la que atiende el permiso, sin que se tenga derecho a desplazar los días libres que han sido utilizados para la actividad de que se trata a sucesivos días laborales⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ SSTs de 16 de abril de 2014, rec. núm. 183/2013; de 12 de julio de 2018, rec. núm. 182/2017.

⁴⁵² SAN de 13 de junio de 2018, proc. núm. 91/2018.

⁴⁵³ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Las interrupciones de la prestación laboral”, en SEMPERE NAVARRO, A. V., (Dir.), *Régimen general del contrato de trabajo*. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 1252.

⁴⁵⁴ SJS núm. 3 Pamplona, de 16 de mayo de 2019, rec. núm. 895/2018; STSJ Navarra, de 21 de septiembre de 2006, rec. núm. 253/2006.

⁴⁵⁵ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Las interrupciones de la... op. cit. p. 1253.

⁴⁵⁶ Así lo reconocen las SSTSJ Galicia, de 30 de mayo de 2008, rec. núm. 1276/2008; Cataluña, de 18 de junio de 2001; SJS núm. 3 Pamplona, de 16 de mayo de 2019, rec. núm. 895/2018.

En definitiva, la doctrina judicial⁴⁵⁷ considera que los permisos se conceden para su disfrute en días laborales, pues en días festivos no se necesita pedirlos ya que no se trabaja. En este sentido, la doctrina judicial comunitaria estima que los permisos retribuidos están sujetos a dos requisitos acumulativos, como son, que acaezca algunos de los supuestos legales y que las necesidades u obligaciones que justifican la concesión del permiso retribuido ocurra durante un periodo de trabajo. Por tanto, como los permisos están ligados al tiempo de trabajo, las personas trabajadoras no pueden reclamarlos en periodos de descanso semanal o de vacaciones⁴⁵⁸.

No cabe duda que el permiso tiene sentido cuando afecta a un periodo de tiempo en el que existe obligación de trabajar, pues, en caso contrario, no tiene sentido ausentarse del trabajo, cuando no se está prestando servicios. Por tanto, lo lógico es que los permisos se refieran a días laborales, salvo que se establezca lo contrario.

En segundo lugar, también se ha planteado la posibilidad de que el permiso se pueda disfrutar de forma ininterrumpida o puede fraccionarse. Ante el silencio legal, debe considerarse que, si el legislador hubiera querido que los días pudiesen ser utilizados en momentos distintos, lo hubiera especificado, como así se ha dispuesto, por ejemplo, para las vacaciones. No obstante, debe tenerse presente la posibilidad de que el convenio colectivo establezca dicha opción.

En tercer lugar, en cuanto a la fecha inicial de disfrute del permiso, debe partirse de la idea de que, atendiendo a la finalidad del permiso, se exige la necesaria conexión o inmediatez entre el momento del disfrute y la causa que lo genere, y la recta aplicación de los permisos exige conexión temporal entre la licencia y la causa, tal y como se desprende de la doctrina judicial⁴⁵⁹, según la cual “ya que la justificación de la ausencia retribuida consiste en el impedimento moral y psicológico que el trabajador tiene que para prestar su actividad cuando conoce la grave enfermedad del pariente cercano y, por ello, debe exigir una razonable inmediatez entre el uso de la licencia y el conocimiento de la enfermedad pues, de entenderlo en otro sentido, se desnaturalizaría la justificación que la ley y el convenio colectivo han tenido para reconocer el derecho a estas ausencias retribuidas, cuyo ejercicio ha de estar inspirado por la buena fe”.

En una primera etapa, se consideró que tal día computaría con independencia de que dicho día coincidiera o no con una jornada hábil o inhábil⁴⁶⁰, de tal forma que después del día de la unión restan catorce días de permiso. De esta forma,

⁴⁵⁷ STS de 24 de febrero de 2022, rec. núm. 176/2021. También SSTs de 17 de marzo de 2020, rec. núm. 193/2018; de 11 de marzo de 2020, rec. núm. 192/2018.

⁴⁵⁸ STJUE de 4 de junio de 2020, C-588/2018, Asunto FETICO y otros.

⁴⁵⁹ STCT de 29 de agosto de 1983.

⁴⁶⁰ SSTCT de 3 de marzo de 1982; de 25 de enero de 1980, que reafirman que “los permisos deben disfrutarse en las fechas en que se produzca la necesidad, no pudiendo ser trasladados a días hábiles”.

el cómputo de los días comienza desde el mismo momento del hecho causante, independientemente de que las fechas de su disfrute coincidan con días festivos o laborables⁴⁶¹. La doctrina judicial⁴⁶² consideraba que en el permiso por matrimonio la fecha de este debe estar incluida en los quince días del permiso (salvo en el caso de que en el convenio colectivo se estableciera de forma expresa que cuando la ceremonia se realizase en día no laborable, el plazo comenzaría a contar desde el primer día laborable).

Del mismo modo, la doctrina científica⁴⁶³ confirmó que dada su finalidad el permiso sólo tiene sentido cuando la atención a la necesidad se superpone horariamente con la actividad laboral, esto es, las licencias han de coincidir con el trabajo real y efectivo en la empresa, y de no mediar tal superposición se entiende que la persona trabajadora puede disponer de su tiempo libre para atender la actividad en cuestión. Pero, por el mismo motivo, no puede admitirse que quien contrae matrimonio al poco de iniciar sus vacaciones, solicite el permiso tras acabarlas, pues si el permiso se desarrolla durante uno o varios días no laborables, tampoco la persona trabajadora tiene derecho a que el disfrute de su permiso se traslade a los días laborales inmediatamente posteriores.

Con la STS de 12 de mayo de 2009⁴⁶⁴ se produce un punto de inflexión, diferenciando dos situaciones: si el día de la unión coincide con una jornada hábil, debe considerarse que dicho día ha de contabilizarse a efectos de la duración del permiso descontándose, pues, de los quince días de permiso; mientras que si dicho día es no laboral debe entenderse que el período de disfrute del permiso debe iniciarse desde el día hábil siguiente.

Posteriormente, el TS⁴⁶⁵ viene a modular el inicio del permiso, al considerar que los permisos deben iniciarse desde el primer día laborable siguiente al derecho causante, cuando dicho hecho sucede en un día no laborable. En este sentido, debe partirse de un dato de toda lógica, pues si se atiende a la literalidad del precepto que los configura como “permisos retribuidos”, evidencia que estos permisos se conceden para su disfrute en días laborales, pues en días festivos no es preciso

⁴⁶¹ Entre ellas, STSJ Navarra, de 21 de septiembre de 2006, rec. núm. 253/2006, que enjuicia el caso de una persona trabajadora que solicita un permiso por hospitalización de la suegra, la cual es ingresada un día laboral por la tarde, cuando la persona trabajadora ya había prestado sus servicios por la mañana. El TJSJ, atendiendo a la literalidad del precepto convencional afirma que “el cómputo de los días naturales del permiso comienza desde el momento mismo en que se produce el hecho causante, en nuestro caso el ingreso hospitalario de la suegra del trabajador demandante, independientemente de que las fechas de su disfrute coincida con días festivos o laborales”.

⁴⁶² SAN de 22 de octubre de 2007, proc. núm. 114/2007, sentencia confirmada por la STS de 12 de mayo de 2009, rec. núm. 4/2008.

⁴⁶³ SEMPERE NAVARRO, A.V., SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Problemas generales de los permisos retribuidos”, AS, Vol. V, 1999 (versión on line), en base a la doctrina de las SSTCT de 12 de junio de 1980; de 24 de marzo de 1982; de 3 de marzo de 1982.

⁴⁶⁴ Rec. núm. 4/2008.

⁴⁶⁵ STS de 13 de febrero de 2018, rec. núm. 266/2016.

pedirlos, porque no se trabaja. Es decir, el permiso se concede para ausentarse del trabajo en un día laborable, pues en día festivo no hace falta.

La AN⁴⁶⁶ considera que la distinción legal convencional entre días naturales y días hábiles, reconocidos para los permisos largos y cortos respectivamente, tiene gran relevancia, pues confirma que el legislador y los negociadores colectivos han querido dar distinto trato a ambos tipos de permisos, de tal forma que en el caso de los días naturales computan tanto laborables como no, tal y como se deduce del art. 5.2 CC, y de igual forma que en el caso de las vacaciones anuales. Mientras que cuando la mención se refiere a días sin más, prevista para los permisos de corta duración, salvo el permiso por matrimonio, debe interpretarse que está haciendo referencia a días laborables, pues si la intención del legislador o de los negociadores del convenio hubiera sido equiparar ambos permisos, también se habría utilizado el adjetivo de naturales. Considera que “es lógico, por el contrario, que los días de permiso, previsto para los períodos cortos sean días laborales, puesto que la finalidad del permiso es atender a las múltiples contingencias, que puedan producir los supuestos previstos, que no puedan realizarse normalmente en días inhábiles, siendo razonable, por tanto, que se activen con carácter general en el primer día hábil desde que se produzca el hecho causante”. En definitiva, considera que, en todos los permisos expresados en días el primer día de inicio debe ser un día hábil, y que para computar los días de duración sólo se computarán aquellos en que existe obligación de la persona trabajadora de prestar servicios, salvo en el caso del permiso por matrimonio, donde tanto el inicio de su cómputo como su extensión debe ir referida a días naturales. Es decir, de la simple lectura del precepto estatutario “nos permite distinguir entre permisos largos como es el matrimonio, que da derecho a quince días naturales de permiso retribuido, de los permisos cortos, en concreto por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, a los que se reconoce dos días de permiso, ampliables a cuatro días, cuando sea preciso el desplazamiento, donde ya no se utiliza el adjetivo naturales, que incluye necesariamente los días laborables y no laborables, al igual que sucede con las vacaciones anuales, reguladas en el art. 38.1 ET”⁴⁶⁷.

Posteriormente, la doctrina judicial⁴⁶⁸ también ha tenido oportunidad de pronunciarse y tras reconocer que no existe una tendencia uniforme, opta por

⁴⁶⁶ SAN de 28 de junio de 2018, proc. núm. 105/2018. Así también, SAN de 13 de junio de 2018, proc. núm. 91/2018, que considera que, a diferencia de los permisos por nacimiento de hijo, enfermedad grave o fallecimiento de familiares que tienen una duración corta, la no referencia a si son días naturales implica que, si el día inicial coincide con un no laborable, el mismo pasa al primero laborable, puesto que la finalidad del permiso es atender a las múltiples contingencias, que puedan producir los supuestos previstos que no podrán realizarse normalmente en días inhábiles.

⁴⁶⁷ SAN de 13 de junio de 2018, rec. núm. 91/2018.

⁴⁶⁸ STSJ Cantabria, de 1 de febrero de 2019, rec. núm. 867/2018. Por lo que se refiere a los juzgados de lo social, la SJS núm. 2 Vitoria, de 14 de febrero de 2019, proc. núm. 723/2018; la SJS Palencia, de 5 de

estimar que debe prevalecer la literalidad del precepto sin que pueda acudir a reglas supletorias del Derecho Civil, pues no es posible tergiversar lo que aparece claramente pactado, de tal forma que el primer día de disfrute de los permisos retribuidos es la fecha del hecho causante coincida o no con día laborable de la persona trabajadora.

Por tanto, cuando el hecho causante se produce en día laborable, no hay duda de que ese es el día inicial del permiso. Cuando el hecho causante tiene lugar en un día no laborable, debe entenderse que se inicia el día siguiente laborable inmediato.

De esta forma, en el caso de los permisos largos, como el permiso por matrimonio, por el que se tiene derecho a quince días naturales, cuando el matrimonio se celebra en un día hábil para la persona trabajadora, este día debe estar incluido en los 15 días, pues de lo contrario, se estaría reconociendo un permiso de 16 días. Por el contrario, cuando la celebración tenga lugar en un día no laborable para la persona trabajadora, el cómputo del permiso se iniciará el primer día laboral siguiente al matrimonio, pues considerar lo contrario supondría reducir el permiso en un día⁴⁶⁹.

Para el caso de los permisos cortos, cuando no se determina si son hábiles o naturales los días de disfrute, cabe entender que si el hecho causante tiene lugar en un día laborable para la persona trabajadora, el *dies a quo* coincide con el del hecho causante; mientras que si el hecho causante ocurre en un día no laborable, el *dies a quo* se inicia el día siguiente al día laborable inmediato⁴⁷⁰. Con toda lógica, debe entenderse que el derecho a ausentarse del trabajo con derecho a retribución impide que el primer día de disfrute del permiso sea un día no laborable, debiéndose entender que el *dies a quo* debe ser el primer día laborable siguiente al hecho causante acaecido en día festivo.

Por tanto, el día inicial debe coincidir con un día laborable, el primero que siga al día festivo en el que se produce el hecho causante. En definitiva, el día inicial del disfrute no puede ser un día festivo, sino el primer día laborable que le siga a aquél en el que se produjo el hecho que da derecho al permiso. No obstante, de admitir esta tesis también podría llevar a entender que si la persona trabajadora se encuentra de vacaciones o de baja médica, comenzará a disfrutar el permiso una vez que se reincorpore al trabajo, lo cual puede llevar a resultados poco acomodados a la finalidad de estos permisos⁴⁷¹.

octubre de 2018, proc. núm. 263/2018, consideran que los permisos retribuidos comienzan el primer día laborable que le siga.

⁴⁶⁹ STS de 24 de febrero de 2022, rec. núm. 176/2021.

⁴⁷⁰ STS de 24 de febrero de 2022, rec. núm. 176/2021, que considera, interpretando la literalidad de un precepto de un convenio colectivo, en un permiso de un día por matrimonio de parientes y por fallecimiento de determinados familiares, que, si el matrimonio o el fallecimiento ocurre en un día no laborable, “la licencia podrá disfrutarse el primer día laborable tras la celebración de dicho matrimonio”.

⁴⁷¹ SJS núm. 3 Pamplona, de 16 de mayo de 2019, rec. núm. 895/2018.

En cuanto al momento de disfrute del permiso, como regla general, cabe partir de la lógica de que el permiso debe disfrutarse de forma coincidente con la causa que lo origina, exigiéndose una cierta inmediatez entre la necesidad que atiende el permiso y el efectivo disfrute del mismo⁴⁷², es decir, “ha de exigir una simultaneidad en el acontecimiento o causa motivadora del permiso y su efectivo disfrute, pues demorar el mismo significaría desnaturalizar la finalidad perseguida por la norma”⁴⁷³. No obstante, si la situación que da lugar al permiso es previsible que tenga una duración superior a la del permiso, nada impide que, dentro del periodo de duración de la situación originadora del permiso, sea la persona trabajadora la que decida en qué momento quiere disfrutar del permiso, salvo que el convenio colectivo establezca lo contrario⁴⁷⁴.

En este sentido, en general, los permisos por fallecimiento de familiar deben disfrutarse en el tiempo inmediatamente siguiente a aquel en que tuvo lugar el correspondiente fallecimiento. La doctrina judicial declara que “si no se produce este disfrute inmediato del permiso, no puede sostenerse que este tenga como causa y origen esos específicos sucesos, pues no existe razón para vincularlo a ellos; si la licencia se hace realidad uno o varios meses después de la muerte del familiar, difícilmente puede afirmarse que tal licencia se concede por esta defunción”⁴⁷⁵.

No obstante, esta regla ha encontrado su excepción en los siguientes casos, como son el permiso por fallecimiento de familiar de una persona trabajadora extranjera que no puede desplazarse a su país en el momento del fallecimiento, y disfruta del permiso dos meses después acumulándolo a las vacaciones⁴⁷⁶; o para que el permiso por fallecimiento de familiar pueda ser disfrutada en fechas posteriores a esa muerte “es de todo punto obligado que la norma que la estableció disponga expresa y claramente la posibilidad de ese disfrute tardío de la misma (...) siendo preciso, además, a tal respecto, que esta norma fije el plazo o límite temporal dentro del cual es posible efectuar ese cumplimiento. Si la norma de que se trate no dice nada de esto, el permiso se tiene necesariamente que disfrutar en los días inmediatamente siguientes al fallecimiento”⁴⁷⁷.

4. REQUISITOS PARA EL DISFRUTE DE LOS PERMISOS

El art. 37.3 ET recoge los requisitos para que la persona trabajadora pueda disfrutar de los permisos. En este sentido, establece que “el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo”. Como se observa, como requisito

⁴⁷² STS de 17 de marzo de 2020, rec. núm. 193/2018.

⁴⁷³ STSJ Cataluña, de 12 de marzo de 2003, rec. núm. 1047/2002.

⁴⁷⁴ STSJ Andalucía, de 29 de mayo de 2008, rec. núm. 728/2007.

⁴⁷⁵ STS de 17 de enero de 2008, rec. núm. 24/2007; STSJ Asturias, de 5 de junio de 2009, rec. núm. 868/2009.

⁴⁷⁶ STSJ Madrid, de 13 de julio de 2004, rec. núm. 2150/2004.

⁴⁷⁷ STS de 17 de enero de 2008, rec. núm. 24/2007.

sine qua non, se exige que la persona trabajadora avise de forma anticipada y que quede justificado.

En primer lugar, respecto el previo aviso, el deber de buena fe contractual exige a la persona trabajadora que su ausencia al trabajo sea preavisada con antelación suficiente para que la empresa pueda adoptar las medidas organizativas adecuadas⁴⁷⁸. El requisito se entiende en un sentido flexible, y no rígido, pues va a depender del motivo o causa del permiso, no siendo lo mismo un permiso por matrimonio que un permiso por fallecimiento de una persona familiar.

El ET no establece un plazo de preaviso, por lo que se deja en manos de que el convenio colectivo o contrato de trabajo lo puedan fijar. Ahora bien, no podrá ser un plazo excesivo, como podría ser el plazo de preaviso de tres meses para el de matrimonio⁴⁷⁹. El preaviso tiene como fin poner en conocimiento de la empresa la ausencia al trabajo por uno de los motivos regulados normativamente, para que esta pueda reorganizar lo necesario a fin de continuar con la producción empresarial.

En cuanto a la vía de preaviso, tampoco el ET establece medio alguno, por lo que, en principio, puede realizarse de forma escrita, verbal, por correo electrónico, por teléfono, etc., salvo que el convenio colectivo o contrato de trabajo fijen un modo determinado.

En segundo lugar, el art. 37.3 ET exige que la persona trabajadora justifique el permiso. La justificación consiste en acreditar el motivo por el que la persona trabajadora se ausenta de su puesto de trabajo. La justificación puede acompañarse con el preaviso o, incluso, ser posterior al disfrute del permiso. Además, según el motivo del permiso, la justificación puede ser verbal o documental.

Si la persona trabajadora incumple estos requisitos, cabe estimar que la persona trabajadora se ausenta de forma injustificada de su puesto de trabajo, quedando legitimada la empresa para sancionar a la persona trabajadora⁴⁸⁰.

5. PERMISO POR MATRIMONIO

5.1. Causa justificadora

El art. 37.3 a) ET recoge como primer permiso “quince días naturales en caso de matrimonio o registro de pareja de hecho”.

Con el RDL 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea

⁴⁷⁸ STSJ País Vasco, de 28 de octubre de 2008, rec. núm. 1981/2008.

⁴⁷⁹ STSJ País Vasco, de 28 de octubre de 2008, rec. núm. 1981/2008.

⁴⁸⁰ STSJ Extremadura de 9 de noviembre de 2004, rec. núm. 598/2004.

en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, se modifica este apartado añadiendo el “registro de pareja de hecho”, pues hasta dicho momento únicamente se contemplaba el “matrimonio”. Con esta reforma se pretende recoger otras formas de convivencia de manera similar a como se amplía el ámbito subjetivo de la Directiva UE/2019/1158, de 20 de junio.

De hecho, la doctrina ya planteó en aquel momento cuál era la causa que daba lugar a este permiso, esto es, si este permiso iba unido a la celebración de la unión estable siguiendo los requisitos de los arts. 49 a 65 CC, o si también podría abarcar a otros actos de alianza diferentes al matrimonio como es la unión de hecho. Así, se planteó si, en lugar de aplicar el criterio de la literalidad de la norma a la hora de proceder a su interpretación, debería optarse por un criterio basado en la realidad social del tiempo en el que ha de ser aplicado. En segundo lugar, aunque sería perfectamente válido que el legislador concediera los mismos efectos jurídicos a la convivencia *more uxorio* que al matrimonio, haciendo equivalentes ambas instituciones, como es sabido, no sucede así, pues, por ejemplo, en materia de pensión de viudedad no corren con el mismo régimen jurídico⁴⁸¹. El TS⁴⁸² también

⁴⁸¹ BLASCO JOVER, C., *Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

⁴⁸² STS de 22 de octubre de 2019, rec. núm. 78/2018. El TS da respuesta al conflicto colectivo planteado en relación al convenio colectivo de correos y telégrafos donde el precepto convencional alude de forma literal al “matrimonio”, pero los sindicatos recurrentes consideran que debe procederse a una interpretación acorde a la realidad social y comprender también otras formas de convivencia. No obstante, el TS desestima el recurso desmontando cada uno de los motivos. En primer lugar, considera que, respecto de la interpretación de los preceptos convencionales, recuerda su sentencia de 15 de octubre de 2019, rec. núm. 195/2018, alegando que atendida la “singular naturaleza mixta de los convenios colectivos (contrato con efectos normativos y norma de origen contractual), la interpretación de los mismos debe hacerse utilizando los siguientes criterios: la interpretación literal, atendiendo al sentido literal de sus cláusulas, salvo que sean contrarias a la intención evidente de las partes (art. 3.1 y 1281 CC; STS 13 octubre 2014, rec. 185/2013). La interpretación sistemática, atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (arts. 3.1 y 1285 CC). La interpretación histórica, atendiendo a los antecedentes históricos y a los actos de las partes negociadoras (arts. 3.1 y 1282 CC). La interpretación finalista, atendiendo a la intención de las partes negociadoras (arts. 3.1, 1281 y 1283 CC)”. De forma expresa, se considera que no es posible aplicar la interpretación analógica, ni la interpretación de “espiguelo”, como ya es sabido. Por tanto, en aplicación de la literalidad del precepto convencional, queda claro que éste se refiere única y exclusivamente al “matrimonio”, sin incluir otras formas de unión. Además, el mismo precepto alude a la fecha de la “boda” como días a tener en cuenta para establecer el período exacto de los días de disfrute. De esta forma, si se hubiera querido ampliar a otras formas de unión matrimonial, se hubiera incluido de forma expresa.

El segundo motivo hace referencia a la infracción del artículo 14 CE y de la doctrina constitucional, pues el dato fáctico de que el convenio sólo incluya a las uniones matrimoniales y no a otras formas de unión como parejas de hecho, conlleva un trato desigual prohibido por la CE. En este sentido, el TS recuerda la doctrina constitucional (SSTC 171/1989, de 19 de octubre; 119/2002, de 20 de mayo; 27/2004, de 4 de marzo) para declarar que “lo decisivo es determinar si la redacción convencional -al no incluir en su seno a las parejas de hecho u otras formas de unión- está tratando desigualmente supuestos que exigen un tratamiento normativo común. La respuesta ha de ser necesariamente negativa, no solo porque ello obligaría a plantearse la posible inconstitucionalidad del artículo 37.3 a) ET, algo que la Sala no contempla porque no alberga ninguna duda sobre su constitucionalidad, sino, especialmente, porque de la doctrina

tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto, abogando por seguir la literalidad del precepto. De hecho, este pronunciamiento judicial tuvo un voto particular⁴⁸³ clave al estimar que cabía realizar una interpretación más flexible y adaptada a la realidad social del momento, aludiendo a las SSTC 123/1992⁴⁸⁴ y 47/1993⁴⁸⁵, la cual esta última indica que “como se ha dicho en la STC 222/1992, el mandato de protección de la familia del art. 39.1 CE constituye el fundamento constitucional sobrevenido del derecho de subrogación *mortis causa* del art. 58.1 LAU, precepto cuya redacción es anterior a la Constitución. Por tanto, ha de estimarse que el Sr. . . , por convivir *more uxorio* con la arrendataria de la vivienda, al fallecimiento de ésta gozaba del beneficio de subrogación en el contrato de arrendamiento, sin que pueda ser discriminado en el ejercicio de ese derecho por el carácter no matrimonial de su unión, como han hecho las resoluciones judiciales impugnadas en el presente recurso. Pues como se ha declarado en la citada STC 222/1992, la diferenciación que se deriva del tenor literal del art. 58.1 LAU entre las uniones matrimoniales y las constituidas por quienes conviven *more uxorio* no posee una justificación objetiva y razonable y, además, contradice lo dispuesto en el art. 14 en realidad con los mandatos y principios de los arts. 39.1 y 47 CE”. El voto particular recuerda que debe interpretarse tomando en consideración la realidad social en la que ha de ser aplicado, equiparando, pues, ambas instituciones (matrimonio y uniones de hecho), ya que en los momentos actuales, no puede justificarse de modo alguno, de forma objetiva y razonable, que únicamente se otorgue el permiso a la unión matrimonial, pues, todos aquellos trabajadores y trabajadoras que opten por otra forma de unión, como la de hecho, no podrían disfrutar de este permiso. En definitiva, no puede negarse que, en los momentos presentes, tanto el matrimonio como la unión de hecho constituyen situaciones equiparables y homogéneas, y, por consiguiente, deben tener aunados los mismos efectos normativos. Es decir, “surgen nuevas necesidades interpretativas respecto de un concepto que se evidencia evolutivo y que, en todo caso, exigen garantizar el principio de igualdad, erradicando aquéllas que discriminan negativamente los modelos de familia distintos del tradicional

del Tribunal Constitucional se desprende directamente y sin dificultades que la diferencia de tratamiento normativo entre las personas unidas en matrimonio y quienes conviven maritalmente de hecho, en tanto que resultan realidades diferentes y no equivalentes” es perfectamente compatible con el principio de igualdad. De hecho, el TC ha reiterado en diversas ocasiones que no son “incompatibles con el art. 39.1 CE, ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión matrimonial que a otras unidades convivenciales”, y que “siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica”.

Y no queda vulnerado tampoco el principio de igualdad por el hecho de que, aunque en el convenio colectivo sí que se admita la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, sin embargo, no prevé la equiparación entre matrimonios y otras modalidades de uniones.

⁴⁸³ Formulado por la magistrada Excm. Sra. D^a Concepción Rosario Ureste García, al que se adhieren las Excmas. Sras. D^{as}. María Luisa Segoviano Astaburuaga y D^a. Rosa María Virolés Piñol.

⁴⁸⁴ De 28 de septiembre.

⁴⁸⁵ De 8 de febrero.

basado en el matrimonio, y que menoscaban sin justificación objetiva y razonable alguna el derecho a fundar una familia que no sea la inherente al matrimonio”⁴⁸⁶.

De cualquier forma, en los momentos actuales, el motivo por el que se reconoce este derecho es el hecho de contraer nupcias o la inscripción en un registro de uniones de hecho, de tal forma que los destinatarios son las personas trabajadoras futuras contrayentes o pareja de hecho, siendo tal acto lo que va a determinar que exista razón para su concesión.

Este permiso se obtiene por el matrimonio, ya sea civil o religioso, o por la inscripción en registro de parejas de hecho. Lógicamente, es posible que si una persona trabajadora contrae matrimonio o se inscribe en un registro de parejas de hecho y posteriormente vuelve a contraer matrimonio con otra persona, tendrá derecho a los correspondientes permisos. Pero lo que no es posible, por contrario al principio de buena fe, es que una misma pareja disfrute del permiso como pareja de hecho, y a continuación deciden contraer matrimonio, y amparándose en el precepto estatutario solicitan disfrutar de la licencia por matrimonio. La doctrina judicial⁴⁸⁷, en estos casos, ha denegado la posibilidad de disfrutar de los dos permisos, pues sólo se reconoce una vez, o bien por matrimonio o bien por unión de hecho. Si se atiende a la finalidad de este permiso, cual es conceder un período de tiempo para aquella persona trabajadora que procede al cambio del estado civil, en realidad, con el matrimonio, no se cumple, ya que dicha modificación de la forma de vivir se produce con el primer permiso que se disfruta en base al convenio colectivo, por lo que debería entenderse que no tendría sentido volver a disfrutar de dicho permiso.

Por tanto, debería entenderse que este permiso sólo puede disfrutarse una vez, siempre que tenga como motivo la misma persona, es decir, o bien por la inscripción en el registro de hecho o bien por la celebración del matrimonio. Pero, como se ha dicho, cuando el acto tenga lugar con la misma persona, pues, este permiso no se limita a un único matrimonio para la vida de la persona trabajadora, sino que se tiene derecho a disfrutar del mismo tantas veces como matrimonios se celebre.

5.2. Duración

El art. 37.3 a) ET establece claramente que la duración del permiso es de quince días naturales. Pero, teniendo presente que se trata de una norma mínima, los convenios colectivos pueden intervenir y modificar dicha duración, lógicamente, siempre a favor del trabajador, estableciendo una mayor duración. Por tanto, podrían o bien ampliar la duración, o bien optar porque se contabilizarán únicamente los días hábiles, pues es otra forma de mejorar lo establecido en la regulación convencional. En este sentido, como ya se ha indicado, el TS ha confirmado que si

⁴⁸⁶ Voto particular STS de 22 de octubre de 2019, rec. núm. 78/2018.

⁴⁸⁷ STSJ Cataluña, de 12 de junio de 2007, rec. núm. 3464/2006.

el convenio reconoce días hábiles y no días naturales, ha de considerarse que son días laborales, esto es, de lunes a sábado, descontando los días festivos, aunque no se trabaje en la empresa los sábados⁴⁸⁸.

No obstante, cuando en el convenio colectivo no se especifica nada sobre ello se ha planteado cómo deben computarse dichos días, esto es, naturales o hábiles⁴⁸⁹. La doctrina mayoritaria considera que debe entenderse que deben computarse como días naturales, pues así debe deducirse de la regulación del Código Civil⁴⁹⁰ y del hecho de que es un permiso que se concede para satisfacer una determinada necesidad que surge en un momento muy concreto. La finalidad del precepto no es relevar del trabajo, sino permitir que el trabajador atienda otras obligaciones, al margen de si se trata de días laborales o no. Además, tratándose de computar un plazo en el seno de una relación privada, como es la derivada del contrato de trabajo, se debe realizar el cómputo por jornadas naturales, sin exclusión de los festivos⁴⁹¹. Esta es la conclusión a la que debe llegarse, pues hay que entender que los días de que habla la ley son naturales “conclusión que se aviene bien con la propia finalidad de los permisos y la exigida proximidad o inmediación respecto a la causa que los provoca, surgiendo a veces el malentendido porque no se atiende al hecho de que sin previa obligación del trabajador tampoco puede exigir exoneración, es decir, el permiso necesita que hablemos de días de trabajo para el sujeto en cuestión, lo que puede dar pie a la errónea creencia de que su duración va referida a días de trabajo”⁴⁹².

De esta forma, cuando el hecho causante que da lugar al permiso tiene lugar en días no laborales para la persona trabajadora, lo que ocurre es que la propia persona trabajadora tendrá que dedicar su tiempo libre a realizar las actividades correspondientes del permiso, sin requerirse permiso alguno, ya que no concurre la necesidad a la que atiende el permiso, sin que se tenga derecho a desplazar los días libres que han sido utilizados para la actividad de que se trata a sucesivos días laborales⁴⁹³.

Por otro lado, también se ha planteado la posibilidad de que el permiso se pueda disfrutar de forma ininterrumpida o puede fraccionarse. Ante el silencio legal, debe considerarse que, si el legislador hubiera querido que los días pudiesen ser utilizados en momentos distintos, lo hubiera especificado, como así se ha

⁴⁸⁸ STS de 12 de julio de 1993.

⁴⁸⁹ SAN de 13 de junio de 2018, proc. núm. 91/2018.

⁴⁹⁰ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Las interrupciones de la... *op. cit.* p. 1252.

⁴⁹¹ SJS núm. 3 Pamplona, de 16 de mayo de 2019, rec. núm. 895/2018; STSJ Navarra, de 21 de septiembre de 2006, rec. núm. 253/2006.

⁴⁹² SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Las interrupciones de la... *op. cit.* p. 1253.

⁴⁹³ Así lo reconocen las SSTSJ Galicia, de 30 de mayo de 2008, rec. núm. 1276/2008; Cataluña, de 18 de junio de 2001; SJS núm. 3 Pamplona, de 16 de mayo de 2019, rec. núm. 895/2018.

dispuesto, por ejemplo, para las vacaciones. No obstante, debe tenerse presente la posibilidad de que el convenio colectivo establezca dicha opción.

Por último, cabe tener en cuenta que también puede haber discriminación por razón de sexo cuando una trabajadora, tras anunciar su matrimonio y solicitar el permiso por matrimonio, se le comunica el cese por fin de su contrato por obra o servicio⁴⁹⁴.

6. PERMISO POR ACCIDENTE, ENFERMEDAD GRAVE, HOSPITALIZACIÓN O INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA DE PARIENTES

El art. 37.3 b) recoge como permiso “cinco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella”.

6.1. Causa justificadora

Las causas por las cuales se reconoce este permiso son las siguientes.

En primer lugar, por accidente o enfermedad grave de un pariente, siendo el objetivo “perseguido por la norma no es que el trabajador se haga cargo de su familiar durante todo el proceso de su enfermedad y posterior recuperación, sino permitirle que, aunque sea durante un periodo de tiempo breve, pueda acompañarle en ese trance”⁴⁹⁵.

El problema se halla en determinar cuándo se considera que el accidente o la enfermedad es grave para generar el derecho al citado permiso. Por un lado, cabe indicar que dicha gravedad es independiente de la hospitalización, puesto que el accidente o la enfermedad grave, y la hospitalización, por otro, son supuestos diferentes e independientes dentro de los diferentes supuestos que recoge el art. 37.3 b) ET.

Por otro lado, debe destacarse que no se puede supeditar la valoración de la gravedad del accidente o enfermedad a que suponga un peligro para la vida, ya que la norma no está exigiendo en ningún momento que suponga un riesgo grave para la vida. Como señala la doctrina judicial, “la consideración de si una enfermedad es grave o no, a efectos jurídicos, es obvio que radica en una cierta potestad discrecional, pues deben valorarse las condiciones objetivas o subjetivas

⁴⁹⁴ STS de 9 de febrero de 2022, rec. núm. 1871/2020.

⁴⁹⁵ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *Los permisos retribuidos del... op. cit.* p. 84.

que concurren en cada caso, especialmente la condición del paciente, edad, estado físico, riesgo para su vida, etc. No existe pues, un concepto definido de enfermedad grave, sino que en función de la trascendencia de la dolencia o enfermedad y en relación con las circunstancias anteriormente apuntadas, se podrá considerar como grave o no”⁴⁹⁶.

La expresión “grave” es un concepto jurídico indeterminado que requiere de una interpretación y adaptación a las circunstancias del caso y al sentido común. Por tanto, deberá estarse a cada caso y determinar la gravedad de cada situación. En este sentido, se ha considerado como grave, la colocación de un marcapasos⁴⁹⁷, o la permanencia en el hospital durante nueve días⁴⁹⁸. Por el contrario, no se ha considerado como grave una operación de cataratas que no requería ingreso hospitalario⁴⁹⁹; o la extracción de tres muelas bajo anestesia local que no requiere ingreso hospitalario⁵⁰⁰.

El segundo motivo que engloba este apartado es la hospitalización de parientes. Por hospitalización cabe entender la pernoctación en un hospital. La hospitalización “implica el internamiento del paciente en el establecimiento sanitario y, en modo alguno, comprende los diferentes tratamientos y atenciones que prestan que no requieren de tal internamiento”⁵⁰¹ como puede ser atención en urgencias, asistencia a consultas externas o una intervención quirúrgica que no requiere hospitalización⁵⁰². De cualquier forma, aunque, en general, comporta la permanencia en el hospital durante más de 24 horas, no obstante, se ha reconocido este permiso para una hospitalización de duración inferior si está motivada por una dolencia o peligro de entidad⁵⁰³. La hospitalización requiere la permanencia del enfermo en el establecimiento sanitario como la medida más adecuada para suministrarle los tratamientos oportunos o hacerle las pruebas diagnósticas.

El objetivo en este caso es “el cuidado y compañía de un familiar hospitalizado”⁵⁰⁴. Se trata de que la persona trabajadora pueda atender y acompañar a su familiar en el caso de hospitalización, por lo que basta el mero ingreso hospitalario, sin que sea necesario ninguna intervención o tratamiento específico. Con este permiso se permite, en definitiva, acompañar a su familiar durante los periodos de observación o ingreso. Se pretende proporcionar un auxilio o ayuda

⁴⁹⁶ STSJ Cataluña, de 14 de enero de 1997, rec. núm. 1601/1993.

⁴⁹⁷ STSJ País Vasco, de 8 de febrero de 2000, rec. núm. 2382/1999.

⁴⁹⁸ STSJ Madrid, de 20 de febrero de 2008, rec. núm. 155/2008.

⁴⁹⁹ STSJ Andalucía, de 25 de marzo de 2003, rec. núm. 3315/2002.

⁵⁰⁰ STSJ Asturias, de 12 de marzo de 2004, rec. núm. 2352/2003.

⁵⁰¹ STS de 15 de julio de 2020, rec. núm. 11/2019.

⁵⁰² STS de 15 de julio de 2020, rec. núm. 11/2019.

⁵⁰³ STSJ Castilla y León, de 29 de mayo de 2008, rec. núm. 200/2008.

⁵⁰⁴ STSJ Castilla y León, de 29 de mayo de 2008, rec. núm. 200/2008.

psíquica a la persona enferma, y no físico o de asistencia, pues de ello se encarga el personal del hospital.

La clave para el reconocimiento de este permiso es la justificación del mismo. Por ello, se estima que “siempre resultará imprescindible ponderar, entre otras cosas, las circunstancias personales de cada trabajador y del familiar causante, la proyección individual de cada enfermedad, su gravedad, la causa determinante de la hospitalización, el eventual motivo de cada alta hospitalaria y en fin, y, sobre todo, el alcance o intensidad de la necesidad de atención y cuidados que el pariente enfermo requiera, tanto en lo físico como en otros aspectos de su vida”⁵⁰⁵.

No queda claro si el permiso se extingue o no con el alta hospitalaria. El TS ha señalado al respecto que el permiso ha de ser concedido “con independencia de que dicho familiar siga o no hospitalizado, es decir, sin que el simple alta hospitalaria conlleve de forma automática la extinción o finalización del permiso, máxime cuando el propio precepto reconoce ese mismo beneficio en los supuestos (...) en los que, tras una intervención quirúrgica sin hospitalización, el familiar del trabajador únicamente precise reposo domiciliario (...) usualmente -la experiencia así lo demuestra- el alta hospitalaria no va acompañada del alta médica ni siquiera en los supuestos de cirugía menor, sino que casi siempre es dada con la recomendación facultativa -expresada o no documentalmente- de que la atención sanitaria recibida vaya seguida de un periodo de reposo”⁵⁰⁶. Por tanto, el alta hospitalaria que no va acompañada del alta médica, no provoca la extinción del permiso⁵⁰⁷.

En relación con la hospitalización por nacimiento de hijo, como es sabido, “hoy día, para lograr una mejor asistencia médico-sanitaria, los partos suelen tener lugar en un centro hospitalario, donde se prestan servicios médico-sanitarios que incluyen, como norma general, la intervención de ginecólogo, de anestesia, de ayudante técnico sanitario y de pediatra que examina y atiende al recién nacido”⁵⁰⁸. Al respecto, el TS, en un primer momento, negó este permiso por entender que “la parturienta no queda englobada en el concepto de enfermo. Incluso en el propio lenguaje común el término hospitalización no se suele utilizar para hablar de la estancia en una clínica u hospital de la mujer que va a parir o dar a luz, sino que se reserva para quien está hospitalizado por razón de enfermedad o accidente”⁵⁰⁹. No obstante, posteriormente, reconoció el permiso por hospitalización de pariente cuando la causa fuera el parto⁵¹⁰.

⁵⁰⁵ STS de 21 de septiembre de 2020, rec. núm. 84/2009.

⁵⁰⁶ SSTs de 5 de marzo de 2012, rec. núm. 57/2011; de 21 de septiembre de 2010, rec. núm. 84/2009.

⁵⁰⁷ STS de 13 de junio de 2018, rec. núm. 128/2017.

⁵⁰⁸ STS de 23 de abril de 2009, rec. núm. 44/2007.

⁵⁰⁹ STS de 24 de julio de 2008, rec. núm. 456/2007.

⁵¹⁰ STS de 23 de abril de 2009, rec. núm. 44/2007.

En tercer lugar, este permiso también engloba la intervención quirúrgica sin hospitalización, para la cual la norma exige que, tras la misma, se necesite un tiempo de reposo domiciliario. De hecho, generalmente, las intervenciones hospitalarias ostentan una entidad menor, por lo que, la norma condiciona el nacimiento del permiso a que pese a no haber sido ingreso hospitalario, al paciente sí se le prescriba, al menos, un periodo de reposo domiciliario en el informe médico pertinente.

La doctrina judicial considera que este permiso está condicionado a que requiera reposo domiciliario, siendo indiferente si se exige o no atención continuada a la persona afectada⁵¹¹.

6.2. Familiares

El art. 37.3 b) ET incluye como familiares a los que da derecho este permiso a “cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella”.

La anterior versión no incluía de forma expresa al cónyuge y pareja de hecho, aspecto que fue criticado por la doctrina y se puso en duda. En la actualidad, no cabe duda que tanto el cónyuge, ya sea por matrimonio civil o católico, queda incluido, así como la pareja de hecho.

Asimismo, también incluye a las personas parientes hasta el segundo grado, tanto por consanguinidad como por afinidad, así como también el familiar consanguíneo de la pareja de hecho. Cabe tener en cuenta que en la filiación no se diferencia entre hijos o hijas naturales o adoptados, por lo que los hijos o hijas por adopción también quedan incluidos.

En el parentesco por afinidad queda incluidos las y los cuñados, y tanto al hermano del cónyuge como al cónyuge del hermano o hermana, pero no al cónyuge del hermano del cónyuge⁵¹².

Asimismo, es de destacar que el precepto también incluye a cualquier persona que, aun no siendo familiar, conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera su cuidado.

6.3. Duración del permiso

La duración del permiso es de “cinco días”. La regulación anterior a la reforma del RDL 5/2023, establecía un permiso de dos días, ampliables a cuatro cuando se requiere desplazamiento. Con esta modificación se traspone también

⁵¹¹ SAN de 12 de mayo de 2017, proc. núm. 114/2017.

⁵¹² STSJ País Vasco, de 12 de mayo de 2002, rec. núm. 39/2002.

al ordenamiento español el permiso de cuidadores previsto en el artículo 6 de la Directiva UE/2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio.

En cuanto al cómputo de los cinco días y el *dies a quo*, cabe estarse a lo señalado anteriormente en relación al permiso por matrimonio o uniones de hecho y las reglas generales vistas anteriormente.

7. PERMISO POR FALLECIMIENTO

El art. 37.3 b bis) ET reconoce el permiso de “dos días por el fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo la persona trabajadora necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo se ampliará en dos días”.

7.1. Causa justificadora

El hecho causante del permiso es la defunción del familiar de la persona trabajadora, considerando que este hecho y las consecuencias que de él derivan, tanto administrativas, como psicológicas, burocráticas o sociales, requiere de unos días de cesación en el trabajo para asimilar la pérdida y realizar determinados actos sociales y trámites administrativos.

Como señala la doctrina jurisprudencial, la razón de ser se halla en “la gran importancia, muy especial significado y enorme carga de sentimientos y emociones que el referido acontecimiento tiene para toda persona”⁵¹³.

7.2. Duración

La duración del permiso es de dos días, ampliables a cuatro cuando con tal motivo se requiera desplazamiento.

La necesidad de desplazamiento como circunstancia que amplía la duración del permiso es interpretada por el TS de la siguiente forma: “cualquier viaje a otra localidad no genera el derecho a una licencia de cuatro días, sino que para la concesión de esta habrá de tenerse en cuenta la distancia entre los municipios, los medios de transporte existentes entre ellos, el tiempo que se tarda de un lugar a otro y otras circunstancias que permiten discriminar positivamente a quien tiene que realizar una travesía más larga y complicada. La Ley no quiere beneficiar a quienes residen en grandes áreas metropolitanas, tienen fácil transporte y frecuentemente trabajan en un municipio distinto al de su residencia, donde se desplazan a diario en poco tiempo y tienen parientes en localidades cercanas con fácil y rápida comunicación, sino a quienes por motivos familiares deben realizar largos (en

⁵¹³ STS de 17 de enero de 2008, rec. núm. 24/2007.

tiempo y distancia) y costosos recorridos que no es frecuente hacer a diario, ni semanalmente, para atender a un familiar”⁵¹⁴.

De cualquier forma, el convenio colectivo puede desarrollar lo que debe entenderse por desplazamiento.

8. TRASLADO DE DOMICILIO HABITUAL

El art. 37.3 c) ET reconoce el permiso de “un día por traslado del domicilio habitual”.

8.1. Causa justificadora

Debe señalarse, en primer lugar, que, aunque el ET utilice el término “traslado”, coincidente con el que aparece en los supuestos de movilidad geográfica a localidad distinta y que exige cambio de residencia, no debe de haber ninguna duda sobre el sentido de la expresión, pues está haciendo referencia a la mudanza, es decir, a la traslación que se hace de una casa a otra.

La razón de ser es posibilitar a la persona trabajadora que decide trasladarse de casa, tener tiempo para poder realizar dicho cambio. Según el TS, la concesión del permiso no está vinculada a que el traslado de domicilio implique también cambio de mobiliario, pues “es notoria la posibilidad de cambios de domicilio sin traslado de muebles y esta circunstancia ni se ha tenido en cuenta por el ET para vincular a su concurrencia la concesión del permiso, ni priva a este 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”⁵¹⁵.

En este caso la distancia entre los domicilios nuevo y antiguo resulta indiferente, sin que exista, por tanto, una duración diferente del permiso en atención a ello.

El ET no entra a valorar lo que debe entenderse por domicilio, presuponiéndose en su acepción social que es el lugar donde se habita y se pernocta. Según el art. 40 CC, el domicilio equivale al lugar de “residencia habitual”, por lo que, en cierta forma, incurre en reiteración el art. 37.3 c) ET cuando habla de “domicilio habitual”. A veces se ha entendido como equivalente a “mudarse de una a otra vivienda, prodúzcase o no variación en el domicilio jurídico. Ahora bien, tal cambio ha de suponer el traslado de los enseres propios de la vivienda, y no un mero cambio de hotel”⁵¹⁶.

⁵¹⁴ STS de 4 de junio de 2012, rec. núm. 201/2011.

⁵¹⁵ STS de 7 de mayo de 1992, rec. núm. 1755/1991.

⁵¹⁶ RAYÓN SUÁREZ, E., “Descanso semanal, fiestas y permisos”, BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Edersa, 1982, p. 329.

Lógicamente, en este supuesto no tiene cabida aquella mudanza que no tenga la condición de domicilio habitual, como son las segundas residencias o casas de vacaciones⁵¹⁷.

8.2. Duración

En este caso, la duración del permiso es un día, que cabe entenderlo como laboral. Si el día del traslado es festivo, el inicio del cómputo del permiso comienza el primer día hábil siguiente⁵¹⁸.

9. PERMISO POR CUMPLIMIENTO DE UN DEBER INEXCUSABLE DE CARÁCTER PÚBLICO Y PERSONAL

El art. 37.3 d) ET prevé este permiso “por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo. Cuando conste en una norma legal o convencional un periodo determinado, se estará a lo que esta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica. Cuando el cumplimiento del deber antes referido suponga la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del veinte por ciento de las horas laborables en un periodo de tres meses, podrá la empresa pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia regulada en el artículo 46.1. En el supuesto de que el trabajador, por cumplimiento del deber o desempeño del cargo, perciba una indemnización, se descontará el importe de la misma del salario a que tuviera derecho en la empresa”.

9.1. Causa justificadora

En este caso, la causa que da lugar a este permiso es el cumplimiento de un “deber inexcusable de carácter público y personal”.

Como es sabido, cualquier persona, sea trabajadora o no, está sujeta al cumplimiento de ciertos deberes y obligaciones de carácter público, cuyo cumplimiento es inexcusable. Los supuestos que quedan incluidos en este permiso se pueden sintetizar en los siguientes.

En primer lugar, queda incluido, y así lo recoge expresamente el art. 37.3 d) ET, el sufragio activo.

En segundo lugar, también se incluye la participación en las mesas electorales, tanto como presidente, vocal, interventor o apoderado, tal y como se deduce de los arts. 28.1, 76.4 y 78.4 LOREG.

⁵¹⁷ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *Los permisos retribuidos del... op. cit.* p. 137.

⁵¹⁸ STS de 24 de febrero de 2022, rec. núm. 176/2021.

En tercer lugar, también hace referencia al desempeño de la función de jurado, pues se considera a tales efectos el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal (art. 7.2 LOTJ).

En cuarto lugar, queda incluido el desempeño de un cargo público tanto por elección como por designación. Se entiende, a estos efectos, cargo público aquel cargo político temporal o amovible al que se accede por elección o por designación o nombramiento de la autoridad competente, no el permanente de carrera⁵¹⁹.

Este permiso se relaciona con la excedencia forzosa, ya que cuando el desempeño del cargo imposibilite la asistencia al trabajo en más de un 20 % de las horas laborables en un periodo de tres meses, la empresa podrá pasar a la persona afectada a la situación de excedencia forzosa ex art. 46 ET. Si las horas dejadas de trabajar no alcanzan ese umbral, se aplicaría el permiso retribuido y, en caso contrario, el ET permite que la empresa pase a la persona trabajadora a la situación de excedencia forzosa.

En quinto lugar, la asistencia a juicio también se considera incluido en este supuesto si se comparece como parte o como testigo.

Por el contrario, no se ha considerado como deber público inexcusable la renovación del DNI, pues aun siendo una obligación pública no queda comprendida, como regla general, en este permiso, habida cuenta de que el acto exigible no tiene que cumplirse en un momento determinado, sino dentro de un periodo de tiempo, que puede coincidir o no con la jornada de trabajo, salvo que la persona trabajadora proba la total y permanente coincidencia de horarios⁵²⁰. Tampoco se considera deber inexcusable el acompañamiento de un pariente o hijo o hija que no pueda valerse por sí mismo al médico, pues no se trata de una obligación personalísima e insustituible⁵²¹.

9.2. Duración

La duración de este permiso, tal y como establece el citado precepto estatutario es “por el tiempo indispensable”.

De cualquier forma, cabe indicar que cuando conste en una norma legal o convencional un periodo determinado, se estará a lo que disponga en cuanto a la duración de la ausencia y a su compensación económica.

En este sentido, cuando se trate del ejercicio de sufragio activo, el art. 13 RD 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales,

⁵¹⁹ STSJ Galicia, de 14 de julio de 2017, rec. núm. 1094/2017.

⁵²⁰ STSJ Andalucía, de 23 de febrero de 2001, rec. núm. 2404/1999.

⁵²¹ STS de 9 de diciembre de 2020, rec. núm. 79/2919; STSJ Galicia, de 14 de julio de 2017, rec. núm. 1094/2017.

establece que la persona trabajadora puede disponer en su horario laboral de hasta cuatro horas libres para el ejercicio del derecho al voto.

Para el caso de presidentes y vocales de las mesas electorales y los interventores se prevé un permiso retribuido de jornada completa durante el día de la votación, si es en día laboral, y en todo caso, tiene derecho a una reducción de su jornada de trabajo de cinco horas el día inmediatamente posterior (arts. 28.1 y 78.4 LOREG). Y para los apoderados en procesos electorales se prevé un permiso retribuido durante el día de la votación (art. 76.4 LOREG).

Por último, para los miembros de las corporaciones locales, el art. 75.6 LRBRL entiende por tiempo indispensable para el desempeño del cargo electivo de una corporación local, el necesario para la asistencia a las sesiones del pleno de la corporación o de las comisiones, y la atención a las delegaciones de que forme parte o que desempeñe la persona interesada.

9.3. Retribución

Como ya se ha comentado, este permiso es de carácter retribuido, por lo que, cuando la persona trabajadora reciba una indemnización por el cumplimiento del deber público e inexcusable, la empresa puede descontar de la cantidad a satisfacer el importe de la indemnización que la persona trabajadora hubiera recibido.

Con ello se intenta equilibrar las posiciones contractuales de empresa y persona trabajadora, considerando que es injusto que la persona trabajadora obtenga en situación de permiso tanto los salarios habituales como las cantidades abonadas por el cumplimiento de su deber. Por ello, se puede proceder a la neutralización económica teniendo en cuenta que no se puede superar las cuantías que la persona trabajadora habría percibido caso de haber trabajado efectivamente⁵²².

10. PERMISO PARA REALIZAR FUNCIONES SINDICALES O DE REPRESENTACIÓN DE PERSONAL

El art. 37.3 e) ET reconoce el permiso “para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente”.

Este permiso se concede para realizar funciones sindicales o de representación del personal. Concretamente, se prevé para los siguientes supuestos.

Por un lado, se refiere al crédito de las horas mensuales retribuidas que corresponde a cada uno de los miembros del comité de empresa, delegados de personal (art. 68 e) ET), así como delegados sindicales (art. 10.3 LOLS), para el ejercicio de sus funciones de presentación. Asimismo, también tienen este derecho los delegados de prevención para el desempeño de sus funciones (art. 37.1 LPRL).

⁵²² STCT de 16 de octubre de 1985.

Concretamente, el art. 68 e) ET prevé un crédito horario de horas mensuales retribuidas para cada uno de los miembros del comité de empresa o delegado de personal que depende del número de personas trabajadoras de cada centro de trabajo, que varía de 15 horas (cuando el centro de trabajo tiene hasta 100 personas trabajadoras) hasta llegar a las 40 horas (cuando tiene más de 750 personas trabajadoras).

Se trata de un derecho subjetivo que requiere una identificación ante la empresa de aquellas personas trabajadoras que vayan a ser titulares de dicho crédito. Es un derecho individual al cual se tiene derecho por ser miembro del comité de empresa o delegado de personal.

Se prevé, además, la posibilidad de acumulación de horas en una o en varias personas trabajadoras, los llamados “liberados sindicales”, que tiene su fundamento en una mayor eficiencia en la acción de representación, e incluso para la mejora del proceso productivo, pues “este podría verse limitado o reducido si las horas hubiesen de ser disfrutadas necesariamente por todos y cada uno de los representantes de los trabajadores o delegados sindicales”⁵²³.

Asimismo, como se ha indicado, también tienen derecho a este crédito horario los delegados sindicales, de tal forma que la doble condición de delegado sindical y miembro del comité de empresa determina un doble crédito horario.

Por otro lado, también comprende el tiempo necesario para el adecuado ejercicio de su labor como negociadores cuando participen en las comisiones negociadoras de convenios colectivos (art. 9.2 LOLS). Este permiso está reconocido a la representación sindical, y se tiene derecho al mismo al margen del crédito de horas mensuales⁵²⁴.

Este derecho no se concede únicamente a determinados sindicatos que cuenten con un cierto grado de representatividad, sino que va referido a todo tipo de sindicatos, siendo suficiente que la persona haya sido designada por el sindicato o la sección sindical para tener la condición de representante sindical.

El tiempo para el cual se reconoce este derecho no se limita al tiempo que dure la negociación, sino que también comprende toda actividad complementaria que se requiera para conseguir un buen fin de la misma. En este sentido, el TS ha declarado que “el permiso que establece el precepto únicamente resulta posible y realizable cuando exista coincidencia temporal entre el trabajo y la negociación del convenio colectivo, careciendo de ningún sentido o utilidad cuando dicha coincidencia no se produce; por ello la utilización de la expresión legal «los permisos retribuidos que sean necesarios para el ejercicio de su labor como negociadores» implica que el derecho al permiso existe en los supuestos en los que el trabajador está presente,

⁵²³ SAN de 8 de julio de 2009.

⁵²⁴ STSJ Galicia, de 27 de enero de 2010, rec. núm. 4002/2009.

como miembro de la comisión negociadora, en la mesa de negociación; y, también, cuando tenga que realizar actividades o gestiones ligadas al proceso de negociación que coincidan temporalmente con su trabajo. Por tanto, es necesario que exista una coincidencia temporal entre la actividad negociadora en sentido amplio y el trabajo, salvo en los casos de los trabajadores que realizan trabajo nocturno en cuyo caso, la jurisprudencia de la sala, no ha exigido esa incompatibilidad horaria con el fin de presentar el contenido del derecho a los permisos⁵²⁵.

Por último, cabe indicarse que no es extraño encontrar situaciones de fiscalización y sanción por el uso indebido de este permiso por parte de las personas trabajadoras. En este sentido, un sector de la doctrina judicial⁵²⁶ consideraba que la empresa no puede controlar la conducta de la persona trabajadora durante dicho permiso, pues la función representativa debía ser controlada por las propias personas representadas. Se alegaba, además, que ello supondría una injerencia empresarial que vulnera los derechos de representación de las personas trabajadoras, y que debe partirse de que existe una presunción de que el permiso se ha utilizado correctamente. La sanción, tradicionalmente, ha sido admitida solo de manera restrictiva⁵²⁷. No obstante, ha de estarse a cada caso en concreto y cuando se excedan los límites, la empresa podrá actuar sancionando a la persona trabajadora.

11. PERMISO PARA EXÁMENES PRENATALES Y TÉCNICAS DE PREPARACIÓN AL PARTO

El art. 37.3 e) ET recoge el permiso “por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, siempre, en todos los casos, que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo”.

11.1. Causa justificadora

En este apartado se reconoce un permiso para determinadas actividades relacionadas con la maternidad biológica, así como para actividades previas a la adopción, guarda o acogimiento.

Se relaciona con la realización de pruebas, actividades o trámites que debe realizar la persona trabajadora y le imposibilita la asistencia al puesto de trabajo durante unas horas.

En primer lugar, en el caso de la maternidad biológica, el permiso se concede, por un lado, para la realización de exámenes prenatales, es decir, los exámenes

⁵²⁵ STS de 20 de mayo de 1992, rec. núm. 1634/1991.

⁵²⁶ STS de 18 de marzo de 1986.

⁵²⁷ STS de 10 de febrero de 1990.

médicos que se realizan durante el embarazo para llevar a cabo las comprobaciones necesarias sobre la salud durante el embarazo, así como ver la evolución del mismo y el crecimiento del feto. Por otro lado, también se conceden para la realización de técnicas de preparación al parto, es decir, los cursos de formación para el mismo. Este permiso se reconoce, en principio, a la trabajadora embarazada. El fin es proteger la salud de la trabajadora embarazada, de ahí que se excluya al progenitor varón. No obstante, en la actualidad, dada la idea de corresponsabilidad, el interés por la evolución del embarazo y la preparación para el parto puede jugar en favor de que el otro progenitor también pueda disfrutar de este permiso⁵²⁸.

En segundo lugar, en el caso de la adopción, acogimiento o guarda con fines de adopción, el permiso se reconoce para la asistencia a las sesiones de información y preparación y para la realización de los previos informes psicológicos y sociales que se requieren para tramitar la adopción y el acogimiento. En este supuesto, la finalidad no es para acudir a la consulta médica, sino para acudir a las entrevistas y preparar la documentación administrativa que se requiere. Por ello, en este caso, la titularidad no es de la madre biológica, sino de ambos progenitores.

Lógicamente, este permiso queda condicionado a que las pruebas, actividades o trámites deban realizarse dentro del horario laboral, pues en el supuesto de que se pudieran realizar fuera del mismo, no habría lugar al permiso. Corresponde, pues, a las personas trabajadoras justificar la coincidencia horaria para poder obtener el permiso.

11.2. Duración

El permiso no tiene preestablecido una duración determinada y fija, sino que se concede por el “tiempo indispensable”. Si las indicadas actividades o trámites están fijadas dentro de la jornada laboral, la trabajadora o los progenitores se deberán incorporar al trabajo, ausentarse para realizarlos y volver a reincorporarse al trabajo una vez finalizados.

Si la actividad coincide con el inicio o final de la jornada, la trabajadora o los progenitores se reincorporarán al trabajo en cuanto finalicen o terminarán la jornada con anterioridad para poder asistir a las mismas.

12. PERMISO POR CUIDADO DE HIJO/A LACTANTE

El art. 37.4 ET prevé que “en los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), las personas trabajadoras tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones, para el cuidado del lactante hasta que este cumpla nueve meses.

⁵²⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Los permisos prenatales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*. Albacete: Bomarzo, 2013, p. 34.

La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples”.

Con anterioridad a la reforma del RDL 2/2024, de 21 de mayo, el panorama legislativo que regía el permiso por lactancia en España estaba caracterizado por la dependencia de acuerdos colectivos y negociaciones específicas entre las personas trabajadoras y las empresas. En este contexto, el derecho a ausentarse del trabajo para el cuidado del hijo/a lactante estaba condicionado a las cláusulas establecidas en los convenios colectivos o a acuerdos individuales, generando una diversidad de situaciones y derechos en función de las circunstancias particulares de cada persona trabajadora.

La posibilidad de acumulación en jornadas completas de este permiso retribuido de lactancia quedaba en manos de la negociación colectiva o de acuerdos individuales. Ahora, tras el RDL 2/2024, ambos progenitores tienen reconocido un derecho de acumulación en jornadas completas sin necesidad de la cobertura convencional o del pacto individual. La modificación del art. 37.4 ET elimina estas restricciones, convirtiendo todas las posibilidades de disfrute, incluida la acumulación de las horas retribuidas de ausencia, en un derecho de todas las personas trabajadoras. Con ello, se avanza en la mejora y se incrementa el nivel de reconocimiento y protección de los permisos de conciliación, cumpliéndose, por tanto, la exigencia de un permiso parental retribuido, tal y como aparece en el artículo 8.3 en relación con el artículo 20.2 de la Directiva UE/2019/1158, de 20 de junio.

12.1. Causa justificadora

Cabe destacar que el RDL 6/2019 modificó la denominación de este permiso. En la actualidad, se conoce como “cuidado del hijo/a lactante”. Este cambio de denominación no es gratis, pues refleja una concepción más amplia y moderna del permiso, reconociendo no solo el papel de la madre, sino también el compromiso de cuidado que comparten ambos progenitores.

Íntimamente ligado con esto, con la reforma, se ha logrado un avance significativo en la universalización del derecho al permiso por lactancia, pues, en la actualidad, este permiso está reconocido para todas las personas trabajadoras, hombres y mujeres, que estén en situación de responsabilidad de lactancia.

El permiso por lactancia no distingue entre lactancia natural o artificial, abarcando ambas situaciones. Esto significa que tanto en casos de lactancia materna como en aquellos en los que se opta por la alimentación artificial, las personas trabajadoras tienen el derecho de ausentarse una hora al día para el cuidado del hijo/a lactante. Esta exclusividad refleja un enfoque equitativo hacia todas las formas de crianza y asegura que todas las personas trabajadoras en situación de responsabilidad de lactancia gocen de los mismos beneficios.

Además, al igual que el resto de permisos del art. 37.3 ET, se trata de un permiso retribuido, lo que significa que las personas trabajadoras seguirán percibiendo su salario habitual a pesar de trabajar una hora menos al día.

12.2. Duración

En cuanto a la duración, no se concreta legalmente la duración del permiso retribuido por lactancia acumulado ni su sistema de cálculo. Siguiendo criterios jurisprudenciales⁵²⁹ procede la acumulación en la hora de ausencia referido a días laborables. Para ello, por consiguiente, cabe dividir el número total de días laborables que restan hasta que el lactante cumpla nueve meses entre las horas reducidas de trabajo que se corresponden con la jornada del progenitor⁵³⁰, lo que dependerá del momento de reincorporación a la empresa tras el permiso de nacimiento de hijo/a, o en su caso vacaciones, y otras variables.

En cuanto a la forma de disfrute, como es sabido, se puede disfrutar de diferentes formas.

En primer lugar, fraccionarlo en una hora diaria, es decir, dividir la hora diaria de ausencia en dos partes, como puede ser ausentarse durante media hora por la mañana y media hora por la tarde. Esta posibilidad de adaptar el permiso a las necesidades individuales facilita la conciliación de la vida laboral y familiar.

En segundo lugar, se puede optar por ausentarse una hora diariamente. Esta es la forma más directa de disfrutar del permiso por lactancia. En este sentido, la persona trabajadora puede elegir el momento del día que mejor se adapte a sus necesidades para cuidar del hijo/a lactante.

En tercer lugar, se puede elegir reducir la jornada en media hora, ya sea al principio o al final de la jornada laboral. Esta elección permite equilibrar las responsabilidades laborales con el cuidado del hijo/a lactante de manera más distribuida a lo largo del día. Al igual que con la ausencia diaria, la implementación de esta modalidad requiere acuerdos previos con la empresa para garantizar una gestión efectiva del tiempo y recursos.

Por último, y en este sentido, es la modalidad más elegida, se pueden acumular las horas en jornadas completas. De esta forma, se suman todas las horas diarias acumulándolas todas juntas para disfrutarlas varios días y así obtener jornadas completas de permiso. Esta elección requiere acuerdo previo con la empresa y puede extenderse hasta los 12 meses si ambos progenitores ejercen este derecho con la misma duración y régimen.

El periodo de acumulación del permiso está sujeto a la elección de la persona trabajadora y a la duración del mismo, que puede extenderse hasta que el hijo/a

⁵²⁹ STS de 19 de abril de 2018, rec. núm. 1286/2016.

⁵³⁰ STS de 21 de noviembre de 2023, rec. núm. 2978/2022.

lactante cumpla nueve meses. En este contexto, se contabilizan las horas acumuladas diariamente a lo largo del periodo elegido, sumando estas horas hasta determinar cuántos días completos de permiso corresponden. Es fundamental considerar la duración específica del permiso en la planificación de este periodo de acumulación, teniendo en cuenta los límites temporales establecidos por la legislación vigente.

En casos particulares en los que ambos progenitores ejerzan el derecho al permiso por lactancia con la misma duración y régimen, se abre la posibilidad de extender el periodo de disfrute hasta que el lactante cumpla doce meses. Esta modalidad implica una reducción proporcional del salario a partir del noveno mes. La elección de esta modalidad debe ser cuidadosamente considerada, ya que impacta tanto en la duración del permiso como en las implicaciones económicas para la persona trabajadora. La planificación y el acuerdo con la empresa son fundamentales para asegurar un equilibrio efectivo entre las responsabilidades parentales y las laborales durante este periodo extendido.

En este sentido, cabe tener en cuenta que, cuando se trata de personas trabajadoras a tiempo parcial, el TS⁵³¹ ha declarado que la duración del permiso por lactancia (una hora por día laborable) debe ser la misma para personas trabajadoras a tiempo completo y a tiempo parcial. No es aplicable en este caso la regla de proporcionalidad que en otros supuestos permite ajustar la magnitud del derecho a la duración de la jornada, toda vez que la finalidad del permiso es atender las ineludibles necesidades nutricionales que requiere la crianza de un menor de nueve meses, que son, obviamente, las mismas cualquiera que sea la jornada de trabajo de sus progenitores. Estima que la posibilidad de acumulación en jornadas completas debe obtenerse acudiendo a la hora de ausencia del puesto de trabajo y no a la media hora de reducción de jornada que la norma configura como una de las dos opciones alternativas.

13. NACIMIENTO DE HIJO O HIJA PREMATURO O QUE DEBA PERMANECER HOSPITALIZADO A CONTINUACIÓN DEL PARTO

El art. 37.5 ET otorga a las personas trabajadoras un permiso retribuido de una hora para ausentarse del trabajo en los casos de nacimiento de hijo o hija prematuro, o bien cuando deba permanecer hospitalizado a continuación del parto. Literalmente, establece que “las personas trabajadoras tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora en el caso de nacimiento prematuro de hijo o hija, o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto”.

El fundamento último de este derecho es procurar un cuidado y atención al recién nacido, así como también, aunque con menor intensidad, que los

⁵³¹ STS de 21 de noviembre de 2023, rec. núm. 2978/2022.

progenitores puedan acompañar o atender a su hijo o hija, compatibilizándolo con el trabajo y sin menoscabo de los ingresos de él derivados⁵³². Es decir, se trata de ofrecer una solución a la necesidad de prestar una especial atención a los neonatos prematuros durante el período de hospitalización, que generalmente suele ser en incubadora, pues, la experiencia médica pone de manifiesto que los niños o niñas logran desarrollarse mucho mejor y más rápido cuando son sometidos a un mayor contacto y estimulación por parte de la madre o el padre durante su permanencia en el hospital⁵³³.

13.1. Causa justificadora

El supuesto de hecho del que parte el art. 37.5 ET no se identifica exclusivamente con el nacimiento prematuro, sino con la necesidad de hospitalización del neonato a continuación del parto, su estancia en el centro hospitalario.

En este sentido, debe indicarse que, aún a pesar de la literalidad de la norma, deben realizarse una serie de matizaciones. En primer lugar, a pesar de referirse a la permanencia del neonato en el hospital, presuponiendo el acaecimiento del parto en un hospital, cuando ésta haya ocurrido en otro lugar, si de seguido se produce la hospitalización del neonato queda incluido dicho supuesto. En segundo lugar, aunque se refiere a la hospitalización subsiguiente al parto, cuando, después del alta hospitalaria, se produce el reingreso hospitalario del neonato en un lapso irrelevante también es un supuesto protegido. De hecho, este aspecto restrictivo fue corregido en el art. 9.11 RD 295/2009 que posibilitó la aplicación de la interrupción de la maternidad y de su alargamiento a todas aquellas situaciones de internamiento del neonato iniciadas en el periodo de treinta días con posterioridad al parto⁵³⁴. En tercer lugar, también se incluyen aquellos casos en los que es la salud del neonato, no de la madre, cuando, a causa de la salud de esta, la madre y el neonato deban estar hospitalizados. Por último, la hospitalización se puede deber al tratamiento de una enfermedad del neonato, u otra causa relacionada con la madre. En definitiva, que nazca de forma prematura no abre las puertas al permiso si el mismo es dado de alta, y un neonato no prematuro lo pone en juego si permanece hospitalizado tras su nacimiento⁵³⁵, pues lo que no da lugar al juego de este derecho es cuando el neonato, pese a ser prematuro, es dado de alta hospitalaria.

En cuanto a la titularidad de este derecho, debe señalarse con carácter previo que se ha planteado entre la doctrina si este permiso ampara al menor o a sus progenitores. Desde el punto de vista contractual, el titular del derecho serían

⁵³² SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Derechos laborales de los padres con neonatos hospitalizados”, AS, núm. 5, 2001.

⁵³³ Motivación de la enmienda núm. 231 presenta por el Grupo Parlamentario Socialista, BOCG de 27 de abril de 2001.

⁵³⁴ BALLESTER PASTOR, M.A., *La prestación de maternidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

⁵³⁵ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Derechos laborales de los... *op. cit.*”

los progenitores, pero de igual forma que sucede con el permiso por cuidado del lactante, a veces se produce un cambio de perspectiva considerando que el titular del derecho es el neonato⁵³⁶.

El art. 37.5 ET, tras la reforma realizada por el RDL 6/2019, indica que es un derecho que corresponde a “las personas trabajadoras”, fórmula diferente de la contenida con anterioridad.

Por tanto, el derecho se concede a cualquiera de los progenitores, sin otorgarse la titularidad originaria a ninguno. Como ninguno de ellos tiene la titularidad originaria, no es necesario el régimen de cesión entre progenitores. Además, no se requiere que la madre trabaje para que el padre pueda acceder al derecho. Y, por último, ambos podrán hacer uso del derecho y no solamente uno de ellos como planteaba la regulación previa, que establecía una opción y, además, dependiente del acuerdo entre los progenitores⁵³⁷.

El citado art. 37.5 ET tampoco hace referencia a la posibilidad de aplicarse o no a los supuestos de adopción y acogimiento. Al respecto debe considerarse que, si se está ante un adoptado o acogido, tanto preadoptivo como permanente, que desde su nacimiento hubiera tenido que ser hospitalizado, cualquiera de los progenitores podría ejercer ese derecho, de tal forma que dicha interpretación resulta razonable. Sin embargo, la realidad muestra que el legislador no ha contemplado la referida hipótesis⁵³⁸. Según mi opinión, y así lo estima la doctrina⁵³⁹, es que hubiera sido muy conveniente que el supuesto de la adopción se mencionara de forma expresa como sucede en otros preceptos, dados los fines que se persiguen.

El art. 37.5 ET no especifica de forma expresa que se trate de un permiso retribuido, a diferencia de lo que sucede en el resto de permisos del art. 37.3.

En relación con la primera modalidad de disfrute, esto es, la ausencia de una hora de la jornada laboral debe considerarse que de igual forma que sucede con el permiso por cuidado del lactante del art. 37.4 ET, debe entenderse que se trata de una licencia retribuida.

Así se desprende también de los instrumentos internacionales y de la ubicación sistemática del precepto, esto es, rubricado como “descanso semanal, fiestas y permisos”, en la sección de “tiempo de trabajo” y antes de comenzar el capítulo III dirigido a regular la “modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo”.

⁵³⁶ STSJ Canarias, de 24 de mayo de 1991, señala que “el derecho que el art. 37.4 establece tiene como titular el hijo menor de 9 meses y no la madre -o el padre según la Ley 3/1989-”.

⁵³⁷ FERNÁNDEZ PRATS, C.; GARCÍA TESTAL, E.; LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos de conciliación en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 49.

⁵³⁸ AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

⁵³⁹ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Derechos laborales de los... *op. cit.*”

En relación con la segunda modalidad de disfrute, esto es, la reducción de jornada por neonatos hospitalizados hasta un máximo de dos horas, como señala expresamente el precepto sí conlleva una “disminución proporcional del salario”. Por tanto, de ahí que no se esté propiamente ante un permiso, sino ante una reducción de jornada.

13.2. Duración

En cuanto a la duración de este permiso, el art. 37.5 ET no establece una duración máxima del derecho, por lo que, en principio, debe entenderse que abarcará todo el período necesario mientras el menor permanezca hospitalizado. Este permiso no tiene establecido un lapso temporal predeterminado, sino que su duración depende de la prolongación de la hospitalización.

El *dies a quo* se sitúa en el día de ingreso del neonato, que, posiblemente coincida con el nacimiento. Debe tenerse en cuenta que, como se ha indicado anteriormente, la expresión “a continuación del parto” del art. 37.5 ET debe interpretarse de forma flexible, en el bien entendido de que también deben acogerse aquellos supuestos en los que el ingreso se produzca tras unos días del nacimiento. Por su parte, el *dies ad quem* coincidirá con el alta hospitalaria⁵⁴⁰. No obstante, y lógicamente, en el caso de que fallecieran los padres o el menor, el derecho se extinguiría.

De esta forma, aunque no se indica expresamente, el precepto está pensando en la jornada diaria, pudiendo ejercerse todos los días en que se desarrolla una actividad laboral y mientras permanezca la hospitalización del neonato⁵⁴¹.

14. PERMISO POR FUERZA MAYOR

El art. 37.9 ET establece que “la persona trabajadora tendrá derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata. Las personas trabajadoras tendrán derecho a que sean retribuidas las horas de ausencia por las causas previstas en el presente apartado equivalentes a cuatro días al año, conforme a lo establecido en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras aportando las personas trabajadoras, en su caso, acreditación del motivo de ausencia”.

⁵⁴⁰ FERNÁNDEZ PRATS, C.; GARCÍA TESTAL, E.; LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos de conciliación... op. cit.* p. 49.

⁵⁴¹ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Derechos laborales de los... op. cit.

14.1. Causa justificadora

Este permiso ha sido introducido por el RDL 5/2023, de 28 de junio, como transposición de la Directiva UE/2019/1158, en materia de conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. De esta forma, se reconoce a la persona trabajadora el derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes.

Esto se aplica en caso de enfermedad o accidente que haga indispensable la presencia de la persona trabajadora de forma inmediata. Se trata de un permiso retribuido equivalente a un máximo de cuatro días al año, siempre acreditando el motivo de la ausencia a la empresa. Además, este permiso puede disfrutarse por horas, no siendo necesario acumularlo en jornadas completas.

El primer problema que plantea este permiso es lo que cabe entender por “fuerza mayor”. Como es sabido, en principio, la fuerza mayor se define como aquel suceso extraordinario, imprevisible e inevitable. Se trata de casos de urgencia donde se requiere la presencia inmediata. Ahora bien, falta delimitar cuándo cabe entender que se está ante una “urgencia”. En este sentido, sería recomendable que los convenios colectivos concretaran lo que cabe entender por urgencia y fuerza mayor, como causa legitimadora del permiso.

Por otro lado, en cuanto a los sujetos que dan lugar a este permiso, a diferencia del art. 37.3 b) donde se detalla, en este caso simplemente se hace referencia a “familiares o personas convivientes”. Si se atiende a la Directiva UE/2019/1158, se observa que en su art. 7 entiende “familiar” al “hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho nacional”. Por consiguiente, cabe entender que se refiere a familiares cercanos o personas que convivan en el mismo domicilio que la persona trabajadora⁵⁴².

En cuanto a la retribución, se ha planteado si se trata o no de un permiso retribuido. En este sentido, la doctrina judicial⁵⁴³ ha aclarado que se trata de un permiso retribuido y que, por consiguiente, corresponde a la empresa proceder al pago de las horas de ausencia correspondientes.

14.2. Duración

El art. 37.9 ET prevé una duración de “cuatro días” al año. Lógicamente, se trata de una norma de derecho necesario relativo mínimo, de tal forma que puede ser mejorada por convenio colectivo o contrato individual.

⁵⁴² BLASCO JOVER, C., “Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD Ley 5/2023 salva *in extremis* la esencia de la Ley de Familias”. *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, núm. 13, 2023, <https://doi.org/10.46661/lexsocial.8310>

⁵⁴³ SAN de 7 de febrero de 2023, rec. núm. 315/2013.

Sobre ello, cabe matizar los siguientes aspectos. En primer lugar, la norma recoge el derecho a ausentarse por motivos de enfermedad o accidente siempre que sea necesario, pero solo el equivalente a cuatro días al año será de forma remunerada. En segundo lugar, se ha planteado si hasta que no exista un acuerdo en convenio colectivo o un acuerdo con la representación legal de las personas trabajadoras es posible ejercer dicho derecho. En este sentido, cabe entender que se trata de un derecho que es ejercible directamente, y que la negociación colectiva podrá determinar y concretar cómo ejercer dicho permiso.

Cabe llamar la atención que, a diferencia de los otros permisos, en este caso, no se requiere justificación. Al hilo de lo anterior, debe repararse en que el ejercicio de este permiso no requiere justificación, puesto que esta sólo parece estar prevista, tal y como está redactada la norma, para percibir la correspondiente retribución. Siendo ello así, creo que la norma conduce a pensar que procederá el abono de la retribución correspondiente sólo en el caso de que la persona trabajadora justifique, se entiende que *a posteriori* y documentalmente, que ha tenido que hacer uso de este permiso, y no en caso contrario. Aunque, ciertamente, planteada en estos términos la situación, difícilmente pueden imaginarse casos en los que no se haga todo lo posible para aportar la correspondiente justificación y tener derecho, con ello, a la consiguiente retribución.

CAPÍTULO 7. VACACIONES

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido el contrato de trabajo constituye una relación jurídica de trato sucesivo, donde el tiempo constituye un factor esencial, pues, por un lado, la relación laboral se mantiene operativa durante un período de tiempo, más o menos prolongado, y por otro lado, el núcleo de la relación laboral lo constituye el tiempo trabajado a lo largo de ese período, esto es, la jornada de trabajo⁵⁴⁴. Como elemento anexo a la jornada de trabajo, se halla el período vacacional, como tiempo ineludible al que se tiene derecho para descansar, recobrar las energías y disfrutar del ocio y tiempo libre.

El reconocimiento del derecho a las vacaciones anuales retribuidas es relativamente reciente, pues dado que en un primer momento las personas trabajadoras no tenían ni siquiera garantizada la estabilidad en el empleo, resultaba inconcebible el disfrute generalizado de períodos prolongados de inactividad. Y fue la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 la que, al garantizar la continuidad de la relación laboral, constituye el origen del derecho a las vacaciones anuales⁵⁴⁵.

En la construcción de la doctrina alrededor de las vacaciones, cobra especial relevancia la doctrina judicial comunitaria, cuyas líneas argumentales han sido asumidas por nuestro ordenamiento legal, así como por nuestros órganos judiciales. Según la jurisprudencia comunitaria, la importancia de esta institución se traduce en que debe considerarse que este derecho constituye “un principio del Derecho Social de la Unión de especial importancia, que no admite excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la Directiva 2003/88”⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., (Coord.), *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017 (versión on line)

⁵⁴⁵ MONEREO PÉREZ, J.L., *Manual de Derecho del Trabajo*. Granada: Comares, 2014 (versión on line)

⁵⁴⁶ SSTJUE (dos) de 6 de noviembre de 2018, C-619/2016, Asunto S.W.K contra Land Berlin, y C-684/2016, Asunto Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV contra T.S, citando la STJUE de 12 de junio de 2014, C-118/2013, Asunto Bollacke.

El marco normativo destaca, por un lado, el Convenio núm. 132 OIT, sobre las vacaciones pagadas, que recoge el “derecho a vacaciones anuales pagadas de una duración mínima determinada”.

En el ámbito comunitario se halla en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵⁴⁷, cuyo apartado 8 declara que toda persona trabajadora de la Unión tiene derecho a unas vacaciones anuales pagadas. De cualquier forma, y con el fin último de la UE de establecer unos estándares comunes a todos los Estados miembros y fijar unos contenidos normativos comunes para todos, se halla la Directiva 2003/88/CE⁵⁴⁸, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que establece las condiciones mínimas de seguridad y salud relacionadas con la ordenación del tiempo de trabajo, los períodos de descanso y pausas diarias, el descanso semanal, la duración máxima del trabajo semanal, las vacaciones anuales y determinados aspectos del trabajo nocturno y el trabajo a turnos. Concretamente, el art. 7.2 de la citada Directiva establece que cuando la persona trabajadora no pueda disfrutar de las mismas, tendrá derecho a una compensación económica por los días de vacaciones no disfrutados.

El derecho a vacaciones retribuidas ha sido declarado un principio del derecho social comunitario asociado a la garantía de seguridad y salud de las personas trabajadoras y frente la que no es admisible ningún tipo de excepción ni pacto, prohibiéndose acuerdos de retribuir las vacaciones mediante pagos parciales fraccionados durante el periodo anual de trabajo⁵⁴⁹; o sustituirlas por una indemnización económica en caso de transferencia a un año posterior⁵⁵⁰; límites que los Estados miembros deben respetar.

A nivel nacional, destaca, en primer lugar, la CE, cuyo art. 40 ordena a los poderes públicos que garanticen “el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas”. A nivel legal, es el Estatuto de los Trabajadores, el que se ocupa de regular con un mayor detalle, aunque no lo suficiente, la ordenación de las vacaciones, concretamente su art. 38. Asimismo, no debe olvidarse la regulación convencional, teniendo presente que la regulación estatutaria de las vacaciones tiene un carácter de Derecho necesario mínimo, pudiendo, por tanto, sólo ser regulada con carácter de mejora. No obstante, debe tenerse presente que el art. 84.2 c) ET permite que el convenio colectivo de ámbito empresarial pueda indicar, en situaciones de normalidad empresarial requiriéndose únicamente la negociación colectiva de empresa concurrente, la “planificación anual de las vacaciones”.

⁵⁴⁷ De 7 de diciembre de 2000.

⁵⁴⁸ De 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

⁵⁴⁹ SSTJUE de 16 de marzo de 2006, C-131/2004, Asunto Robinson-Steele; de 22 de noviembre de 2011, C-214/2020, Asunto KHS.

⁵⁵⁰ SSTJUE de 6 de abril de 2006, C-124/2005, Asunto Federatie Nederlandse Valkbeweging.

2. FUNDAMENTO DE LAS VACACIONES

Según un sector doctrinal las vacaciones pueden definirse como “el período mínimo anual durante el cual el trabajador continúa percibiendo su retribución ordinaria, pero tiene el derecho de interrumpir la prestación de servicios a favor de la empresa”⁵⁵¹.

La finalidad última de las vacaciones, como es sabido, pero no está de menos recordar, es garantizar a la persona trabajadora la recuperación física y psíquica del desgaste experimentado por el trabajo realizado a lo largo de un año, así como el derecho a disfrutar de un período de tiempo libre para disfrutar con la familia y realizar actividades de ocio⁵⁵². Es decir, y en palabras de la doctrina comunitaria, el derecho a las vacaciones anuales retribuidas tiene una “doble finalidad, a saber, permitir que el trabajador descanse de la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo, por una parte, y que disponga de un período de ocio y esparcimiento, por otra”⁵⁵³. Como señala la doctrina⁵⁵⁴, los cambios experimentados desde la Revolución Industrial han cambiado la concepción de las vacaciones no sólo como el derecho a disfrutar de un período de descanso en el sentido propio, esto es, de reposo efectivo y durante el cual debe existir una desconexión y dejación total del trabajo, sino como un derecho a desconectar transitoriamente del trabajo durante un período más dilatado que el descanso semanal y diario, esto es, como un período de tiempo de libre disposición, durante el cual la persona trabajadora puede incluso trabajar para otras empresas⁵⁵⁵. Pues, de lo contrario, se estaría privando la libertad de la persona trabajadora durante el período vacacional para desarrollar su personalidad en la forma que más estime acorde. En fin, la esencia de las vacaciones es garantizar a la persona trabajadora 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 producción⁵⁵⁶.

El derecho a las vacaciones es irrenunciable e indisponible para las personas trabajadoras, por lo que cualquier acuerdo que conlleve la sustitución de las vacaciones por una cantidad de dinero es nulo de pleno derecho⁵⁵⁷.

⁵⁵¹ MONEREO PÉREZ, J.L., *Manual de Derecho del...* op. cit.

⁵⁵² SSTS de 25 de mayo de 2011, rec. núm. 3103/2010; de 24 de febrero de 2003, rec. núm. 1935/2002; STJUE de 20 de enero de 2009, casos acumulados C-350/2006 y 520/2006, Asuntos Gerhard Schult-Hoff y Stringer.

⁵⁵³ SSTJUE (dos) de 6 de noviembre de 2018, C-619/2016, Asunto S.W.K contra Land Berlin, y C-684/2016, Asunto Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV contra T.S.

⁵⁵⁴ MONEREO PÉREZ, J.L., *Manual de Derecho del...* op. cit.

⁵⁵⁵ STC 192/2007, de 27 de octubre.

⁵⁵⁶ STC 192/2003, de 27 de octubre.

⁵⁵⁷ STSJ Madrid, de 8 de junio de 2015, rec. núm. 26/2015.

En este sentido, es importante diferenciar las vacaciones de otras instituciones que guardan una cierta relación como los días de permiso o días de libranza que no deben ser considerados como días adicionales de vacaciones, ni como días de descanso a cuenta de las vacaciones, pues son más bien asimilables a días festivos laborales no recuperables⁵⁵⁸. De hecho, estos días tienen su origen no en la ley, sino en el convenio colectivo, en el pacto individual o en concesiones unilaterales de la empresa, siendo su fundamento, el de permitir que la persona trabajadora se ausente del trabajo por determinados motivos de forma puntual, y no para reponerse del desgaste del trabajo.

3. DURACIÓN Y DEVENGO DE LAS VACACIONES

El art. 38 ET fija una duración mínima de las vacaciones de treinta días naturales anuales, permitiendo que el convenio colectivo o el contrato de trabajo establezcan una mayor duración, pero no una menor.

La duración de las mismas es, además, proporcional al tiempo trabajado a lo largo del año. De esta forma, para fijar la duración mínima de las mismas se toma como período de referencia el año natural de trabajo, de tal forma que el disfrute de los 30 días naturales previstos en el art. 38 ET queda garantizado cuando dentro del año natural se trabaje un período total de 11 meses, sin que pueda exigirse en ningún caso un período mínimo de antigüedad en la empresa⁵⁵⁹, ni un período mínimo de actividad en el año de devengo⁵⁶⁰.

La Directiva 2003/88/CE concibe las vacaciones desde una perspectiva anual, aunque sin precisar el auténtico significado de dicho carácter anual, siendo el Convenio núm. 132 OIT el que establece que las vacaciones tendrán una duración no inferior a tres semanas por un año de servicios.

A la hora de interpretar el carácter anual de las vacaciones y su disfrute, existen varias teorías. Por un lado, la teoría postanual, considera que el carácter anual de las vacaciones implica que estas nacen tras un año de servicios, entendiéndose así que son postanuales. De hecho, el ET regula diferentes descansos a lo largo de ciclos temporales periódicos y de duración creciente que se generan tras un determinado período de trabajo, por lo que podría parecer lícito que, en concordancia con estos derechos, las vacaciones se generasen solamente una vez se hubiese alcanzado el punto de desgaste para cuya recuperación son las vacaciones. De esta forma, sería lógico que se requiriera que se hubieran trabajado con carácter previo once meses para generar el derecho a 30 días naturales de vacaciones⁵⁶¹. En segundo lugar, la teoría de la intraanualidad considera que el carácter anual de las vacaciones

⁵⁵⁸ STSJ Aragón, de 25 de noviembre de 2002, rec. núm. 420/2002.

⁵⁵⁹ STJUE de 26 de junio de 2001, C-173/1999, Asunto BECTU.

⁵⁶⁰ STJUE de 24 de enero de 2012, C-282/2010, Asunto Maribel Domínguez.

⁵⁶¹ SEMPERE NAVARRO, A.V.; CHARRO BAENA, P., *Las vacaciones laborales*. Cizur Menor: Aranzadi, 2003. p. 62.

implica que estas se devengan aunque no se haya completado el año de prestación de servicios, pero se prevea que según el contrato de la persona trabajadora y el calendario de la empresa así sucederá. Por tanto, según esta tesis, las vacaciones no sólo se devengan por un año de servicios ya completo, sino también por un año de servicios que previsiblemente se vaya a completar. En tercer lugar, la teoría de la interanualidad parte de la misma base que la anterior, pero entiende que ese cálculo ficticio no tiene por qué realizarse necesariamente sobre los servicios que la persona trabajadora prestará dentro del año natural, sino que puede llevarse a cabo computando un período cualquiera de doce meses fijados previamente para el devengo del derecho, de tal forma que el período de cálculo no tiene por qué ceñirse a un año, sino que podría basarse en dos años naturales consecutivos. No obstante, se critica a estas dos últimas teorías que con ello se está adelantando a la persona trabajadora un derecho que todavía no ha generado. A pesar de ello, la doctrina considera que este es el planteamiento más acertado⁵⁶².

De esta forma, se entiende que cuando el disfrute de las vacaciones se realiza en el verano, puede adelantarse su disfrute de forma completa teniendo como referencia todo el tiempo de trabajo a realizar dentro de ese año natural⁵⁶³, o bien conceder inicialmente únicamente las vacaciones devengadas en función del tiempo trabajado hasta ese momento, pero garantizando a la persona trabajadora el disfrute del período restante proporcional que le corresponda dentro del año antes del 31 de diciembre.

Debe señalarse que, por un lado, la propia normativa⁵⁶⁴ establece que las personas trabajadoras tendrán derecho a disfrutar de las vacaciones de manera proporcional a la duración de sus servicios cuando estos fueran inferiores a un año, por lo que parece que el nacimiento del derecho a las vacaciones no está condicionado de forma absoluta a que los servicios hayan tenido una duración anual⁵⁶⁵. Además, debe observarse que la crítica a la concesión anticipada de las vacaciones se diluye cuando se observa la estructura general de todo el sinalagma contractual, donde los servicios prestados por la persona trabajadora solo se le retribuyen de forma periódica y diferida⁵⁶⁶, y si resulta asumible que la persona trabajadora adelante un trabajo que solamente se verá compensado al finalizar el período fijado para el cobro del salario, no debiera haber problemas en admitir que la empresa adelante la retribución de unas vacaciones que todavía no se han devengado completamente. Ni siquiera habría problemas en el caso de que la persona trabajadora no cumpliera con la previsión de servicios que se había hecho

⁵⁶² BASTERRA HERNÁNDEZ, M., (Coord.), *Tiempo de trabajo y... op. cit.*

⁵⁶³ STS de 17 de septiembre de 2002, rec. núm. 4255/2001.

⁵⁶⁴ Concretamente, art. 4.1 Convenio núm. 132 OIT.

⁵⁶⁵ ALFONSO MELLADO, C.L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, descanso y fiesta laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 25.

⁵⁶⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V.; CHARRO BAENA, P., *Las vacaciones laborales... op. cit.* p. 64.

para ese año, pues se podría deducir del importe de la liquidación final la parte proporcional a las vacaciones que finalmente no se devengaron⁵⁶⁷.

Según un sector doctrinal⁵⁶⁸, el argumento clave para afirmar que las vacaciones se devengan no sólo tras un año de servicios, sino también cuando previsiblemente se vaya a completar ese período de trabajo reside en las fuertes garantías y protecciones que rodean al derecho. De hecho, para las personas trabajadoras que acaban de ingresar en una empresa y aún no tienen un año de servicios prestados, no podrían disfrutar de las vacaciones en el período previsto por el calendario laboral de todas las personas trabajadoras, y ello podría ocasionar abusos e irregularidades empresariales. De ahí, que estime que el mejor criterio es el de la interanualidad, para así equiparar a efectos de disfrute de las vacaciones a aquellas personas trabajadoras que ya han prestado servicios durante un año completo y a aquellas otras que, pese a no haberlo hecho todavía, sí se previese que lo fueran a hacer.

Cuando se trata de personas trabajadoras temporales, con un contrato inferior a un año, no puede negarse el derecho al disfrute del período de las vacaciones, siendo obviamente dicho período vacacional en proporción a la duración de la prestación de los servicios en la empresa. Según nuestro alto tribunal, en estos casos, solo se puede negar el derecho a las vacaciones, cuando el contrato tenga una muy breve duración, o por el régimen de organización del trabajo en la empresa, que imposibilite acomodar las fechas de disfrute.

Por otro lado, cabe plantearse si la duración de las vacaciones puede reducirse de forma proporcional a las ausencias no justificadas al trabajo durante dicho año natural. El ET no hace referencia a esta previsión, pero el art. 5.4 Convenio núm. 132 OIT dispone que “las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada... serán contadas como parte del período de servicios”. Por tanto, sí existe la posibilidad de que el número de días de vacaciones se reduzca en función de determinadas ausencias al trabajo. De esta forma, cabe tener presente, por un lado, que aquellas ausencias debidas a descansos semanales, días festivos, permisos del art. 37.3 ET, tiempo invertido en formación sobre prevención de riesgos laborales (art. 19.4 ET), permisos para exámenes (art. 23.1 ET), tiempo invertido en adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo (art. 23 ET), formación profesional para el empleo (art. 23.3 ET), permiso de lactancia (art. 37.4 ET), crédito horario de la representación de las personas trabajadoras (art. 68 e) ET, y 13 LOLS), así como las ausencias al trabajo que son imputables a la empresa deben ser consideradas como tiempo de trabajo efectivo a efectos de generar el derecho al devengo de las vacaciones. De igual forma, cabe considerar los días no trabajados por el ejercicio del derecho de huelga legal o cierre patronal, pues como se ha señalado por la doctrina la huelga no puede afectar en modo alguno a

⁵⁶⁷ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., (Coord.), *Tiempo de trabajo y... op. cit.*

⁵⁶⁸ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., (Coord.), *Tiempo de trabajo y... op. cit.*

las vacaciones. Es lo que se denomina la “intangibilidad” o “inmutabilidad” de las vacaciones a la huelga⁵⁶⁹.

Por el contrario, la participación en una huelga ilegal sí puede conllevar una minoración proporcional de la duración de las vacaciones, pues en dicho caso, se estima que la ausencia de la persona trabajadora se debe a su mera voluntad. De igual forma, el cierre patronal ejercido legalmente en respuesta a una huelga ilegal sí conllevaría la consiguiente reducción de las vacaciones, no por las consecuencias intrínsecas del cierre patronal, sino por el carácter ilícito de la huelga⁵⁷⁰.

Por último, en relación con la posibilidad de que se pudiera exigir un período mínimo de prestación de servicios a lo largo del año correspondiente para poder disfrutar de las vacaciones, el art. 5 Convenio núm. 132 OIT prevé que será posible exigir un período mínimo de servicios para tener derecho a vacaciones anuales pagadas, si bien ese período mínimo, fijado por la autoridad competente, no podrá exceder de los seis meses. Desde esta perspectiva, cabría pensar que el convenio colectivo podría contemplar esta previsión, aunque, sin embargo, según un sector doctrinal⁵⁷¹, resulta dudosa que sea posible fijar una medida de este tipo, ya que la previsión del art. 5 no ha sido contemplada por nuestra legislación laboral. Es más, según la doctrina judicial comunitaria⁵⁷² ello no sería posible, pues las vacaciones constituyen “un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones”, ya que el art. 7 Directiva 93/104/CE “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”.

4. FIJACIÓN DE LA FECHA DE DISFRUTE

El art. 38.2 ET establece que el periodo de disfrute de las vacaciones anuales “se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones”.

Cabe tener en cuenta que el art. 84.2 b) ET establece que el convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, en lo relativo a la planificación anual de las vacaciones, si bien la jurisprudencia ha matizado que esta prioridad aplicativa no se extiende a la duración de las mismas⁵⁷³.

⁵⁶⁹ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., (Coord.), *Tiempo de trabajo y... op. cit.*

⁵⁷⁰ GARCÍA ORTEGA, J., “Nacimiento, duración y disfrute del derecho a vacaciones”, en *TS*, núm. 38. p. 16.

⁵⁷¹ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., (Coord.), *Tiempo de trabajo y... op. cit.*

⁵⁷² STJUE de 26 de junio de 2001, C-173/1999, Asunto The Queen contra Secretary of State for Trade and Industry.

⁵⁷³ SSTS de 1 de abril de 2016, rec. núm. 147/2015; de 2 de diciembre de 2020, rec. núm. 86/2019.

La empresa queda obligada a elaborar el “calendario de vacaciones” y aunque el art. 38.3 ET no especifica cuándo, la fecha debe permitir que la empresa cumpla con la obligación de informar a las personas trabajadoras de las fechas que le corresponden “dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute”. En este sentido, suelen ser los convenios colectivos los que fijan la fecha en la que debe estar elaborado y publicado el calendario vacacional en el tablón de anuncios, a los efectos de cumplir con la obligación de información.

Para que la empresa pueda cumplir con su obligación de fijar el calendario de vacaciones, previamente debe fijar de común acuerdo con cada persona trabajadora el periodo de disfrute, lo que también se llevará a cabo según lo establecido en el convenio colectivo sobre planificación anual de las vacaciones. Por tanto, no cabe que la fijación de las vacaciones la realice de forma unilateral la empresa, sino que se requiere el acuerdo de ambas partes.

Ahora bien, salvo que el convenio disponga otra cosa, la fijación del calendario de vacaciones no exige ser consultada ni negociada, ni tampoco llegar a un acuerdo con la representación legal de las personas trabajadoras, sino que, en el caso de que el convenio exija informar, consultar o negociar el calendario con la representación legal, habrá de estarse a la obligación que resulte del convenio. Por tanto, si el convenio de aplicación regulase este aspecto, habría que estarse al mismo, de tal forma que si la empresa no cumpliera el pacto en convenio, estaría dando prevalencia a los acuerdos individuales en masa sobre la negociación colectiva, lo que significaría una vulneración del derecho de libertad sindical⁵⁷⁴.

En las empresas en que no haya representación legal de las personas trabajadoras y el convenio de aplicación exija que el calendario de vacaciones se pacte con la misma, la empresa puede proponer el calendario directamente con las personas trabajadoras.

Si las personas trabajadoras no están conformes con el calendario pueden mostrar su disconformidad, pero no pueden, en ningún caso, “autoconcederse” las fechas en las que van a disfrutarlas, pues en tal caso, pueden ser sancionadas disciplinariamente con el despido ex art. 54.2 a) ET⁵⁷⁵. Esta disconformidad debe manifestarse mediante la correspondiente demanda ante la jurisdicción social, solicitando que las vacaciones se fijen en un periodo temporal distinto. El art. 125 L 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, prevé diferentes supuestos en los que se puede iniciar el procedimiento para la fijación individual o plural de las fechas de disfrute de las vacaciones.

⁵⁷⁴ STS de 13 de enero de 2021, rec. núm. 104/2019.

⁵⁷⁵ SSTSJ Asturias, de 23 de marzo de 2007, rec. núm. 4246/2007; Cataluña, de 17 de abril de 2012, rec. núm. 7946/2011; Cataluña, de 4 de julio de 2007, rec. núm. 2837/2007; Cataluña, de 23 de julio de 2004, rec. núm. 2917/2004; Castilla y León, de 22 de noviembre de 2006, rec. núm. 1875/2006.

5. COINCIDENCIA DEL DISFRUTE DE LAS VACACIONES CON SITUACIONES DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO

Con la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se adecua el ET a la doctrina judicial comunitaria⁵⁷⁶, la cual ya contemplaba la posibilidad de que la persona trabajadora cuyas vacaciones coincidían con situaciones de suspensión del contrato por incapacidad temporal o por nacimiento y cuidado de menor, entre otros, tenían derecho a disfrutarlas en otro momento. De hecho, nuestro TS⁵⁷⁷ también lo había asumido reconociendo su derecho al disfrute en otro periodo.

El actual art. 38.3 ET establece que “cuando el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo previsto en los apartados 4, 5 y 7 del artículo 48, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.

En el supuesto de que el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado”.

Como se observa, el art. 38.3 ET diferencia dos situaciones, según cual sea la causa por la que la persona trabajadora no pueda disfrutar de las vacaciones en el periodo que tenía asignado o dentro del año natural. Por un lado, cuando coincida en el tiempo, ya sea en todo o en parte, las vacaciones y la suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda o acogimiento, ex arts. 45 d) o 48.4 ET, el art. 38.3 ET prevé que la persona trabajadora tiene derecho a que se le asigne otro periodo de disfrute al finalizar el periodo de suspensión, incluso aunque haya finalizado el año natural del devengo de las vacaciones. Cabe matizar que esta misma solución se aplica también para la situación de suspensión del contrato por incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia natural. Es decir, se está refiriendo a la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural acaecida con anterioridad al inicio del periodo de vacaciones; a cualquier otro

⁵⁷⁶ SSTJUE de 10 de septiembre de 2009, C-277/2008, Asunto Vicente Pereda; de 21 de junio de 2012, C194/2012, Asunto Anged.

⁵⁷⁷ SSTS de 24 de junio de 2009, rec. núm. 1542/2008; de 3 de octubre de 2012, rec. núm. 249/2009; de 29 de octubre de 2012, rec. núm. 4425/2011; de 17 de enero de 2013, rec. núm. 1744/2010; de 20 de mayo de 2014, rec. núm. 2201/2013; de 5 de noviembre de 2014, rec. núm. 210/2013; de 4 de febrero de 2015, rec. núm. 2085/2013.

supuesto de incapacidad temporal que tenga su origen en el embarazo o el parto, como una incapacidad temporal por embarazo de alto riesgo; y a cualquier situación de suspensión relacionada con el embarazo, parto o lactancia⁵⁷⁸.

Por otro lado, cuando coincida en el tiempo, de forma total o parcial, las vacaciones y la suspensión del contrato por incapacidad temporal, ya sea por contingencias comunes o contingencias profesionales, la persona trabajadora tiene derecho a disfrutarlas en un momento posterior, una vez que finalice su situación suspensiva⁵⁷⁹, incluso una vez finalizado el año natural⁵⁸⁰. Este derecho a disfrutar las vacaciones en un momento posterior se refiere tanto a los casos en los que la persona trabajadora inicia la situación de incapacidad temporal antes de las vacaciones, como en los casos en los que la incapacidad temporal tiene lugar una vez iniciado el periodo vacacional⁵⁸¹.

No obstante, en este segundo caso, el derecho no es indefinido, sino que solo se puede ejercer siempre que no hayan pasado más de 18 meses contados a partir del final del año en que se hayan originado⁵⁸².

En este segundo caso, si la incapacidad o la suspensión se inició antes de la fecha prevista para el inicio de las vacaciones, estas quedan aplazadas, y si se produce durante las vacaciones, se entenderán interrumpidas desde que la persona trabajadora comunique a la empresa su situación y la justifique con la documentación pertinente.

Lógicamente, en el caso de que la persona trabajadora no se reincorpore a la empresa tras su incapacidad temporal por extinguirse la relación laboral, las vacaciones acumulada pendientes de disfrutar deberán serle compensadas económicamente. Si la extinción se produce por reconocérsele la situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, la fecha de dicha resolución será la que fije el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de reclamación.

6. RETRIBUCIÓN DE LAS VACACIONES

El nivel retributivo de las vacaciones ha de ser semejante al habitual, a fin de poder permitir el disfrute de las vacaciones con un nivel de vida similar al que se tiene durante el tiempo de actividad. Así lo establece el art. 7.1 Convenio núm. 132 OIT que señala que ha de ser “por los menos equivalente a la normal o media que viniere percibiendo el trabajador”.

⁵⁷⁸ RODRÍGUEZ PASTOR, G., *Tiempo de trabajo, descansos y permisos retribuidos. Actualizado a la última jurisprudencia del TJUE y del TS y a la doctrina judicial de los TSJ*. Valencia: CISS, 2022, p. 202.

⁵⁷⁹ STJUE de 4 de junio de 2020, C-588/2018; STS de 19 de marzo de 2013, rec. núm. 528/2012.

⁵⁸⁰ STS de 5 de noviembre de 2014, rec. núm. 210/2013.

⁵⁸¹ STJUE de 21 de junio de 2012, C-78/2011; SSTS de 3 de octubre de 2012, rec. núm. 249/2009; de 17 de enero de 2013, rec. núm. 1744/2010.

⁵⁸² STJUE de 22 de noviembre de 2011, C-214/2010.

No obstante, nuestro ordenamiento no contiene ninguna regulación al respecto, a diferencia de lo que sucede con las horas extraordinarias, donde sí se establece cuál debe ser su retribución. Por tanto, ante este vacío legal, y acudiendo a lo establecido en el Convenio OIT, falta determinar qué es lo que cabe entender por “retribución normal”.

Al respecto, cabe entender que la “retribución normal o media” no será suficiente con la básica, sino la normal, por lo que junto al salario base deben aparecer los complementos de vencimiento periódico no superior al mes, siempre que vayan ligados en su devengo a la actividad prestada durante la jornada ordinaria, y no a la cantidad y calidad de trabajo. Así pues, durante el período de descanso por vacaciones el trabajador debe percibir el salario base y los complementos salariales que le correspondan. El problema estriba en determinar qué complementos deben incluirse en la retribución de las vacaciones.

Por tanto, el problema se centra, no tanto en el salario base, que debe ser el real y no el del convenio, sino en la multiplicidad de conceptos que se conceden en cada caso, teniendo en cuenta que los complementos extrasalariales, por tener naturaleza indemnizatoria, no proceden más que cuando esté presente la causa que los motivos.

Dada esta laguna legal que existe en relación a las partidas salariales que integran el salario vacacional, a lo que se suma, nuestra compleja estructura salarial que divide entre salario base y complementos salariales y extrasalariales, ha existido y persiste un intenso debate doctrinal. En principio, no existe duda respecto de los complementos personales directamente vinculados a la persona del trabajador y que no dependen de la actividad efectiva prestada en un determinado puesto de trabajo. Cuestión distinta es la que afecta a los complementos de puesto de trabajo, o los de calidad y cantidad de trabajo, los cuales tienen una naturaleza de carácter funcional dependiendo su percepción exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto de trabajo asignado, de tal forma que el problema surge respecto a su retribución en los períodos de inactividad laboral. Al respecto, hasta el momento, se han podido discernir dos líneas jurisprudenciales. Una tesis aboga por el principio de equivalencia, lo que supone que si se trata de un complemento de puesto de trabajo de carácter esporádico su percepción en el salario vacacional no será exigible. La segunda posición atiende a la prevalencia del convenio colectivo, por lo que depende de lo que establezca la norma colectiva de aplicación, indistintamente del grado de habitualidad de su percepción. De hecho, así se ha mantenido en un caso relativo a si las personas trabajadoras debían percibir o no los pluses tóxico, penoso y peligroso, complementos claramente relativos al puesto de trabajo. El TS⁵⁸³ aplica esta tesis del principio de prevalencia del convenio, de tal forma que como el convenio colectivo aplicable puede regular la retribución de las vacaciones sin

⁵⁸³ STS de 19 de abril de 2007, rec. núm. 1000/2006. En el mismo sentido, STS de 30 de abril de 2007, rec. núm. 701/2006.

otra limitación que el respeto a los mínimos de Derecho necesario, y como dicho convenio establece que “los trabajadores disfrutarán de unas vacaciones anuales retribuidas al salario base, antigüedad, plus de transporte y plus de asistencia”, sin incluir estos pluses de toxicidad, penosidad y peligrosidad, estos quedarían fuera de la retribución vacacional. De esta forma, la jurisprudencia, eludiendo la literalidad del 7 Convenio núm. 132 OIT, y acogiéndose a su art. 1 que contiene una habilitación muy amplia de la negociación colectiva para que regule la retribución de las vacaciones anuales, y dado que nuestro art. 38 ET no contiene norma concreta al respecto, señala que las prevenciones concretas del convenio internacional se establecen como supletorias del resultado de la negociación colectiva.

No obstante, cabe señalar que existen una serie de conceptos que no pueden quedar excluidos de la retribución vacacional. En primer lugar, cabe hacer referencia al salario base, pues es un concepto de percepción continua y directamente vinculado a la prestación efectiva de servicios, de tal forma que no puede nunca quedar fuera de la retribución del período vacacional. En segundo lugar, en relación con los complementos salariales, concretamente los percibidos en especie, la retribución de las vacaciones también ha de incluir el equivalente en efectivo de la parte del salario abonado en especie, salvo que se trate de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas. Por tanto, cuando el disfrute de las vacaciones no permita seguir proporcionando dichos beneficios en especie deberá efectuarse el cálculo de las retribuciones de este tipo que percibe la persona trabajadora abonándose mediante una estimación en efectivo. Si el convenio colectivo o el contrato individual han establecido los criterios para valorar aquello que es aportado en especie a la persona trabajadora, habrá que estar a lo expresamente establecido. Si la autonomía de la voluntad no establece nada, deberá valorarse de acuerdo a las circunstancias del caso con un criterio razonable y ajustado a los importes fijados por la costumbre. Por tanto, habrá que estar a la compatibilidad de estas partidas con el momento de las vacaciones y a su fundamento. La empresa sólo quedará exenta de retribuir aquellas cantidades de carácter permanente inequívocamente vinculadas al servicio prestado, y no a los otros componentes de la obligación de la persona trabajadora.

Respecto de la retribución por horas extraordinarias, aun cuando se realicen con habitualidad, no se computan. De hecho, la doctrina judicial⁵⁸⁴ diferencia entre guardias médicas de presencia de las horas extraordinarias señalando que “las horas trabajadas en esas guardias médicas, no pueden ser calificadas como horas extraordinarias, sino como tiempo complementario de la jornada normal, tal como se declaró por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de mayo de 1982... Por consiguiente, las cantidades abonadas para compensación del tiempo invertido en esas guardias han de ser calificadas como honorarios, en el amplio sentido en que

⁵⁸⁴ STCT de 7 de enero de 1985. En el mismo sentido, SSTCT de 18 de abril de 1985; de 13 de junio de 1985; de 6 de diciembre de 1985; SAN de 26 de junio de 1990.

este término es empleado por el art. 44 del Estatuto del Personal Médico, el cual se refiere de modo específico a la retribución de las vacaciones; por lo que se han de reputar comprendidas aquellas cantidades en el concepto retributivo a que este precepto se refiere... Todo ello se corrobora con lo previsto en el art. 7 del Convenio 132 de la OIT, que expresa que la retribución propia de las vacaciones ha de ser equivalente a la remuneración normal o media percibida por el interesado en los meses anteriores a su disfrute”. No obstante, otro sector⁵⁸⁵ considera que el plus de disponibilidad, que compensa el compromiso que asume la persona trabajadora, en determinados días y horas prefijadas, de estar localizable en todo momento, fuera de la jornada normal, a fin de reincorporarse al trabajo para reparar averías u otras necesidades del servicio, es independiente de las horas extraordinarias, y compensa la limitación de movilidad que supone la inclusión en el retén. Por tanto, no es un concepto incluíble en la retribución de las vacaciones, ya que compensa circunstancias extraordinarias ajenas a las que se producen dentro de la jornada normal de trabajo. Del mismo modo, lo estima en relación con el plus de guardia que es un concepto que también retribuye el hecho de estar localizable a fin de reincorporarse al trabajo cuando sea necesario.

En relación con las gratificaciones extraordinarias del art. 31 ET, se discute si deben ser consideradas como complemento salarial o como salario base. En realidad, es difícil su encaje como complemento salarial, por lo que más bien responden a la misma causa que genera el salario base, esto es, por el único hecho de su prestación de servicios en la empresa. De cualquier forma, si se aceptara su consideración como complementos salariales, quedarían excluidas del período vacacional, salvo que se prorratee⁵⁸⁶.

En el caso de las gratificaciones voluntarias no exigibles hay que tener en cuenta que se trata de cantidades fijas y periódicas en su vencimiento, y por tanto, obligatorias y exigibles⁵⁸⁷. De esta forma, estas percepciones se deben incluir en la remuneración de las vacaciones bajo el concepto de salario base.

Para el plus de convenio, plus que es recogido con frecuencia en los convenios colectivos, más que un complemento salarial es considerado como parte del salario base dado que su determinación y abono no se basa en causa alguna vinculada a la persona del trabajador, al trabajo realizado o a las vicisitudes de la empresa, sino en la mera vinculación laboral. De hecho, en la enumeración de conceptos retributivos que se hace en la regulación de la estructura salarial de los convenios colectivos

⁵⁸⁵ STS de 23 de diciembre de 1991, que enjuicia si el plus de disponibilidad y de guardia de los trabajadores de una empresa de electricidad deben ser incluidos o no en la retribución vacacional.

⁵⁸⁶ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “La retribución de las vacaciones”, *TS*, núm. 38, 1994, p. 70.

⁵⁸⁷ RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J., “Gratificaciones voluntarias. Su cómputo a efectos de fijación del salario de gratificaciones y vacaciones”, *PS*, núm. 99, 1973, p. 265. En este mismo sentido, CHARRRO BAENA, P., *El derecho a vacaciones... op.cit.* p.354.

aparece como un concepto específico distinto al resto de complementos, por lo que forma parte del salario base, y, por tanto, debe incluirse en el salario vacacional.

Por lo que se refiere a los complementos salariales propiamente dicho, si se tiene en cuenta el principio de retribución normal o media durante las vacaciones, éstos suelen incluirse en la retribución vacacional. No obstante, no siempre se incluyen todos y son pocos los convenios colectivos que determinan los complementos salariales que quedan incluidos en el salario vacacional. Así pues, los complementos personales, por definición, al no depender de la actividad efectivamente prestada en un determinado puesto de trabajo, sino estar vinculados directamente a la persona del trabajador su inclusión no ofrece duda alguna⁵⁸⁸.

En relación con los complementos por trabajo realizado y por los resultados de la empresa, su inclusión es más problemática, ya que en ellos rige el principio de causalidad, esto es, la causa de su devengo es la contraprestación del trabajo. En principio, en base a que durante el período vacacional se interrumpe la prestación de trabajo, estos complementos quedarían excluidos de las partidas salariales que formarían parte del período vacacional. Pero, si se tiene en cuenta el anterior principio citado de “remuneración normal o media”, así como la realidad práctica, donde muchos convenios colectivos los incluyen, lleva a afirmar que sí quedan incluidos dentro del salario vacacional. Por ello, se plantean diversos problemas en relación, especialmente, con ciertas partidas salariales. En primer lugar, se hallan las comisiones, respecto de las cuales su consideración no ha sido siempre la misma. En una fase inicial se consideraba que no cabía incluirlas “por su subordinación a un resultado dependiente de factores ajenos a la actividad del trabajador”, ya que su devengo era excepcional⁵⁸⁹. *A sensu contrario*, se ha entendido que al estar constituido el salario de la persona trabajadora por una parte fija más otra entregada por comisiones, ambos conceptos han de unirse para satisfacer a la persona trabajadora la remuneración íntegra que viniera percibiendo por su trabajo⁵⁹⁰. Sin embargo, posteriormente se viene considerando por la doctrina⁵⁹¹ que sí deben ser computadas para determinar el salario que le corresponde a la persona trabajadora en vacaciones, pues la finalidad retributiva de las vacaciones quedaría frustrada si durante las mismas se produjese una merma de ingresos y por ser la comisión una modalidad de salario o rendimiento, aunque se garantice un

⁵⁸⁸ CHARRO BAENA, P., *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral: origen y evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993, p. 355; SEMPERE NAVARRO, A.V. y CHARRO BAENA, P., *Las vacaciones anuales... op.cit.* p. 125; GARCÍA NINET, J.I., “Algunas notas sobre la retribución de las vacaciones en la doctrina de los tribunales”, *TS*, núm. 145, 2003, p. 9.

⁵⁸⁹ STCT de 16 de febrero de 1978.

⁵⁹⁰ STCT de 27 de abril de 1978.

⁵⁹¹ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a. E., *Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 363.

mínimo⁵⁹². De hecho, la jurisprudencia⁵⁹³ así lo estima, pues es incorrecto entender que éstas, al ponderar el resultado del trabajo en la cuantía de la retribución no son una remuneración de carácter ordinario. Por tanto, no puede confundirse el carácter normal de la retribución del trabajo con la invariabilidad de su importe por factores distintos del tiempo de trabajo, ya que ello llevaría a excluir del salario recibido durante las vacaciones todas las retribuciones calculadas en función de la calidad o cantidad de los resultados de trabajo, con la consiguiente discrepancia con la regla del citado art. 7 Convenio núm. 132 OIT. Así lo señala la doctrina judicial⁵⁹⁴ al recalcar que “en la liquidación de vacaciones debe incluirse, junto con la remuneración fija, el promedio de las comisiones obtenidas en el trimestre anterior, dado su naturaleza salarial... Tanto el Decreto de Ordenación del Salario y la Ordenanza de 1973, así como el art. 7 del Convenio 132 de la OIT, pretenden retribuir con una remuneración no inferior a la del tiempo de actividad en jornada normal... El derecho a su percibo sólo nace cuando el negocio se ha consumado con la realización y pago del producto, de manera que la falta de ventas excluye el derecho al cobro de las comisiones, pero sin negar que la realidad sea esa, se pretende mezclar dos cuestiones dispares, de un lado la que hace relación al nacimiento del derecho a comisiones y a las condiciones necesarias para su devengo, y de otro la que se infiere a su cómputo para abonar las vacaciones, pues no se pretende en la demanda ni ampara la sentencia de instancia el derecho a percibir comisiones por ventas no realizadas, sino únicamente que lo devengado en tal concepto debe tener su reflejo en la retribución de las vacaciones, de suerte que sólo habrán de tomarse en consideración las comisiones realmente cobradas en los tres meses anteriores al comienzo de las vacaciones”. En conclusión, las percepciones recibidas como comisión por trabajo realizado durante la jornada laboral han de computarse y ha de realizarse en su promedio, sin que ello afecte a la exigencia de que este derecho a la comisión nazca en el momento de realizarse y de pagarse, pues no se ha dicho que haya que pagar comisiones por ventas no realizadas. Asimismo, se

⁵⁹² STCT de 7 de julio de 1984, que señala que “el precepto convencional colectivo, obliga a retribuir las vacaciones conforme el promedio obtenido por el trabajador en jornada normal en los tres meses anteriores a la fecha de iniciación de las mismas, aludiéndose con ello, incuestionablemente, a las retribuciones de importe variable que tengan carácter salarial, tales como primas, incentivos y comisiones, siendo expresamente reconocido este carácter para las comisiones en el art. 29.2 ET. Nada importa a tal efecto la variabilidad cuantitativa de dicho concepto retributivo, pues ello ocurre con todo salario por unidad de obra o tarea, ni tampoco su liquidación anual con anticipos mensuales, pues tal circunstancia podrá impedir, a lo sumo, su exacto pago puntual en las vacaciones, pero no puede servir de pretexto a que, durante éstas, la remuneración del trabajador sea inferior a la que obtiene en activo por todos los conceptos... No tienen carácter salarial, las dietas, u otros conceptos indemnizatorios, que en nada se asemejan a las comisiones; por lo que la exclusión de aquellos conceptos en la retribución de las vacaciones obedece, precisamente a las mismas razones por las que procede la inclusión de las comisiones”.

⁵⁹³ SSTs de 30 de noviembre de 1989; de 20 de diciembre de 1991; de 17 de diciembre de 1996.

⁵⁹⁴ STCT de 6 de noviembre de 1984.

ha pronunciado recientemente nuestra doctrina judicial⁵⁹⁵ alegando para ello el art. 7.1 Directiva 2003/2008/CE.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la prima de producción e incentivos, muchas veces denominada como “plus de actividad”, “plus de productividad” o “prima de rendimiento”, cabe señalar que si esta se abona todos los meses sin exigir un rendimiento superior al habitual, constituye un concepto salarial que no puede excluirse en la retribución vacacional, pues constituirían en estos casos auténticos conceptos salariales que complementan la retribución básica⁵⁹⁶. Así se ha considerado que la retribución que la persona trabajadora ha de percibir en el período vacacional en el que obviamente no presta servicios y es por ello un período de tiempo en el que no genera incentivos por ventas que sólo se generan con su quehacer prestado en tiempo efectivo de trabajo, ha de estar necesariamente integrada teniendo en cuenta lo percibido en concepto de incentivos por objetivos⁵⁹⁷. Pero, si su fijación depende, como es la regla general, del rendimiento superior obtenido por la persona trabajadora en la prestación de servicios computado a partir del que se considera como rendimiento normal o habitual en su puesto de trabajo, valorando la cantidad y calidad del trabajo prestado, al no darse el criterio de habitualidad, no se incluiría dentro del salario vacacional. Pero cuando existe una regulación convencional al respecto, el problema se agrava, y cabe determinar quién tiene preferencia. La doctrina señala que “la discrepancia entre las partes deriva de si, debe aplicarse con carácter preferente el Convenio 132 de la OIT, o bien el convenio colectivo, en el aspecto de cómo deben retribuirse las vacaciones y concretamente si debe o no incluirse la prima de rendimiento en su importe, habida cuenta de que ambas normas regulan de forma distinta esa materia... La solución debe ser la prevalencia de la norma paccionada, porque la regulación de las vacaciones en convenio internacional, no tiene el carácter de derecho necesario e indisponible como se deduce de la mención con carácter general en su art. 1, al establecer que la legislación nacional dará efecto a sus disposiciones, “en la medida

⁵⁹⁵ SAN de 17 de septiembre de 2014, rec. núm. 151/2014, que enjuicia si las comisiones por venta deben formar parte o no de la retribución de las vacaciones. En el mismo sentido, SAN de 20 de marzo de 2015, proc. núm. 18/2015. Esta última señala que “el precepto comunitario, interpretado por el TJUE en los términos ya expuestos, ha de prevalecer necesariamente en virtud del principio de supremacía del derecho comunitario frente a las legislaciones o prácticas nacionales que lo contradigan y la STJUE 22-05-2014, C-539/12 no deja lugar a dudas sobre esa cuestión, cuando dispone que ninguna disposición o práctica nacional puede excluir las comisiones de la retribución de las vacaciones, lo cual ha de extenderse necesariamente a cualquier otra retribución variable que se devengue en jornada ordinaria. Así pues, si un convenio colectivo se opone a lo dispuesto en el art. 7.1 Directiva 2003/88/CE, en los términos establecidos por la jurisprudencia comunitaria ya expuestos anteriormente, debe prevalecer lo dispuesto en el artículo mencionado, según la interpretación exigida por TJUE 22-05-2014, C-539/12, sobre el convenio colectivo, que ha de subsumirse necesariamente entre las disposiciones y prácticas nacionales, a tenor de lo dispuesto en el art. 3.1. b) ET”.

⁵⁹⁶ STCT de 15 de febrero de 1979, apoyándose en el hecho de “su abono sin exigirse un rendimiento superior a normal”. Asimismo, STCT de 4 de febrero de 1980; STSJ Madrid, de 3 de octubre de 1989.

⁵⁹⁷ SAN de 21 de julio de 2014, rec. núm. 128/2014.

en que esto no se haga por medio de contratos colectivos”⁵⁹⁸, lo que ratifica el propio art. 7 al añadir a lo antes transcrito, que la retribución de las vacaciones “se calculará en la forma que determine en cada país... el organismo adecuado, y en su consecuencia este texto internacional se está remitiendo en primer lugar a lo pactado en convenio colectivo, cuya fuerza normativa y vinculante, es obvia conforme a lo dispuesto en el art. 37.1 de la Constitución y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, alcanzándose la misma conclusión en base a lo establecido en el art. 3.3 de este texto legal”.

El plus de turnicidad variable, plus cuestionado en relación con las personas trabajadoras portuarias, según la doctrina⁵⁹⁹, tiene carácter de retribución normal para las personas trabajadoras que realizan trabajo en turnos de domingos y festivos y el carácter variable de su incremento retributivo no comporta la calificación de complemento salarial excepcional o extraordinario para quienes de manera habitual prestan servicios en tales condiciones. De ahí que la mención genérica al plus de turnicidad que se da en el convenio colectivo aplicable haya de entenderse en su sentido literal, que comprende la integridad de dicho plus. Por tanto, este plus sí se integraría en la retribución vacacional.

En el caso del plus de nocturnidad la doctrina judicial señala que este plus “sólo se devenga durante los días que realmente se trabaja de noche... argumentos que son bien endeble y que no sirven para eludir el mandato de auténtico derecho necesario según la adecuada integración judicial, de que mientras en tiempo de vacaciones, a dirigir el principio de omniequivalencia retributiva entre los percibido durante el período de actividad y durante ese el de toxicidad, asimismo se ha de mantener su devengo durante el disfrute del segundo”⁶⁰⁰. Así pues, aun cuando el convenio colectivo aplicable no especifique nada al respecto, ante el silencio del convenio, no cabe sino acudir a la regla general de retribuir las de acuerdo con la remuneración normal o media obtenida por el trabajador en la época de actividad, lo cual es acorde con su finalidad: garantizar el disfrute efectivo del derecho a vacaciones mediante la continuidad de la percepción de la renta del trabajo habitual, y dado que el plus de nocturnidad se percibe para el personal que realice la jornada en turno fijo de noche, convirtiéndose así en un complemento con carácter fijo mensual, éste también debe percibirse durante las vacaciones⁶⁰¹.

En relación con los complementos extrasalariales, como lo son, las indemnizaciones y suplidos, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social, o las correspondientes a traslados, suspensiones o despidos, en principio, y según el art. 26.1 ET, al no considerarse salario en sentido estricto, no se incluirían

⁵⁹⁸ STCT de 6 de noviembre de 1985.

⁵⁹⁹ STS de 30 de mayo de 2000, rec. núm. 3589/1999.

⁶⁰⁰ STSJ Navarra, de 19 de noviembre de 2004, rec. núm. 381/2004; STCT de 10 de noviembre de 1988.

⁶⁰¹ STSJ Madrid, de 9 de marzo de 2015, rec. núm. 58/2015. En el mismo sentido, SSTSJ Navarra, de 19 de noviembre de 2004, rec. núm. 381/2004; Cataluña, de 11 de diciembre de 2000, rec. núm. 6624/2000.

en la retribución de las vacaciones, salvo que el convenio colectivo así lo estableciera de forma expresa. De esta forma, no quedarían incluidas en el salario de vacaciones lo percibido, aunque sea habitualmente, por conceptos extrasalariales como el plus de transporte, el cual, en el fondo tiene su razón de ser en indemnizar el transporte realizado al trabajo, no sucediendo ello en el período vacacional. Por tanto, en relación con las partidas extrasalariales no se aplica el criterio de la habitualidad.

Ahora bien, cuando el convenio colectivo no regula de forma expresa y concreta la forma de retribuir el período de vacaciones habrá que estar a la regla general establecida en el art. 7.1 Convenio núm. 132 OIT que establece que para la retribución de las vacaciones y de los conceptos retributivos computables se estará a la remuneración normal o media que viniere percibiendo la persona trabajadora⁶⁰².

Tradicionalmente, se ha entendido que, en primer lugar, la norma del art. 7.1 Convenio núm. 132 OIT es la regla general sobre los conceptos retributivos computables, teniendo el convenio colectivo la función de precisar o especificar los factores de cálculo de la retribución de las vacaciones, de tal forma que el “convenio colectivo tiene como función típica en esta materia de retribución de vacaciones la precisión o especificación de los factores de cálculo de la retribución de las vacaciones, complementando la regla general de la remuneración normal o media, pudiendo apartarse de tal regla de remuneración normal o media del período de vacaciones, siempre y cuando se respeten en cómputo anual los mínimos indisponibles de derecho necesario”⁶⁰³. De esta forma, cuando el convenio aplicable enumera los conceptos retributivos a tener en cuenta a efectos de retribución de las vacaciones, ello equivale a excluir a los que no cita⁶⁰⁴, y ello no viola lo dispuesto en el art. 7 Convenio núm. 132 OIT, cuyo art. 1 reseña la posibilidad de que a lo establecido en él se le dé cumplimiento por medio de los contratos colectivos, pactos por los que se regulará la paga de vacaciones siempre que se respeten los mínimos indisponibles de derecho necesario⁶⁰⁵. Por tanto, cabe la exclusión de determinados conceptos retributivos del cálculo de la remuneración de las vacaciones si se pacta.

Así pues, como señala la jurisprudencia⁶⁰⁶, como norma general, ha de aceptarse que las vacaciones retribuidas han de comprender todos los conceptos salariales en su promedio a fin de cumplir el objeto perseguido por la institución de proporcionar descanso pleno a la persona trabajadora, objeto que podría verse afectado si mediara una discriminación de los ingresos económicos, y sólo constituyen excepción a esta regla general aquellos conceptos salariales de carácter

⁶⁰² STS de 2 de febrero de 2007, rec. núm. 57/2006.

⁶⁰³ STS de 26 de enero de 2007, rec. núm. 4284/2005.

⁶⁰⁴ STS de 2 de febrero de 2007, rec. núm. 57/2006.

⁶⁰⁵ SSTs de 22 de septiembre de 1995, rec. núm. 1348/1994; de 29 de octubre de 1996, rec. núm. 1030/1996; de 9 de noviembre de 1996, rec. núm. 3318/1995. En el mismo sentido, SAN de 17 de septiembre de 2014, rec. núm. 151/2014, recogiendo la doctrina de la STS de 21 de enero de 1992, rec. núm. 792/1991.

⁶⁰⁶ SSTs de 17 de diciembre de 1998; de 2 de noviembre de 1999; de 17 de diciembre de 1996, rec. núm. 1321/1996.

excepcional establecidos para compensar actividades también extraordinarias, cual es el exceso de jornada, que únicamente se retribuye cuando realmente se trabaja excepcionalmente, pues para que un concepto resulte excluido de la retribución de vacaciones no basta que este concepto sea debido a una circunstancia no habitual en el trabajo realizado, sino que es preciso que el trabajo mismo que se remunera sea también extraordinario.

7. SUSTITUCIÓN POR UNA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DE LAS VACACIONES

El art. 38 ET establece que las vacaciones deben disfrutarse de manera efectiva y prohíbe la sustitución de las vacaciones por una compensación económica, pues, como se ha señalado, su finalidad es el reposo y la recuperación de la persona trabajadora de su desgaste del trabajo. Y ello constituye un derecho irrenunciable. Así lo recoge también el art. 12 Convenio núm. 132 OIT, y el art. 7.2 Directiva 2003/88/CE.

En este sentido, tal y como declara la doctrina comunitaria, “los incentivos a renunciar al tiempo de descanso o a actuar de modo que los trabajadores renuncien a él son incompatibles con los objetivos del derecho a vacaciones anuales retribuidas, tal como se recuerdan en los apartados 32 y 33 de la presente sentencia, que están vinculados, en particular, a la necesidad de garantizar al trabajador el derecho a un descanso efectivo, en aras de la protección eficaz de su salud y seguridad”⁶⁰⁷. De esta forma, recae sobre la empresa una obligación de velar por que la persona trabajadora pueda ejercer de su derecho a las vacaciones anuales retribuidas, sin que dicho deber suponga que la empresa deba obligar e imponer a sus personas trabajadoras el ejercicio de su derecho a las vacaciones.

No obstante, existe una excepción, en la cual se permite que las vacaciones se puedan sustituir por una compensación económica. Concretamente, se permite que, en caso de que la relación laboral se extinguiera antes de que la persona trabajadora haya disfrutado de sus vacaciones, éste tendrá derecho a recibir una compensación económica por los días no disfrutados, siendo su importe proporcional al tiempo de servicios acumulado en el año de referencia⁶⁰⁸. En este sentido, el art. 7.2 Directiva 2003/88/CE, únicamente exige para que nazca el derecho a la compensación económica de las vacaciones que la relación laboral se haya extinguido y que la persona trabajadora no haya podido disfrutar de todas las vacaciones anuales a las que tenía derecho⁶⁰⁹, prohibiéndose radicalmente que se

⁶⁰⁷ SSTJUE (dos) de 6 de noviembre de 2018, C-619/2016, Asunto S.W.K contra Land Berlin, y C-684/2016, Asunto Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV contra T.S.

⁶⁰⁸ STS de 25 de febrero de 2003, rec. núm. 2155/2002.

⁶⁰⁹ STJUE de 20 de julio de 2016, C-341/2015, Asunto Hans Maschek vs Magistratsdirektion der Stadt Wien - Personalstelle Wiener Stadtwerke. En el mismo sentido, SSTJUE (dos) de 6 de noviembre de 2018, C-619/2016, Asunto S.W.K contra Land Berlin, y C-684/2016, Asunto Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV contra T.S.

exija algún otro condicionamiento para que la persona trabajadora tenga derecho a dicha compensación económica. Así, por ejemplo, no es legítimo que se condicione dicha compensación económica a que el no disfrute de las vacaciones anuales haya sido por encontrarse la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal⁶¹⁰.

Como argumento a favor, cabe alegar el art. 209.3 LGSS que retrasa para los casos de terminación del contrato antes de disfrutar las vacaciones, el inicio de la situación legal de desempleo y el inicio de las prestaciones al momento en que hipotéticamente hubiesen finalizado las vacaciones de haberse disfrutado in natura. Lo que se está realizando no es otra cosa que presumir que la persona trabajadora cuando finaliza su relación laboral ha disfrutado de los días de vacaciones, es decir, entender que la persona trabajadora no se encuentra en situación legal de desempleo hasta que no termina el descanso de vacaciones retribuido. Además, durante dicho período la persona trabajadora se encuentra en situación de alta asimilada (art. 210.4 LGSS).

Así también sucede en el caso de que la relación laboral finalice por la muerte de la persona trabajadora, pues en dicho caso tampoco se extingue el derecho a la compensación por vacaciones no disfrutadas, sino que dicha compensación pasa a ser titularidad de sus derechohabientes, pues se ha manifestado 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”⁶¹¹.

Por otro lado, en el hipotético caso de que la empresa eludiera y negara a la persona trabajadora su derecho a disfrutar de unas vacaciones retribuidas, también se permite de forma excepcional, que la persona trabajadora pueda acumular sus vacaciones anuales retribuidas a la finalización de su relación laboral, pues se trata de un supuesto en el que la persona trabajadora no puede ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas por razones ajenas a su voluntad. Es decir, “se opone a disposiciones o prácticas nacionales según las cuales un trabajador no puede aplazar, y en su caso acumular, hasta el momento de la conclusión de su relación laboral, derechos a vacaciones anuales retribuidas no ejercidos correspondientes a varios periodos de devengo consecutivos, por la negativa del empresario a retribuir esas vacaciones”⁶¹².

En relación con los contratos de duración determinada con una breve duración, en los que es previsible la imposibilidad de disfrutar de las vacaciones,

⁶¹⁰ SSTJUE de 20 de enero de 2009, casos acumulados C-350/2006 y 520/2006, Asuntos Gerhard Schult-Hoff y Stringer; de 20 de julio de 2016, C-341/2015, Asunto Maschek; de 29 de noviembre de 2017, C-214/2016, Asunto K.

⁶¹¹ STJUE de 12 de junio de 2014, C-118/2013, Asunto Bollacke.

⁶¹² STJUE de 29 de noviembre de 2017, C-214/2016, Asunto Conley King.

el TS⁶¹³ admite que se pueda pagar de forma prorrateada el importe de la retribución correspondiente a las vacaciones. No obstante, el TJUE⁶¹⁴ ha señalado que las vacaciones deben disfrutarse in natura con independencia del tipo de contrato y no pueden sustituirse por compensación económica.

8. CADUCIDAD ANUAL DE LAS VACACIONES

Como es sabido, las vacaciones se configuran como un derecho de descanso de caducidad anual⁶¹⁵, por lo que la prestación laboral debe interrumpirse necesariamente anualmente, es decir, las vacaciones deben disfrutarse necesariamente dentro del período anual en el que se generan. Expresamente, la doctrina judicial señala 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”⁶¹⁶. Así, se señala que la utilización de la expresión “vacaciones anuales” en el art. 38 ET significa que se tiene derecho a ellas por cada año de trabajo, así como que deben disfrutarse dentro de cada año natural, pues tal criterio se encuentra implícito en la regla de proporcionalidad del art. 4 Convenio núm. 132 OIT.

Esta caducidad anual responde, en última instancia, al fundamento de las mismas, pues se trata de garantizar que las personas trabajadoras tengan todos los años un período de descanso y recuperación de su salud física y psíquica, así como el disfrute de un período de tiempo para atender sus necesidades de ocio y familiares.

De esta forma, se consideran nulos aquellos pactos por los que la persona trabajadora se compromete a trabajar durante más de once meses sin solución de continuidad, para el disfrute aplazado de las vacaciones devengadas durante dicho período, y acumularlas a las anualidades sucesivas. Por tanto, transcurrido el año natural, las vacaciones se pierden, no siendo exigible su disfrute, salvo que la falta de disfrute fuera debida, obviamente, a la negativa de la empresa, o por causas ajenas a la voluntad de la persona trabajadora⁶¹⁷.

La prohibición de la sustitución económica cuenta con un apoyo tan importante que se corresponsabiliza a la persona trabajadora de las consecuencias negativas de los pactos de sustitución por compensación económica, o de la actitud pasiva de la misma al no solicitar el señalamiento. Es decir, este criterio se adopta como un mecanismo para garantizar las vacaciones mediante la imposición a la persona trabajadora de la carga de defender diligentemente su derecho, ya que si mantiene una actitud pasiva no obtendrá ninguna garantía de disfrute⁶¹⁸.

⁶¹³ STS de 5 de noviembre de 2002, rec. núm. 11/2002.

⁶¹⁴ STJUE de 16 de marzo de 2006, C-234/2004, Asuntos Robinson Steele y Clarke.

⁶¹⁵ MONEREO PÉREZ, J.L., *Manual de Derecho del...* op. cit.

⁶¹⁶ SSTS de 30 de noviembre de 1995, rec. núm. 1511/1994; de 17 de septiembre de 2002, rec. núm. 4255/2001.

⁶¹⁷ STS de 25 de febrero de 2003, rec. núm. 2155/2002; STC 324/2006, de 20 de noviembre.

⁶¹⁸ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Sobre el derecho de vacaciones”, *REDT*, núm. 100, 2000. p. 816.

Pero esta postura puede generar una situación de injusticia, ya que la empresa puede obtener un enriquecimiento injusto a través de los servicios prestados por la persona trabajadora en un tiempo que debiera ser de descanso retribuido. En este sentido, la doctrina judicial ya señaló que una persona trabajadora no puede después o a la finalización del disfrute de sus vacaciones proceder a reclamar una compensación económica. Es decir, en aquellos casos en los que la empresa no priva a la persona trabajadora de su derecho a las vacaciones, de tal forma, que siendo la propia persona trabajadora la que no las disfruta para que le sean compensadas económicamente, no puede proceder a reclamar que se le retribuyan una vez finalizado el disfrute de las mismas, pues dicha “petición posterior supone una doble compensación o resarcimiento para el trabajador contraria al principio que prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa”⁶¹⁹.

Es más el tribunal comunitario se ha pronunciado en sendas sentencias⁶²⁰ donde claramente señala que no es legal que la persona trabajadora pierda el derecho a las vacaciones anuales retribuidas o su correlativo derecho al abono de una compensación económica por las vacaciones no disfrutadas cuando la relación laboral se extinga y la persona trabajadora no ha podido efectivamente ejercer ese derecho a las vacaciones anuales. No obstante, este mismo órgano judicial ha declarado de forma clara que no se opone a la Directiva comunitaria el que una norma nacional prevea la pérdida del derecho a las vacaciones anuales cuando la persona trabajadora ha tenido la posibilidad de ejercitar el derecho a las mismas⁶²¹. De esta forma, queda convalidada la pérdida del derecho a las vacaciones anuales o su sustitución por una compensación económica cuando la empresa se las ofrece y la persona trabajadora las rechaza, o cuando la persona trabajadora no las solicita siendo consciente de ello, pero siempre teniendo presente que nunca se puede negar el derecho a las vacaciones anuales retribuidas cuando la persona trabajadora no ha tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar dicho derecho, pues como es sabido el “trabajador es la parte débil de la relación laboral, de modo que es necesario impedir que el empresario pueda imponerle una restricción de sus derechos”.

Y, para que este derecho de pérdida de las vacaciones o su sustitución económica sea aplicable, será la empresa la que deberá demostrar que ha actuado con toda la diligencia necesaria para que la persona trabajadora pudiera tomar las vacaciones anuales retribuidas a las que tenía derecho⁶²². De esta forma, si la empresa demuestra que fue la persona trabajadora quien se abstuvo, deliberadamente y con conocimiento de las consecuencias de su actuación, al no disfrutar de las vacaciones

⁶¹⁹ STSJ País Vasco, de 20 de julio de 2010, rec. núm. 1076/2010.

⁶²⁰ SSTJUE (dos) de 6 de noviembre de 2018, C-619/2016, Asunto S.W.K contra Land Berlin, y C-684/2016, Asunto Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV contra T.S.

⁶²¹ SSTJUE (dos) de 6 de noviembre de 2018, C-619/2016, Asunto S.W.K contra Land Berlin, y C-684/2016, Asunto Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV contra T.S.

⁶²² SSTJUE (dos) de 6 de noviembre de 2018, C-619/2016, Asunto S.W.K contra Land Berlin, y C-684/2016, Asunto Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV contra T.S.

anuales retribuidas cuando tuvo la oportunidad para hacerlo, la persona trabajadora perderá su derecho a su compensación económica.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Claves para el estudio de la jornada laboral*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017.
- AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Edersa, 1996.
- AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Pamplona: Aranzadi, 2000.
- AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R., *La ordenación del tiempo de trabajo*. Madrid: Tecnos, 1988.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Formas de reordenación y reducción del tiempo de trabajo”, *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 15-16, 1992.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Horas extraordinarias”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*. Granada: Comares, 1998.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La jornada ordinaria de trabajo y su distribución”, en AA.VV., *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*. Granada: Comares, 1998.
- ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas y descanso semanal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- ALFONSO MELLADO, C.; GARCÍA ORTEGA, J., *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.
- ALFONSO MELLADO, C.L., “El tiempo de trabajo en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y Hombres”, en SALA FRANCO, T., et altri (Coords.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Madrid: La Ley, 2008.

- ALFONSO MELLADO, C.L., “Las horas extraordinarias”, en ALFONSO MELLADO, C.L.; ALARCÓN CARACUEL, M.R.; CABEZA PEREIRO, J., *Tiempo de Trabajo*. Albacete: Bomarzo, 2011.
- 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, descanso y fiesta laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- ALONSO GARCÍA, M., *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona: Ariel, 1976.
- ALONSO OLEA, M. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 2002.
- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a. E., *Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 2001.
- ALONSO OLEA, M., “Fiestas laborales y competencias para su determinación; y sobre el rango de la norma en cuanto a los conflictos de competencia”, en AA.VV., *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad social*. Madrid: Civitas, 1985.
- ALONSO OLEA, M., “Jornada de trabajo y temas conexos”, *Revista de Política Social*, núm. 141, 1984.
- ALONSO OLEA, M.; BARREIRO GONZÁLEZ, G., *El Estatuto de los Trabajadores. Textos, comentarios y jurisprudencia*. Madrid: Civitas, 1995.
- ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*. Madrid. Civitas, 2001.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. “Tiempo de trabajo y productividad: la jornada semanal de cuatro días”, *TyD*, núm. extra 13, 2021.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “La retribución de las vacaciones”, *TS*, núm. 38, 1994.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Registro de jornada y supresión de las horas extraordinarias que se compensan con descanso, la estrategia y el objetivo”, *IUSLabor* núm. 2, 2017.
- BALLESTER PASTOR, I., “Horas extraordinarias (art. 35 ET)”, en GARCÍA NINET, J.I. (Dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (De 1980 a 2005)*. Madrid: CEF, 2005.
- BALLESTER PASTOR, M.A., “La política de la OIT y de la Unión europea sobre salud y riesgos psicosociales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 4, 2013.
- BALLESTER PASTOR, M.A., *La prestación de maternidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

- BASTERRA HERNÁNDEZ, M., (Coord.), *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017 (versión on line)
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Autonomía empresarial en la gestión del tiempo de trabajo: la distribución de la jornada ordinaria y el recurso a las horas extraordinarias”, *RTSS*, núm. 403, 2016.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “La distribución de la jornada de trabajo en España”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 1, 2014.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Los permisos retribuidos del art. 37.3 del ET: un análisis aplicativo”, en *REDT*, núm. 195, 2017 (versión on line)
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- BLASCO JOVER, C., “Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD Ley 5/2023 salva *in extremis* la esencia de la Ley de Familias”. *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, núm. 13, 2023, <https://doi.org/10.46661/lexsocial.8310>
- BLASCO JOVER, C., *Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- CABEZA BAZÁN, J., “Trabajo y tiempo”, *RPS*, núm 121, 1979.
- CABEZA PEREIRO, J., “Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada por lactancia y guardia legal (En torno al artículo 37)”, *REDT*, núm. 100, 2000.
- CABEZA PEREIRO, J., “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras”, en AA.VV., *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Madrid: CCNCC, 2008.
- CAMPS RUIZ, L.M., “Los Convenios de la OIT sobre vacaciones y sobre descanso semanal”, *RMTSS*, núm. 112, 2014.
- CARCELÉN GARCÍA, J., *El sistema de trabajo a turnos y su problemática*. Madrid: Fundación Confemetal, 2000.
- CASAS BAAMONDE, M.E., “Distribución irregular de la jornada, flexibilidad del tiempo de trabajo y tiempo de vida personal y familiar”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 4, 2017.
- CEBRIÁN CARRILLO, A., “El control interno de las horas extraordinarias”, en DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: ACARL, 1991.

- CHARRO BAENA, P., *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral: origen y evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993.
- CONTRERAS MAZARÍO, J.M., *Marco jurídico del factor religioso en España*. Madrid: Observatorio del Pluralista Religioso en España, 2011. p. 18. Disponible en http://www.observatorioreligion.es/upload/83/51/Marco_juridico.pdf
- COSTELLO H.M.; GUMZ, M.L., *Ritmo circadiano, genes del reloj e hipertensión: avances recientes en la hipertensión*. Hipertensión, 2021.
- CRUZ VILLALÓN, J., “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *RL*, núm. 2, 2010.
- CRUZ VILLALÓN, J.; FERRADANS CARAMES, C., *Negociación sobre el tiempo de trabajo*. Sevilla: CARL, 2007.
- CUBO MAYO, A., “El tiempo de trabajo y los problemas no resueltos de control y registros de la jornada y horario”, *Diario La Ley*, núm. 8819, 2016 (versión on line)
- DE LA FUENTE LAVIN, M., *El régimen jurídico de las horas extraordinarias*. Granada: Comares, 2002.
- DE LA VILLA GIL, L. E., “El concepto de hora extraordinaria”, en DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: ACARL, 1991.
- DESCHAMPS PERDOMO, A.; SAHILYN, B.; OLIVARES, R.; DE LA ROSA ZABALA, K.L.; ASUNSOLO DEL BARCO, A.; “Influencia de los turnos de trabajo y las guardias nocturnas en la aparición del Síndrome de Burnout en médicos y enfermeras”, *Medicina y Seguridad en el Trabajo*, núm. 57, 2011.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Horas extraordinarias (en torno al artículo 35)”, *REDT*, núm. 100, 2000.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva”, *RL*, núm. I, 1999.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.; PALOMO BALDA, E., “La reforma del régimen de los salarios”, *RL*, núm. 17-18, 1994.
- EZQUERRA ESCUDERO, L., *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*. Barcelona: Atelier, 2006.
- FALGUERA BARÓ, M., “Las horas extraordinarias estructurales: reflexiones sobre su origen y fines, régimen jurídico y práctica convencional”. *Ponencia presentada en el Fórum Laboral: Seminario Permanente sobre problemas actuales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 1998.

- FALGUERA BARÓ, M.A., *Jornada y horario: flexibilidad contractual del empresario. 100 preguntas y respuestas*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2016.
- FALGUERA I BARÓ, M. “Reflexiones jurídicas sobre la turnicidad”, *RDS*, núm. 1, 1998.
- FERNÁNDEZ PRATS, C., “Las horas extraordinarias voluntarias a la luz de las últimas reformas”, *AS*, vol. V, 1999.
- FERNÁNDEZ PRATS, C.; GARCÍA TESTAL, E.; LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos de conciliación en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- FERNANDO GARCÍA, F. M., “Sobre la Directiva 93/104/CE (LCEur 1993, 4042), relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo”, *AS*, núm. 26, 1994.
- FERRADANS CARAMÉS, C., “La controvertida reforma de la directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo”, *TL*, núm. 80, 2006.
- FERRANDO GARCÍA, F., “Implicaciones de la gestión flexible del tiempo de trabajo en materia de conciliación de la vida personal y laboral”, *REDT*, núm. 177, 2015.
- FITA ORTEGA, F., *Límites legales a la jornada de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- GÁLLEGO PÉREZ LARRAYA, J.; TOLEDO, J.B.; URRESTARAZU, E.; IRIARTE, J., “Clasificación de los trastornos del sueño”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, núm. 30, 2007.
- GARCÍA BLASCO, J., “Flexibilidad del tiempo de trabajo: jornadas y descansos”, en DE LA VILLA GIL, L.E., (Coord.) *Reforma de la legislación laboral: estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García*. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- GARCÍA DE HARO, R., “Horas extraordinarias y horas complementarias”, *RPS*, núm. 60, 1963.
- GARCÍA DIAZ, J.A., *La libertad religiosa en la negociación colectiva: el descanso semanal, festividades religiosas, permisos y licencias*. Universidad de Alcalá, 2012.
- GARCÍA GOMBAU, J., *El trabajo a turnos*. Bilbao: Deusto, 1991.
- GARCÍA MURCÍA, J., “El art. 26 del ET”, *REDT*, 2000.
- GARCÍA NINET, I., “Jornada”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Edersa, 1982.
- GARCÍA NINET, J.I., “Algunas notas sobre la retribución de las vacaciones en la doctrina de los tribunales”, *TS*, núm. 145, 2003.

- GARCÍA NINET, J.I., “Artículo 34. Jornada”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Edersa, 1982.
- GARCÍA NINET, J.I., “La ordenación del tiempo de trabajo”, *TS*, núm. 43, 1994.
- GARCÍA NINET, J.I., “Ordenación del tiempo de trabajo”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Edersa, 1994.
- GARCÍA NINET, J.I., “Retribución del descanso dominical y de las vacaciones”, en ALMANSA PASTOR, J.M. (Dir.) *Estudios sobre la ordenación del salario*. Valencia: Universitat de Valencia, 1976.
- GARCÍA NINET, J.I., “Trabajo nocturno y a turnos y protección de la salud”, *TS*, núm. 5234, 2010.
- GARCÍA NINET, J.I.; DE VICENTE PALACIO, A., “La jornada (art. 34 ET)”, en GARCÍA NINET, J.I. (Dir.) *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2004)*. Madrid: CEF, 2005.
- GARCÍA ORTEGA, J., “Nacimiento, duración y disfrute del derecho a vacaciones”, *TS*, núm. 38.
- GARCÍA RUBIO, M. A., “Ampliación de jornada: horas extraordinarias y horas complementarias”, en GOERLICH PESET, J.M. (Coord.), *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*. Madrid. Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Jornada de trabajo y jornadas convencionales”, en DE LA VILLA GIL, L.E. (Coord.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: ACARL, 1991.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Sobre el derecho de vacaciones”, *REDT*, núm. 100, 2000.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J., “Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral: un estudio introductorio”, en SEMPERE NAVARRO, A.V., (Coord.) *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 272.
- GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo”, en AA.VV., *Salario y tiempo de Trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2005)*. Madrid: CEF, 2005.
- GEHLERT, S.; CLANTON, M., “On Behalf of the Shift Work and Breast Cancer Strategic Advisory Group”, *Int J Environ Res Public Health*, núm. 17, 2020.

- GIL Y GIL, J.L., “El descanso semanal”, en DE LA VILLA GIL, L.E. (Coord.) *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: ACARL, 1991.
- GIMÉNEZ BADIA, S.; TENDERO, CANET SANZ, T.; JURADO LUQUE, M.; MADRID PÉREZ, J.A.; MERINO ANDREU, M.; SELLES GALIANA, F., “Trastorno de retraso de la fase del sueño y del despertar. Síndrome de retraso de fase”, *Revista Pediátrica Atención Primaria*, núm. 71, 2016.
- GOERLICH PESET, J.M. (Coord.), *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*. Madrid: CCNCC, 2008.
- GOLOMBEK, D., *Cronobiología Humana*. Quilmes, Universidad Nacional de Quilmes, Argentina, 2008.
- GÓMEZ ARBÓS, J., “Los desplazamientos como tiempo de trabajo”, *La Ley*, núm. 49, 2012 (versión on line)
- GÓMEZ MUÑOZ, J.M., *Las jornadas especiales de trabajo*. Pamplona: Aranzadi, 1999.
- GONZÁLEZ BIEDMA, E., “La jornada (en torno al artículo 34)”, *REDT*, núm. 100, 2000.
- GONZÁLEZ-POSADA, E., “La determinación y estructura del salario”, *RPS*, núm. 141, 1984.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Negociación colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo”, *Ponencia presentada en la XXXIX Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva de la CCNCC*. Madrid: 2016.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., *El tiempo flexible. La jornada irregular*. Madrid: Tecnos, 2018.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Horas extraordinarias. Delimitación, registro y régimen jurídico*. Cizur Menor: Aranzadi, 2020.
- GROSSIN, W., *El tiempo y el trabajo*. Barcelona: Nova Terra, 1974.
- HANSEN, J., “Trabajo nocturno y riesgo de cáncer de mama”, *Medicina y Seguridad en el Trabajo*, núm. 4, 2017.
- IGARTUA MIRÓ, M. T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- IGARTÚA MIRÓ, M.T., “La flexibilización del tiempo de trabajo”, *TyD*, núm. 13, 2021.
- IGARTUA MIRÓ, M.T., “La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el DL 8/2019”, *TL*, núm. 147, 2019.
- IGLESIAS CABERO, M., “Cómputo de la jornada efectiva de trabajo”, en AA.VV., *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: ACARL, 1991.

- LABATH, L., *Cerebro, Reloj biológico, Ritmo Circadiano*, 2016. Disponible en <https://asociacioneducar.com/cerebro-reloj-biologico>
- LAHERA FORTEZA, J., “Tiempo de trabajo efectivo europeo”, *TyD*, núm. 43 (versión on line)
- LASAOSA IRIGOYEN, E., “La extensión de la jornada de trabajo a los domingos y festivos en el comercio y actividades conexas”, en CABEZA PEREIRO, J., (Dir.) *La gestión del cambio laboral en la empresa*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017.
- LÓPEZ AHUMADA, J.E., “Problemas relativos al cómputo del descanso semanal y diario: una visión cualitativa del tiempo de descanso”, *AS*, núm. 84, 2008 (versión on line)
- LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Descansos Laborales y Tiempo de Trabajo. Régimen jurídico de los descansos diario y semanal y de los días festivos*. Madrid: CES, 2004.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., *Distribución irregular de la jornada de trabajo*. Madrid: Francis Lefebvre, 2015.
- MALDONADO MONTOYA, J.P., “Superación del concepto clásico de contrato”, en AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Palacio de Zurbano, Madrid*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2017.
- MALDONADO MONTOYA, J.P.; MARÍN MORAL, I.; SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), *La reordenación del tiempo de trabajo*. Madrid: BOE, 2022.
- MARÍN ALONSO, I., “La obligación empresarial de registro de la jornada ordinaria de trabajo ante el derecho de la Unión europea y el derecho interno”, *RGDTSS*, núm. 53, 2019.
- MARTÍN PUEBLA, E., “El fallido proceso de revisión de la directiva comunitaria sobre la ordenación del tiempo de trabajo”, *AS*, núm. 22, 2010.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, O., “Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español”, *RED*, núm. 194, 2017 (versión on line)
- MARTÍN SERRANO, A.L., “Horas por necesidades urgentes y por fuerza mayor”, en DE LA VILLA GIL, L.E. (Coord.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: ACARL, 1991.
- MARTÍN VALVERDE, A., “Trabajo nocturno, trabajo a turnos, ritmo de trabajo”, en MARTÍNEZ EMPERADOR, R., (Dir.), *Otras modificaciones del Estatuto de los Trabajadores. Extinción individual y extinciones colectivas del contrato de trabajo*. Madrid: CGPJ, 1995.

- MARTÍNEZ FENOLI, J.S., *El tiempo de trabajo: jornada, horas extraordinarias, trabajo nocturno, a turnos y ritmo de Trabajo, descanso semanal, fiestas y permisos, vacaciones, contratos a tiempo parcial*. Valencia: CISS, 1996.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M., *El régimen jurídico de la disponibilidad horaria*. Cizur Menor: Aranzadi, 2011.
- MATÍAS PRIM, J., “Descanso semanal y anual. Permisos”, en BAYÓN CHACÓN, G. (Dir.) *Dieciséis Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1977.
- MERCADER UGUINA, J.R., “Planes de la Inspección de Trabajo sobre el registro de la jornada ordinaria de Trabajo: sus riesgos y sus dudas”, *TyD*, núm. 25, 2017.
- MOLERO MANGLANO, C., (Coord.), *Manual de Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015 (versión on line)
- MOLINA NAVARRETE, C., “¿El futuro del trabajo, trabajo sin futuro?: Los mitos finalistas en la era digital del neo mercado”, *RTSS*, núm. 408, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L., *Manual de Derecho del Trabajo*. Granada: Comares, 2014 (versión on line)
- MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo*. Granada: Comares, 2009.
- MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del tiempo de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- 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”, *RL*, núm. I, 2014.
- MONREAL BRINGSVAERD, E., “Retribución en metálico de trabajo nocturno, horas extraordinarias y en los transportes, horas de presencia, régimen estatal y problemática convencional”, *TS*, núm. 159, 2004.
- MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo: Ley y convenio colectivo*. Madrid: CES, 2005.
- MONREAL BRINGSVAERD, E., *Régimen jurídico de las horas extraordinarias*. Madrid: Edersa, 2000.
- MONTOYA MELGAR, A., “Jornada en régimen de turnos”, en DE LA VILLA GIL, L.E. (Coord.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: ACARL, 1991.
- MONTOYA MELGAR, A., “La retribución del trabajo”, en AA.VV., *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*. Madrid: MTSS, 1987.

- MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 2002.
- MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M.; SEMPERE NAVARRO, A.V.; RÍOS SALMERÓN, B., *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*. Pamplona: Aranzadi, 2005.
- MURCIA CLAVERÍA, A., “Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo”, en VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.) *La reforma del mercado laboral*. Valladolid: Lex Nova, 1994.
- NIETO ROJAS, P., “Libertad religiosa y negociación colectiva. Su especial incidencia en la fijación de los descansos laborales”, *RIL*, núm. 4, 2017 (versión on line)
- OIT, *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro*. Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, 107ª reunión, 2018.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Voluntariedad y obligatoriedad en la prestación de las horas extraordinarias”, en DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: ACARL, 1991.
- PASTOR MARTÍNEZ, A., “Algunas cuestiones derivadas de la actual regulación de la distribución irregular de la jornada”, *IUSLabor*, núm. 2, 2014.
- PENDÁS DÍAZ, B., “El calendario laboral”, en DE LA VILLA GIL, L.E. (Coord.) *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: ACARL, 1991.
- PÉREZ AMORÓS, F., “Trabajo nocturno y a turno y ritmo de trabajo”, *REDT*, núm. 100, 2000.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F; MONREAL BRINGSVAERD, E. J., “La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores”, *RMTI*, núm. 58, 2005.
- PÉREZ DEL RÍO, T., “Tiempo de trabajo: una óptica de género”, en AA.VV., *Tiempo de trabajo*. Albacete: Bomarzo, 2007.
- PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F., “La retribución de las horas extraordinarias”, *RL*, Tomo I, 1985.
- PRADOS DE REYES, F.J., “El tiempo de trabajo en la normativa comunitaria”, *DL*, núm. 43, 1994.
- PRADOS DE REYES, F.J., “La ordenación del tiempo de trabajo en la reforma del Estatuto de los Trabajadores”, *RL*, Tomo I, 1996.
- RABANAL CARBAJO, P., “Aspectos de interés sobre la distribución del tiempo de trabajo”, *AL*, núm. 2, 2006.
- RABANAL CARBAJO, P., “La Directiva 93/104/CE, sobre ordenación del tiempo de trabajo”, *AL*, núm. II, 2000.

- RABASO RODRÍGUEZ, N., “Horas extraordinarias en el sector de la seguridad privada. Punto final”, *RGDTSS*, núm. 32, 2012.
- RAYÓN SUÁREZ, E., “Descanso semanal, fiestas y permisos”, AA.VV., *Comentarios a las leyes laborales. Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Edersa, 1982.
- RAYÓN SUÁREZ, E., “Descanso semanal, fiestas y permisos”, Borrajo Dacruz, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Edersa, 1982.
- RIVERO LAMAS, J., “Régimen de la jornada y de los horarios en la reforma del Estatuto”, *DL*, núm. 47, 1995.
- ROA RICO, L. F., “Horas extraordinarias”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Edersa, 1982.
- RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J., “Gratificaciones voluntarias. Su cómputo a efectos de fijación del salario de gratificaciones y vacaciones”, *PS*, núm. 99, 1973.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Los permisos prenatales: avances y retrocesos tres las últimas reformas*. Albacete: Bomarzo, 2013.
- RODRÍGUEZ PASTOR, G., *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- RODRÍGUEZ PASTOR, G., *Tiempo de trabajo, descansos y permisos retribuidos. Actualizado a la última jurisprudencia del TJUE y del TS y a la doctrina judicial de los TSJ*. Valencia: CISS, 2022.
- RODRÍGUEZ SAN DE GALDEANO, B., “Instrumentos de gestión flexible del tiempo de trabajo en la negociación colectiva”, *RL*, núm. 1, 2010.
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “Los límites a las facultades de distribución irregular de la jornada tras las últimas jornadas flexibilizadoras”, en AA.VV., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma Laboral de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Flexibilidad de la jornada laboral: Mecanismos legales, convencionales y contractuales para la modificación de la jornada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- ROQUETA BUJ, R., “Artículo 34”, en CRUZ VILLALÓN, J.; GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, J.I; GOERLICH PESET, J.M; MERCADER UGUINA, J.R. (Dirs.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Lex Nova, 2016.
- ROQUETA BUJ, R., “La jornada de trabajo y su determinación”, en GOERLICH PESET, J.M. (Coord.), *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*. Madrid: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2008.

- SÁEZ LARA, C., “Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo”, *TL*, núm. 130, 2015.
- SALA FRANCO, T.; LAHERA FORTEZA, J., *La transformación del tiempo de trabajo. ¿Hacia la jornada laboral de 4 días?* Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Derechos laborales de los padres con neonatos hospitalizados”, *AS*, núm. 5, 2001.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Las interrupciones de la prestación laboral”, en SEMPERE NAVARRO, A. V., (Dir.), *Régimen general del contrato de trabajo*. Navarra: Aranzadi, 2010.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *Los permisos retribuidos del trabajador*. Cizur Menor: Aranzadi, 1999.
- SEMPERE NAVARRO, A., “Distribución de las jornadas laborales”, en AA.VV., *Ordenación de las Jornadas de Trabajo*. Madrid: CEOE, 1983.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “El marco jurídico de las horas extras”, *AS*, núm. 17, 2001.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “Fiestas laborales”, en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*. Madrid: Civitas, 1995.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Problemas generales de los permisos retribuidos”, *AS*, Vol. V, 1999 (versión on line).
- SEMPERE NAVARRO, A.V.; CHARRO BAENA, P., *Las vacaciones laborales*. Cizur Menor: Aranzadi, 2003.
- SERRA M.L., “Trabajo en turnos, privación de sueño y sus consecuencias clínicas y medico legales”, *Revista Médica Clínica Las Condes*, núm. 3, 2013.
- SERRANO ARGÜELLO, N., “La continuación de una tendencia en la regulación jurídica de las horas extraordinarias”, *AL*, núm. 8, 1999.
- SIERRA BENÍTEZ, E.M., “La protección social de los trabajadores ante el desafío del nuevo trabajo a distancia, del trabajo digital y la robótica”, *RDSS*, núm. 11, 2017.
- TRILLO PÁRRAGA, F.J., *Régimen jurídico de las horas extraordinarias*. Albacete: Bomarzo, 2008.
- TRUJILLO VILLANUEVA, F., “Convenios, jornada y mantenimiento del empleo”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.) *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- TUCKER, P.; FOLKARD, S., *Working Time, Health and Safety*, OIT, 2018. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618490.pdf

- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., “Pausas intra-jornadas y descansos inter-jornadas”, DE LA VILLA GIL, L.E. (Coord.) *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: Acarl, 1991.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Jornada nocturna”, en DE LA VILLA GIL, L.E. (Coord.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: ACARL, 1991.
- VALLE MUÑOZ, F.A., “Sistema de clasificación profesional”, en DEL REY GUANTER, S., (Dir.) *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*. Madrid: La Ley, 2007.
- VALVERDE ASENCIO, A., “Un proceso de cambio continuo en el régimen jurídico de la relación de trabajo: (otras) dos nuevas reformas estructurales. Real Decreto-Ley 16/2013 y Real Decreto-Ley 3/2014”, *TL*, núm. 124, 2014.
- VIVERO SERRANO, J.B., “La fortificación por el legislador del amenazado feudo empresarial de la distribución del tiempo de Trabajo”, en AA.VV., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La Reforma Laboral de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.



ISBN 978-84-10262-36-2



9 788410 262362 >