

TIEMPO DE TRABAJO

XXIX Jornada de Estudio
sobre Negociación Colectiva

Comisión Consultiva Nacional
de Convenios Colectivos



**INFORMES
Y ESTUDIOS**
RELACIONES
LABORALES



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

**Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones**

RET. 17-2.363

Tiempo de Trabajo

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

COLECCIÓN INFORMES Y ESTUDIOS
Serie Relaciones Laborales Núm. 112

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Tiempo de Trabajo

XXIX Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva

Madrid, 10 de noviembre de 2016

Edición preparada por la
COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL
DE CONVENIOS COLECTIVOS

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.



Edita y distribuye:

Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: sgpublic@meyss.es

Internet: www.meyss.es

NIPO Papel: 270-17-057-6

NIPO Pdf: 270-17-058-1

NIPO Epub: 270-17-059-7

ISBN Papel: 978-84-8417-526-1

Depósito legal: M-34287-2017

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro, de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública
Imprime: Artesa, S. L.



ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
PRESENTACIÓN Y APERTURA DE LA JORNADA	
<i>Javier Gómez-Hortigüela Amillo</i>	9
INAUGURACIÓN DE LA JORNADA	
<i>Pedro Llorente Cachorro</i>	17
Mesa Redonda	
APLICACIÓN EFECTIVA DEL III ACUERDO PARA EL EMPLEO Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA 2015-2017	
<i>Gonzalo Pino Bustos</i>	27
<i>Ramón Górriz Vitalla</i>	35
<i>Teresa Díaz de Terán López</i>	41
<i>Jordi García Viña</i>	47
Primera Ponencia: TIEMPO DE TRABAJO Y JORNADA. REGULACIÓN Y TRATAMIENTO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA	
<i>Juan Gorelli Hernández</i>	63
Segunda Ponencia: TIEMPO DE TRABAJO EN LOS CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL. REGULACIÓN Y TRATAMIENTO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA	
<i>Carolina Martínez Moreno</i>	187
Tercera Ponencia: CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO. TRATAMIENTO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES Y DE LA UE. APLICACIÓN EN LA EMPRESA	
<i>Victor de Santos Sánchez</i>	255

PRESENTACIÓN Y APERTURA DE LA JORNADA

JAVIER GÓMEZ-HORTIGÜELA AMILLO
Presidente de la Comisión Consultiva
Nacional de Convenios Colectivos

Quiero, en nombre propio y en nombre de la CCNCC, darles a todos la bienvenida y agradecerles su participación en esta XXIX edición de la Jornada de Estudio de la Negociación Colectiva que confío que, a través de sus ponencias, intervenciones, reflexiones y debates, puedan contribuir a un mejor conocimiento de la negociación colectiva.

Conforme a la normativa vigente, la CCNCC asume funciones de Observatorio de la Negociación Colectiva, y para ello debe desarrollar diversos cometidos entre los que la norma establece, específicamente, la organización de jornadas anuales sobre la negociación colectiva. Este año, la Comisión Permanente acordó, el pasado 12 de Julio de 2016, el programa de la jornada anual de este año, programa que fue aprobado, como es preceptivo, por el Pleno de la Comisión, en la reunión celebrada el pasado 15 de Septiembre de 2016.

Debe recordarse que, según establece R.D. 1362/2012, de 27 de Septiembre, que regula la CCNCC, en relación con el funcionamiento de la misma, los acuerdos se adoptarán preferentemente por consenso entre los tres grupos de representación que la integran, y esto ha sido lo ocurrido con el programa de la XXIX Jornada de Estudio sobre la Negociación Colectiva, tanto en lo que se refiere a la fecha de celebración, como en la fijación de su contenido en cuanto a su estructura y temática.

La Jornada está estructurada, siguiendo el mismo esquema de los últimos años, en una Mesa Redonda, que va a referirse a la aplicación del III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015/2017, y que cuenta con la participación de representantes de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de nivel estatal.

Consideramos que este III Acuerdo, firmado el pasado 8 de Junio de 2015, por las organizaciones sindicales CCOO y UGT y empresariales, CEOE y CEPYME, después de muchos meses de difícil negociación, tiene una gran importancia, en primer lugar por lo que supone haber alcanzado este Acuerdo y, también, por los valores que contiene en el conjunto de materias que aborda para orientar la negociación de los convenios colectivos.

Como ya señalábamos en la anterior Jornada de Estudio, el ANC 2015/2017 establece criterios, en materias tales como, y sin ánimo de ser exhaustivo, empleo y contratación, formación y cualificación profesional, procesos de reestructuración, derechos de información y consulta, estructura salarial y determinación de los incrementos salariales, instrumentos de flexibilidad y condiciones de trabajo, inaplicación de determinadas condiciones de trabajo.

Hay que destacar el objetivo prioritario que persigue de mantenimiento y recuperación del empleo de calidad; su política salarial, que va a contribuir de manera simultánea, a la reactivación económica, a la creación de empleo, y a la mejora de la competitividad; su consideración de que los mecanismos de adaptación internos son preferentes a los externos y a los ajustes de plantilla, debiendo los convenios colectivos disponer de la flexibilidad interna como herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas y mantener el empleo, su estabilidad y su calidad.

Debe valorarse su primer objetivo de «creación de empleo de calidad», a través de la contribución de los criterios y directrices que contiene el Acuerdo.

Se ha de destacar también la apuesta decidida por la utilización de instrumentos de flexibilidad negociada, considerando que son preferibles los mecanismos internos de adaptación y potenciando, a través de los convenios colectivos, criterios y procedimientos de aplicación de medidas de flexibilidad.

En relación con la ordenación del tiempo de trabajo, tema objeto de la presente jornada de estudio el III Acuerdo establece que los convenios colectivos podrán promover la ordenación flexible del tiempo de trabajo y su concreción en la empresa. Asimismo, que el contenido mínimo del convenio debiera fijar el cómputo anual de la jornada y su distribución irregular para evitar las horas extraordinarias y la contratación temporal.

En todo caso, añade, la flexibilidad del tiempo de trabajo debiera ir acompañada de garantías y seguridad para las personas, que permitan compatibilizar el tiempo de trabajo con su vida personal y familiar.

Finalmente, citar sus avances respecto a los criterios en materia salarial, que se activarán cuando la inflación acumulada sea superior al aumento salarial acumulado máximo.

La segunda parte del programa de la Jornada anual está dedicada a **Tiempo de Trabajo: regulación, negociación colectiva y control**, materia de gran trascendencia por sus repercusiones en la producción de las empresas y en los derechos de conciliación de los trabajadores. Para ello se van a impartir tres ponencias.

La **primera ponencia** sobre **Tiempo de Trabajo y jornada, regulación y tratamiento en la negociación colectiva**, corresponde a D. Juan Gorelli Hernández, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva. Efectúa un análisis de la regulación del tiempo de trabajo en la negociación colectiva, a través de un planteamiento diferente,

centrándose en cómo refleja la negociación colectiva actual la flexibilidad de nuestro ordenamiento en materia de tiempo de trabajo. Se analizan los convenios colectivos del período 2015-2016, regulación legal, reglamentaria y líneas jurisprudenciales y doctrinales.

Se realiza un análisis de la flexibilidad del tiempo de trabajo en la regulación legal, mecanismos de flexibilidad ordinarios y extraordinarios, contemplando también la flexibilidad en la empresa y el disfrute de los derechos de conciliación de los trabajadores.

Analiza pormenorizadamente el papel que la regulación general da a la negociación colectiva, respecto a la flexibilidad del tiempo de trabajo, señalando su importante papel para poner en marcha procesos de flexibilidad del tiempo de trabajo, analizando el papel de la empresa y el acceso a los derechos por parte de los trabajadores.

Supresión de los límites de jornada, anualización de jornada, topes de jornada diaria en la flexibilidad negociada. Análisis de las opciones en los convenios entre la anualización y la tradicional, superación de topes diarios y regulación de descansos específicos.

Regulación en la negociación colectiva de la distribución irregular de la jornada, supuestos y régimen de compensación y adecuación a los derechos de conciliación familiar y laboral. Además, en su extensa ponencia el autor considera los pactos en la negociación colectiva para flexibilizar el tiempo de trabajo: bolsas de horas; reglas de disponibilidad del trabajador; guardias; flexibilidad en el tiempo de descanso, vacaciones y descanso semanal; flexibilidad del tiempo de trabajo destinado al trabajador, horario flexible, reducción de jornada por motivos familiares.

La **segunda ponencia** relativa al **Tiempo de Trabajo en los contratos a tiempo parcial, regulación y tramitación en la negociación colectiva**, será desarrollada por Dña. Carolina Martínez Moreno, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Oviedo. En ella se efectúa un análisis de la negociación colectiva, en relación con las cuestiones que la normativa remite a la función reguladora del convenio colectivo.

En un plano más sociológico, en relación con esta forma de trabajo, analiza el principio de discriminación, mejora de la calidad y necesidades de empresarios y trabajadores. Incide en la notable expansión de estos contratos y la irrupción de la crisis, incremento de la involuntariedad, feminización de estas formas de trabajo, fraude y precarización.

El propósito del estudio, según señala, es contribuir a hacer un diagnóstico del panorama que ofrece la negociación colectiva, en especial respecto a la distribución del tiempo de prestación, reparto proporcionado entre flexibilidad favorable a la empresa y trabajador, lucha contra la discriminación y precariedad y otros aspectos más generales.

Para ello analiza una amplia muestra de unos 200 convenios colectivos, en los que considera las cláusulas generales del trabajador a tiempo parcial, considerando las pautas de regulación, compromisos de estabilización de plantillas y lucha contra la precarización, principio de igualdad de trato y proporcionalidad, igualdad de género, supresión y limitación de horas extraordinarias, cómputo de período de pruebas, reducción de jornada.

En relación con la ordenación del tiempo de trabajo, incide sobre el establecimiento de jornada mínima, jornada continua, horas complementarias y adicionales voluntarias, preaviso de horas reglamentarias, distribución de jornada y horario de trabajo, obligación de registro y documentación.

Finalmente, considera algunas pautas de interés en relación con la conciliación y se refiere al Teletrabajo parcial.

La tercera ponencia sobre control del tiempo de trabajo, tratamiento en la negociación colectiva, jurisprudencia de los tribunales españoles y de la Unión Europea y aplicación en la empresa, será impartida por D. Victor de Santos Sánchez, Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Andalucía.

La ponencia contiene una referencia conjunta y actualizada a la regulación, negociación colectiva y jurisprudencia en torno al tiempo de trabajo y su prueba, a través del registro de la jornada como obligación empresarial.

Para acercarse al papel de la ITSS, en la aplicación de la normativa de tiempo de trabajo, se introduce en el concepto de tiempo de trabajo y sus derivados básicos de jornada y horario, citando una amplia jurisprudencia nacional y comunitaria al respecto y en relación con la obligación de registro de la jornada. Respecto al registro va a incidir en las reformas del ET, en recientes sentencias de la Audiencia Nacional, en el derecho de información de los representantes de los trabajadores y en los registros especiales del tiempo de trabajo. Se va a referir también a las características y contenido del registro de jornada, según las resoluciones judiciales, como punto de partida de su exigencia por la ITSS.

En relación con la negociación colectiva, se han revisado más de 900 convenios colectivos, publicados en el período 2014-2016, respecto a la materia de registro de jornada y control horario y al derecho de información de los representantes de los trabajadores diferenciado, en su tratamiento y resultados, los convenios de empresa y sectoriales.

Finalmente, en el contexto señalado, concreta la función de la ITSS y sus consecuencias, citando referencias al acervo comunitario y a las instrucciones de la Dirección General de la ITSS, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias.

Se señala, además, la problemática asociada a la tipificación y calificación de las infracciones y la evolución de la jurisprudencia al respecto y a la aplicación del principio *non bis in idem*.

Finaliza la ponencia haciendo referencia a las consecuencias de la actuación inspectora, considerando que la vigencia y control de la jornada máxima y las horas extraordinarias es una tarea esencial de la ITSS, señalando, a estos efectos, una relación de los supuestos de hecho a considerar y considerando que las abundantes normas sobre flexibilidad horaria, con su correspondiente repercusión en la negociación colectiva, nacidas como respuesta a la adaptabilidad de las empresas a las necesidades de producción, no pueden ser invocados para perjudicar a los derechos de los trabajadores.

Acabo esta breve presentación de la Jornada agradeciendo al MEYSS por el apoyo a las iniciativas de la CCNCC y, en particular, de esta XXIX Jornada de Estudio sobre la Negociación Colectiva

INAUGURACIÓN DE LA JORNADA

PEDRO LLORENTE CACHORRO

Subsecretario de Empleo y Seguridad Social

Buenos días a todos.

Quiero que mis primeras palabras sirvan para excusar la asistencia de la Ministra de Empleo y Seguridad Social, quien por razones de agenda no ha podido finalmente estar hoy aquí.

Y asimismo quiero trasladar en su nombre las gracias a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos por su invitación para inaugurar la XXIX edición de estas jornadas de estudio de la negociación colectiva.

La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos tiene, como bien conocen, una función primigenia, que es estrictamente consultiva: dictaminar sobre el convenio colectivo aplicable en las empresas.

Pero como también saben, con el transcurrir del tiempo a lo largo de sus 33 años de vida ha asumido otras importantes funciones.

Por una parte, está la función decisoria que le atribuye la reforma laboral de 2012 en el procedimiento de inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo, de los descuelgues.

Hoy se hace pública la estadística de Convenios Colectivos con datos referidos al mes de octubre de este año.

Dos datos a destacar de esta estadística:

Primero: Desde marzo de 2012 hasta octubre de este año se han inaplicado casi 8.000 convenios (7.922) que han afectado a casi 325.000 trabajadores (324.935). Asimismo, la práctica totalidad de las inaplicaciones, el 99%, se han resuelto con acuerdo, ya sea en la propia empresa, en las comisiones paritarias de los convenios colectivos, o a través de la mediación.

Segundo: La variación salarial media pactada hasta el mes de octubre y calculada con la información disponible es del 1,08%, cifra que se ha obtenido en función de los convenios con efectos económicos conocidos y registrados que afectan a 839.940 empresas y 6.776.559 trabajadores.

Asimismo, además de las funciones consultivas y decisorias, la CNCC ejerce una relevante función de apoyo a la negociación colectiva a través del Observatorio de la negociación colectiva, facilitando la información, el estudio y la difusión de la negociación colectiva.

Una función de apoyo a la negociación colectiva que se concreta en múltiples actuaciones.

- i. Primero está la Colección de estudios de la negociación colectiva, de cuya realización se encargan equipos de investigación de ámbito universitario bajo la dirección de profesionales de reconocido prestigio.
- ii. Asimismo, el Observatorio se ocupa de la realización y publicación anual de la Guía de la Negociación Colectiva, a cargo del profesor Tomás Sala Franco, y de un Boletín del Observatorio de la Negociación Colectiva de carácter bimestral, a partir de los estudios e informes que realizan los Servicios técnicos de la Comisión, sobre la evolución y el contenido de la negociación colectiva.
- iii. Una mención aparte merece la página web de la CCNCC, una de las más visitadas del Ministerio, que contiene una información muy detallada sobre la CCNCC —naturaleza, composición y funcionamiento— y sobre las actuaciones que desarrolla, desde los dictámenes sobre el convenio colectivo aplicable en las empresas hasta las decisiones sobre inaplicación de convenios y los informes sobre extensión de convenios colectivos, además de jurisprudencia y doctrina judicial sobre negociación colectiva, estadísticas, etc. Todo lo cual configura una página muy completa y muy útil a los usuarios y a los interesados en la negociación colectiva.
- iv. Además, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos se ocupa de la celebración de las jornadas anuales de estudio de la negociación colectiva, de foros de debate y de jornadas técnicas sobre temas relevantes relacionados con la negociación colectiva, dentro de las cuales se encuadra precisamente la celebración de esta XXIX Jornada de Estudio de la Negociación Colectiva.

En ella, como en anteriores ediciones, tendrá lugar primero una mesa de debate sobre la aplicación del III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015-2017, en la que participan representantes de las organizaciones sindicales y empresariales moderados por el Director General de Empleo.

A continuación habrá tres ponencias, a cargo de tres prestigiosos expertos, sobre la interacción entre tiempo de trabajo y negociación colectiva.

Los interlocutores sociales firmaron el 8 de junio de 2015 el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, que establece como objetivo prioritario de la negociación colectiva para el periodo 2015-2017, el «mantenimiento y recuperación del empleo de calidad».

Este tercer Acuerdo ha venido a establecer unas precisas orientaciones para incorporar en los convenios colectivos un conjunto de materias que deben coadyuvar en favor de la generación y mantenimiento de empleos de calidad y con derechos.

Se quiere con ello que la negociación colectiva sirva también como un instrumento al servicio del fomento del empleo.

Han querido los interlocutores sociales prestar una especial atención en la negociación colectiva a aquellas materias que delimitan los rasgos definitorios de un empleo de calidad, y que identifican con: la estabilidad laboral (contrato indefinido frente a contrato temporal); la protección frente a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales; la formación y cualificación profesional; la igualdad de trato y oportunidades; el acceso de los jóvenes al empleo y los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, estableciendo además como «posición común» que la ausencia de respeto a la normativa legal o pactada es reveladora de mala calidad del empleo.

En este sentido, el diálogo social se constituye como un elemento fundamental para garantizar que las relaciones laborales de un país (y especialmente de las condiciones de trabajo en las que se prestan), son estables y de calidad.

Así, el pasado lunes, con motivo de su toma de posesión, la ministra describió los cuatro escenarios en los que debe desarrollarse el diálogo en esta legislatura que ahora iniciamos: el marco del diálogo social (con representantes de los trabajadores y asociaciones empresariales); con la sociedad civil, los autónomos, el tercer sector y la economía social; el Parlamento, con todos los grupos políticos; y las CCAA.

Ya en la jornada de esta mañana los distintos ponentes abordarán la flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo.

Dicha flexibilidad constituye una de las más relevantes nuevas realidades del mundo laboral con el fin de adaptarse a las variaciones de las necesidades productivas y de la demanda y de optimizar la utilización de los recursos humanos.

Comienza a ser así muy frecuente la existencia de jornadas diversificadas, que varían en los diferentes períodos del año o días de la semana, o incluso de jornadas abiertas, que con una gran facilidad pueden ampliarse o reducirse sobre la marcha, en función de circunstancias sobrevenidas.

Esta flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo presenta sin duda grandes ventajas, en la medida, como comentaba, en que facilita una optimización de los recursos productivos de la empresa y mejora su adaptabilidad.

Asimismo, es necesario compatibilizar la necesaria flexibilidad con la garantía de los derechos de los trabajadores, fundamentalmente a través de

una acción reforzada de la Administración Laboral y de la Inspección de Trabajo, que garantice el efectivo cumplimiento de la ley y evite los abusos.

Dicho todo esto, no quiero concluir mi intervención sin referirme al que, creo, es en estos momentos el principal reto de la CCNCC: la elaboración y conclusión de un Mapa de la Negociación Colectiva. Una herramienta informática que permitirá conocer por fin cuántos convenios colectivos están vigentes, en qué ramas de actividad y para qué ámbitos geográficos, además de a cuántas empresas y trabajadores se aplican.

Ésta es una aspiración muy antigua de todos aquellos que están interesados en la negociación colectiva: por supuesto, los interlocutores sociales, verdaderos protagonistas de la negociación colectiva, pero también los consejos de relaciones laborales, que actúan como observatorios de la negociación colectiva, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, las autoridades laborales con competencia en la materia, y, en fin, los estudiosos de los convenios colectivos.

Me consta que prácticamente está concluido el proceso de desarrollo de una aplicación informática que dará soporte a ese Mapa de la Negociación Colectiva, que tendrá dos modos de búsqueda. Uno, digámoslo así, sencillo, para que cada trabajador o empresario pueda conocer el convenio aplicable a su empresa o sector y que ya está disponible. Y otro más complejo, en el que se pueden acotar criterios de búsqueda y realizar análisis estadísticos, para aquellas personas o entidades interesadas en hacer estudios o investigaciones sobre la negociación colectiva y que espero que esté disponible en las próximas semanas.

Los servicios técnicos me trasladan también que persisten todavía algunas dudas respecto de la calidad de parte de la información que alimentaría esa base de datos, principalmente como consecuencia de una posible disonancia entre el ámbito funcional del convenio colectivo, tal y como se define en el texto del mismo, y los CNAES que registra la comisión negociadora en la Hoja Estadística del mismo. Es decir, hay convenios que afectan a más de un CNAE pero al registrarlo en el sistema solo pueden poner uno, lo que priva de información al Mapa.

Por ello, en su nombre hago un llamamiento a los negociadores de esos convenios colectivos, muchos de los cuales me consta que están hoy aquí, para que revisen esas posibles incidencias, de manera que podamos en próximas fechas anunciar y hacer público ese Mapa de Negociación Colectiva.

Un anuncio que deviene más urgente si cabe a la vista de la información más reciente sobre la negociación colectiva, que muestra que la cifra de convenios colectivos registrados hasta el 31 de octubre de este año —2.646— es muy superior a la del periodo enero-octubre de los anteriores seis años.

Un particular dinamismo de la negociación colectiva que probablemente responde a la recuperación económica y al marco de estabilidad que aporta el III Acuerdo Interconfederal para el Empleo y la Negociación Colectiva, pero que sin duda exige seguir avanzando en todos aquellos instrumentos, contribuciones o ideas que faciliten los procesos de negociación, la consecución de acuerdos y la difusión de sus resultados.

Y ahora sí concluyo, deseando que estas jornadas resulten de su máximo interés y provecho y que contribuyan a un mejor conocimiento de la negociación colectiva, que permita mejorar la competitividad de las empresas, los datos de empleo y la calidad del mismo.

Muchas gracias.

Mesa Redonda
APLICACIÓN EFECTIVA DEL III ACUERDO
PARA EL EMPLEO Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
2015-2017

GONZALO PINO BUSTOS
Secretario de Política Sindical de la Comisión
Ejecutiva Confederal de UGT

RAMÓN GÓRRIZ VITALLA
Secretario de Acción Sindical de CCOO

TERESA DÍAZ DE TERÁN LÓPEZ
Directora del Departamento Socio Laboral de CEPYME

JORDI GARCÍA VIÑA
Director de Relaciones Laborales de la CEOE

Gonzalo Pino Bustos
Secretario de Política Sindical de la Comisión
Ejecutiva Confederal UGT

Este año 2016, se han cumplido nueve años desde que estalló en 2007 una crisis económica que ha dejado una profunda huella en nuestro país.

Más allá de la recuperación de las cifras macroeconómicas, la realidad es que durante este largo tiempo, se ha deteriorado la calidad de vida de la población. Los trabajadores y sus familias han perdido rentas y ha aumentado el riesgo de caer en la pobreza y la exclusión social.

Como causas de esta situación desde UGT señalamos la pérdida de empleo y el consiguiente aumento del paro, y tras tantos años, el drama del paro de larga duración. Y cada vez con más frecuencia, sin protección por desempleo.

Junto a esto, la precarización del empleo, manteniendo elevadas tasas de temporalidad, una rotación injustificada y altas cotas de parcialidad involuntaria. Todas ellas formas de subempleo que afectan a la remuneración de las trabajadoras y trabajadores.

Un empeoramiento de la calidad de vida de las personas provocado por la propia situación económica y por el Gobierno. No se puede dejar al margen del análisis las reformas laborales, muy especialmente la de 2012, y otras normas que han sustraído derechos y han limitado por ejemplo, las prestaciones. Todo en el marco de unas políticas fiscales que han llevado la austeridad (para la mayor parte de la población) hasta extremos indecentes.

Por esta razón, UGT ha exigido y sigue exigiendo (y cada vez son más las voces que se unen a nuestra petición), un giro en las políticas económicas y sociales. Entre ellas, políticas expansivas para las rentas de los trabajadores, que permitan tirar del consumo y del empleo de calidad. Para ello será necesaria una voluntad política para incrementar los salarios, desde el SMI hasta los salarios negociados.

Incluso, el pasado 26 y 27 de octubre, la Confederación Europea de Sindicatos aprobó la realización de una campaña de largo alcance para relanzar la política del sindicato a nivel europeo, que se ha reforzado en el pasado congreso del año 2015.

Esa campaña va encaminada a reforzar los salarios de los trabajadores y el poder de negociación de los sindicatos con un objetivo claro: relanzar la economía europea estimulando la demanda global.

La campaña se lanzará oficialmente el próximo diciembre en una Conferencia organizada por la CES con el apoyo de la Comisión Europea y la presidencia eslovaca. Y durará año y medio.

El mensaje fundamental de la campaña es: **EUROPA NECESITA AUMENTOS SALARIALES.**

Sin duda detrás de la campaña hay tres objetivos fundamentales que persigue la misma:

El primero: modificar las aptitudes negativas de la opinión pública, sobre que significa realmente un aumento de salarios, pero también de los empresarios y de los responsables políticos respecto a los aumentos salariales, porque en realidad la economía no crece, sino crece el consumo y la inversión.

Si damos prioridad a los salarios: y los modificamos, en favor de los aumentos salariales, cambiaremos el discurso y las políticas de la Unión Europea, lo que también forma parte de esta campaña, porque las medidas de austeridad y las consecuencias sobre los mismos son un error que han reconocido los principales organismos internacionales incluido el Fondo Monetario Internacional.

También es necesario vincular los incrementos de salario real con las ganancias de productividad, sobre todo para evitar las desigualdades en materia de distribución de la riqueza.

Por eso nosotros apostaremos decididamente por promover la negociación colectiva y el poder negociador de los sindicatos como medio más eficaz para aumentar los salarios.

El segundo: desde la CES, apoyar y ayudar a las confederaciones y federaciones nacionales para suscitar, en el ámbito nacional, peticiones públicas y políticas, en favor de la recuperación de los salarios de trabajadores y trabajadoras. Se trata de crear un movimiento (Alianza) europeo a favor de una economía más justa y dinámica, impulsada por aumentos salariales.

El tercero: apoyar las demandas de financiación y de apoyo europeo formuladas por la CES destinadas a reforzar las capacidades de los interlocutores sociales en el diálogo social y las negociaciones colectivas, para reforzar marcos nacionales eficaces de negociación.

No desconocemos que el año 2017, va a ser un año intenso. Viene marcado por acontecimientos tan importantes a nivel Europeo e internacional como el Brexit y la firma del Acuerdo Comercial entre Europa y Canadá (CETA), firmado la semana pasada, acuerdo que rebaja el nivel de exigencia de la legislación europea en materia laboral, medioambiental o de salud y, que abre la puerta al neoliberalismo económico más despiadado con la posibilidad de que la desregulación sea posible en todos estos ámbitos, primando los intereses de las grandes empresas y olvidando entre otras cuestiones el de las pymes, (que conforman más del 90% del tejido empresarial español).

Para la negociación colectiva, en el año 2017, continúan en vigor los criterios fijados en el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, pero es necesario que fijemos algunas posiciones sobre algunas materias a desarrollar y mejorar algunas otras de las incluidas en dicho Acuerdo, y otras que quedaron pendientes.

CCOO y UGT, hemos firmado un documento «ORIENTACIONES PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA 2017» cuya finalidad es establecer lo que entendemos debe ser objeto de la negociación colectiva para el futuro inmediato. En el seno de la comisión de seguimiento del III AENC estamos trabajando para concretar ya las recomendaciones en materia salarial para 2017, y desde UGT entendemos que se debería fijar una banda salarial de hasta el 4% ¿? y profundizar, en la negociación colectiva, en el desarrollo de cláusulas que ayuden a impulsar el empleo y sobre todo a mejorar la calidad del mismo, porque no podemos seguir teniendo trabajadores pobres en este país y porque la estabilidad permitirá profundizar en la recuperación del estado del bienestar, frenar el descenso de la natalidad, y potenciar el consumo y el crecimiento.

Hemos solicitado ya CCOO y UGT, a las organizaciones empresariales la apertura inmediata de un proceso negociador sobre estas cuestiones, con el objeto de renovar el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, fijándonos como prioridades en la negociación la subida de salarios, el empleo, y la calidad de la contratación, como ya he dicho.

Estamos trabajando de manera conjunta y consensuada, en la elaboración de los documentos de trabajo, en el seno de la renovación de dicho Acuerdo, uno sobre la situación de la negociación colectiva y otro sobre el escenario económico previsto en nuestro país para el año 2017, al objeto de que todas las partes trabajemos con los mismos datos.

El escenario económico en el que se desarrollará la negociación salarial en 2017, viene definido por una situación de crecimiento de la economía española siendo el cuarto año consecutivo en el que el PIB crece, los salarios deben aumentar para el conjunto de los trabajadores de este país.

Como los efectos positivos de la situación de crecimiento no han llegado a todo el mundo por la mala calidad del empleo, la devaluación salarial sufri-

da desde el año 2010 y el aumento de las desigualdades, tenemos que trabajar para erradicar esto.

Y estas negativas características fueron y todavía son fruto de un modelo de crecimiento agotado, basado en la contracción continua de los costes laborales, que no permite aumentos de competitividad y provoca un aumento del empobrecimiento de la clase trabajadora.

Este modelo injusto y que empobrece el crecimiento tiene que terminar.

La política económica, de la cual la política salarial es una pieza esencial, debería ir encaminada a: reforzar el crecimiento económico, para que genere más empleo y de mayor calidad; ayudar al cambio de modelo productivo, para hacerlo más equilibrado, eficiente y sostenible; y reducir los niveles de desigualdad y pobreza.

Para todo ello es fundamental que los salarios ganen poder de compra y que ganen participación en la distribución primaria de la renta, la que se realiza en la negociación colectiva.

Y que es necesario reforzar el crecimiento económico y ayudar a crear empleo, lo defienden incluso determinados organismos internacionales como el Banco Central Europeo, subrayando el fracaso de las políticas de austeridad extrema.

Por muchos motivos deben crecer los salarios:

Para que los salarios recuperen parte del poder de compra perdido durante la crisis, que a pesar del aumento de los últimos años propiciado por una inflación negativa, se sitúa en -4,8 puntos porcentuales desde 2009.

También los salarios deben crecer para contribuir a cambiar el modelo de crecimiento, basado en la continua caída de los costes laborales. De 2009 a 2015 los costes laborales unitarios cayeron en España 6,3 puntos porcentuales, mientras que los de la media de la eurozona aumentaron 4,8 puntos. Esta reducción de costes ha aumentado la competitividad de pocas empresas, mientras ha generado un cuantioso trasvase de rentas de los asalariados a las sociedades.

También deben crecer los salarios para equilibrar el reparto de la renta. En conjunto, de 2010 a 2015 la remuneración de los asalariados ha caído en 31.100 millones de euros, mientras que las rentas empresariales y de la propiedad han aumentado en 7.100 millones.

Y deben crecer para reducir las desigualdades y luchar contra la pobreza. España mantiene niveles de desigualdad económica y de pobreza y exclusión social de los más altos de la Unión Europea, y se han agudizado desde 2010. En especial, han aumentado los trabajadores en situación de riesgo de pobreza, que ya suponen el 13,1% de la población trabajadora, el nivel más elevado de la UE tras Rumanía y Grecia.

Y no puedo dejar de mencionar otro objetivo para el cual deben crecer: para elevar los ingresos de la Seguridad Social, que no se están recuperando como debieran en la situación actual de crecimiento económico a causa, entre otras razones, de la mala calidad del empleo generado, que conlleva salarios muy bajos y, por tanto, bases de cotización reducidas.

En este escenario, y en el marco del III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC) 2015-2017, los incrementos salariales pactados para 2017 deben contribuir al logro de los objetivos mencionados, y ello pasa por que ganen poder de compra, y que lo hagan de una manera nítida, beneficiando a todos los trabajadores y trabajadoras, y en mayor medida a aquellos que peor lo están pasando.

Por tanto los salarios deben crecer:

Por encima de la inflación (la previsión de un aumento medio de la inflación de consumo para 2017 es del 1,3%). Este debe ser un suelo irrenunciable para los incrementos salariales.

Deben ganar poder de compra, las rentas salariales deben ganar participación sobre el reparto de la renta. Ello supone trasladar a salarios todos los aumentos de productividad laboral, que para 2017 se estiman en el 1,6% en términos nominales (productividad real + inflación). Solo aumentos salariales a nivel agregado superiores a este dígito permitirán que la participación de las rentas salariales en el PIB aumente.

Y se debe incluir en los convenios una cláusula de garantía para el caso de que la inflación a final de año sea superior a la prevista, para evitar que un aumento de los precios superior al estimado inicialmente termine por absorber la ganancia de poder adquisitivo pactada.

Porque los trabajadores y las trabajadoras no pueden terminar pagando de su bolsillo la incidencia sobre los precios de factores que nada tienen que ver con ellos y que no controlan.

En materia de contratación nuestra prioridad debe ser negociar las condiciones necesarias para volver a situar en la verdadera normalidad las condiciones laborales, eliminando la precariedad y reduciendo la temporalidad.

En este sentido, además de trasladar a la CEOE y CEPYME el Acuerdo firmado por los interlocutores sociales sobre contratación temporal que dio lugar a la Directiva 1999/70/CE, y que ha sido objeto de interpretación por parte de la sentencia de 14 de septiembre de 2016 en el caso «De Diego Porras», se ha constituido con el Gobierno la «mesa de Expertos para estudiar la situación de nuestra legislación en materia de contratación y terminación de la relación laboral», y el trabajo correspondiente para reformar la misma.

El grupo de expertos tendrá una tarea difícil, porque sobre todo en materia de empleo público, la situación originada por la dispersión de la normativa

existente, fuera del ámbito del Estatuto Básico del Empleo Público (EBEP) deberá ser estudiada con cautela.

No obstante, esta sentencia en ningún momento debe servir para justificar lo que quieren algunos sectores y organizaciones de opinión, y partidos políticos que es la instauración del contrato único, contrato descausalizado y con una indemnización decreciente, porque la causalidad en la contratación temporal también es un requerimiento de la normativa Europea.

No obstante, en la actualidad como la regulación laboral básicamente no ha cambiado aunque sí es cierto que hemos tenido importantes pronunciamientos judiciales que han venido a ayudarnos en nuestra labor sindical, las orientaciones y recomendaciones para la negociación colectiva provenientes del III AENC, siguen vigente, y en las que el protagonismo es vuestro, de las federaciones estatales y de la necesidad de aumentar nuestra participación en los centros de trabajo.

Aunque la falta de Gobierno ha impedido hasta el momento la elaboración de un proyecto de Presupuestos Generales del Estado, sí existe un cuadro macroeconómico de previsiones que el Gobierno en funciones ya envió a Bruselas a efectos de dar cumplimiento a los compromisos españoles en materia de déficit y deuda, por lo que en base a esto, es posible ya negociar teniendo en cuenta esos parámetros económicos comunes y oficiales.

Además, existen numerosas estimaciones y proyecciones realizadas por diversos organismos de contrastado rigor y utilidad, que permiten complementar los datos recogidos en el mencionado escenario elaborado por el anterior Gobierno en funciones.

Resulta imprescindible desde la UGT, concretar ya con el resto de interlocutores sociales, las recomendaciones en materia salarial para el próximo año, para otorgar certeza y estabilidad a la actividad económica de las empresas y a las expectativas de vida de los trabajadores y las trabajadoras y sus familias.

También resulta imprescindible revitalizar la cláusula de garantía salarial que ha ido perdiendo peso de manera permanente en la negociación año a año y tras la crisis, pues se ha pasado a dar cobertura al 47,1% de los trabajadores con convenio en 2010 a cubrir solo al 15,9% de los trabajadores en 2015. En el total de convenios hemos pasado de un 22,2% a un 9,4% de convenio con cláusula de revisión salario y de cubrir a un 26,9% de trabajadores a cubrir a un 15,9%.

En materia de inaplicaciones, el artículo 82.3 del ET, según la Ley 3/2012, introdujo la inaplicación de las condiciones de trabajo de los convenios, entre otras, en materia salarial (incluida la cuantía), jornada y funciones.

Desde marzo 2012 a diciembre de 2015 se han registrado 6.770 inaplicaciones, que afectan a 298.278 trabajadores.

En el mes de diciembre, el 62,2% de los procedimientos afectaban exclusivamente a la cuantía salarial, y este dato se ha mantenido por encima de 60% desde que se conocen estos datos, con la única excepción de enero de 2015.

Pero los trabajadores afectados por procedimientos que exclusivamente inaplican cuantía salarial han estado muy por debajo de este porcentaje, llegando al 29,9% en enero de 2014, aunque en los últimos meses de 2014 se fueron acercando al porcentaje de inaplicaciones solo de cuantía salarial, llegando en diciembre de 2014, por primera vez, a superar el 60% (60,2%), esta tendencia ha vuelto a invertirse en los meses de 2015, registrando un mínimo del 28,7% en febrero de ese año, una diferencia de 33,7 respecto del 62,4% de procedimientos registrados en ese mes que solo inaplicaron cuantía salarial.

En este sentido, ya hemos trasladado a la CEOE y CEPYME, la necesidad de que los incrementos salariales sean tales que permitan obtener a las trabajadoras y a los trabajadores claras ganancias de poder de compra, compensando en parte la importante pérdida producida por las políticas de devaluación salarial aplicadas desde 2010.

También me gustaría subrayar otra cuestión fundamental en estas jornadas, y que forma parte del documento que sobre orientaciones hemos firmado UGT y CCOO: las empresas multiservicios.

Los trabajadores contratados por las empresas multiservicios están sufriendo una fuerte discriminación, que no se reduce sólo a las condiciones retributivas sino que afectan a otras condiciones de trabajo.

La prioridad aplicativa de los convenios de empresa por encima de los sectoriales, según la reforma laboral de 2012, ha favorecido esta situación.

Por ello es necesario que las empresas que las utilizan, las que contratan o subcontratan con otras la realización de servicios correspondientes a las actividades propias de los distintos grupos profesionales definidos por sus convenios colectivos, garanticen que los trabajadores que vayan a prestar servicios en una empresa cliente tengan las mismas condiciones salariales y laborales que ésta, o al menos las que figuren en el convenio sectorial de la actividad que sea contratada salvo que la regulación de la propia empresa sea más beneficiosa.

El año que viene será el aniversario de la Ley de Igualdad. Eliminar las desigualdades de todo tipo (edad, sexo, nacionalidad, tipo de contrato, tamaño de la empresa), debe ser una labor y un referente en la negociación colectiva.

Por último, en el marco global de la política salarial, y aunque su tratamiento no corresponde al ámbito bilateral, sino al tripartito, UGT y CCOO queremos trasladar a las organizaciones empresariales la propuesta de aumento del Salario Mínimo Interprofesional para 2017, que se inscribe en una estrategia de medio plazo dirigida a situarlo en pocos años en un nivel equivalente al 60% del salario medio neto, tal y como recomienda la Carta Social Europea.

Ramón Górriz Vitalla
Secretario de Acción Sindical de CCOO

Partiendo de los criterios adoptados en el III AENC, para CCOO los principales objetivos a plasmar en la negociación colectiva sectorial y de empresa han sido y siguen siendo los siguientes:

- La recuperación del poder adquisitivo de los salarios, fuertemente devaluados por los efectos de la crisis económica y de las reformas laborales aprobadas por los Gobiernos del PSOE y del PP (2010, 2011 y 2012).
- Que la creación de empleo vaya pareja al crecimiento de los contratos estables y de calidad, como elemento indispensable para acabar con la fuerte precariedad laboral que se ha instalado en el mercado laboral a través del uso intensivo de contratos temporales de muy corta duración y bajos salarios, y la extensión de la pobreza laboral que este tipo de contratos ha generado.
- Reforzar la negociación colectiva, especialmente los convenios y acuerdos colectivos sectoriales que cubren a más del 90% de la población asalariada, eludiendo mediante la movilización, la negociación y el acuerdo el que puedan decaer convenios colectivos por la pérdida de ultraactividad, y frente a la deriva impuesta y promovida por las últimas reformas laborales hacia la atomización de la negociación colectiva, la individualización de las condiciones de trabajo y la discrecionalidad empresarial en la toma de decisiones que afectan a los trabajadores y trabajadoras.

UNA VALORACIÓN DE LOS DOS PRIMEROS AÑOS DEL III AENC

- Desde la firma del III AENC se han firmado 2.400 convenios colectivos, que afectan a unos 4,8 millones de trabajadores. Han registra-

do efectos económicos para 2015, 5.196 convenios (entre firmados y revisados), que afectan a algo más de 9 millones de trabajadores, con un 0,74% de incremento salarial medio pactado, mientras que para 2016, en los nueve primeros meses, 2.601 convenios han registrado efectos económicos, para 6,6 millones de trabajadores, con un incremento salarial medio de 1,08%. Esto significa una recuperación del número de personas que tienen actualizadas sus condiciones de trabajo y su salario y que han obtenido una cierta mejora del poder adquisitivo en unos años de inflación negativa, pero aún por debajo del incremento recomendado en el III AENC para 2015 y 2016.

- Los convenios de empresa de nueva creación, cuyo número se disparó en 2012 y 2013, han ido remitiendo en estos últimos años, a la vez que se han firmado algunos nuevos convenios sectoriales de gran importancia por el volumen de trabajadoras y trabajadores a los que afecta y porque vienen a rellenar un vacío de regulación o a dar una regulación más específica. Es el caso de los convenios estatales de Intervención Social, el de Restauración Colectiva, el de Productores de Obras Audiovisuales y los figurantes que prestan sus servicios en las mismas o el Acuerdo Marco estatal del sector de Actividades Forestales, así como otros sectoriales de ámbitos inferiores, como el Convenio de la Comunidad de Catalunya de Hospitales de agudos, centros de atención primaria, centro sociosanitarios y de salud mental concertados o el Convenio de Logística, Paquetería y Actividades Anexas al Transporte de Mercancías de Madrid.
- Se han reducido de forma importante el número de inaplicaciones de convenio pactadas en las empresas, con respecto a los años precedentes, afectando a un número de personas muy inferior a las que se vieron afectadas por los descuelgues masivos del año 2013. No obstante, sigue habiendo un gran desconocimiento sobre las consecuencias efectivas sobre los trabajadores afectados y sobre la eventual ilicitud de muchos de los acuerdos firmados en las empresas, sin causa justificada, excediendo los límites de lo que permite la ley o a través de representantes no legitimados para firmar dichos acuerdos.
- Los ERE's también se han reducido de forma muy acusada en estos dos últimos años, aunque ya en 2014 hubo una reducción de algo más del 50% con respecto a 2013, en el número de procedimientos, en el número de empresas y de trabajadoras y trabajadores afectados. En 2015 también la reducción, sobre 2014, se situó en torno al 50%, si bien en 2016 la reducción se mantiene pero de forma menos acusada, con respecto a 2015. De hecho, aunque siguen siendo más numerosas las suspensiones temporales de contratos que los despidos, en los 8 primeros meses de 2016 ya se han superado

el número de despidos colectivos que los que se produjeron en los 12 meses de 2015, por lo que parece haber un repunte en los despidos y una menor utilización de las suspensiones de contratos y las reducciones de jornada establecidas en expedientes de regulación de empleo.

- Los acuerdos de creación o estabilidad de empleo, siguen estando muy poco presentes en la negociación colectiva, aunque algunos de los acuerdos alcanzados son relevantes, como las dos mil contrataciones indefinidas previstas en el III Plan Industrial de Renault, el pase a la plantilla de SEAT de 160 trabajadores de ETT's o la oferta de empleo de 900 plazas con la firma de los convenios de Adif, Adif Alta Velocidad y Renfe, entre otros.
- CCOO ve con preocupación la escasa utilización de los sistemas de solución autónoma de conflictos para lograr el desbloqueo de la negociación y la firma de acuerdos que los renueven. La cerrazón de algunas patronales, como la del sector estatal de Contact Center, han provocado que se hagan numerosas movilizaciones y una importante huelga general sectorial en fecha reciente.
- Siguen detectándose indicios y evidencias contrastadas de prácticas fraudulentas o abusivas en la creación de convenios de empresa de nueva creación. Una muestra evidente de ello son los más de 50 convenios de empresa multiservicio anulados por la Audiencia Nacional, tras las demandas interpuestas principalmente por CCOO y UGT. La reciente sentencia del Tribunal Supremo, viene a confirmar que la norma legal que otorga prioridad aplicativa parcial (sobre una serie de materias) al convenio de empresa, no es de aplicación a los convenios de ámbito inferior a la empresa, es decir a aquellos convenios que no afectan a la totalidad de los centros de trabajo o a la totalidad de los colectivos que la plantilla de la empresa. El establecimiento de condiciones de trabajo y retributivas inferiores a las establecidas en el convenio sectorial, son ilegales y por tanto pueden ser anuladas por los tribunales laborales, si se regulan en un convenio de ámbito inferior a la empresa.

En la salida de la crisis, CCOO reclama un cambio de rumbo en la política nacional para erradicar la precariedad laboral y las desigualdades.

A la vista de los datos fundamentales de la evolución económica en 2016, y de las previsiones contenidas en el escenario macroeconómico para 2017, vamos a reclamar unos incrementos salariales de convenio que contribuyan de manera simultánea a consolidar el crecimiento económico, a crear empleo, a mejorar la competitividad de las empresas españolas y a reducir las situaciones de pobreza laboral y las desigualdades económicas, que han aumentado de manera alarmante en los últimos años.

En el ámbito bipartito debemos plantearnos si cabe, creo que sí, apostar por un Acuerdo general a varios años. La condición necesaria es que la aparente coincidencia en relación con la negociación colectiva y su función, se traslade al acuerdo y, eventualmente al Estatuto de los Trabajadores.

Un nuevo acuerdo Interconfederal debería al menos incluir:

- I. Evaluación de los acuerdos.
- II. Marco legal de la negociación colectiva:
 - a) Comisión ad hoc.
 - b) Sujetos legitimados.
 - c) Ámbitos de negociación y prevalencia.
 - d) Inaplicación.
 - e) Modificación sustancial.
 - f) Ultraactividad.
- III. Contenidos de la negociación:
 - a) Empleo.
 - b) Formación.
 - c) Salarios.
 - d) Igualdad.
 - e) Salud y seguridad.
 - f) Participación sindical en la empresa.
- IV. Estructura y articulación
- V. Mecanismos de seguimiento

Adicionalmente otras materias que podrían ser abordadas en un proceso bilateral de negociación y que deberían ser objeto de tratamiento en un escenario tripartito de concertación:

- 1. Políticas activas de empleo Administración Central y Autonómicas.
- 2. Reforma mercado de trabajo
 - a. Contratos.
 - i. Contrato interinidad
 - ii. Temporales.
 - b. Bonificaciones y reducciones.
 - c. Despido individual y colectivo.
- 3. Formación profesional.
- 4. Formación Dual
- 5. Convenio oficinas y despachos, multiservicios, convenios con conflicto.
- 6. Prevención de Riesgos Laborales/adaptación.
- 7. Agenda digital sociedad española.
- 8. Financiación interlocutores sociales.
 - a. Formación sindical y empresarial.
- 9. Pensiones.
- 10. Ley de participación institucional.
- 11. Consejo Económico y Social.

12. Salario Mínimo Interprofesional.
13. Directivas UE
 - a. Discriminación.
 - b. Tiempo parcial.

La apertura eventualmente de un proceso de concertación social para el sindicato tiene diversos objetivos como son revertir las reformas laborales; reducir las insoportables tasas de desempleo y precariedad; combatir la pobreza en sus múltiples expresiones; impulsar la igualdad entre mujeres y hombres; recomponer los sistemas de protección social; recuperar la calidad de los servicios públicos y sociales y garantizar a futuro al sistema público de pensiones.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD

Teresa Díaz de Terán López
Directora del Departamento Socio Laboral de CEPYME

Presidente de la Comisión Consultiva, Director General de Empleo, Señoras y Señores.

Muchas gracias, es un honor asistir a esta Vigésimo Novena Jornada de Estudio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, para comentar la aplicación efectiva del III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016, 2017.

Antes de entrar en el III Acuerdo quisiera destacar lo siguiente:

La Constitución recoge la autonomía de los particulares, limitando las competencias estatales en el ámbito de las relaciones laborales, al reconocer en el artículo 7 el papel de los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales en la «defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios».

Y, al garantizar en el artículo 37 el derecho a la negociación colectiva, encomienda a los agentes sociales la determinación de las condiciones de trabajo, con respeto a unas reglas y propicia la posibilidad de que las organizaciones empresariales y sindicales establezcan nuevas formas de negociación. Por tanto se reconoce el valor de la negociación colectiva como vía ordenadora de las relaciones laborales.

Dicho esto, hace un año, por estas fechas estábamos en este foro reflexionando en torno al III AENC, acuerdo que habíamos firmado unos meses antes. Y déjeme recordar, brevemente, algunas consideraciones que entonces hice sobre el Acuerdo:

1. Resalté que fue el resultado de un intenso proceso de negociación y del esfuerzo de los representantes de ambas partes.
2. También me referí entonces al valor del acuerdo, entre empresarios y sindicatos, y por ser el primero tras unas circunstancias económicas especialmente difíciles.

3. Creo que representó un motivo de esperanza tras la grave situación económica que habíamos atravesado y un claro mensaje de confianza, no sólo para los agentes económicos y los mercados financieros sino también para la sociedad.

La firma del III Acuerdo se enmarca en una nueva etapa de consolidación económica a la que el III Acuerdo quiere contribuir. No obstante, el capítulo III del AENC, de título «Criterios en materia salarial», recoge la intención de las partes negociadoras de llevar a cabo «una política salarial que contribuya de manera simultánea a la reactivación económica, a la creación de empleo y a la mejora de la competitividad de las empresas españolas».

Quiero recordar a continuación algunos datos.

El paro registrado de los últimos doce meses refleja una bajada del desempleo en 411.387 parados registrados, lo que supone una reducción del 9,85% interanual, (el mayor descenso interanual registrado a lo largo de toda la serie histórica). No obstante, seguimos superando 3.700.000 (4.185.285 si contabilizamos a los excluidos de las listas oficiales).

En términos interanuales la afiliación aumenta en 591.889 personas, de las que 560.817 corresponden al Régimen General, el incremento más elevado desde 2005, año en que se produjo la regularización masiva de inmigrantes. De esta forma la tasa interanual positiva se acelera hasta el 3,44%.

La EPA del tercer trimestre de 2016 refleja también esa tendencia positiva del mercado laboral. Así, los ocupados aumentaron en 226.500 personas, cifra superior a la que se registró en el mismo periodo del año anterior. La economía española continúa creando empleo a buen ritmo en términos interanuales (2,7%) e, incluso, intensifica el ritmo de crecimiento. Entre el tercer trimestre de 2016 y el mismo periodo de 2015, la economía española ha aumentado el número de ocupados en 478.800 personas. El número de ocupados alcanza las 18.527.500 personas, situándose en cifras de 2011.

El número de parados se sitúa en 4.320.800 personas, por lo tanto, en niveles de 2009. Desde el tercer trimestre de 2015, el número de desempleados ha bajado en 530.000 personas y la tasa de paro disminuye hasta el 18,9%, la tasa más baja desde 2009. Para finalizar, el número de hogares con todos sus miembros activos en desempleo desciende en 55.500 y aumenta el número de hogares con todos sus miembros activos ocupados en 160.800.

Podemos afirmar que en 2016 se está consolidando la recuperación de la actividad. Este es también el caso para las pymes. Concretamente:

- Estimamos que en 2016 se mantendrán los ritmos de crecimiento actuales de las ventas y se mantendrán los niveles de los márgenes de la mayor parte de sectores de actividad donde predominan las empresas de reducida dimensión.

- El crecimiento de la cifra de negocios en las pymes se situará en el conjunto de este año en el entorno del 3,0%.

Esto no significa que se hayan resuelto todos los desequilibrios que afectan a nuestra economía: en un supuesto empeoramiento de las condiciones del entorno, podrían cambiar las expectativas, la demanda de estas empresas y sus condiciones de financiación. Nuestros ratios de endeudamiento de las empresas y la carga por intereses asociados a la deuda siguen siendo elevados, mostrando un elemento de vulnerabilidad adicional de nuestras compañías.

Y este es el marco del mercado laboral en el segundo año de vigencia del III AENC ¿Qué está ocurriendo con la negociación colectiva y III AENC?

Aunque es difícil realizar afirmaciones categóricas en materia de negociación colectiva, se observa un incremento muy relevante de los trabajadores cubiertos en convenio colectivo a partir del mes de julio de 2015. Esto puede atribuirse a la firma del III AENC y a los cambios introducidos en el registro de revisiones salariales.

Además, el III AENC no ha ocasionado una distorsión en la estructura de la negociación colectiva, especialmente si se tiene en cuenta las nuevas unidades de negociación, que representan a un número relativamente escaso de trabajadores.

En materia salarial, si se analizan los porcentajes medios de variación salarial pactada inicial en los convenios colectivos se aprecia un crecimiento relevante en 2015, con un incremento muy significativo en los primeros meses de 2016, que va disminuyendo progresivamente. La variación salarial pactada en los convenios con efectos económicos en 2016, registrados hasta 31 de agosto de 2016, desciende respecto a meses anteriores hasta el 1,09%, siendo el 1,10% para los firmados antes de 2016 y el 1,04% en los firmados en 2016. Por lo tanto, al contrario de lo que ocurriera hasta agosto de 2015, se están pactando incrementos inferiores en los convenios firmados en 2016 que en los suscritos antes de dicho año, lo que refleja cierta contención en los pactos salariales.

El mayor porcentaje de trabajadores cubiertos por convenios con variación salarial pactada para 2016, en concreto el 53,60%, tienen pactado en sus convenios incrementos salariales que oscilan entre el 1% y el 1,5%, en línea con las recomendaciones del III AENC, y el 33,29% tienen incrementos entre el 0,50% y el 0,99%.

La economía española vuelve a crecer a ritmos vigorosos, como no lo hacía desde 2008, siete años después de la crisis financiera internacional. Este crecimiento se basa en diversos factores, externos e internos, y está ayudando a recuperar y consolidar posiciones a las empresas españolas y a sus trabajadores.

Si tuviéramos que destacar los factores que están ayudando a la recuperación mencionaría:

- la situación de mejora generalizada de las condiciones de financiación de la economía española, que ha sido una de las principales causas que han contribuido a la recuperación económica.
- las políticas monetarias del BCE, que han abaratado los costes financieros; pero también las reformas de nuestro sistema bancario en el ámbito nacional, junto con los avances en la unión económica y monetaria que han propiciado un euro más competitivo.
- también los factores que, fuera de nuestro control, pero para bien en nuestra economía, han hecho que las materias primas energéticas alcanzasen precios muy favorables, que la economía española ha sabido aprovechar mucho mejor que las de nuestro entorno.
- y desde luego, y sin reservas, las reformas estructurales adoptadas en nuestro país en los últimos años.

En nuestra opinión estas actuaciones, a las que me acabo de referir, no hubieran surtido los efectos constados si las reformas emprendidas desde hace años no se hubiesen llevado a cabo. Es verdad que queda mucho por hacer, pero las reformas adoptadas han preparado el terreno para que los restantes factores aludidos, posteriores en el tiempo, beneficiasen a la economía española muy por encima de lo que lo están haciendo en todas las demás economías de nuestro entorno. Así, han posibilitado que cada punto de crecimiento de PIB esté generando ahora mucho más empleo que antes, independientemente de qué factores están haciendo crecer el PIB español, entre los que también deben citarse las reformas adoptadas.

Estas reformas, como es bien sabido, han reducido el enorme *gap* existente en materia de costes de despido entre los diversos tipos de contratos existentes, al tiempo que han facilitado la flexibilidad interna de las empresas, elemento crucial para la gestión de las de escala más reducida.

En este desarrollo, las pymes españolas están participando plenamente, impulsadas por la mejoría del acceso y coste de la financiación, empezando por la del circulante, del que dependen decisivamente.

Para 2017 se espera que la economía continúe creciendo, aunque a un ritmo más moderado (de una media del 2,9% previsto para 2016 al 2,3% en 2017, según el cuadro macroeconómico del Gobierno). Esta desaceleración provendría, esencialmente, de la demanda interna, por un menor empuje tanto del consumo (sobre todo, de los hogares) como de la inversión en maquinaria y bienes de equipo. En todo caso, consecuentemente con ese menor crecimiento económico previsto, se estima una reducción

del ritmo de aumento del empleo para 2017, que pasaría del 2,7% al 2,2% (previsiones del Gobierno, en puestos de trabajo equivalentes a tiempo completo).

Como he dicho, las perspectivas 2017 son de consolidación de la recuperación económica, si bien con algo de pérdida de impulso con respecto a los periodos posteriores a la salida de la crisis.

Muchas gracias.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Jordi García Viña*
Director de Relaciones Laborales (CEOE)

1. INTRODUCCIÓN

El 8 de junio de 2015, CEOE, CEPYME, CCOO y UGT firmaron el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva, con vigencia los años 2015 a 2017, ambos inclusive, con la finalidad, desde su naturaleza obligacional, de facilitar a los negociadores criterios, orientaciones y recomendaciones para la negociación de sus convenios.

La experiencia positiva de acuerdos anteriores evidenciaba que el establecimiento de criterios, orientaciones y recomendaciones para acometer los procesos de negociación colectiva había colaborado a afrontar en mejores condiciones las situaciones de crisis e incertidumbre económica, a adaptarse al entorno cambiante que tienen empresas y trabajadores, así como a minimizar los efectos de estas situaciones sobre el empleo.

El III AENC tenía como objetivo fundamental contribuir a la recuperación económica y del empleo. Para ello persistió y profundizó en los objetivos y criterios de acuerdos anteriores, con el fin de dar continuidad a compromisos que apuestan por lograr un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores.

No obstante, en este Acuerdo se quiso prestar una especial atención al empleo, dada la grave situación de desempleo existente y a la necesidad de impulsar la competitividad de nuestras empresas como garantía del empleo.

El Acuerdo también apostó por la modernización de la negociación colectiva, cuyo objetivo último es que los convenios colectivos den respuesta clara y directa a las necesidades reales de las empresas.

* El autor ha actualizado los datos y comentarios de esta intervención en 2017.

El III ANC partía de un escenario en el que en 2015 se estaba consolidando la recuperación de la actividad, proveyéndose una continuidad de esa recuperación en 2016 y 2017, aunque el grado de incertidumbre era muy elevado a medida que iba transcurriendo el tiempo.

La situación era compleja debido a factores que limitaban el crecimiento y hacían a la economía española más vulnerable ante cualquier episodio de incertidumbre. Entre estos factores se encontraba la alta tasa de paro, el abultado déficit público, el elevado nivel de endeudamiento, las dificultades de acceso a la financiación y los altos niveles de desigualdad y exclusión social.

Este Acuerdo tenía una duración diferente para las recomendaciones salariales, ya que regulaba que para determinar el aumento a aplicar a los salarios negociados en los convenios colectivos para el año 2017, las organizaciones firmantes tomarán como referencia la evolución del PIB en 2016 y el cuadro macroeconómico del Gobierno para 2017, y lo concretarán en los tres meses siguientes a la publicación de este último.

El acuerdo no se consiguió y en la actualidad, las organizaciones firmantes, conforme al mandato que se reunirán tres meses antes de la finalización del año 2017, al objeto de iniciar las negociaciones de un nuevo Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva con la vigencia que se determine, han iniciado sus reuniones.

2. LA SITUACIÓN ECONÓMICA A FINALES DE 2017

En julio de 2017 el Gobierno mejoró las perspectivas de la economía española. En concreto, revisó al alza el crecimiento del PIB hasta el 3% en 2017 y el 2,6% en 2018, una previsión prudente y alcanzable. Esta situación está permitiendo una notable recuperación del empleo. Así, el Gobierno estima una creación de medio millón de puestos de trabajo cada año, si bien hasta el año 2020 no se alcanzarán el nivel de ocupados anteriores a la crisis.

Tras esta favorable marcha de la economía se encuentran una serie de factores que están evolucionando mejor de lo esperado (exportaciones, creación de empleo y actividad del sector constructor) y que están compensando los elementos que podrían estar ralentizando la economía (precio del petróleo, política fiscal e incertidumbre política e internacional). Además, todavía se mantienen otros elementos de impulso como los bajos tipos de interés y la prolongación de las medidas de política monetaria expansiva del BCE, que favorecen las condiciones financieras.

En lo transcurrido de 2017, la inflación española ha registrado una clara tendencia descendente desde el 3,0%, registrado en enero y febrero, hasta el 1,5% registrado en junio y julio. Al mismo tiempo, la inflación subyacente ha registrado tasas muy contenidas, en torno al 1%, sin que se observen presio-

nes inflacionistas en ninguno de sus componentes.. En los próximos meses, si el petróleo se mantiene en los niveles actuales, el incremento anual de sus precios se irá reduciendo gradualmente hasta el entorno del 1%. Para 2018, las previsiones apuntan a que la inflación seguirá moderada, en el entorno del 1% para la media del año.

La negociación colectiva, habiendo entrado en el último trimestre de 2017, sigue su curso como así ha sido en 2014, 2015 y 2016 cuando la recuperación económica española es una realidad tanto en crecimiento de PIB, creación de empleo y ganancia de poder adquisitivo de los salarios gracias a inflaciones medias anuales negativas durante tres años seguidos.

Mirando detalladamente la negociación, la gran mayoría de los convenios se están firmando entre incrementos del 0,5 y el 2%. Con datos de septiembre de 2017, el 77,2% de los convenios que representan el 93,3% de los trabajadores.

Tras un importante crecimiento de las rentas salariales entre el año 2000 y 2008, concretamente el 72% en términos nominales sin tener en cuenta el número de perceptores, entre 2009 y 2013, en las mismas condiciones el retroceso fue del 11,9%. Sólo, a partir de 2014, favorecido por el crecimiento económico, las rentas salariales vuelven a incrementarse a buen ritmo. No hay ninguna duda que, durante este período, el progresivo crecimiento de las pensiones y las percepciones por diferentes subsidios han atemperado la problemática social.

Actualmente, la negociación nos lleva a que la media de los salarios pactados en convenio colectivo puede llegar en toda la negociación colectiva al final del año entre 1,6 y 1,8 por ciento, siempre por debajo de la inflación prevista del Banco Central Europeo o muy cerca salvo que los precios del petróleo se desboquen de aquí a final de año, lo cual no parece previsible.

La inflación baja está para quedarse gracias, en parte a la política monetaria de los grandes bancos centrales así como a la caída en los precios de las materias primas, la expansión del comercio mundial, las nuevas ofertas de los diferentes mercados y la revolución tecnológica que ha bajado costes.

Los incrementos salariales deben venir por la productividad, la competitividad y la mejora de los márgenes empresariales. Ya nunca más tendrá nada que ver con la inflación. Y, además, sin perder de vista la inflación y los incrementos de salarios de los grandes países de la Unión Europea.

Además, no tiene sentido poner como condición definitiva y fundamental la cláusula de revisión salarial que, precisamente, ha ido desapareciendo en los últimos años desde el 47,40% del total de los convenios en 2010 hasta por debajo del 20% con datos provisionales en 2016.

Respecto a los márgenes empresariales, la buena noticia es que vuelven y así queda reflejado en el impuesto de sociedades, que no volverá a las

atípicas cifras de 2007 de 44.823 millones de euros, pero entra ya en plena recuperación, muy importante en grandes empresas, menos en medianas, algo más en las pequeñas y todavía con grandes dificultades las muy pequeñas y los empresarios individuales. Con los últimos datos de la Agencia Tributaria sólo algo más del 50% de las empresas que presentan impuesto de sociedades, descontadas las inactivas, tiene resultados positivos. Y esos resultados, cuando son positivos, entendemos deben quedar repercutidos en una mejora de los salarios en justa correspondencia.

3. ¿EN QUÉ FORMA LOS CONVENIOS COLECTIVOS PUEDEN AYUDAR A ESTE PROCESO?

Los convenios colectivos, según el art. 85.1 ET, y dentro del respeto a las leyes, pueden regular materias de índole económica, laboral, sindical, asistencial y, en general, las que afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de las relaciones de trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales.

Este contenido está integrado por el conjunto de cláusulas y estipulaciones acordadas por los sujetos negociadores que regulan las relaciones individuales y colectivas de trabajo en un determinado ámbito.

La libertad de negociación implica que en el convenio se pueden establecer las condiciones que las partes tengan por conveniente y de la manera que estimen oportunas¹, puesto que, al no ser un sistema cerrado de conceptos jurídicos determinados, tienen que valorarse las peculiaridades de cada caso, atendiendo a la voluntad de las partes, al contenido de los pactos y a la finalidad que se persigue².

Existe una cierta coincidencia en la mayoría de convenios colectivos en relación a determinadas cláusulas.

<i>Salario</i>	Estructura salarial	95,80%
	Complemento salarial por antigüedad	65,02%
	Complemento salarial relacionado con el puesto de trabajo	74,65%
	Complemento salarial de trabajo en festivos	38,87%
	Complemento salarial de trabajo nocturno	69,55%

¹ STC 58/1985, de 30 de abril y STC 95/1985, de 29 de julio.

² STS 19 de junio de 1995 (RJ 1995, 5204).

<i>Jornada Laboral</i>	Distribuciones irregulares de jornada	67,92%
	En jornada continuada de más de 6 horas, consideración como tiempo de trabajo efectivo el período de descanso	47,12%
	Régimen de trabajo a turnos	43,35%
	Adaptación de jornada	36,40%
	Permisos retribuidos por circunstancias personales o familiares	60,96%
	Acumulación de lactancia en jornadas completas	48,03%
	Compensación de horas extraordinarias con abono dinerario	81,23%
	Compensación de horas extraordinarias con tiempo de descanso	55,63%
<i>Empleo y contratación</i>	Duración máxima del período de prueba distinta a la establecida legalmente	31,48%
	Contrato eventual	55,13%
	Contrato en prácticas	35,51%
	Contrato para la formación	44,59%
	Contrato a tiempo parcial	33,45%
<i>Igualdad y no discriminación</i>	Medidas en materia de contratación	31,36%
	Medidas para prevenir el acoso sexual o acoso por razón de sexo	45,59%
	Medidas para la protección de las víctimas de violencia de género	35,58%
<i>Formación y cualificación</i>	Cursos de formación	37,80%
	Permisos retribuidos para la formación	31,70%
	Participación de los representantes de los trabajadores en formación	39,58%
<i>Clasificación profesional</i>	Grupos profesionales	65,85%
	Categorías profesionales	52,94%
	Niveles retributivos	50%
<i>Movilidad funcional</i>		50%
<i>Jubilación parcial</i>		39,63%
<i>Mejoras voluntarias</i>	Complemento a la enfermedad común	62,87%
	Complemento a AT/EP	70,32%

<i>Actividad sindical</i>	Ampliación de competencias y garantías	42,14%
	Acumulación de horas sindicales	59,77%
<i>Procedimientos de mediación y arbitraje para interpretación y aplicación del convenio</i>		56,83%

Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Porcentajes de trabajadores afectados por determinadas cláusulas de convenio colectivo (principales magnitudes). Total convenios de 2016.

El art. 86.3 ET, y aunque con una finalidad distinta, al menos de manera expresa hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de marzo, había mantenido la diferencia entre contenido normativo, como las condiciones de trabajo y empleo y el contenido obligacional o instrumental, que consiste en los compromisos que adopten las partes entre sí para salvaguardar la vigencia del propio convenio, principalmente el deber de paz, que supone la renuncia a la actuación huelguística durante la vigencia del convenio.

Sin embargo, en la actual regulación no existe ninguna referencia a esta diferencia, por lo que deja total libertad a las partes en la determinación de diferentes regímenes jurídicos para estas cláusulas.

El contenido normativo del convenio está integrado por el conjunto de disposiciones que regulan el régimen jurídico de los contratos individuales de trabajo, incluyendo tanto materias individuales³ como colectivas, dentro de su ámbito de aplicación, ya se encuentren vigentes en el momento de la entrada en vigor del convenio, ya se celebren posteriormente⁴.

El propósito de estas cláusulas es la regulación general y abstracta de las relaciones de trabajo de los empresarios y trabajadores a quién es de aplicación el convenio; sin que sea necesaria su aceptación, de forma tal que no pueden eludir su cumplimiento.

Son ejemplos de cláusulas normativas, según la jurisprudencia, las siguientes:

- El contenido mínimo, regulado en el art. 85.3 ET.
- Los pactos generales de carácter formal que configuran el convenio como norma jurídica.
- Los pactos particulares reguladores de las condiciones de trabajo⁵.

³ STS 29 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4703).

⁴ STS 29 de abril de 2003 (RJ 2003, 4073).

⁵ STS 26 de abril de 2007 (RJ 2007, 3771).

- La cláusula de revisión salarial⁶.
- Las normas orgánicas que definen estructuras estables para la gestión de las acciones y funciones previstas en el convenio⁷.
- Las reglas de regulación de un comité intercentros⁸.
- La constitución de fondos asistenciales y sindicales regulados en convenio⁹.
- La creación y competencias de la comisión paritaria del convenio¹⁰.
- La ampliación de los derechos y garantías de las secciones sindicales¹¹.
- El establecimiento de cláusulas sobre canon o cuota por negociación colectiva¹².
- La retención de cuotas sindicales, los locales o la acumulación del crédito horario¹³.
- El régimen jurídico de la comisión de seguridad y salud en el trabajo y las comisiones técnicas¹⁴.
- La cláusula en la cual se establece la creación de determinados puestos de trabajo, aunque se esté tramitando un expediente de regulación de empleo¹⁵.

De la misma manera, y aunque la referencia fue eliminada del texto legal, pueden incluirse materias de índole asistencial, que de acuerdo con el art. 39.2 LGSS, sólo puede referirse a mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social¹⁶. Concretamente se incluyen indemnizaciones de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, jubilación, prestaciones complementarias, especialmente en relación a la incapacidad temporal, vivienda, transportes, estudios y estructuras asistenciales¹⁷. Sin embargo, no son negociables ni la configuración de las contingencias, ni las condiciones de acceso a las prestaciones.

En cuanto a la regulación de edades de jubilación forzosa como causa de extinción del contrato, posible durante muchos años¹⁸, fue derogada en 2001,

⁶ STS 16 de junio de 2008 (RJ 2008, 4125) y STS 9 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2729).

⁷ STS 20 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9386) y STS 11 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 3268).

⁸ STS 1 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 3729).

⁹ STS 21 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10346), STS 21 de enero de 2003 (RJ 2003, 2807), STS 29 de abril de 2003 (RJ 2003, 4073) y STS 2 de julio de 2009 (RJ 2009, 5523).

¹⁰ STS 28 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7682), STS 16 de junio de 1998 (RJ 1998, 5398) y STS 20 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 464).

¹¹ STS 11 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 3268).

¹² STC 98/1985, de 29 de julio y STS 3 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2072).

¹³ STS 19 de julio de 1996 (RJ 1996, 6367).

¹⁴ STS 11 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 3268).

¹⁵ STS 26 de abril de 2007 (RJ 2007, 3771).

¹⁶ STS 4 de julio de 1994 (RJ 1994, 6335), STS 19 de abril de 1996 (RJ 1996, 3328) y 26 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2493). Sin embargo, matiza esta postura la STS 5 de marzo de 1996 (RJ 1996, 1974).

¹⁷ STS 16 de julio de 2003 (RJ 2003, 7256) y STS 10 de febrero de 2005 (RJ 2005, 3677).

¹⁸ STS 25 de febrero de 1994 (RJ 1994, 2481), STS 2 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2048), STS 30 de junio de 1994 (RJ 1994, 5510), STS 18 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6579) y STS 23 de julio de 1996 (RJ 1996, 1871).

lo que originó una discusión jurisprudencial sobre si desaparecida esta posibilidad se podía seguir negociando en los convenios colectivos¹⁹; interrogante resuelto en la Ley 14/2005, de 1 de julio, que introdujo una nueva regulación. En la actualidad, tras la modificación de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, no es posible pactar este tipo de cláusulas en los convenios colectivos, ya que se entienden nulas y sin efecto las cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el incumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas.

A parte de estas cláusulas, el propio art. 85.1 *in fine* ET establece que se pueden regular los procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 del propio texto legal. Los laudos arbitrales que se puedan dictar «*tendrán la misma eficacia y tramitación que los acuerdos en período de consultas*» y pueden ser impugnados en los mismos términos que los laudos dictados para la solución de las controversias derivadas de la aplicación de los convenios.

Además de este contenido y de las cuestiones relativas a igualdad de trato y de oportunidades, el primer párrafo del art. 85.2 ET establece la posibilidad de articular procedimientos de información y seguimiento de los despidos objetivos, en el ámbito correspondiente.

De la misma manera también existen en el articulado del propio Estatuto de los Trabajadores múltiples preceptos que establecen toda una serie de materias que pueden ser afectadas, de formas distintas, por la negociación colectiva.

Finalmente, estas cláusulas normativas tienen carácter de fuente del derecho, según el art. 3.1.b) ET, siendo su cumplimiento obligatorio al generar derechos que pueden ejercitarse directamente, de forma que su incumplimiento constituye una infracción laboral merecedora de la correspondiente sanción administrativa.

El contenido obligacional del convenio está integrado por cláusulas y estipulaciones de carácter instrumental que crean derechos y obligaciones para las partes negociadoras con el fin de garantizar la observancia global y la duración del convenio²⁰.

Suelen establecer compromisos para evitar situaciones conflictivas (cláusulas de paz), hacer más sencilla la aplicación de los pactos (creación de órganos o comisiones *ad hoc*, previsión de reuniones o concreción de acuerdos expresados en términos generales) o preparar la negociación de futuros convenios (cláusulas de negociación futura).

¹⁹ STC 341/2006, de 11 de diciembre, STS 9 de marzo de 2004 (RJ 2004, 873), STS 28 de mayo de 2004 (RJ 2004, 5032), STS 2 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 254), STS 5 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2128) y STS 3 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4496).

²⁰ STS 21 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10346).

Estas cláusulas van dirigidas singularmente y obligan a las propias partes negociadoras del convenio, generando sólo derechos y obligaciones entre ellas, sin perjuicio que sus destinatarios indirectos puedan ser los trabajadores y empresarios incluidos dentro de su ámbito de aplicación.

Entre este tipo de cláusulas, cabe citar las siguientes:

- Cláusulas de creación de comisiones paritarias²¹.
- Cláusulas de vinculación a la totalidad, es decir, aquellas en que se declara la nulidad total del convenio en el caso de que la jurisdicción laboral declara nulo alguno de los preceptos del convenio²².

Dentro del contenido obligacional, las cláusulas más importantes son las denominadas de paz sindical, a través de las cuales, las partes negociadoras proscriben la huelga durante la vigencia del convenio colectivo, bien en relación con cualquier materia hayan sido o no objeto de regulación convencional, en este caso se denominan deber de paz absoluto, o si tan sólo se refieren a las materias contempladas en el convenio, entonces son denominadas deber de paz relativo.

La cláusula de deber de paz absoluto implica el compromiso de los firmantes del convenio de no ir a la huelga durante la vigencia del convenio.

Este pacto no limita el derecho fundamental de ejercicio de la huelga, ya que no se trata de una renuncia definitiva e irrevocable, sino de una renuncia temporal y transitoria y no afecta el derecho mismo sino a su ejercicio, de forma que no hay extinción del derecho, sino compromiso de no ejercitarlo, con consecuencias en caso de incumplimiento²³.

Su eficacia está limitada a las partes firmantes del mismo y en el tiempo, vinculando tan sólo a las materias acordadas²⁴. Por este motivo, nada impide a los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio o a otros sujetos colectivos ejercitar su derecho de huelga durante la vigencia del mismo.

Es admisible incorporar la cláusula de paz social en convenios extraestatutarios, porque a pesar de que no existe precepto legal que lo permita, tampoco se prohíbe.

En cambio, en relación al deber de paz relativo, se considera ilegal la huelga que tenga por objeto alterar, durante su vigencia, los pactos regulados en convenio colectivo.

²¹ STS de 21 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10346). Sin embargo, según la STS de 28 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7862) y STS de 2 de junio de 1998 (RJ 1998, 4941), tienen carácter normativo las cláusulas de sometimiento previo de las divergencias a la comisión paritaria antes de acudir a la vía jurisdiccional.

²² STS de 22 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7576).

²³ STC 11/1981, de 8 de marzo.

²⁴ STS 1 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2829). Sobre la vigencia del acuerdo de desconvocatoria de huelga, véase STS 12 de abril de 2011 (RJ 2011, 3826).

Sin embargo, es posible dicha convocatoria durante el periodo de vigencia cuando la finalidad no sea estrictamente su modificación o alteración, por ejemplo, cuando la reivindicación consista en algún punto no regulado en el convenio, cuando lo que se pretende es reclamar la interpretación o aplicación del convenio o cuando se haya producido un cambio absoluto de las circunstancias que rodearon a la negociación del convenio, en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*²⁵.

Después de la reforma de 2012, son este tipo de cláusulas las únicas que de manera segura se mantienen ya que en la redacción del art. 86.3 ET son las que expresamente se citan, al regular que durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia.

El incumplimiento de estas cláusulas no supone la aplicación de sanciones administrativas, aunque la parte afectada sí puede exigir responsabilidades.

Excepto pacto en contrario, carecen de eficacia una vez denunciado el convenio colectivo²⁶ y en caso de extensión del convenio colectivo, según el art. 9.1 del Real Decreto 718/2005, de 20 de junio, la resolución *«podrá decidir, además, sobre aquellas disposiciones del convenio colectivo que resulten inaplicables, con especial consideración de las cláusulas obligacionales»*.

El art. 85.3 ET regula el contenido mínimo que ha de contener los convenios colectivos, de la misma que sucede en otros países de la Unión Europea.

En España, después de las diversas reformas, los convenios tienen que contener necesariamente las siguientes cuestiones:

- Determinación de las partes que los conciertan.
- Ámbito personal. Se refiere a los empresarios y a los trabajadores obligados por las cláusulas del convenio. Hay que tener en cuenta que la exclusión de determinados grupos de trabajadores se encuentra sometida al principio de igualdad; aunque no toda exclusión es discriminatoria.
- Ámbito funcional. Se refiere al marco donde se aplica el convenio, o sea, el tipo de empresas a las cuales se aplica el convenio. Suelen plantearse problemas cuando a la hora de determinar el convenio aplicable, no existiendo un convenio propio de empresa, existen diversidad de actividades económicas en una misma empresa, en este caso se suele

²⁵ STC 11/1981, de 8 de marzo.

²⁶ STS 20 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9486).

aplicar el principio de unidad de empresa, de acuerdo con los criterios de actividad principal o preponderante²⁷.

- Ámbito territorial. Se refiere al espacio geográfico del convenio y sólo puede ser empresarial, provincial, autonómico o estatal.
- Ámbito temporal. Se refiere a la duración del convenio, teniéndose que establecer la fecha de entrada en vigor y su duración.
- Procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación para la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos de conformidad con lo establecido en el art. 41.6 ET y para la no aplicación del régimen salarial a que se refiere el art. 82.3 ET, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en estos artículos.
- Forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo mínimo para dicha denuncia antes de finalizar su vigencia.
- Designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas por la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, así como establecimiento de procedimientos y plazos de actuación, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico²⁸.

Además de éstas, cabe citar los mecanismos de inaplicación en la empresa de condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo, regulados en el art. 82.3 ET.

Esta posibilidad, ya regulada en el año 1994, con la denominación de «condiciones y procedimientos para la no aplicación del régimen salarial», también llamada cláusula de descuelgue, se había admitido cuando tenían como finalidad la creación o estabilidad en el empleo²⁹, siempre que existiera una justificación real, objetiva y razonable, así como una relación de causalidad adecuada entre la medida propuesta y el sacrificio que se impone y no tiene que suponer la regularización de situaciones anteriores abusivas o de ilegalidad³⁰. En todo caso, este mecanismo ha sido modificado profundamente en los años 2010, 2011 y 2012.

²⁷ STS 20 de enero de 2009 (RJ 2009, 661) y SAN número 53/2014, de 14 de marzo (AS 2014, 886).

²⁸ STS 11 de julio de 2000 (RJ 2000, 7208), STS 5 de abril de 2001 (RJ 2001, 4886), STS 30 de octubre de 2001 (RJ 2001, 2381), STS 17 de febrero de 2003 (RJ 2004, 1908), STS 20 de mayo de 2004 (RJ 2004, 5161) y STS 16 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3510).

²⁹ STS 3 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8659).

³⁰ STS 17 de junio de 2002 (RJ 2002, 7909).

Finalmente el contenido del convenio colectivo se regula en términos muy amplios, comprensivos de materias que, de una u otra forma, puedan interesar a los sujetos de las relaciones individuales o colectivas de trabajo, sin más limitación que el respecto a las leyes.

El Estatuto de los Trabajadores reconoce la libertad de las partes negociadoras para establecer el contenido de la negociación, por lo que la negociación colectiva en España presenta unas cláusulas que pueden ser calificadas como de tradicionales, que son las siguientes:

Cláusulas de vinculación a la totalidad, en las que se parte de la consideración del convenio colectivo como un todo orgánico e indivisible.

En esta cuestión, aunque los tribunales habían aceptado el efecto de la nulidad total, posteriormente han entendido que estas cláusulas no pueden tener como efecto la nulidad de la totalidad del convenio, ni la suspensión de su vigencia, aunque sí permiten exigir la renegociación del mismo³¹.

Cláusulas de respeto de los derechos adquiridos, de garantía *ad personam* o de respeto a la condición más beneficiosa.

En general su efecto no es necesario ya que, en aplicación del art. 3.1.c) ET, prevalecen las condiciones más favorables pactadas en los contratos de trabajo e incluso pueden llegar a originar ciertos problemas de discriminación si se trata de diferenciar las condiciones de los trabajadores que estaban en la empresa antes de la entrada en vigor del convenio, frente a los que ingresaron estando en vigor.

Cláusulas de absorción y compensación³², pero salvo que tengan como objetivo otras materias que no sean las salariales, para las que ya existe una regulación expresa en el art. 26.5 ET, no presentan excesiva utilidad y tienden a la confusión³³.

Cláusulas de derecho supletorio, cuya regulación es totalmente innecesaria, ya que el efecto de aplicación del Estatuto de los Trabajadores se produce sin necesidad de este tipo de cláusulas.

Además, también cabe destacar las siguientes materias.

En primer lugar, el convenio puede regular los derechos fundamentales, dado que no existe precepto en la Constitución que sustraiga a la negociación colectiva su ordenación³⁴.

En segundo lugar, cabe regular todo tipo de materias laborales, entre las que cabe destacar dos tipos. En materia de empleo y contratación de traba-

³¹ STS 22 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7576).

³² STS 4 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2857).

³³ STS 22 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2976).

³⁴ STC 58/1985, de 30 de abril y STC 95/1985, de 29 de julio.

jadores, caben cláusulas relativas a ampliación de la duración de los contratos eventuales³⁵, establecimiento de límites o criterios de proporción en el número de trabajadores temporales³⁶, compromiso de contratación de nuevos trabajadores, de mantenimiento de empleo o de conversión de trabajadores temporales en indefinidos. Asimismo, cabe citar las cláusulas cuya finalidad es contribuir a la flexibilidad interna en la empresa, especialmente las relativas a distribución irregular de la jornada.

En tercer lugar, cabe regular materias económicas³⁷, no sólo salarios, sino otros aspectos económicos de la empresa con repercusión laboral, tales como políticas de inversiones de la empresa o reestructuraciones organizativas³⁸; sin embargo, no son materia objeto del convenio las decisiones de la empresa relativas a la ampliación del capital social³⁹.

Uno de los aspectos más relevantes han sido las denominadas cláusulas de garantía salarial, donde se aprecia un claro descenso de la regulación en convenio colectivo de estas cláusulas, teniendo en cuenta el número de trabajadores cubiertos por convenios de empresa o de ámbito superior a la misma. Este descenso se inicia en el año 2008 y continúa en la actualidad con un cierto repunte en 2016, aunque los datos de 2015 y 2016 son provisionales, por lo que esta evolución puede verse alterada cuando se disponga de datos definitivos.

<i>Año</i>	<i>Empresa</i>	<i>Ámbito superior a la empresa</i>	<i>Total</i>
2010	43,30%	47,40%	47,10%
2011	32,50%	43,40%	42,40%
2012	24,60%	27,20%	26,90%
2013	9,60%	27,40%	25,80%
2014	11,20%	17,60%	17,10%
2015	14,00%	12,40%	12,50%
2016	22,20%	19,50%	19,70%

Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Cláusula de garantía salarial (porcentaje de trabajadores).

En cuarto lugar, se entiende por materias sindicales las propias de las relaciones colectivas de trabajo, y pueden hacer referencia a las formas de

³⁵ STS 18 de noviembre de 2004 (RJ 2005, 504).
³⁶ STS 17 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 2116).
³⁷ Sobre la regulación en convenio colectivo de los conceptos computables para determinar la retribución de vacaciones, véase SAN número 78/2015, de 30 de abril (AS 2015, 787).
³⁸ STS 1 de julio de 1996 (RJ 1996, 5622).
³⁹ STS 14 de abril de 1999 (RJ 1999, 4402).

participación institucional en la empresa, representaciones unitarias y sindicales de los trabajadores en la empresa o procesos de negociación colectiva. También se incluyen las denominadas cláusulas de seguridad sindical reguladas en el art. 11 LOLS como son la retención por el empresario de las cuotas sindicales y el canon de negociación⁴⁰.

En quinto lugar, se entienden por materias asistenciales toda una serie de situaciones sociales que afectan a los trabajadores y que se conoce como acción social en la empresa, salud laboral⁴¹ y materias de Seguridad Social. Dentro de este bloque se integra, entre otros contenidos, materias relativas a transporte, viviendas, comedores, estudios, obras sociales, edad de jubilación, jubilaciones anticipadas y Seguridad Social complementaria⁴².

En cambio, en el convenio colectivo no se puede regular, entre otras, las siguientes cuestiones:

- Condiciones de acceso a las prestaciones farmacéuticas de la Seguridad Social, excepto que se trate de mejoras voluntarias⁴³.
- Calificación de las partidas retributivas con el fin de que queden excluidas o no de la obligación de cotización a la Seguridad Social⁴⁴.
- Regulación de los complementos de pensiones que superen los límites impuestos por la Ley para las empresas públicas⁴⁵.
- Actuación contra las reglas imperativas de la legislación sobre planes y fondos de pensiones⁴⁶.

En sexto lugar, se pueden incluir procedimientos generales de información y seguimiento, así como procedimientos de información y seguimiento de los despidos objetivos, con el objetivo de reforzar la intervención de los agentes sociales en este tipo de despidos.

En séptimo lugar, se fija el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral. Las competencias de la negociación colectiva para establecer medidas de acción positiva destinadas a favorecer el acceso de las mujeres a la ocupación y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación se refieren a las siguientes materias:

- Elaboración y aplicación de los planes de igualdad.
- Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

⁴⁰ STC 98/1985, de 29 de julio.

⁴¹ STS 28 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 1503).

⁴² STS 10 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4754) y SAN número 27/2010, de 3 de marzo (AS 2010, 1477).

⁴³ STS 15 de marzo de 1993 (RJ 1993, 1859).

⁴⁴ STS 4 de mayo de 1992 (RJ 1992, 3668).

⁴⁵ STS 22 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2348).

⁴⁶ STS 29 de noviembre de 2000 (RJ 2001, 1439).

- Favorecer el acceso a las profesiones mediante reservas y preferencias de las condiciones de contratación, clasificación profesional, promoción y formación.
- Adaptación de la duración y distribución de la jornada.
- Acumulación del permiso de lactancia.
- Suspensión del contrato por paternidad: comunicación al empresario.

Además, conforme al art. 85.2 ET, sin perjuicio de la libertad de contratación, se establece el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de 250 trabajadores de la siguiente forma:

- En los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formaliza en el marco de la negociación de los convenios.
- En los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se formaliza a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los convenios para cumplir este deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad.

En relación a los planes de igualdad, según el art. 46 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, tienen que fijar los objetivos concretos de igualdad a lograr, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados, podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso a la ocupación, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad, la conciliación laboral, personal y familiar y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo y tienen que incluir la totalidad de la empresa, sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales para determinados centros de trabajo.

En octavo y último lugar, pueden pactarse cláusulas penales en los convenios colectivos, la utilidad de los cuales se encuentra en que el hecho de hacer uso de las mismas por la parte favorecida en cada caso evita la necesidad de acreditar la existencia de un perjuicio y la concreción de su cuantía⁴⁷.

⁴⁷ STS 16 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3510).

Primera Ponencia
**TIEMPO DE TRABAJO Y JORNADA. REGULACIÓN
Y TRATAMIENTO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva

SUMARIO

1.– INTRODUCCIÓN: TIEMPO DE TRABAJO Y FLEXIBILIDAD LABORAL. 2.– LA FLEXIBILIDAD DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA REGULACIÓN LEGAL: EL RECONOCIMIENTO DE INSTRUMENTOS LEGALES QUE FAVORECEN LA CAPACIDAD EMPRESARIAL DE ADAPTAR EL TIEMPO DE TRABAJO A SUS NECESIDADES PRODUCTIVAS. 2.1.– Mecanismos de flexibilidad ordinarios. 2.2.– Mecanismos de flexibilidad extraordinarios. 3.– LA FLEXIBILIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO A FAVOR DE LOS INTERESES DE LOS TRABAJADORES. 4.– EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA FLEXIBILIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO. 5.– LA FLEXIBILIDAD NEGOCIADA: LA SUPERACIÓN DE LOS LÍMITES DE JORNADA. 5.1.– La anualización de la jornada. 5.2.– La superación de los toques de jornada diaria. 6.– LA REGULACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA. 7.– PACTOS EN NEGOCIACIÓN COLECTIVA DIRIGIDOS A FLEXIBILIZAR LA REGULACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO: BOLSA DE HORAS Y OTROS PACTOS. 8.– DISPONIBILIDAD Y MECANISMOS SIMILARES. 9.– FLEXIBILIDAD DEL TIEMPO DE TRABAJO A TRAVÉS DE LA REGULACIÓN DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS. 10.– LA FLEXIBILIDAD DEL TIEMPO DE DESCANSO: EL CASO DE LAS VACACIONES. 11.– DESCANSO SEMANAL Y FLEXIBILIDAD LABORAL. 12.– LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DE LA MODIFICACIÓN DE CONDICIONES VINCULADAS AL TIEMPO DE TRABAJO. 13.– LA FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO DESTINADA PARA EL TRABAJADOR. 13.1.– El horario flexible. 13.2.– Reducciones de jornada por motivos familiares.

1. INTRODUCCIÓN: TIEMPO DE TRABAJO Y FLEXIBILIDAD LABORAL

Es mi intención realizar un análisis de la regulación del tiempo de trabajo en la negociación colectiva, pero no se trata de realizar un estudio de cuál es el régimen jurídico que sobre esta cuestión podemos encontrar en el marco de nuestros convenios colectivos: para un análisis de estas características sería necesario una monografía (por cierto, de las que existen varias a disposición de investigadores o de juristas interesados en esta materia); no sería pues esta obra el lugar más adecuado para un planteamiento de estas características, pues faltaría espacio para un estudio de estas características, y dada la calidad de las monografías a las que me he referido, probablemente tampoco sería ocasión para realizar un estudio de este tipo. Es por ello que realizo un planteamiento un tanto diferente, también de carácter general, pero centrado en una perspectiva concreta de la cuestión del tiempo de trabajo: pretendo centrarme en cómo refleja la negociación colectiva actual la flexibilidad de nuestro ordenamiento en materia de tiempo de trabajo. Ciertamente una de las pretensiones de las sucesivas reformas laborales que ha sufrido nuestro ordenamiento desde 1994 (en realidad desde mucho antes, pero remontarnos más allá sería excesivo teniendo en cuenta el carácter tan cambiante de nuestro ordenamiento) ha sido la de aumentar la flexibilidad con carácter general; lo cual se ha proyectado sobre el tiempo de trabajo, pudiendo afirmarse que la flexibilidad es, en la actualidad, un componente estructural de la regulación del tiempo de trabajo¹. Para realizar este estudio he intentado centrarme en el estudio de la negociación colectiva actualmente vigente, para lo que he analizado los convenios colectivos publicados en el BOE en el período 2015-2016, además de analizar, como es lógico, la regulación legal y reglamentaria sobre tiempo de trabajo, así como las principales líneas jurisprudenciales y doctrinales existentes.

Esta es una cuestión de especial interés, pues la perspectiva tradicional de la regulación del tiempo de trabajo ha girado sobre todo en la limitación

¹ MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, CES, Madrid 2005, página 19.

del mismo. Es decir, las reglas legales básicas establecían una serie de límites a la jornada de trabajo (cuarenta horas semanales, 9 horas diarias, ochenta horas extraordinarias anuales); configurándose tales reglas como el núcleo esencial del régimen jurídico del tiempo de trabajo².

La anterior es una afirmación totalmente cierta: la regulación ha girado sobre la limitación del tiempo de trabajo, incluso hasta momentos muy recientes el debate ha sido el de la reducción del tiempo de trabajo, pudiendo señalarse al ordenamiento francés como uno en los que la discusión sobre la reducción de la jornada ha estado totalmente presente. No obstante, junto a la limitación de la jornada, en la actualidad la regulación sobre tiempo de trabajo en nuestro país sigue unos derroteros diferentes, pues se pretende facilitar al empresario la mayor flexibilidad posible, de manera que logre adaptar el tiempo de trabajo que desarrollan sus trabajadores a las concretas y cambiantes necesidades productivas. En líneas generales la flexibilidad se presenta como necesidad de los modernos sistemas de producción, de manera que ante las modificaciones que se producen en los mercados, es necesario que la empresa tenga la capacidad para adaptarse a las mismas. Más aún, la regulación del tiempo de trabajo es uno de los aspectos en los que la flexibilidad se considera totalmente necesaria, afirmándose que la regulación del tiempo de trabajo constituye la punta de lanza del cambio hacia una regulación flexible³. Tal como ya he tenido ocasión de afirmar anteriormente el tiempo de trabajo es justamente el ámbito de la regulación laboral donde con más claridad se ha manifestado esta necesidad de dotar a las empresas con mayores dosis de flexibilidad⁴. Con esta flexibilidad el empresario no busca que los trabajadores trabajen más, sino que la distribución del tiempo de trabajo sea más eficiente, eliminando períodos en los que no se requiere el desarrollo de actividad productiva, o en los que dicha actividad disminuye, para trasladar el tiempo de trabajo no aprovechado a aquellos momentos en los que las necesidades productivas de la empresa se incrementan⁵. Se trata de una vertiente cualitativa o de distribución del tiempo y no de una cuestión cuantitativa (centrada en la reducción del tiempo de trabajo)⁶.

La evolución normativa ha reformado enormemente el del régimen jurídico del tiempo de trabajo, y lo ha hecho sobre todo desde la perspectiva

² RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Flexibilidad de la jornada laboral. Mecanismos legales, convencionales y contractuales para la modificación de la jornada*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, página 19.

³ En este sentido SUPLOT, A.: «Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del «tempo di lavoro»)», *Lavoro e Diritto* n° 1 de 1997, página 15.

⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo*, Comares, Granada 2009, página 61.

⁵ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «Instrumentos de gestión flexible del tiempo de trabajo en la negociación colectiva», *Relaciones Laborales* Tomo I de 2010, página 718.

⁶ LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.: *Distribución irregular de la jornada de trabajo*, Francis Lefebvre, Madrid 2015, página 9; de igual manera, RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Flexibilidad de la jornada laboral* (...), *op. cit.*, página 17.

de intentar introducir mecanismos de flexibilidad laboral. Basta realizar un somero análisis de la regulación legal actualmente vigente para constatar la existencia de diferentes reglas que tienen justamente como objetivo introducir más flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo por parte del empresario; si bien la regulación legal es insuficiente para trasladar esta flexibilidad laboral al ámbito de las relaciones laborales, pues la negociación colectiva juega un papel esencial en la regulación del tiempo de trabajo: bien podemos decir que esta cuestión, junto con el salario, son los dos temas absolutamente fijos que regula cualquier convenio colectivo. En este sentido, es suficiente con señalar como desde el principio el propio legislador otorga a la negociación colectiva un papel esencial, al afirmar (art. 34.1 ET) que «La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo».

Para esta flexibilización del tiempo de trabajo el legislador ha utilizado diferentes mecanismos que se superponen, todo ello sin renunciar al esquema tradicional de fijar límites a la jornada de trabajo: así, podemos señalar como se ha utilizado lo que podemos denominar como «flexibilidad negociada»; es decir, facilitar la superación de los límites legales de la jornada de trabajo, pero siempre y cuando ello se pacte a través de la negociación colectiva (un buen ejemplo sería la posibilidad de pactar mediante convenio colectivo la jornada irregular, o la posibilidad de superar el límite de las nueve horas diarias de trabajo efectivo). Podemos señalar que en materia de tiempo de trabajo se otorga un papel de enorme importancia a la negociación colectiva, pues se permite legalmente que ésta pueda superar los límites máximos legalmente establecidos, de manera que es factible desmontar negocialmente los límites legalmente establecidos de jornada de trabajo; se introduce así una importante dosis de flexibilidad en materia de tiempo de trabajo. Ello supone también revalorizar la negociación colectiva como fuente de la regulación sobre condiciones de trabajo; de hecho desde la perspectiva actual sería impensable una regulación sobre tiempo de trabajo sin contar con la negociación colectiva⁷.

Sin embargo, también puede observarse que en otras ocasiones es la propia regla legal la que facilita de manera directa y sin necesidad de negociación colectiva esa flexibilidad tan deseada (tal como ocurre con la posibilidad de imponer la distribución irregular del 10% de la jornada de trabajo a lo largo del año, si no se pacta la jornada irregular en convenio colectivo o acuerdo de empresa): como vemos, la regulación legal prefiere que la flexibilidad se introduzca a través de la negociación colectiva, pero si esta falla o bloquea esa flexibilidad, a este mecanismo se superpone la regulación legal, que facilita de manera directa esa flexibilidad (todo lo cual, evidentemente,

⁷ Con carácter general sobre el papel de la negociación colectiva puede verse a LECCESE, V.: *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci Editore, Bari 2001, página 390.

facilita que se alcancen los acuerdos, pues siempre es mejor un mal acuerdo que la imposición de la decisión unilateral del empresario). Todo ello con el mantenimiento de ciertos límites esenciales en la jornada de trabajo.

La flexibilidad en materia de tiempo de trabajo obedece sobre todo a una necesidad, la de facilitar que la empresa pueda adaptarse a los cambios a los que se ve sometida por la evolución de las necesidades productivas. Se produce así una huida del establecimiento de reglas o condiciones de carácter fijo o estandarizadas⁸. No sólo desde el punto de vista de las necesidades que tiene cada empresa, que serán diferentes a las que puedan tener otras; sino, sobre todo, desde la perspectiva de que tales necesidades vayan evolucionando o modificándose. Es la flexibilidad como capacidad de adaptación a las cambiantes circunstancias económicas; lo que implica que no haya uniformidad permanente en el tiempo de trabajo, de manera que el trabajador pueda estar sujeto a cambios en su horario, en su jornada y en la duración de la misma. Es una consecuencia de la necesidad de favorecer la competitividad de las empresas, pues en buena medida ésta depende de la capacidad de la empresa de adaptar su sistema productivo a las necesidades económicas. Desde esta perspectiva las empresas requieren sistemas de producción más flexibles, que permitan que los tiempos de trabajo se adapten lo más rápidamente posible a las vicisitudes productivas de las empresas. Todo ello es también consecuencia de las alteraciones que ha venido sufriendo el sistema productivo hasta hace poco imperante, el fordista, que ha sido sustituido por un modelo mucho más ágil, que pretende producir en cada momento tan sólo aquello que el mercado está dispuesto a consumir, el toyotismo⁹. Con este sistema de producción lo que se busca es el ajuste estricto de los costes de gestión, reduciendo totalmente los costes innecesarios. Ello repercute sobre el tiempo de trabajo, pues se pretende que el trabajador desarrolle su prestación sólo cuando es necesario, lo cual no siempre tiene que darse en períodos de trabajo estable, sino que tales períodos pueden ser en momentos diferentes y con duraciones distintas. Es decir, desde la perspectiva del tiempo de trabajo, este nuevo sistema productivo supone una distribución flexible del tiempo de trabajo, evitándose los sistemas de gestión rígida del tiempo de trabajo¹⁰.

La consecuencia de un sistema de estas características es que el empresario adquiere el dominio sobre el tiempo de trabajo, pero dada la flexibilidad a la que se somete al trabajador, también supone que el trabajador pierde en buena medida su capacidad de control de su propio tiempo personal o

⁸ MORENO VIDA, M.N.: «Configuración general del tiempo de trabajo: algunas reflexiones críticas», en AA.VV., dirigidos por S. Perán Quesada, *La ordenación del tiempo de trabajo en el Siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Comares, Granada 2014, página 40.

⁹ BALLESTER PASTOR, M.A.: «La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo», *Revista de Derecho Social* n° 62 (2013), página 53; MORENO VIDA, M.N.: *Op. cit.*, página 40. De igual modo, RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Flexibilidad de la jornada laboral (...)*, *op. cit.*, página 18.

¹⁰ BALLESTER PASTOR, M.A.: *Op. cit.*, página 54.

de ocio, pues este puede ser invadido por las necesidades empresariales. En buena medida esa situación se ha justificado desde dos puntos de vista esenciales. En primer lugar, por entender que esta flexibilización de las condiciones sobre tiempo de trabajo tiene como objetivo una política de creación del empleo; es decir, que la flexibilidad supondrá más trabajo. Sin embargo, nuestro país es un buen ejemplo de que esta flexibilidad no ha supuesto un incremento esencial del empleo (cierto es que la últimas reformas -2012 y 2013- se han producido en una etapa de crisis económica, pero también es cierto que en un período de crecimiento económico, cualquier regulación laboral generará empleo, como bien se demostró con la versión del ET previa a la reforma de 2010, momento en el que nuestro país ha gozado de las mejores cifras de empleo de los últimos decenios). En segundo lugar, también se ha señalado como elemento justificador de la flexibilidad en materia de tiempo de trabajo, que el impulso a los mecanismos de flexibilidad interna supondrá una reducción o control en materia de extinción de los contratos de trabajo; sin embargo, también las sucesivas reformas laborales españolas han mostrado cómo la regulación en materia de extinción no ha caminado precisamente en la senda del control de la capacidad empresarial para despedir¹¹. En definitiva, la flexibilidad en materia de tiempo de trabajo se ha planteado como un instrumento para crear empleo o para evitar que el empleo se destruya¹², si bien no parece que esta medida pueda ser considerada como un éxito, a la luz de los resultados que se han obtenido.

2. LA FLEXIBILIDAD DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA REGULACIÓN LEGAL: EL RECONOCIMIENTO DE INSTRUMENTOS LEGALES QUE FAVORECEN LA CAPACIDAD EMPRESARIAL DE ADAPTAR EL TIEMPO DE TRABAJO A SUS NECESIDADES PRODUCTIVAS

La regulación legal es el primer elemento a analizar para constatar que nuestro ordenamiento contiene mecanismos a través de los cuales el empresario puede acceder al deseado objetivo de flexibilizar el tiempo de trabajo. En este análisis vamos a diferenciar dos ámbitos diferentes. De un lado, los instrumentos o mecanismos ordinarios con los que el empresario cuenta para conseguir dicha adaptación del tiempo de trabajo a sus necesidades productivas; es decir, instrumentos con los que cuenta inicialmente para poder organizar el tiempo de trabajo de manera originaria, cuando se fijan las condiciones de trabajo entre empresario y trabajador. De otro lado, señalaremos también los mecanismos extraordinarios con los que cuenta el empresario, es decir, aquellos a los que puede acudir para que, una vez fijadas las condiciones del

¹¹ Sobre esta cuestión *vid.* BALLESTER PASTOR, M.A.: *Op. cit.*, página 55.

¹² RODRÍGUEZ PASTOR, G.E.: «Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo», *Relaciones Laborales* n° 12 (2014), página 87.

tiempo de trabajo, el empresario pueda modificar o alterar los acuerdos alcanzados e introducir cambios en la regulación del tiempo de trabajo.

2.1. Mecanismos de flexibilidad ordinarios

Tal como acabamos de señalar, nos referimos ahora a los instrumentos de los que dispone el empresario para obtener una regulación flexible del tiempo de trabajo. En líneas generales, podemos señalar que nuestra regulación legal contiene los siguientes elementos de flexibilidad laboral (siendo el mismo orden de los arts. 34 y ss. ET):

- En primer lugar, el legislador ha previsto el límite de las cuarenta horas de jornada semanal, si bien, dicho límite no es estático, pues el propio legislador admite que el cómputo de las cuarenta horas semanales ha de realizarse «de promedio en cómputo anual» (art. 34.1 *in fine* ET); es decir, se admite la posibilidad de que en función de las necesidades productivas, la empresa pueda desarrollar jornadas semanales diferentes, algunas superando las cuarenta horas semanales, pero siempre y cuando el cómputo anual (el promedio anual de jornada), sea de cuarenta horas como máximo. Es decir, se admite que haya jornadas semanales por encima de las cuarenta horas, siempre y cuando haya semanas en las que se trabaje menos de cuarenta horas, de manera que al final, el promedio anual sea, como máximo, de cuarenta horas semanales.

Obsérvese que no se requiere que haya un acuerdo negociado sobre esta cuestión, pero es evidente que la vía natural para conseguir esta distribución de la jornada semanal es la negociación colectiva.

La configuración de los límites legales de jornada como límites de carácter disponibles para la negociación colectiva es un importante elemento de flexibilidad laboral: ya no estamos ante límites máximos inquebrantables, sino que se establecen límites calculados como promedios o como medias de jornada: es evidente que no es igual una regulación que fija de manera estricta el límite de jornada en 40 horas semanales, sin que sea factible su superación, que un límite de 40 horas de promedio en cómputo anual; de modo que es perfectamente posible superar esa duración semanal. Se trata, por tanto, de un mecanismo en el que, manteniendo un límite máximo de jornada, se permite que las empresas puedan, siempre a través de la negociación colectiva, adaptar dicho límite a las necesidades que pueden tener.

- Siguiendo con la posibilidad de una distribución de la jornada semanal que supere las cuarenta horas, el art. 34.2 ET establece la posibilidad de la «distribución irregular» de la jornada a lo largo del año: señala este precepto que mediante convenio colectivo, o en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Se trata de una posibilidad que procede en nuestro ordenamiento de la reforma de 1994 y que se encuadra en los mecanismos de flexibilidad negociada (por convenio colectivo y, en su defecto, por acuerdo de empresa —el acuerdo tiene carácter subsidiario, pero si nada dice el convenio, el acuerdo tiene plena preeminencia¹³), si bien, en la actualidad, además de mantenerse esta posibilidad, y para asegurar que la negociación colectiva no impide que se imponga la jornada flexible, el legislador admite que ante la falta de acuerdo, la empresa pueda distribuir irregularmente la jornada, si bien fijando como límite máximo que no supere el 10% del total de la jornada anual (si la jornada anual fuese de 1800 horas, ello supone la posibilidad de que directamente la empresa pueda distribuir —incrementar la jornada semanal— hasta un total de 180 horas prorrateadas a lo largo del año —a cambio de una reducción en idéntico número de horas a lo largo del año—)¹⁴.

Tanto si la jornada irregular es pactada o procede de la decisión unilateral del empresario, cuenta con una serie de límites añadidos: el respeto a los períodos de descanso mínimo diario y semanal previstos en la ley, la exigencia de un preaviso mínimo de cinco días para conocer los cambios que se generen por dicha distribución irregular. Además de lo anterior, expresamente regulado en el art. 34.2 ET, habría que añadir a ello el necesario respeto a las reglas sobre descansos (en caso de jornada continuada, las vacaciones anuales, los festivos) y sobre todo la no superación de la jornada máxima pactada¹⁵.

El legislador prevé la compensación de los excesos o defectos de jornada generados por la distribución irregular: esta ha de realizarse según lo establecido en convenio colectivo o, a falta de previsión en el mismo, según el acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores. Ello supone que en los acuerdos sobre jornada irregular ha de establecerse también los sistemas sobre compensación de las diferencias de jornada. Ahora bien, en defecto de pacto (ya sea porque esta cuestión no se regula expresamente en el convenio o no se ha acudido al acuerdo de empresa, o bien por aplicarse la jornada irregular unilateralmente por el empresario —hasta el 10%—), se prevé que la compensación se produzca en el plazo máximo de doce meses desde que se produce; cuestión, esta última, que supone que los saldos de horas pueden, perfectamente, trasladarse de un año a otro, rompiendo así el principio de anualidad en materia de tiempo de trabajo.

¹³ MARTÍNEZ YAÑEZ, N.M.: «Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales», *Relaciones Laborales* n° 5 de 2013, página 41.

¹⁴ Cabe, en todo caso, la posibilidad de una relación de complementariedad entre las diferentes fuentes, de manera que el convenio de sector se remita a acuerdos a nivel de empresa, así, RODRÍGUEZ PASTOR, G.E.: *Op. cit.*, página 93.

¹⁵ En este sentido RODRÍGUEZ PASTOR, G.E.: *Op. cit.*, página 94.

- En tercer lugar (art. 34.3 ET), se prevé la posibilidad de superar uno de los límites legales de jornada, el de la jornada diaria, que no puede ser superior a las nueve horas diarias, salvo que por convenio colectivo o acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario. Se prevé así otro supuesto de flexibilidad negociada, pues cabe la posibilidad de superar un límite legal a través de la negociación colectiva. En todo caso, se establece como límite la necesidad de respetar el límite de descanso entre jornadas (las doce horas de descanso mínimo entre jornada y jornada de trabajo); además, se garantiza que los menores de dieciocho años no puedan realizar más de ocho horas de diarias de trabajo efectivo.
- En cuarto lugar el art. 34.7 ET prevé expresamente la posibilidad de que reglamentariamente se establezcan ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos; se trata de las denominadas jornadas especiales de trabajo, que en la actualidad están reguladas a través del RD 1561/1995, de 21 de septiembre. Con ello se reconoce la existencia de diferentes actividades productivas en las que no es factible la aplicación de los límites de jornada ordinarios regulados legalmente, permitiéndose unos límites de carácter diferente. Como vamos a ver ello supone la posibilidad de que haya actividades en las que es factible un incremento de la jornada de trabajo (nos interesa más este supuesto que el contrario), pero también se prevé otro instrumento de especial interés como es la posibilidad de acumulación de los períodos de descanso.
- Otra fuente de flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo se contiene en la regulación de las horas extraordinarias. En principio este es, ya de por sí, un instrumento que está destinado a facilitar al empresario un mayor margen de actuación en la distribución del tiempo de trabajo según sus necesidades productivas, si bien con la limitación de un número máximo de horas extraordinarias anuales (80 horas al año —límite que se vincula con la política de empleo, pues un uso excesivo de este mecanismo evitaría la creación de nuevos empleos-), así como la exigencia de la voluntariedad de las mismas; en todo caso, se trata de uno de los mecanismos más tradicionales de flexibilidad en el tiempo de trabajo¹⁶. Ha de tenerse en cuenta que el hecho de que la regulación permita la existencia de jornadas irregulares y que sea posible la superación de los límites de jornada semanal (en este caso a través de la utilización de este límite como promedio anual) y diaria, puede incidir en la realización de horas extraordinarias, pues la existencia de estas vías de flexibilidad incide en que las empresas no tengan que requerir de las horas extraordinarias al poder

¹⁶ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: Flexibilidad de la jornada (...), *op. cit.*, página 32.

acomodar la jornada semanal a sus concretas necesidades, y sin tener que sufrir incrementos salariales. En todo caso, la regulación de las horas extraordinarias contiene elementos de enorme flexibilidad. De entrada el legislador de 1994 procedió a eliminar uno de los principales obstáculos con los que se encontraban los empresarios a la hora de utilizar las horas extraordinarias, me refiero a la norma mínima por la que se establecía el valor de la hora extraordinaria cifrándola en un incremento del 75% sobre el valor de la hora ordinaria de trabajo¹⁷.

La retribución de las horas extraordinarias es hoy uno de los principales mecanismos que facilitan su utilización, pues el sistema por el que se penaliza para el empresario la realización de horas extraordinarias con un sustancial incremento en la retribución de las mismas (lo cual hacía tremendamente apetecible para los trabajadores la realización de estas horas extraordinarias) se ha sustituido por un mecanismo alternativo a tenor del cual por convenio colectivo o, en su defecto, por contrato individual ha de optarse entre abonar tales horas en la cuantía que se fije, con un mínimo equivalente al salario de la hora ordinaria de trabajo, o bien compensar tales horas con tiempos equivalentes de descanso retribuido. Es decir, se opta entre retribuir en dinero o retribuir con períodos de descanso. Si nos fijamos en la segunda de las opciones de esta alternativa, lo que realmente se está planteando no es sino un sistema de redistribución del tiempo de trabajo: el empresario tiene a su disposición la posibilidad de incrementar la jornada de trabajo, disminuyéndola en otros períodos posteriores, de manera que la jornada pueda adaptarse a sus concretas necesidades productivas. En realidad este sistema de retribución de las horas extraordinarias no supone un incremento de la jornada de trabajo, sino el mantenimiento de la misma, pues ante el incremento del tiempo de trabajo se responde con una posterior reducción en la misma cuantía (o incluso puede llegarse a una disminución del tiempo de trabajo, si es que por convenio colectivo se pacta que los períodos de descanso sean superiores a las horas extraordinarias realizadas). Es evidente que la utilización de este sistema de retribución puede ser tremendamente interesante para el empresario, al suponer un importante mecanismo para poder hacer frente al incremento de necesidades productivas sin necesidad de incrementar los costes salariales.

En todo caso cabe señalar el importante papel que tiene la negociación colectiva en esta opción, pues ha de ser el convenio colectivo, tal como señala el propio art. 35 ET, el instrumento para tomar la

¹⁷ Si bien ha de reconocerse que en esta tarea su actuación ya vino precedida por resoluciones judiciales que allanaron el camino y que cuestionaban la consideración de que se trataba de una norma mínima que necesariamente debía ser respetada por la negociación colectiva. Sobre esta cuestión *vid.* MONEREO PÉREZ, J.L. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Op. cit.*, página 138.

decisión entre la retribución en dinero o en descanso. En caso de falta de regulación colectiva, podrá determinarse la forma de retribución a través del contrato individual de trabajo.

También como elemento de flexibilidad en la retribución de las horas extraordinarias y, en íntima relación además con cuál sea el instrumento normativo a través del cuál ha de determinarse dicha forma retribución, ha de señalarse que el art. 35.1 ET establece que en ausencia de pacto en convenio o contrato individual sobre esta cuestión, las horas extraordinarias «deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización». Es decir, que a falta de acuerdo expreso el legislador se inclina por el mecanismo retributivo que otorga una mayor flexibilidad al empresario.

Pero, además de lo anterior, la flexibilidad establecida por el legislador se incrementa nuevamente mediante este sistema de retribución de las horas extraordinarias, ya que también incide sobre la limitación consistente en la realización de un número máximo de horas extraordinarias al año: el art. 35.2 ET establece como límite a la realización de estas horas el número de 80 al año¹⁸ (excluyendo del cómputo a las llamadas horas de salvamento reguladas en el art. 35.3 ET). Pues bien, a la hora de aplicar dicho límite establece el segundo párrafo del art. 35.2 ET que «no se computarán las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización»; es decir, que a la hora de aplicar este límite no se tienen en cuenta aquellas horas que han sido compensadas con descanso (si bien con el límite que la compensación ha de haberse realizado como máximo en los cuatro meses siguientes a su realización, imponiendo así al empresario un mecanismo para que dicha compensación se realice de la manera más inmediata posible). Por lo tanto, si se opta por esta vía de retribución, el empresario va a disponer de un instrumento de redistribución del tiempo de trabajo que no está realmente limitado cuantitativamente, pudiendo incrementar la jornada cuando sea conveniente, a cambio de reducirla en un momento posterior (siempre y cuando lo haga en los cuatro meses siguientes). Con ello se incrementa nuevamente la capacidad de adaptación del empresario a sus necesidades productivas, debiendo establecerse en su caso las limitaciones a través de la negociación colectiva. En todo caso, también ha de destacarse la lógica de esta norma, pues si estamos ante un mecanismo en que la hora extraordinaria se retribuye con descanso, realmente el trabajador no está trabajando más, sino que se ve afectado por una redistribución de

¹⁸ O el número proporcionalmente inferior que corresponda si la jornada del trabajador es inferior a la jornada general en la empresa.

su tiempo de trabajo; de ahí que no sea necesario incluir su cómputo en el máximo de las 80 horas anuales, pues al no trabajar más, ello no repercute negativamente en la posibilidad de creación de empleo.

En todo caso, hemos de recordar que para que las horas extraordinarias puedan ser utilizadas por el empresario como mecanismo de ampliación de la jornada, es necesario contar con la aceptación voluntaria de las mismas por parte del trabajador. Es evidente que la sustitución de un sistema de retribución en dinero (y con un mínimo de incremento del 75% sobre el valor de la hora ordinaria) por un sistema como el que hemos descrito desincentiva al trabajador para la realización de las horas extraordinarias; sin embargo, tradicionalmente el ordenamiento ha previsto la posibilidad de pactar su obligatoriedad a través de convenio colectivo o por contrato individual de trabajo. De nuevo destaca el importante papel que juega en la flexibilización del tiempo de trabajo la negociación colectiva, pues puede hacerse obligatorio para el trabajador la realización de las horas extraordinarias. A ello ha de sumarse el hecho de que la jurisprudencia haya señalado la obligatoriedad para el trabajador de realizar ciertas horas extraordinarias como en casos de cambios de turno o cuando se plantean ciertas necesidades inaplazables de la empresa, además de los supuestos de las denominadas horas de salvamento reguladas en el art. 35.3 ET¹⁹.

- Otra importante vía de flexibilización del tiempo de trabajo es el impulso al trabajo a tiempo parcial, mecanismo que puede permitir que los intereses de trabajadores que sólo requieren un trabajo de tales características, con necesidades productivas en las que el tiempo de trabajo no se requiere a jornada completa. Por otra parte, también es un mecanismo que puede ser utilizado desde la perspectiva del reparto del empleo o incluso de la creación de empleo²⁰. Sin embargo, cabe señalar cómo los trabajadores no suelen ser partidarios del desarrollo del trabajo a tiempo parcial, pues perciben cuales son las desventajas del trabajo a tiempo parcial, sobre todo la disminución de la cuantía del salario y las limitaciones en la formación y promoción profesional. No es, por tanto, de extrañar que el trabajo a tiempo parcial se considere como un tipo contractual que garantiza un trabajo de baja calidad, un supuesto de subempleo que surge cuando los trabajado-

¹⁹ Sobre los supuestos de obligatoriedad de las horas extraordinarias, *vid.* MONEREO PÉREZ, J.L. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Op. cit.*, páginas 144 y 145.

²⁰ *Vid.* BAZ RODRÍGUEZ, J.: «El marco jurídico comunitario del trabajo a tiempo parcial. Reflexiones en el contexto de la «flexiseguridad»», en AA.VV., coordinados por Jesús Baz Rodríguez, *Trabajo a tiempo parcial y flexiseguridad. Estudios en el marco del debate europeo «modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI»*, Comares, Granada 2008, página 9.

res sufren involuntariamente jornadas de trabajo reducidas²¹; lo cual sumado a la dificultad que el trabajo a tiempo parcial supone para el acceso a prestaciones de Seguridad Social, hace poco atractivo para los trabajadores este tipo de relación laboral²². De otro lado la regulación de las horas complementarias también ha generado importantes crítica desde la perspectiva labora. En todo caso, es indudable el efecto de las horas complementarias sobre la flexibilidad laboral, al ser un mecanismo que permite el incremento de la jornada del trabajador a tiempo parcial a discreción del empresario, facilitando una importante capacidad de adaptación a las necesidades productivas.

No obstante, pese al interés de este tema, no vamos a dedicarnos al análisis de esta cuestión, pues dentro del ámbito de estas jornadas hay otra ponencia dedicada justamente al análisis del trabajo a tiempo parcial.

- Otro ámbito en el que se detectan importantes dosis de flexibilidad es el relativo a los descansos: el análisis del tiempo de trabajo no sólo implica conocer cuál es el período de tiempo que el trabajador está efectivamente sometido a las facultades empresariales y desarrollando su prestación de trabajo, sino que esta institución incluye también el régimen jurídico de los descansos establecidos con carácter obligatorio por el legislador, pues esta cuestión actúa como la otra cara de la moneda de la regulación de la jornada de trabajo. La flexibilidad también se introduce a través de la ruptura de otra de las reglas esenciales: la que establece el descanso semanal. Esta flexibilidad se plantea de diferentes formas. De entrada, destaca en primer lugar cómo el art. 37.1 ET, al regular el descanso mínimo semanal, que este será de un período de día y medio ininterrumpido; sin embargo, ese descanso que se califica como «semanal», puede ser «acumulable por períodos de hasta catorce días»; es decir, se plantea la posibilidad de acumulación de los períodos de descanso semanal en períodos de dos semanas, de modo que dicho descanso no se disfrute cada semana, sino hasta cada dos semanas de trabajo (lógicamente ampliado a tres días como mínimo). Incluso la regulación sobre jornadas especiales de trabajo permite períodos de acumulación más amplios (de hecho, la regulación de algunas de estas llamadas jornadas especiales de trabajo consiste fundamentalmente en modelizar el descanso semanal, generalizando la posibilidad de la acumulación de dicho descanso semanal por períodos de tiempo más amplio).

²¹ Vid. LEE, S.: «Working-hours gaps: trends and issues», en, AA.VV., *Working Time and Workers' Preferences in Industrialized Countries: Finding the balance*, Routledge, Londres 2004, páginas 29 y ss.

²² Sobre esta cuestión, vid. OJEDA AVILÉS, A.: *Trabajo a tiempo parcial*, en AA.VV., coordinados por Antonio Ojeda, *Modalidades de contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid 2003, página 94.

Se trata de eliminar o, al menos, de reducir los efectos que tiene sobre la capacidad organizativa del empresario de organizar los períodos de trabajo y descanso, la existencia del tradicional límite del descanso semanal. Con ello las empresas consiguen períodos de trabajo más amplios sin interrupciones para el descanso, lo cual puede ser necesario a los efectos de ciertos procesos productivos. Cabe señalar que esta posibilidad no está expresamente concedida a la negociación colectiva, sino que el legislador no aclara cómo ha de ponerse en funcionamiento; si bien, es evidente que la negociación colectiva es el instrumento más adecuado para llevar a la práctica esta acumulación del descanso semanal, no en vano el art. 35.1 ET establece que la jornada será la pactada en convenio o contrato de trabajo. Cabe señalar que el RD 1561/1995, de 21 de septiembre hace uso de la acumulación del descanso semanal en diferentes actividades, estando habilitado legalmente para ello a tenor de la literalidad del art. 37.1 ET en su segundo párrafo.

De otro lado, también en materia de descanso semanal ha de señalarse como nuestro ordenamiento, ya desde hace mucho, se ha desligado en esta materia del descanso dominical, al establecer que el descanso semanal debe incluir el domingo, pero sólo «como regla general», admitiendo, por tanto, que se pueden establecer otros días diferentes de descanso semanal. La regulación permite así la posibilidad del disfrute del período de descanso semanal en días diferentes al fin de semana y al domingo, aún cuando sigue existiendo de manera expresa la preferencia por el descanso dominical (art. 37.1 ET). Con esta norma queda claro que a efectos del descanso semanal, todos los días de la semana son absolutamente iguales, pudiendo descansar el trabajador en cualquiera de ellos, por lo que se permite que el empresario pueda racionalizar los períodos de trabajo sin estar obligatoriamente vinculado a la necesidad de tener que paralizar la actividad productiva en determinados momentos a lo largo de la semana. Pensemos simplemente que esta regla permite que las empresas puedan mantener la actividad productiva de manera permanente a lo largo de la semana, sin tener que proceder a la paralización de la misma. En todo caso, cierto es que el descanso dominical, basado en creencias religiosas, está tremendamente asentado en la mayoría de la población, de manera que no han sido extrañas las reacciones ante la supresión de la coincidencia entre fiesta religiosa y descanso semanal²³.

- Para terminar con el análisis de los instrumentos legales que se han dispuesto para facilitar una mayor flexibilidad en la gestión empre-

²³ Vid. LEE, S., McCANN, D. y MESSENGER, J.C.: *El tiempo de trabajo en el mundo. Tendencias en horas de trabajo, leyes y políticas en una perspectiva global comparativa*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid 2008, página 184.

sarial del tiempo de trabajo, hemos de señalar lo previsto por el art. 38 ET en materia de derecho a las vacaciones. De nuevo se otorga un importante papel al convenio colectivo, pues, de entrada, el período de vacaciones será el estipulado por convenio colectivo, pudiendo fijarse en el mismo los criterios sobre planificación de las mismas a la hora de la distribución de las mismas entre los diferentes trabajadores. En realidad, esta regulación es más interesante por lo que no dice que por aquello que afirma expresamente, pues en la práctica ello supone dejar un amplio margen de actuación a la negociación colectiva: así, las vacaciones son retribuidas, pero no se establece cuál ha de ser la retribución de vacaciones, lo que ha permitido en algunos casos que los convenios establezcan una retribución de vacaciones por debajo del salario ordinario de los trabajadores pactado en el mismo convenio colectivo, lo cual ha sido avalado por la jurisprudencia española, pero se trata de un criterio interpretativo totalmente cuestionable a la luz de la jurisprudencia comunitaria como veremos más adelante. Por otra parte, la falta de regulación permite perfectamente que el convenio colectivo establezca la posibilidad del fraccionamiento de las vacaciones en diferentes períodos (en base a lo previsto por el Convenio 132 OIT), o la introducción entre los criterios de determinación de las fechas de vacaciones de elementos que limiten que los trabajadores tomen sus vacaciones en períodos que son contrarios a los intereses productivos de la empresa; de otro lado, tampoco es extraño encontrar en la negociación colectiva que se permita al empresario que una vez fijadas las fechas de disfrute de las vacaciones y comenzado su disfrute, pueda interrumpir el disfrute de las mismas por necesidades productivas, si bien esta posibilidad, a mi juicio, es bastante discutible.

2.2. Mecanismos de flexibilidad extraordinarios

Analizamos ahora la capacidad que tiene el empresario para modificar o alterar la jornada que haya pactado con los trabajadores o sus representantes, centrándonos, como no, en aquellos que implican a la negociación colectiva, pues es, en última instancia, esta institución el objetivo de estas Jornadas. Se trata en realidad no de normas legales inscritas en la sede estatutaria del tiempo de trabajo, sino de un conjunto normativo ajeno al tiempo de trabajo, pero que puede incidir drásticamente sobre esta cuestión, para así facilitar al empresario la capacidad para adaptarse a sus necesidades productivas. Como comentario general podemos señalar que existe una notoria frondosidad en la regulación actual de este tipo de mecanismos, lo que hace que en ocasiones se planteen importantes problemas de delimitación en el ámbito de los diferentes mecanismos que pueden, en buena manera coincidir en su finalidad: la capacidad de reducción de jornada a través del art. 41 y del art. 47.2 ET;

o la coincidencia de objetivos que se produce entre la prioridad aplicativa del convenio de empresa y la inaplicación del convenio colectivo. De igual manera modificación sustancial ex art. 41 ET e inaplicación del convenio ex art. 82.3 ET tienen el mismo objetivo, la alteración de condiciones de trabajo existentes.

- En primer lugar, hemos de señalar la posibilidad de la reducción temporal del tiempo de trabajo en el marco de un ERE. Hasta ahora hemos analizado la cuestión fundamentalmente desde la óptica de facilitar al empresario la posibilidad de incrementar la jornada de trabajo cuando se producen necesidades productivas; pero también podemos encontrar en nuestro ordenamiento la perspectiva contraria: instrumentos dirigidos a facilitar la reducción de la jornada. Me refiero fundamentalmente a la posibilidad que contempla el art. 47.2 ET, a tenor del cual cabe la posibilidad de reducir temporalmente la jornada de trabajo ante la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, aplicando el procedimiento del art. 47.1 ET. Se trata, por tanto, de un mecanismo que requiere de justa causa (la cual puede controlarse judicialmente) y que se caracteriza por ser meramente temporal²⁴ (si tuviese carácter permanente entraríamos de lleno en una novación de un contrato que requeriría la aplicación de lo previsto en el art. 12.1e), es decir, la conversión a contrato a tiempo parcial de las relaciones laborales afectadas); entendiéndose en estos casos por reducción de la jornada la disminución entre un 10 y un 70% de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual²⁵. La exigencia de estos porcentajes es de enorme relevancia, pues si se tratase de una reducción de jornada inferior al 10% estaríamos realmente en el ámbito de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, siendo aplicable el régimen jurídico del art. 41 ET²⁶; y si se supera el 70% estaríamos realmente ante una verdadera suspensión temporal del contrato de trabajo, debiendo reconducirse la cuestión al art. 47.1 ET²⁷.

Se trata de un instrumento a utilizar en situaciones de crisis empresarial (de ahí la exigencia de una justa causa) y que requiere

²⁴ FERRADANS CARAMES, C.: «La reducción de la jornada de trabajo como mecanismo de restructuración empresarial frente a las crisis de empleo», *Temas Laborales* n° 107 (2016), página 244.

²⁵ Debe tenerse en cuenta que estos porcentajes se refieren a la jornada de cada trabajador individualmente afectado, no se trata de unos porcentajes globales referidos a la jornada total de los trabajadores. En este sentido PÉREZ ANAYA, R.M.: «La reducción de la jornada laboral por motivos de crisis», *Actualidad Laboral* n° 11 de 2013, página 1395.

²⁶ PÉREZ ANAYA, R.M.: *Op. cit.*, página 1391.

²⁷ En este sentido MERCADER UGUINA, J.R., y NIETO ROJAS, P.: «La reducción de jornada por razones económicas, técnicas, organizativas o productivas», en AAVV., *La Reforma Laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares. Granada, 2011, pág. 308. También PÉREZ ANAYA, R.M.: *Op. cit.*, página 1395.

de período de negociación con la representación de los trabajadores (de nuevo interviene necesariamente la negociación colectiva), si bien tras el período de consultas (es decir, incluso si no hay acuerdo) unilateralmente el empresario podrá decidir la aplicación de la medida. Dicha medida de reducción de la jornada se presenta realmente como una alternativa ante una decisión de mayor trascendencia y efectos sobre la relación laboral como es la extinción colectiva de los contratos de trabajo. Durante la reducción de la jornada se producirá, como es lógico, la paralela reducción del salario (en idéntico porcentaje a la reducción), si bien los trabajadores podrán disfrutar, en su caso, de las prestaciones por desempleo parcial²⁸.

- También podemos señalar otra institución que permite la adaptación de la jornada de trabajo por la vía de su alteración; de hecho podemos señalar diferentes instrumentos para conseguir esta finalidad. En primer lugar, la modificación sustancial de condiciones de trabajo regulada en el art. 41 ET. Cabe señalar cómo entre el listado de condiciones que pueden tener la consideración de sustanciales (la modificación de condiciones no sustanciales pueden realizarse por la voluntad empresarial y sin aplicar este régimen jurídico) se señala que tendrán la consideración de modificaciones sustanciales que afecten a la jornada de trabajo, al horario y distribución del tiempo de trabajo y al régimen de trabajo a turnos. En definitiva, el tiempo de trabajo es una de las materias en las que puede resultar de aplicación lo dispuesto por el art. 41 ET. En realidad este precepto establece dos regímenes jurídicos diferentes en función de si estamos ante modificaciones sustanciales de carácter individual o colectivo (en la actualidad la diferencia se centra exclusivamente en el número de trabajadores afectados por la modificación y a tenor de la escala reglada por el propio art. 41.2 ET; si bien en ambos casos se trata de una posibilidad condicionada a la existencia de causa suficiente; es decir, debe existir una justificación suficiente para permitir la modificación sustancial que afecte al tiempo de trabajo²⁹). Si se trata de una modificación individual, rige la voluntad individual del empresario, mientras que en las modificaciones colectivas se establece un procedimiento en el que se requiere el desarrollo de un período de consultas que puede conducir a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, aunque si no existe acuerdo el empresario podrá, unilateralmente, tomar una decisión sobre la modificación.

Cabe señalar que de manera expresa nuestro ordenamiento establece que no es factible la conversión de contrato a tiempo completo

²⁸ Sobre los efectos que tiene sobre el contrato este mecanismo *vid.* FERRADANS CARAMES, C.: *Op. cit.*, páginas 258; también PÉREZ ANAYA, R.M.: *Op. cit.*, páginas 1408 y 1409.

²⁹ En este sentido PÉREZ ANAYA, R.M.: *Op. cit.*, páginas 1391 y 1392.

en contrato a tiempo parcial a través del art. 41 ET³⁰ (otra cuestión es que el trabajador con un contrato a tiempo parcial pueda verse afectado por una reducción de la jornada vía art. 41 ET³¹), no obstante puede detectarse alguna jurisprudencia favorable a estimar la reducción de jornada a través del art. 41 ET³².

Otro ámbito en el que existen problemas de delimitación es entre la modificación sustancial y la reducción temporal de jornada a través del art. 47 ET. Estamos ante mecanismos que pueden perseguir un mismo objetivo (la reducción de jornada, en el caso del art. 47.2 ET está diseñado para ello, y una de las modificaciones sustanciales podría ser ésta), si bien hay diferencias en el régimen jurídico³³: las causas que se exigen en uno y otro caso no son iguales, aun cuando estén relacionadas, el procedimiento tampoco es idéntico. Pero sobre todo la diferencia reside en que la reducción de jornada del art. 47 ET es temporal y la modificación sustancial no tiene que serlo³⁴. La doctrina ha estimado que lo más adecuado es entender que el art. 47 resulta de aplicación cuando se trata de supuestos que implican una reducción del salario (pues, al ser temporal, el trabajador está protegido por la prestación por desempleo); mientras que las modificaciones sustanciales pueden dar lugar a una reducción del tiempo de trabajo inferior al 10%, que dada su poca entidad, no implicarán reducción del salario³⁵.

Desde mi punto de vista, el diseño legal debería obedecer al siguiente planteamiento³⁶: el art. 47 ET está pensado para generar una alteración cuantitativa del tiempo de trabajo (cuanto se trabaja), concretamente su reducción; por el contrario, tanto el art. 41 como el art. 82.3 ET plantean una alteración cualitativa del tiempo de trabajo (cuando se trabaja o cómo se distribuye el tiempo pactado), distinguiéndose uno de

³⁰ Sobre la cuestión *vid.* RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «Instrumentos de gestión flexible (...)», *op. cit.*, página 722; también FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «La reducción de la jornada de trabajo como medida de flexibilidad interna: articulación de los diversos instrumentos legales», *Relaciones Laborales* N° 19-20 (2012), página 27; FERRADANS CARAMES, C.: *Op. cit.*, página 238.

³¹ En este sentido FABREGAT MONFORT, G.: «Posibilidades jurídicas de reducción de jornada: modificación sustancial, contrato a tiempo parcial y reducción de jornada *ex art.* 47 ET», *Trabajo y Derecho* n° 17 (2016), página 33.

³² *Vid.* RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: Flexibilidad de la jornada (...), *op. cit.*, páginas 48 y ss.

³³ En este sentido LÓPEZ CUMBRE, L.: «Aspectos críticos de la regulación del tiempo de trabajo en España», en AA.VV., dirigidos por S. Perán Quesada, *La ordenación del tiempo de trabajo en el SXXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Comares, Granada 2014, página 106.

³⁴ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: *Op. cit.*, página 29.

³⁵ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: *Op. cit.*, página 32. También FABREGAT MONFORT, G.: *Op. cit.*, página 36.

³⁶ *Vid.* BALLESTER PASTOR, M.A.: *Op. cit.*, página 58.

otro en función de dónde esté regulada la condición (si es en contrato individual o pacto colectivo no estatutario acudimos al art. 41 ET, si es un convenio colectivo estatutario acudimos al art. 82.3 ET). Sin embargo, este planteamiento se complica por el hecho de que tanto el art. 41 como el art. 82.3 ET incluyen entre las condiciones a modificar o inaplicar, tanto la jornada de trabajo como el horario y la distribución del tiempo de trabajo; es decir, cuestiones tanto cuantitativas como cualitativas³⁷. Ello complica extraordinariamente la situación cuando se pretende diferenciar donde llega una institución y donde otra. Desde mi punto de vista, y sin ánimo de ser exhaustivo, creo que el art. 47 ET se dedica a las reducciones temporales, los arts. 41 y 82.3 ET pueden plantear una redistribución del tiempo de trabajo, cada uno en su ámbito de regulación (contrato o pacto colectivo, o bien convenio colectivo estatutario); si bien, además, el art. 41 ET puede plantear reducciones de jornada, pero sin afectar a salario, pues ello supondría una conversión del contrato que es de jornada completa a contrato a tiempo parcial, y para ello se requiere la voluntad del trabajador afectado³⁸. El art. 82.3 ET si podría proceder a una reducción de este tipo, pues el propio convenio puede definir la jornada comparable, sin que haya conversión a contrato a tiempo parcial.

- Las modificaciones sustanciales reguladas en el art. 41 afectan a condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de decisión unilateral del empresario de efectos colectivos (art. 41.2 ET); pero si se trata de condiciones establecidas en convenios colectivos de carácter estatutario, no cabe aplicar el régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (en la que tiene un papel esencial la voluntad unilateral del empresario), sino que la alteración de tales condiciones deberá realizarse de conformidad a lo dispuesto en el art. 82.3 ET; es decir, a través del descuelgue de condiciones de trabajo, que implica la inaplicación de las condiciones pactadas en el convenio y su sustitución por una regulación diferente³⁹.

Esta posibilidad supone que pese a la existencia de una determinada regulación sobre condiciones de trabajo establecida en convenio de sector o incluso de empresa (auto descuelgue), pueda sustituirse dicha regulación por otra diferente, más adaptada a las necesidades del empresario; lo cual cuestiona la eficacia normativa del convenio estatutario. Dado que estamos ante una regulación extraordinaria, es lógico que existan diferentes límites a esta posibilidad: de entrada límites causales, pues se exige la existencia de justa causa económica,

³⁷ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: *Op. cit.*, página 23.

³⁸ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: *Op. cit.*, página 27.

³⁹ Vid. BALLESTER PASTRÓ, M.A.: *Op. cit.*, página 82.

técnica, organizativa o productiva. De otro lado, procedimentales, debiendo destacarse que el procedimiento es prácticamente el mismo que el de las modificaciones sustanciales de carácter colectivo; de hecho el art. 82.3 ET se remite a lo dispuesto por el art. 41.4 ET, por lo que requiere de un periodo de consultas. No obstante, dado que estamos alterando un convenio, que está protegido por el derecho a la negociación colectiva (art. 37 de la Constitución), se va a exigir, en principio, que haya un acuerdo entre los representantes de trabajadores y empresarios (que el convenio, fuente negocial, sea modificado o alterado por otro instrumento derivado de la negociación colectiva). Sin embargo, las reformas de 2012 trajo como una de las principales novedades en esa materia la posibilidad de la alteración de un convenio colectivo sin acuerdo entre las partes: si tras el período de consultas no se alcanza un acuerdo, es posible que el empresario pueda someter la cuestión a la «comisión del convenio», que dispondrá un plazo de siete días para pronunciarse. Caso de no alcanzarse un acuerdo en la comisión paritaria, el empresario aún podrá acudir a los mecanismos de solución de discrepancias establecidos en los acuerdos interprofesionales, en el convenio estatal o autonómico, previstos por el art. 83 ET, pudiendo consistir estos procedimientos incluso en mecanismos de arbitraje vinculante. Si todos los instrumentos anteriores fallasen y el acuerdo no se consiguiera, el legislador ha establecido la intervención de la CCNCC o bien el organismo autonómico correspondiente (a solicitud de una de las partes —pese a la literalidad de la norma, es evidente que el legislador se refiere al empresario), que podrán adoptar una decisión en su propio seno o bien las partes podrán designar un árbitro, teniendo la decisión que se adopte la eficacia de un acuerdo adoptado en período de consulta; en definitiva, a través de la CCNCC o el órgano autonómico correspondiente se resolverá la cuestión de manera definitiva a través de un arbitraje. Se somete así a la parte laboral a un verdadero proceso de «acoso negocial», en el que todo el sistema está diseñado para alcanzar un resultado final: el acuerdo; siendo evidente lo que la amenaza final de un arbitraje va a suponer en la parte que se resiste a llegar a un acuerdo, pues tendrá toda la presión para adoptar un acuerdo y evitar que un tercero tome la decisión. Merecería la pena pensar qué sucedería si en la negociación ordinaria de un convenio colectivo pudiera aplicarse un sistema parecido al que estamos describiendo; o incluso si se plantease la posibilidad de establecer este mismo sistema para la modificación de convenios cuando la parte laboral considerase que la situación económica de la empresa es lo suficientemente adecuada para sustentar una modificación de condiciones.

En todo caso, ha de advertirse que la posibilidad de un descuelgue de condiciones de trabajo tiene una importante limitación material, pues no toda condición pactada en un convenio es susceptible de

sufrir el descuelgue: tan sólo es factible el descuelgue en las materias expresamente señaladas por el art. 82.3 ET. Pues bien entre ellas se mencionan expresamente tanto a la jornada de trabajo, como al horario y distribución del tiempo de trabajo como al régimen de trabajo a turnos. En definitiva, el tiempo de trabajo es una de las materias en las que es factible el descuelgue de condiciones de trabajo. En este punto hay una identidad entre las materias que se consideran propias de la modificación sustancial y las que es posible el descuelgue, pues en ambos casos el tiempo de trabajo forma parte de los supuestos de hecho en que ambas instituciones pueden actuar. Ello evidencia la relevancia del tiempo de trabajo dentro del marco de la regulación de condiciones en los convenios colectivos. La diferencia entre un instrumento u otro va a residir en cómo se haya regulado el tiempo de trabajo, si se hace a través de convenio colectivo estatutario, el empresario ha de acudir al art. 82.3 ET (también estimo que esta es la vía para resolver la cuestión en aquellos casos en los que la regulación del tiempo de trabajo se haya adoptado por acuerdo de empresa, dada la eficacia normativa que ha de reconocerse a estos instrumentos de negociación colectiva⁴⁰, además de que ello evitaría el fenómeno del «barrenado de convenios»); no así cuando se trata de contrato, decisión unilateral del empresario de efectos colectivos o convenio extraestatutario, en que puede acudir al art. 41 ET.

De otro lado, dado que existe en nuestro ordenamiento otra institución jurídica que parece, en parte, coincidente con lo previsto en el art. 82.3 ET, me refiero a la reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas (art. 47.2 ET), lo que supondría una duplicidad de instrumentos con idéntico objetivo. Es por ello que no es extraño encontrar entre la doctrina laboral opiniones favorables a entender que el descuelgue o inaplicación queda reservado para los casos en los que se plantea por el empresario una ampliación de la jornada; mientras que los supuestos de reducción estarían reservados a lo previsto por el art. 47.2 ET⁴¹.

- Junto con las modificaciones sustanciales y el descuelgue de condiciones, el empresario aún dispone de otra posibilidad para proceder a la alteración de las reglas sobre tiempo de trabajo, me refiero a las normas sobre concurrencia entre convenios colectivos. Me refiero, como no, a lo dispuesto por el art. 84.2 ET: la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Como sabemos, en materia de concurrencia entre convenios, la regla general que fija nuestro ordenamiento desde la aprobación del ET en 1980 es la llamada prohibición de concurren-

⁴⁰ No obstante, en contra, PÉREZ ANAYA, R.M.: *Op. cit.*, página 1392; también RODRÍGUEZ PASTOR, G.E.: *Op. cit.*, página 101.

⁴¹ En este sentido PÉREZ ANAYA, R.M.: *Op. cit.*, página 1393.

cia regulada por el art. 84.1 ET, que en líneas generales no es sino un principio básico de prioridad temporal o *prior in tempore*: cuando hay una verdadera situación de concurrencia entre convenios (lo cual no siempre es fácil) resulta de aplicación lo dispuesto por el primero de los convenios, pues este no podrá verse afectado por lo dispuesto durante su vigencia (hasta la denuncia) por un convenio colectivo posterior en el tiempo. Sin embargo, el ordenamiento ha admitido diferentes excepciones; así, tradicionalmente se había estimado la posibilidad de alteración de las reglas sobre concurrencia entre convenios, a través de lo dispuesto por los acuerdos interprofesionales (art. 84.1 y 83.2 ET, que regulan la concurrencia negociada); o más moderadamente se acepta la posibilidad de la concurrencia entre un convenio nacional y uno autonómico (en la actualidad regulada en el art. 84.3 y 4 ET, que establece las reglas de la concurrencia descentralizadora). Además, el proceso de reformas 2010-2012 ha añadido otra excepción, que es justamente la que nos interesa: me refiero a la prioridad aplicativa del convenio de empresa. A tenor de lo dispuesto por el art. 84.2 ET es posible que pese a la existencia de un previo convenio colectivo de sector (que según el art. 84.1 ET no podría verse afectado durante su vigencia por un posterior convenio), tendrá prioridad en la aplicación de ciertas materias el convenio posterior, siempre y cuando sea de empresa. Se rompe así de manera frontal el principio *prior in tempore*, de manera que los convenios de empresa, aún cuando sean posteriores, tendrán prioridad sobre los previos convenios de sector.

Es cierto, no obstante, que esta prioridad aplicativa tan sólo se tiene en ciertas materias (limitación material), que son expresamente señaladas por el art. 84.2 ET; pues bien entre estas materias (*vid.* letra c del citado precepto) encontramos al «horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones»⁴². No se incluye en este caso (a diferencia de la modificación sustancial o del descuelgue) a la jornada de trabajo, pero se incluye una materia que no estaba prevista en esos otros dos supuestos: la planificación anual de las vacaciones.

En la práctica lo que se consigue es facilitar al empresario la posibilidad de contradecir lo regulado en un convenio colectivo de ámbito superior y previo en el tiempo, estableciendo a nivel de empresa un convenio que tenga en cuenta las necesidades productivas del empresario. Modificar, en definitiva la regulación del convenio colectivo aplicable y sustituirla por otra más favorable a los concretos intereses de una empresa del sector.

⁴² Obsérvese cómo se incluye la cuestión de la distribución irregular en el ámbito de la empresa por esta vía, facilitando así la aplicación de esta institución. Sobre la cuestión, *vid.* MARTÍNEZ YAÑEZ, N.M.: *Op. cit.*, página 64.

A tenor de las diferentes reglas que hemos señalado y que están contenidas en los arts. 41, 82.3 y 84.2 ET, podemos encontrar vías que tienen un objetivo claramente común: facilitar una mayor flexibilidad en materia de tiempo de trabajo, pues a través de las mismas se permite que el empresario pueda modificar o alterar diferentes cuestiones sobre el régimen jurídico aplicable en esta materia. Que utilice una u otra vía va a depender de diferentes cuestiones: en primer lugar, hay que tener en cuenta donde se regula la materia a modificar, pues si se regula en convenio colectivo estatutario el empresario debe acudir necesariamente al descuelgue o a la prioridad del convenio de empresa; por el contrario si se regula en el contrato de trabajo, pacto colectivo o decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, deberá acudir a la modificación sustancial. De otro lado, cuando se trata de modificación de condiciones pactadas en convenio estatutario hay que tener en cuenta diferentes cuestiones, en primer lugar y aún cuando en este punto el contenido de los arts. 82.3 y 84.2 ET es muy cercano, también debe tenerse en cuenta la materia concreta que pretende alterarse o adaptarse a las necesidades empresariales, pues, por ejemplo, la planificación de vacaciones es una materia que se recoge en el art. 84.2 ET y no en el descuelgue. De otro lado, también es importante realizar valoraciones de carácter estratégico, pues aun cuando tanto en el descuelgue como en la prioridad de aplicación debe acudir a la negociación colectiva, pero en el primero de ellos cabe la posibilidad de resolver la cuestión sin acuerdo y a través de un arbitraje. Por el contrario, en la prioridad aplicativa del convenio de empresa, es necesario llegar a un acuerdo, es decir, aprobar expresamente un convenio colectivo, que va a tener carácter peyorativo en alguna o todas las materias que menciona el art. 84.2 ET, frente a la regulación del convenio de sector que es aplicable a los trabajadores, lo cual puede ser más complicado. En definitiva, se trata de cuestiones que deben ser tenidas en cuenta por el empresario antes de optar por una u otra vía de alteración de las condiciones. En todo caso, ha de observarse como se trata de un conjunto normativo en el que el legislador está pensando específicamente en el ámbito de la empresa, es decir, se trata de vías de flexibilidad que favorecen que un concreto empresario pueda intentar adaptar las condiciones de trabajo a las específicas necesidades productivas que tiene en su empresa.

- Además de todo lo anterior, no podemos olvidar lo previsto por el art. 86 ET en relación a la vigencia del convenio colectivo. De un lado el art. 86.1 señala que «Durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 podrán negociar su revisión». Se está planteando que los mismos sujetos que pueden negociar y aprobar un convenio, podrán, durante la vigencia del mismo proceder a modificarlo, de manera que una vez sea aprobado el convenio colectivo, este no se convierte en

una especie de texto sagrado absolutamente inmune a la posibilidad de una modificación, realizada a través de los cauces ordinarios de la negociación colectiva. Esta posibilidad afecta a cualquier convenio con independencia de cuál pueda ser su ámbito de aplicación, ya sea de empresa o de sector. No estás sometida esta posibilidad a una limitación material, por lo que cualquier aspecto del tiempo de trabajo podría volver a ser renegociado por los sujetos legitimados.

Por último, el mismo art. 86, pero en su apartado tercero establece que durante la negociación para la renovación de un convenio se producirá la ultraactividad de la parte normativa del mismo, señalándose que las partes pueden adoptar acuerdos parciales para la «modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o la empresa». Por lo tanto, durante la fase de ultraactividad de un convenio (con independencia de cuál sea su ámbito), podrá este ser modificado en alguno o más de uno de sus contenidos o materias reguladas por el mismo, con el objetivo expresamente declarado de adaptar las condiciones de trabajo a la situación en la que se encuentra la empresa o el sector. Al igual que ocurre en el supuesto anterior, esta posibilidad no está sujeta a limitación material alguna, por lo que sería perfectamente posible que una de las materias objeto de modificación fuese la relativa al tiempo de trabajo, en su totalidad, o alguno de sus diferentes aspectos.

En definitiva, nos encontramos con una regulación laboral sobre tiempo de trabajo, en la que se está dejando atrás a pasos agigantados esa vieja concepción del tiempo de trabajo estandarizado, siendo sustituida por la posibilidad de diversificar los tiempos de trabajo, no sólo por el hecho de que se introducen mecanismos para adaptar la jornada de trabajo a las cambiantes necesidades empresariales, sino también por la cada vez mayor individualización del establecimiento del tiempo de trabajo; todo ello como respuesta a los requerimientos, cada vez más insistentes de una economía mundial, competitiva y globalizada. Todo sea por lograr que se mejore la competitividad de las empresas, y por conseguir que se adapte a las fluctuaciones del mercado sin que el ordenamiento establezca dificultades.

3. LA FLEXIBILIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO A FAVOR DE LOS INTERESES DE LOS TRABAJADORES

Pero también la flexibilidad en el tiempo de trabajo puede plantearse desde el otro ámbito de la relación laboral; no desde la perspectiva empresarial, sino desde el punto de vista del trabajador, que por diferentes necesidades

(sobre todo la de hacer frente a responsabilidades familiares), puede requerir una alteración de los períodos de trabajo.

El legislador no sólo se ha ocupado de facilitar a los empresarios mecanismos dirigidos a adaptar el tiempo de trabajo a sus necesidades, también existen mecanismos a través de los que se pretende facilitar la conciliación entre el tiempo de trabajo y el tiempo que el trabajador debe dedicar a para hacer frente a las necesidades derivadas de la existencia de responsabilidades familiares. Se habla así de la conciliación de vida familiar, personal y laboral. Si bien en la actualidad hay una cierta quietud en el ánimo del legislador en la actualidad en cuanto al favorecimiento de los intereses conciliatorios del trabajador, no podemos negar que en las últimas décadas nuestro ordenamiento se ha caracterizado por un importante protagonismo de los fenómenos de conciliación en la regulación del tiempo de trabajo, buscándose un cierto equilibrio entre trabajo y familia. Se trata de ir más lejos de lo previsto por instrumentos que podemos considerar tradicionales en este ámbito, como son la suspensión o excedencia del trabajador, supuestos en los que el trabajador (más habitualmente la trabajadora), cesaba en el desarrollo de la prestación de trabajo para resolver tales necesidades familiares, teniendo un derecho, más o menos fuerte, al reingreso al puesto de trabajo. Este tipo de mecanismos, si bien pueden resolver importantes necesidades de los trabajadores, suponen que éste se desvincula de la empresa para integrarse de manera completa en la atención de las necesidades de carácter familiar, desvinculación que puede suponer dificultades para conseguir una futura reincorporación al trabajo (¿cuántas trabajadoras han iniciado una excedencia por motivos familiares, para pasado el tiempo acabar renunciando al trabajo?). Estos mecanismos sólo contemplan dos posibilidades: o trabajar y dejar de lado las responsabilidades familiares, o atender tales responsabilidades, cesando el trabajo. Es aconsejable no desvincularse totalmente del mundo laboral y ello interesa no sólo a los trabajadores, también a los empresarios que en ocasiones ven como trabajadores con formación, con experiencia, con altos niveles de rendimiento, cesan temporalmente en el trabajo y deben ser sustituidos por personal sin experiencia. Desde una perspectiva más moderna de esta cuestión se pretende facilitar que el trabajador con necesidades familiares pueda atenderlas, pero sin cesar en el trabajo: se permite la suspensión «parcial» en caso de maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, la acumulación de la reducción por lactancia, se han introducido nuevos supuestos de reducción de la jornada de trabajo por necesidades familiares o se han delimitado más favorablemente a los trabajadores ciertos permisos para atender el cuidado de familiares.

Con carácter general el art. 34.8 ET establece que el trabajador tiene derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo con el objetivo de hacer efectivo su derecho a la conciliación a la vida personal, familiar y laboral. Sin embargo, no estamos ante un derecho pleno concedido directamente por el legislador que puede ejercerse frente al empresario, pues

está condicionado a su desarrollo a través de la negociación colectiva o al acuerdo que individualmente pueda alcanzarse con el empresario⁴³; por lo tanto, no tiene aplicabilidad inmediata⁴⁴. En definitiva, se trata de un precepto que fija un objetivo, una meta a alcanzar y, por tanto, tiene un carácter programático o promocional⁴⁵. De otro lado señala cuál es la vía más adecuada para alcanzar ese objetivo, la negociación colectiva, pero ni establece un concreto derecho del trabajador, ni una paralela obligación que deba respetar el empresario. En este sentido el precepto añade que para alcanzar dicho objetivo se «promoverá» la utilización de la jornada continuada, o el horario flexible o bien cualquier otro modo de organización el tiempo de trabajo y del descanso que compatibilice la conciliación con la mejora de la productividad de la empresa. Por lo tanto, este precepto poco aporta al panorama existente, remitiéndose al ámbito de la negociación colectiva, pero sin conceder derecho alguno a los trabajadores y sin imponer obligación alguna al empresario⁴⁶.

En todo caso, al margen de la regla general que acabamos de señalar, es cierto que el legislador ha establecido ciertos derechos de los trabajadores vinculados a la conciliación de la vida familiar y laboral con el trabajo, que están vinculados al tiempo de trabajo. Debemos diferenciar estos mecanismos de aquellos otros que si bien tienen como objetivo la conciliación, no forman parte de la normativa sobre tiempo de trabajo, aun cuando la negociación colectiva los regule frecuentemente con las normas dedicadas al tiempo de trabajo. Me refiero a diferentes supuestos de suspensiones por maternidad, por adopción, por acogimiento, diferentes casos de excedencia por cuidado de hijos, familiares, o incluso los permisos regulados en el art. 37.3 ET que en realidad es una institución más vinculada con las interrupciones de la prestación de trabajo (con la suspensión o con la excedencia), si bien de muy corta duración, que con el tiempo de trabajo, o más específicamente los descansos, pues se trata de una institución que no tiene como objetivo facilitar al trabajador un descanso, sino que está pensada más para poder participar en aquellas obligaciones cívicas, sociales e incluso personales que están social y culturalmente justificadas en nuestra sociedad, o bien es necesario atender ciertas exigencias de carácter familiar. No obstante, dada su corta duración, en muchos casos los permisos pueden vincularse al tiempo de trabajo.

De otro lado, encontramos ciertos casos en los que las normas sobre conciliación de la vida personal, familiar y laboral si están directamente vinculadas con el régimen jurídico del tiempo de trabajo; me refiero a los supuestos de

⁴³ Tal como afirma el citado precepto, el trabajador tiene derecho a dicha adaptación, si bien «en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario».

⁴⁴ BALLESTER PASTOR, M.A.: *Op. cit.*, página 85.

⁴⁵ TRILLO PARRAGA, F.: *Jornada de trabajo, descansos, permisos y vacaciones*, Editorial Bomarzo, Albacete 2016, página 24. De igual manera RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: *Tiempo de trabajo y vida privada*, Comares, Granada 2016, página 175.

⁴⁶ Sobre la falta de efecto de dicho precepto, *vid.* MARTÍNEZ YAÑEZ, N.M.: *Op. cit.*, página 40.

reducción de la jornada por motivos de carácter familiar regulados en el art. 37.4 y ss. ET. Así ocurre, por ejemplo, con la lactancia, caso en el que se regula (art. 37.4 ET) el derecho a la ausencia durante una hora del trabajo por nacimiento de hijo, adopción o acogimiento para la lactancia del menor; pudiendo dividirse esta hora en dos fracciones, así como reducirse la jornada de trabajo en media hora con la misma finalidad o acumularse por jornadas completas⁴⁷.

De otro lado, el art. 37.5 ET establece que en los casos de nacimientos de hijos prematuros o que por cualquier causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tienen el derecho a ausentarse del trabajo durante una hora, o bien reducir su jornada de trabajo hasta dos horas con la disminución del salario. Se trata de un derecho que tiene como objetivo facilitar que los padres puedan hacer frente a las necesidades de atención del hijo recién nacido que permanezca hospitalizado⁴⁸.

También el art. 37.6 ET regula el derecho a la reducción de la jornada de trabajo diaria, con disminución del salario, entre un octavo y la mitad de duración, en los casos de guarda legal de un menor de doce años o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida.

El mismo derecho podrá disfrutar el trabajador que se encarga del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeña actividad retribuida (art. 37.6 segundo párrafo ET).

Por último, el art. 37.6 ET regula en su tercer párrafo la posibilidad de una reducción de, al menos, la mitad de la jornada (con disminución proporcional del salario) para los trabajadores que sean progenitores (casos de maternidad biológica), adoptantes o tengan la guarda con fines de adopción o guarda permanente de un menor afectado por cáncer o cualquier otra enfermedad grave que implique el ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de cuidado directo permanente y continuo (debidamente acreditado); pudiendo los convenios colectivos establecer las condiciones y supuestos en los que la reducción de la jornada pueda acumularse en jornadas completas.

Otra de las posibilidades de alteración de jornada que establece nuestro ordenamiento, si bien desde una perspectiva totalmente diferente es la contenida en el art. 37.8 ET, que se refiere a situaciones en que los trabajadores tengan la consideración de víctimas de violencia de género o víctimas del terrorismo. En estos casos el citado precepto regula tanto la posibilidad de una reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o bien la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de orde-

⁴⁷ Tal como ha señalado la doctrina laboral, el origen de la acumulación reside en el hecho de la falta de eficacia del permiso por lactancia; así RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: *Op. cit.*, página 242.

⁴⁸ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: *Op. cit.*, página 254.

nación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa; todo ello con el fin de hacer efectiva su protección o derecho a la asistencia social integral. En todo caso, estos derechos pueden ejercerse en los términos establecidos por el convenio colectivo o por los acuerdos de empresa, o bien conforme al acuerdo entre empresa y cada trabajador afectado. Si no se produce la concreción de estos derechos a través de una de las vías señaladas, el trabajador podrá concretar estos derechos, siendo de aplicación en última instancia lo dispuesto por el art. 37.7 ET.

En definitiva, se trata de un conjunto normativo bastante interesante en el que la flexibilidad del tiempo de trabajo se plantea desde una perspectiva totalmente diferente, no desde el punto de vista de los intereses empresariales, sino desde el interés del trabajador que intenta conciliar sus responsabilidades de carácter familiar con la necesidad de desarrollar su prestación de trabajo (o bien que se le permita compatibilizar el trabajo con la necesidad de hacer efectiva la protección social integral por ser víctima de violencia de género o víctima del terrorismo).

Especial interés va a tener constatar si el ordenamiento establece un mecanismo a través del cual el trabajador pueda imponer realmente el disfrute de estos derechos al empresario. Entendemos que es justamente en este punto donde mayor fricción se va a producir entre las necesidades empresariales y laborales. Nos referimos concretamente a la concreción de la reducción del tiempo de trabajo, cuándo y cómo va a disfrutar el trabajador del derecho concedido por el ordenamiento jurídico y a través del cual puede armonizar sus intereses laborales y familiares. Puede decirse que esta cuestión se va a convertir en una verdadera clave de bóveda del sistema, pues si pese al reconocimiento de determinados derechos por parte del ordenamiento no acompaña una verdadera capacidad de activarlos, prácticamente lo que tiene el trabajador no es más que un derecho meramente teórico, pero no real ni efectivo. Sobre esta cuestión hemos de acudir a lo establecido por el art. 37.7 ET, precepto que realmente deja una sensación agridulce para el trabajador. En principio el señalado precepto establece que corresponde al trabajador la concreción horaria (es decir, las horas concretas que en el horario de trabajo se producirán las reducciones o las ausencias de los trabajadores) y la determinación del período de disfrute (extensión temporal del derecho) de los derechos de lactancia o reducción de jornada contemplados por el art. 37.4 a 8 ET (tanto en el supuesto del art. 37.5 como en el art. 38.8 ET, son estos mismos apartados los que se remiten para esta cuestión al art. 37.7 ET), dentro de su jornada ordinaria. Se concede al trabajador, por tanto, no sólo unos derechos de reducción de la jornada, sino la capacidad para concretar el momento del disfrute de los mismos⁴⁹.

⁴⁹ Tal como señala BALLESTER PASTOR, M.A., esto puede conducir a una degradación de los derechos de conciliación; *Op. cit.*, página 90.

No obstante, los convenios colectivos pueden establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de la jornada contenida en el apartado 6 del art. 37 ET (la reducción entre un octavo y la mitad de la jornada con reducción proporcional del salario para poder realizar los cuidados de un menor de doce años o de un discapacitado, así como las reducciones por cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado que no pueda valerse por sí mismo); teniendo en cuenta tanto las necesidades de conciliación del trabajador como las necesidades organizativas y productivas de la empresa.

En todo caso, las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre esta cuestión, serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el art. 139 LRJS.

Es decir, a tenor de estas reglas resulta que si bien inicialmente se reconoce unos derechos a la reducción de la jornada del trabajador y se estima que es el propio trabajador quien ha de concretar el ejercicio del mismo, sin embargo, se concede al empresario, sin manifestarlo el legislador de manera expresa, la capacidad para disentir de la concreción que plantea el trabajador: ciertamente no se establece expresamente esta capacidad del empresario, pero al señalarse que si no hay acuerdo, será el juez de lo social quien decida, implícitamente se está concediendo al empresario esa capacidad de disentir de la concreción del trabajador. Más aún, el trabajador no tiene la capacidad para que su decisión sea ejecutiva, pues a tenor de lo establecido por el art. 139 LRJS, es el trabajador titular del derecho a la reducción y titular del derecho a la concreción de la misma, quien debe demandar al empresario, tal como señala el art. 139.1.a) LRJS, asumiendo así la carga procesal de ocupar la posición de demandante. Más aún, este último precepto reconoce expresamente la capacidad de veto del empresario, cuando señala que el trabajador dispondrá de 20 días para demandar, «a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por el trabajador». Al menos esta regulación reconoce el derecho del trabajador a la acción por daños y perjuicios derivados exclusivamente de la negativa del derecho o demora de la efectividad del mismo, perjuicios de los que puede exonerarse el empresario si provisionalmente hubiese dado cumplimiento a la propuesta del trabajador⁵⁰.

De otro lado, no debemos olvidar que la actual redacción del art. 37.7 ET, respecto del supuesto de reducción de jornada regulado en el art. 37.6 ET (la reducción entre un octavo y la mitad de la jornada con reducción proporcional del salario para poder realizar los cuidados de un menor de doce años o de un discapacitado, así como las reducciones por cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado que no pueda valerse por sí mismo) establece que los convenios colectivos pueden establecer criterios para la concreción

⁵⁰ Además, en el caso de demandas de víctimas de violencia de género o víctimas del terrorismo, el trabajador podrá instar la adopción de las medidas cautelares contenidas en el art. 180.4 LRJS.

horaria de la reducción, criterios que atenderán tanto las necesidades de conciliación del trabajador, como las necesidades productivas y organizativas del empresario. Consecuentemente, a través del convenio podría limitarse o reducirse la capacidad del trabajador para determinar la concreción de su derecho. Más aún, el propio.

En definitiva, se trata de una regulación que en la práctica viene a limitar el ejercicio de los derechos a la reducción de jornada de los trabajadores, vinculados a la conciliación de la vida familiar y laboral, dificultando que sean los trabajadores los que puedan acceder a la flexibilidad del tiempo de trabajo, pues se condiciona la efectividad de estos derechos a que haya un desarrollo de los mismos a través de la negociación colectiva⁵¹. Se ofrece así una cara totalmente diferente a la que hemos visto cuando este tema se trata desde la perspectiva empresarial, en la que es evidente que el ordenamiento ha dispuesto diferentes vías para facilitar que predomine el interés empresarial, permitiendo la alteración de la jornada pactada inicialmente. Esta situación evidencia cómo la regulación sobre tiempo de trabajo actúa sobre intereses contrapuestos de trabajadores y empresarios y cómo el ordenamiento no es capaz de dar en este caso una respuesta satisfactoria para ambas partes. Dicho de otra manera, aparentemente el ordenamiento actual es incapaz de conseguir el necesario equilibrio entre los intereses empresariales y laborales en el ámbito del tiempo de trabajo⁵², mostrándose escorado hacia la defensa de los intereses empresariales⁵³. Junto con la regulación dedicada a la concreción de estos derechos por el trabajador, el elemento que más evidencia esta falta de equilibrio sea el hecho de que estos derechos de reducción de jornada se refieren de manera expresa a la jornada de trabajo del propio trabajador o incluso a la jornada de trabajo «diaria», reduciendo así drásticamente las opciones del trabajador para adaptar el tiempo de trabajo a sus necesidades⁵⁴.

Debemos tener en cuenta las dificultades que los diferentes mecanismos de flexibilidad laboral que están a disposición del empresario afectan de manera muy directa a los trabajadores en cuando a su propia capacidad para hacer frente a las necesidades familiares: es evidente que instrumentos como el establecimiento de máximos de jornada semanales en base a promedios

⁵¹ En sentido crítico *vid.* PERAN QUESADA, S.: «Tiempo de trabajo y género. La perspectiva española», en AA.VV., dirigidos por S. Perán Quesada, *La ordenación del tiempo de trabajo en el Siglo XXI. Retos oportunidades y riesgos emergentes*, Comares, Granada 2014, páginas 170 y 171.

⁵² FERRADANS CARADAMES, C.: «La reducción de la jornada de trabajo como mecanismo de reestructuración empresarial frente a la crisis de empleo», *Temas Laborales* n° 107 (2010), página 233.

⁵³ En este sentido MOLINA NAVARRETE, C.: «La «luna Europa» y sus dos caras: regulación flexible del tiempo de trabajo y límites comunitarios», en AA.VV., *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Comares, Granada 2014, páginas 69 y ss.

⁵⁴ En este sentido, y de manera muy crítica BALLESTER PASTOR, M.A.: *Op. cit.*, páginas 88 y ss. De igual manera RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: *Op. cit.*, página 265.

anuales, la posibilidad de utilizar la jornada flexible, o las horas complementarias tienen una repercusión sobre el disfrute del tiempo de ocio o del tiempo para atender a la familia, pues el tiempo de trabajo se convierte en impredecible incluso a corto plazo; lo que genera evidentes conflictos con la vida familiar. En el mismo sentido las capacidades que en la actualidad ostentan los empresarios para modificar o alterar la regulación del tiempo de trabajo que se haya convenido con el trabajador o con los representantes de los trabajadores. Se entrecruzan así los diferentes intereses que pretende proteger el legislador, siendo evidente que se ha puesto un mayor énfasis en facilitar flexibilidad a la empresa, que en facilitar el disfrute de los derechos de conciliación a los trabajadores.

Frente a todo ello, como hemos visto, los derechos del trabajador a intentar adaptar su tiempo de trabajo a sus necesidades personales o familiares, son muy limitados y pueden ser perfectamente cuestionados por el empresario; o bien dependen de una posterior regulación por parte del convenio colectivo. Ciertamente es que pueden utilizarse instituciones jurídicas como el trabajo a tiempo parcial para intentar dar solución a alguna de estas necesidades, pero reacciones del legislador como la de eliminar el derecho preferente de los trabajadores que han acordado la conversión voluntaria de su contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, para acceder a un puesto vacante a tiempo completo, no anima precisamente a intentar esa conversión del contrato a tiempo parcial.

Por otra parte la protección de los intereses de los trabajadores se puede plantear también a través de la introducción del horario flexible; es decir, aquella jornada de trabajo en la que el trabajador asume también facultades de especificación o fijación de la misma, al regularse en base a un período de estancia fijo o permanente en la empresa para todos los trabajadores, de modo que durante dicho período coincidan todos, y otra parte de la jornada, en la que el trabajador es quien decide (con mayor o menor libertad) donde ubicarla temporalmente (antes o después del período fijo); se otorga así al trabajador un cierto margen de decisión a la hora de organizar la jornada de trabajo. Con esta posibilidad de distribución de la jornada se estaría satisfaciendo los intereses de ambas partes: de un lado el empresario mantendría una parte de jornada de carácter estable, mientras que el trabajador podría adaptar sus obligaciones laborales a sus intereses personales. Sin embargo, no es frecuente en nuestro país este tipo de sistemas de ordenación del tiempo de trabajo, pues es evidente que suponen una reducción de las facultades empresariales de organización del tiempo de trabajo, incluso se suprimió todo tipo de recepción normativa de la jornada flexible en nuestro ordenamiento, en aras a dotar al empresario de una regulación que adapte el tiempo de trabajo lo más posible a sus intereses, dejando de lado los intereses de los trabajadores. La jornada flexible queda así reducida a ámbitos muy concretos de la actividad productiva (fundamentalmente las Administraciones Públicas), y dentro de unos parámetros de jornada en los que la posible ordenación flexi-

ble a favor del trabajador se ve disminuida por la existencia de importantes límites, de modo que la capacidad que tiene el trabajador para distribuir la jornada es bastante reducida.

Tal como vemos la regulación del tiempo de trabajo obedece a diferentes líneas de evolución, con las que se pretende atender los intereses de los distintos sujetos, trabajadores y empresarios, que actúan en la relación. Estas líneas de evolución suelen chocar, pues los intereses de unos y otros son contrapuestos: fundamentalmente los empresarios desean acceder a la mayor flexibilidad posible a la hora de especificar la jornada de trabajo, mientras que los trabajadores desean, bien una cierta estabilidad que les permita hacer frente a sus necesidades familiares o sociales, o bien en momentos y situaciones puntuales requieren conciliar tales responsabilidades con las laborales.

No debemos olvidar que estas reglas no sólo tienen trascendencia desde el punto de vista de facilitar a los trabajadores instrumentos para conciliar de manera efectiva la vida personal, familiar y laboral, sino que también tienen un especial interés desde el punto de vista de un colectivo socialmente discriminado por ser el que realmente soporta las responsabilidades familiares y hace frente a las mismas; me refiero a las trabajadoras. Desde este punto de vista, no sólo es una regulación dirigida a facilitar a los trabajadores mayores posibilidades de ocuparse de los diferentes «frentes», sino que se convierte en una regulación que también tiene interés desde la perspectiva de la igualdad de género. En la práctica, observamos cómo la mayoría de los mecanismos que dispone el legislador para atender estas responsabilidades familiares, aún cuando muchos de ellos se plantean desde una perspectiva neutra, están pensados principalmente para permitir que la mujer trabajadora pueda cumplir con dichas responsabilidades. Ello hace que surja una pregunta que es inquietante: ¿hasta que punto una regulación de estas características no es una solución, sino que supone impulsar justamente el problema, pues implica el mantenimiento de un rol que socialmente se impone a la mujer?, ¿no sería mejor una regulación que lejos de ser neutra, promoviese la corresponsabilidad entre hombre y mujer, de manera que haya una asunción masculina de las responsabilidades familiares?

4. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA FLEXIBILIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

Acabamos de señalar cómo el legislador laboral ha establecido todo un conjunto de reglas que tienen como objetivo fundamental facilitar legalmente al empresario una especial capacidad para adaptar el tiempo de trabajo a sus necesidades productivas. Sin embargo, no podemos llegar a la conclusión de que es la regulación legal el instrumento normativo a través del cual el empresario accede a las dosis de flexibilidad laboral que necesita. Muy al contrario, en materia de tiempo de trabajo la negociación colectiva ha jugado

y sigue jugando un papel esencial para facilitar esa capacidad de adaptación y flexibilidad que requiere el empresario y para constatarlo basta señalar cómo es la propia regulación legal la que se remite a la negociación colectiva con esta finalidad. Ha de advertirse que si bien el instrumento esencial en este punto es el convenio colectivo, la regulación legal se refiere no sólo al convenio colectivo, sino que en defecto del mismo alude al acuerdo de empresa; es decir, en realidad no es el convenio colectivo (una de las figuras propias del derecho a la negociación colectiva), sino esta última, la que asume el relevante papel que es diseñado por el legislador, no sólo a la hora de determinar la regulación del tiempo de trabajo, sino también la introducción de mecanismos de flexibilidad. En este punto, buena parte de la flexibilidad de la que goza el empresario es una flexibilidad «negociada», siendo también relevante la flexibilidad que directamente aporta la regulación legal, pero valorativamente, la flexibilidad negociada ocupa un papel que es realmente esencial en comparación con esta flexibilidad directamente aportada por la regulación legal.

De entrada, se reconoce (art. 34.1 ET) que la jornada de trabajo será la pactada en convenio colectivo, es decir, se reconduce la regulación del tiempo de trabajo hacia la negociación colectiva, que pasa a tener así una enorme trascendencia a la hora de concretar la regulación sobre tiempo de trabajo.

De otro lado, se reconoce (art. 34.2 ET) que el convenio colectivo es el instrumento adecuado para regular la distribución irregular de la jornada de trabajo. Más aún, el legislador no sólo señala al convenio colectivo, sino que en defecto del mismo atribuye esta función a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores; es decir, que la negociación colectiva es la vía para establecer la distribución irregular de la jornada. Sólo en defecto de la negociación colectiva (si no hay regulación sobre esta cuestión convenio colectivo, o en defecto de la misma, en acuerdo de empresa), el empresario podrá utilizar su voluntad unilateral para aplicar la distribución irregular de la jornada hasta en un 10%. Por lo tanto, la utilidad de la negociación colectiva no alcanza sólo a la concreción de cómo ha de desarrollarse la jornada irregular, sino que actúa como límite a la posible intervención unilateral del empresario en esta materia. Por otra parte, el legislador también se remite al convenio, o en su defecto al acuerdo de empresa, para regular la compensación de las diferencias entre la jornada realizada la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada; y sólo en defecto de esta regulación se aporta una solución legal a esta cuestión.

En tercer lugar, el art. 34.3 ET establece la posibilidad de que a través de convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo de empresa, pueda establecerse una distribución del tiempo de trabajo que supere el límite de las nueve horas diarias de trabajo efectivo; es decir, con ello se plantea la posibilidad de superar el límite máximo de la jornada diaria (no obstante, en caso de menores de edad no es factible, ni tan siquiera a través de la negociación colectiva, superar las ocho horas diarias).

Desde una perspectiva diferente, la relativa a la adaptación de la jornada de trabajo a las necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador, el art. 34.8 ET señala que este derecho se hará efectivo en los términos que establezca la negociación colectiva; con ello el legislador niega el reconocimiento de un derecho subjetivo concreto de los trabajadores, remitiéndose a la negociación colectiva, para que sea esta quien establezca los concretos derechos que pueden disfrutar los trabajadores en este ámbito.

En relación a las horas extraordinarias, el art. 35.1 ET señala que el convenio colectivo (o en su defecto el contrato individual —obsérvese que aquí el legislador no otorga papel alguno a un posible acuerdo de empresa en esta materia—) el mecanismo para a través del cual se opta por uno u otro sistema de remuneración o compensación por la realización de horas extraordinarias. Sólo en defecto de pacto colectivo o individual, será cuando resulte de aplicación la regla legal de compensación por tiempo de descanso remunerado. De otro lado, también en materia de horas extraordinarias, el art. 35.4 ET permite que se pacte la obligatoriedad de las horas extraordinarias a través de convenio colectivo (o bien en contrato individual de trabajo —nuevamente no se otorga relevancia en estos casos a los acuerdos de empresa—).

En cuanto a las reglas sobre modificación o alteración de la regulación sobre tiempo de trabajo pactada (individual o colectivamente), es evidente que la negociación colectiva juega un papel esencial, si bien en comparación con la regulación previa a 2012, hemos de reconocer que ese papel se ha contraído y reducido notablemente. Así, en el caso de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, pues se trata en estos casos de una nueva regulación sobre horario, distribución del tiempo de trabajo, de el régimen de trabajo a turnos o bien de la planificación anual de vacaciones, a través de un convenio de empresa; es decir, que esa alteración de las condiciones pactadas en el convenio de sector sólo puede producirse a través de otro convenio colectivo; se trata, pues de una posibilidad reservada sólo a la negociación colectiva.

En el caso de la inaplicación del convenio colectivo (art. 82.3 ET), también es evidente el protagonismo de la negociación colectiva, pues se trata de una decisión que implica no aplicar un convenio con eficacia normativa y sustituir parte de su regulación (incluida la relativa al tiempo de trabajo) por otro instrumento derivado de la negociación colectiva: un acuerdo de empresa entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo. No obstante, recordemos que el legislador ha diseñado una serie de mecanismos para superar la falta de acuerdo, que incluye la posibilidad de someter la cuestión a un arbitraje obligatorio para la parte laboral, lo que reduce el papel y la relevancia de la negociación colectiva, pues sería perfectamente factible la modificación de las condiciones de tiempo de trabajo sin necesidad del acuerdo de los representantes de los trabajadores.

Por otra parte, en los supuestos de reducción de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 47.2 ET), el

legislador se remite al procedimiento regulado para la suspensión colectiva de los contratos de trabajo (art. 47.1 ET) que reserva un papel esencial para la negociación colectiva, dado que dicho procedimiento comienza con un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, debiendo las partes negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Se trata de un verdadero procedimiento de negociación colectiva. No obstante, recordemos que la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores no impide al empresario llevar a cabo la decisión que adopte y considere más oportuna, por lo que es factible la alteración de condiciones de trabajo como la jornada, que podrá sufrir una reducción, por la voluntad del empresario, tras fracasar el período de consultas.

Por último, también desde la perspectiva de la modificación sustancial de condiciones de trabajo reguladas en el art. 41 ET, se reserva un cierto papel a la negociación colectiva: en el caso de modificaciones sustanciales de carácter colectivo, la decisión del empresario debe ir precedida de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, en la que se negociará sobre las causas motivadoras y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como las medidas para atenuar las consecuencias que puedan sufrir los trabajadores afectados. Durante este período de consultas las partes deben negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Se trata, nuevamente, de un proceso de negociación colectiva que puede finalizar en un acuerdo entre empresa y representación de los trabajadores. No obstante, recordemos que la falta de acuerdo habilita al empresario para tomar la decisión (unilateral) que considere más oportuna. De otro lado, en los casos de modificaciones sustanciales individuales, el art. 41.3 ET diseña un procedimiento en el que basta con la voluntad unilateral del empresario para tomar la decisión, sin requerir en absoluto la participación o negociación colectiva con los trabajadores o sus representantes.

La negociación colectiva también es un instrumento que actúa en el ámbito de la regulación del descanso. En este sentido y desde la perspectiva de la adecuación del tiempo de trabajo a las necesidades empresariales, podemos señalar como la negociación colectiva admite mecanismos a través de los cuales es factible la intromisión empresarial en los períodos de descanso del trabajador: no es extraño encontrar reglas sobre disponibilidad del trabajador; es decir, normas por las que, estando el trabajador en su período de descanso o de ocio, puede ser llamado por necesidades empresariales a desarrollar prestación de trabajo. Ello supone, sobre todo una evidente ruptura de la periodicidad en el reparto del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, introduciendo más flexibilidad en la distribución de la jornada de trabajo. Incluso en materia de vacaciones anuales es posible encontrar en los convenios colectivos reglas dirigidas a facilitar el reinicio de la actividad pese a que el trabajador se encuentre en el disfrute de las vacaciones.

Si analizamos esta misma cuestión desde el punto de vistas de las reducciones de jornada por motivos familiares encontramos también un conjunto

de reglas con claras referencias hacia la negociación colectiva, que plantean la posibilidad de que, a través de la negociación colectiva (es decir, mediante la regulación establecida en ella), los trabajadores puedan lograr la efectividad de determinados derechos que se reconocen en normas legales. Así, en el ámbito del derecho de lactancia (art. 37.4 ET), se plantea la sustitución de la hora de lactancia por una reducción de la jornada de trabajo en media hora, o bien la posibilidad de acumular este derecho a jornadas completas, si bien «en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario». Por lo tanto, no se establece un derecho directo del trabajador a sustituir la hora de lactancia, sino la posibilidad de hacerlo de conformidad a lo que establezca la negociación colectiva o el acuerdo con el empresario, de manera que si la negociación nada establece o no se consigue el acuerdo individual, el trabajador no podrá reclamar ese derecho⁵⁵.

Por otra parte, también dentro del ámbito de las reducciones de jornada por motivos familiares, el art. 37.6 ET plantea la reducción de la jornada en los casos de ser necesario para el cuidado durante la hospitalización y tratamiento continuado de un menor a cargo del trabajador, afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave que implique ingreso hospitalario de larga duración y requiera el cuidado directo, continuo y permanente. Si se cumplen todos estos requisitos (son acumulativos⁵⁶) el trabajador tiene un derecho subjetivo a la reducción de la jornada, reconocido directamente por la ley. Sin embargo, el precepto plantea también la acumulación de esta reducción, para poder así cesar en el trabajo durante jornadas completas. Pues bien, en este caso no se establece en la norma un derecho que es adquirido directamente por el trabajador y del que es titular por mandato de la ley, sin que ese derecho podrá establecerse por convenio colectivo, de modo que si no se establece en el convenio, el trabajador no será titular del mismo y no tendrá efectividad esta posibilidad.

De manera similar, el art. 37.8 ET en relación a los derechos de las víctimas de violencia de género o del terrorismo, plantea la reducción de la jornada de trabajo o la reordenación del tiempo de trabajo a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo. Ahora bien estos derechos podrán ejercerse «en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores o conforme al acuerdo entre la empresa y los trabajadores afectados»; es decir, aparentemente si no hay una concreción de los mismos, en el convenio, difícilmente podrá dotarse de eficacia a los mismos. No obstante, el precepto finaliza señalando que en defecto de esta concreción, serán de aplicación las reglas del art. 37.7 ET (se reconoce al trabajador que será el quién realice la concreción, pero el empresario podrá discrepar, resolviéndose

⁵⁵ Sobre este carácter condicionado *vid.* RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: *Op. cit.*, página 242.

⁵⁶ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: *Op. cit.*, página 307.

las discrepancias a través de la jurisdicción social). Por lo tanto, lo que en realidad parece que se remite a la negociación colectiva es la concreción del ejercicio del derecho, pero no la titularidad efectiva del mismo.

Hemos visto cómo el art. 37 ET contiene todo un conjunto de supuestos de reducción de la jornada. En algunos casos, esos derechos se atribuyen al trabajador de manera directa, por ministerio de la ley; pero en otros casos, la ley se limita a prever la posibilidad de la existencia del derecho, condicionándose su eficacia a que haya una regulación convencional (a través de la negociación colectiva) o bien un acuerdo individual con el empresario; de manera que ese derecho no podría ser efectivo sin el acuerdo colectivo o individual. Si la regulación legal o convencional reconoce un derecho subjetivo para los trabajadores, queda aún un problema: el de la concreción de horaria; es decir, reconocido el derecho, hay que ubicar la reducción de la jornada dentro del horario del trabajador; es decir, habrá que especificar cuándo va a reducirse la jornada del trabajador y cuál será el período de disfrute de esos derechos de reducción de la jornada. Se trata de una cuestión a la que ya nos hemos referido con anterioridad, por lo que no vamos a reiterar las críticas que hemos vertido sobre la interpretación de lo establecido en el art. 37.7 ET que es el que regula esta cuestión; nos limitamos ahora simplemente a señalar la importancia que puede tener el convenio colectivo a la hora de concretar estas cuestiones. Este precepto establece que será el trabajador, titular del derecho, quien concrete la reducción horaria; ahora bien, la actual redacción de esta norma establece que «los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de la jornada (...), en atención a los derechos de conciliación (...) y las necesidades productivas y organizativas de la empresa». Por lo tanto, el convenio podrá establecer criterios o reglas para determinar o concretar cuál será la reducción y cuándo se disfrutará; o lo que es igual, es factible que el convenio limite la capacidad del trabajador para concretar el derecho que la ley le atribuye. De hecho, se establece expresamente que tales criterios tendrán en cuenta no sólo los intereses del trabajador, sino también los intereses productivos y organizativos del empresario. Se trata, sin lugar a dudas, de una regulación orientada a limitar la flexibilidad del tiempo de trabajo que podría requerir el trabajador, de manera que en comparación con la regulación anterior, es netamente favorable a los intereses del empresario.

En definitiva y como conclusión, podemos señalar que se ha dejado un importante papel a la negociación colectiva para poner en marcha los diferentes procesos de flexibilidad en materia de tiempo de trabajo. De un lado encontramos como en diferentes supuestos esa flexibilidad laboral no se deja a la libre decisión empresarial, sino que el instrumento esencial para poder aplicarla es la negociación colectiva, que actúa como mecanismo de tutela de los intereses laborales; me refiero a todos esos casos de flexibilidad negociada en los que se requiere acuerdo con el empresario para poder utilizar diferentes mecanismos de flexibilidad. Sin

embargo, es innegable señalar cómo las reformas introducidas durante la segunda década de este Siglo XXI, especialmente la reforma de 2012, han revalorizado el papel del empresario por la vía de dotarle de un conjunto de facultades por las que puede imponer la flexibilidad unilateralmente si no hay acuerdo a través de la negociación colectiva. El mejor ejemplo de esta tendencia es la atribución legal al empresario de las capacidades de utilizar la distribución irregular de la jornada en caso de falta de pacto a través de la negociación colectiva (art. 34.2 ET); pero, además, hay que reconocer la existencia de todo un conjunto de mecanismos favorecedores de la posibilidad de modificar lo pactado sobre tiempo de trabajo: desde la modificación sustancial de condiciones de trabajo, la capacidad de sustitución de la regulación establecida en convenio colectivo por la vía del descuelgue o inaplicación, o la prioridad del convenio de empresa. Ciertamente en estos instrumentos juega también un papel relevante la negociación, pero ya no es el único instrumento por el que es factible la sustitución de condiciones pactadas, y con la actual regulación es evidente que se otorga prevalencia al interés empresarial⁵⁷.

Por el contrario, en los casos en que son los trabajadores los demandantes de flexibilidad en el tiempo de trabajo, asistimos a toda una serie de situaciones en las que se requiere necesariamente de la negociación colectiva para poner en marcha o activar una serie de derechos reconocidos por la regulación legal, de manera que sólo a través del acuerdo podrán ser reclamados por el trabajador y en las condiciones en que se hayan acordado. Con ello las reformas dificultan el acceso a los derechos por parte de los trabajadores, viendo estos con frustración como la regulación legal no les otorga en muchos casos verdaderos derechos subjetivos, sino que estos han de ser necesariamente activados a través de la negociación colectiva (lejos de aquellas situaciones en las que, ante la falta de acuerdo, la regulación concede al empresario el derecho a adaptar la jornada pactada); con ello nuestro legislador se desvincula de la necesaria atención y respeto a los ciclos vitales que afrontan los trabajadores y trabajadoras⁵⁸.

Por lo tanto, al menos aparentemente, parecería que la flexibilidad en el tiempo de trabajo es una cuestión que nuestro ordenamiento ha regulado a favor del empresario, no a favor del trabajador, que no ha visto incrementada, ni mucho menos, su capacidad para adaptar su jornada de trabajo a sus necesidades familiares. Parecería, pues, que la flexibilidad del tiempo de trabajo es incompatible con la gestión del tiempo de trabajo por parte del trabajador⁵⁹.

⁵⁷ Sobre esta cuestión *vid.* las reflexiones de LÓPEZ CUMBRE, L.: *Op. cit.*, páginas 102 y 103.

⁵⁸ En este sentido MORENO VIDA, M.N.: *Op. cit.*, página 45.

⁵⁹ BALLESTER PASTOR, M.A.: *Op. cit.*, página 56.

5. LA FLEXIBILIDAD NEGOCIADA: LA SUPERACIÓN DE LOS LÍMITES DE JORNADA

Tal como hemos señalado supra, la postura tradicional de nuestro ordenamiento a la hora de regular el tiempo de trabajo ha sido fundamentalmente el establecimiento de límites a la jornada de trabajo. Con ello se cumple la premisa de que en buena medida el ordenamiento laboral viene a limitar el libre juego de la autonomía individual de la voluntad para evitar que puedan imponerse condiciones de trabajo dañinas para los trabajadores, y se cumple así con el papel tuitivo del ordenamiento laboral⁶⁰. Sin embargo, a partir de la reforma del ET de 1994 se estableció la posibilidad de superar los límites de jornada de trabajo a través de la negociación colectiva. Hay casos en los que expresamente el legislador se remite a la negociación colectiva con la previsión de que esta pueda superar los límites fijados por la ley, tal como ocurre con el tope de la jornada diaria; en otros casos el legislador plantea la posibilidad de superar el tope, sin remisión a la negociación, pero siendo esta la vía óptima para conseguirlo, tal como ocurre con las cuarenta horas semanales, que pueden computarse como un promedio de carácter anual. Tal como hemos señalado se trata de supuestos de flexibilidad negociada⁶¹.

Debe aclararse que la superación de los topes máximos de jornada no pretende que la jornada se incremente realmente, sino que el mismo tiempo de trabajo se distribuya mejor para los intereses empresariales. La superación, a través de la negociación, de estos topes, supone fundamentalmente la capacidad del empresario para flexibilizar la distribución del tiempo de trabajo⁶², para adaptar el tiempo de trabajo a sus necesidades productivas, eliminando períodos de trabajo en los que la necesidad productiva disminuye y trasladando los períodos de tiempo no aprovechados a otros momentos distintos, en los que las necesidades productivas se incrementan; en definitiva, se pretende aprovechar mejor el tiempo que el trabajador está a disposición del empresario, obviando una regulación del tiempo de trabajo estandarizada o uniforme.

Tal como hemos visto esta flexibilidad negociada plantea sobre todo dos situaciones que afectan a los topes de jornada: la anualización de la jornada y la superación del tope máximo de la jornada diaria.

5.1 La anualización de la jornada

Considero que este ha sido uno de los instrumentos más relevantes de flexibilización del tiempo de trabajo, la posibilidad de calcular la jornada

⁶⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Op. cit.*, página 106.

⁶¹ RIVERO LAMAS, J.: «La flexibilización del tiempo de trabajo», en AA.VV., coordinados por Efrén Borrajo Dacruz, *El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos*, Actualidad Editorial, Madrid 1995, página 35.

⁶² En este sentido GOÑI SEIN, J.L.: «La ordenación flexible del tiempo de trabajo», en AA.VV., dirigidos por J.L. Goñi, *Análisis y propuestas de modernización de la negociación colectiva en Navarra*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona 2004, página 116.

«semanal» en un promedio de carácter anual: el legislador establece que no podrá superarse el límite de las 40 horas semanales, pero como promedio en cómputo anual; es decir, que es perfectamente posible que se establezcan jornadas semanales superiores a las 40 horas, siempre y cuando ello se compense con jornadas semanales de duración inferior, de modo que a final de año, dividido el número total de horas trabajadas divididas por el número de semanas de trabajo, no sea superior a las 40 horas⁶³. Es decir, la flexibilidad se introduce no por la vía de ampliación de la jornada, sino por la ampliación del módulo de cómputo de la jornada⁶⁴. Ha de tenerse en cuenta que en realidad lo que genera flexibilidad en el tratamiento del tiempo de trabajo no es que haya una jornada anual, pues es perfectamente posible pactar una jornada anual sustentada sobre una jornada semanal fija o estable. La flexibilidad reside en que el límite semanal sea un promedio que se computa con carácter anual.

La anualización, o mejor, el promedio semanal (permítanme vds. que por comodidad siga hablando de anualización), supone romper el límite de jornada semanal establecida en convenio, de manera que haya semanas en las que se trabaje más de la jornada semanal pactada, incluso por encima de las 40 horas del tope legal, mientras que haya otras en las que se trabaje por debajo de la jornada semanal pactada o si no hay pacto, por debajo de las 40 horas; de manera que al final se cumpla con el promedio de 40 horas o menos si es que se ha establecido una jornada semanal inferior. En realidad para la anualización de la jornada no es necesario pactar una jornada semanal, pues el mero hecho de que se establezca una jornada anual implica que la jornada semanal es el promedio anual de 40 horas.

En definitiva, esta anualización permite trabajar un diferente número de horas semanales diferente en cada semana. Ahora bien, debemos señalar que el pacto de jornada anual no tiene necesariamente que ser equivalente a jornada inestable: es perfectamente posible pactar jornadas anuales de carácter estable, de manera que desde el principio el convenio establezca una jornada semanal diferente (supuesto realmente difícil, pues no tiene mucho sentido que desde que se negocia el convenio se sepa exactamente por el empresario cuáles van a ser sus necesidades productivas en cada momento), o por lo menos que haya jornadas semanales distintas en diferentes épocas del año (esto si es mucho más factible, pues la experiencia en la actividad productiva puede ir facilitando el conocimiento de en qué momentos es más habitual que se incrementen las necesidades productivas y en cuáles es frecuente que disminuyan); ello da lugar a jornadas semanales a lo largo del año, en las que se reitera un determinado esquema o duración de la jornada; mientras que en

⁶³ Tal como señala GONZÁLEZ BIEDMA, E.: «Se indica con toda claridad que las cuarenta horas no tendrán que contarse sólo en la perspectiva semanal, sino que significan sólo una unidad de medida que habrá que elevar a unidad anual». «La jornada (En torno al artículo 34)», *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 100, página 736.

⁶⁴ RODRÍGUEZ PASTOR, G.E.: *Op. cit.*, página 97.

otros momentos, el trabajador trabaje distintas horas semanales; pero en todo caso, conociendo perfectamente desde el principio la jornada a desarrollar en todas y cada una de las diferentes semanas. Sobre esta cuestión volveremos posteriormente.

A tenor del art. 34.1 ET el legislador afirma que la jornada semanal será de 40 horas como promedio anual. Es decir, que aparentemente no es necesario que esta cuestión se regule en convenio colectivo, pues se afirma directamente por el legislador la consideración del tope semanal como mero promedio. Por lo tanto para su aplicación no sería necesario que se activase este mecanismo a través del convenio colectivo. Ciertamente el convenio puede recoger esta situación, pero si no lo hace, es claro que resulta de aplicación la norma legal, de manera que la jornada semanal de 40 horas será un promedio. No obstante, es factible que el convenio establezca una jornada semanal fija. Entiendo que para llegar a esta situación no es necesario prohibir expresamente que el tope de jornada semanal sea un promedio, bastando con pactar una jornada que se declara fija, o incluso, simplemente, que se afirme que la jornada será una concreta y determinada. Por lo tanto, cabe la posibilidad de neutralizar la anualización y la consideración de la jornada semanal como un promedio, a través de la negociación colectiva, cuando en convenio se establezca una regulación de jornada semanal de carácter absolutamente estable.

La posibilidad de establecer una jornada semanal irregular, supone introducir como consecuencia lógica un nuevo módulo para el cómputo de la jornada máxima: el anual, pues tal como señala el art. 34.1 ET estamos ante un promedio de carácter anual; de ahí que hablemos de anualización en estos casos. Ello ha llevado a la inmensa mayoría de los convenios colectivos a establecer una regulación del tiempo de trabajo, con un tope de carácter anual. Se trata de una realidad absolutamente extendida en nuestra negociación colectiva, sin que pueda diferenciarse a estos efectos entre convenios de empresa o de sector: es una realidad generalizada que los convenios establecen la regulación de la jornada de trabajo en cómputo anual, siendo, por el contrario, muy pocos los convenios colectivos que todavía mantienen un cómputo del tiempo de trabajo en base a los topes de carácter exclusivamente semanal. Cabe afirmar, por tanto, que si el convenio colectivo establece una regulación en la que se establece una jornada anual, se acepta la distribución de la jornada en un máximo semanal de 40 horas (o menos, según cada convenio) de promedio.

La posibilidad de anualización no deja de ser una posibilidad absolutamente ordinaria de la organización del tiempo de trabajo, por lo que a esta anualización resulta de aplicación la totalidad de límites sobre jornada de trabajo que se regulan por parte de nuestro ordenamiento: ha de respetar los mínimos de descanso diario (12 horas entre jornada y jornada), el descanso mínimo semanal (el día y medio que como mínimo ha de respetar el empresario, salvo que se produzca una acumulación del descanso semanal en períodos de dos semanas), el tope de las 9 horas de trabajo diarias (salvo que se haya acordado lo contrario en base a lo previsto por el art. 34.3 ET).

Además, aún cuando no se establece expresamente la limitación en el ordenamiento legal, es evidente que la anualización de la jornada de trabajo ha de respetar el límite que resulta de aplicar las 40 horas semanales a las semanas laborales que tenga el año de trabajo (las 1826 horas y 27 minutos anuales⁶⁵). Pues bien, tal como hemos señalado antes, la mayoría de los convenios colectivos, tomando como referencia aleatoria los primeros cuatro meses de 2015 y de 2016, recogen un sistema de anualización de la jornada, y en la inmensa mayoría de los mismos se establece una jornada de duración inferior a las 1826 horas y 27 minutos⁶⁶, siendo realmente escasos los

⁶⁵ Esta cantidad se fijó específicamente en el Acuerdo Interconfederal de 1983, y se obtiene de sumar los días laborables del año, una vez descontados los días de vacaciones, el descanso semanal y los festivos (pasados a semanas). No obstante, recordemos como ALARCÓN CARACUEL, señalaba que el cálculo resultante de proyectar las 40 horas sobre los días totales de trabajo en el año, podía calcularse de diferente manera a la establecida en el Acuerdo Interconfederal, sin que el resultado fuese el mismo que el recogido en dicho Acuerdo, oscilando entre las 1800 horas hasta las 2080 horas anuales. *Vid.* en AA.VV., dirigidos por José Luis Monereo Pérez, Comentario al Estatuto de los Trabajadores, Comares, Granada 1998, páginas 447 y ss. Ello se debe en realidad al hecho de que pueden haber festivos que coincidan con vacaciones, o en sábados, o incluso al hecho de que haya años bisiestos que supone que deben añadirse más horas; *vid.* en este sentido a GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *Op. cit.*, página 736. Puede, por tanto, afirmarse que el cálculo de las horas que se corresponde con cuarenta todas las semanas del año no es precisamente sencillo, tal como afirma MONREAL BRINGSVAERD, E.: La jornada de trabajo (...), *op. cit.*, página 106. *Vid.* también TRILLO PARRAGA, F.: *Op. cit.*, página 21.

⁶⁶ *Vid.* Praxair España, S.L. (BOE 12-1-2015) con 1726 horas; Federación Farmacéutica, SCCL (BOE 12-1-2015) con 1776 horas; Empresas de Seguridad (BOE 12-1-2015) con 1782 horas; Supersol Spain SLU (BOE 12-1-2015) con 1810 horas; Maxam (BOE 14-1-2015) con 1704 horas; Grupo E.ON España (BOE 30-1-2015) con 1664 horas; Mercedes Benz Retail, SA (BOE 7-2-2015) con 1757 horas para 2013-2014 y 1740 para 2015; Alcatel Lucent España, SAU (BOE 10-2-2015), con 1680 horas; Cegedim Hispania, SAU (BOE 10-2-2015), con 1750 horas; Recuperación de Materiales Diversos, SA (BOE 10-2-2015), con 1760 horas; HM Clause Ibérica, SA (BOE 11-2-2015), con 1762 horas; Bic Iberia, SA (BOE 16-2-2015) con 1782 en jornada partida y 1747,1 horas del personal a turnos; Allianz, SA (BOE 26-2-2015), con 1682 horas; Ursula Consulting, SLU (BOE 26-2-2015) con 1738 horas; Equipos Nucleares, SA (BOE 26-2-2015), con 1714 horas; Grupo ASV Servicios Funerarios (BOE 26-2-2015), con 1816 horas para 2015, 1800 para 2016-2017 y 1796 para 2018; Geodis Logistics Spain SLU (BOE 5-3-2015) con 1800 horas; Trane Aire Acondicionado (BOE 5-3-2015, con 1760 horas; Euro Pool System España, SLU (BOE 10-3-2015) con 1800 horas; Fundación O'Belén (BOE 17-3-2015) con 1784 para el período 2012-2014 y 1760 para el 2015-2016; CC para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (BOE 31-3-2015), con 1750; Centro Cooperativo Farmacéutico, SCA (BOE 1-4-2015) con 1741,5 horas; EX IN Técnicas Tubulares, SL (BOE 1-4-2015) con 1792 horas; Ibérica, SA (BOE 1-4-2015) con 1720 horas; Grupo Importaco Frutos Secos (BOE 2-4-2015) con 1792; Unicamp Services, SL (BOE 21-4-2015) con 1806 horas; Nokia Solutions and Networks Spain, SL (BOE 25-4-2015), con 1754 horas; Grupo Asegurador Reale (BOE 29-4-2015) con 1680 horas; Grupo Ahorro Corporación (BOE 29-4-2015) con 1730 horas; Bellota Herramientas SAU (BOE 15-5-2016); Grupo Muerde la Pasta (BOE 19-1-2016) con 1800 horas; Personal asalariado al servicio de la Comisión Ejecutiva Confederal de la Confederación Sindical de CCOO (BOE 19-1-2016) con 1596,2 horas; Perfumerías y afines (BOE 19-1-2016) con 1720 horas; Grupo de Empresas Rodilla (BOE 21-1-2016) con 1800 horas; Noroto SAU (BOE de 21-1-2016) con 1788 horas; Enercon Windenergy Spain, SL (BOE 2-2-2016) con 1800 horas; Saint Gobain Isover Ibérica, SL (BOE 2-2-2016) con 1728 horas; CC Estatal de Jardinería (BOE 2-2-2016) con 1700 horas; Easyjet Handling Spain (BOE 3-2-2016) con 1704 horas en 206 y 1700 en 2017; CC Unión de Detallistas Españoles, SC, Grupo Técnico, SA y Coidec, SA (BOE

convenios que recogen una duración de la jornada anual que coincida o sea prácticamente la del tope anual señalado⁶⁷.

En otros casos la anualización no se plantea de manera directa, sino que se recoge una fórmula idéntica en su estructura a lo previsto por el art. 34.1 ET: señalando una jornada semanal determinada, pero de promedio en cómputo anual, o bien se utilizan expresiones análogas («jornada normal», «generalmente la jornada será», «el régimen general del cómputo»)⁶⁸. En otros casos se establece una jornada semanal de X como promedio anual y una jornada anual⁶⁹.

10-2-2016) con 1790 horas; ECA Entidad Colaboradora de la Administración, SLU e Instituto de Calidad, SAU (BOE 16-2-2016) con 1780 horas; Mediapost Spain, SL (BOE 16-2-2016) con 1755 horas; Telefónica Servicios Audiovisuales, SAU (BOE 16-2-2016) con 1760 horas; CEAR (BOE 17-2-2016) con 1647; Iberdrola Inmobiliaria, SAU (BOE 23-2-2016) con una jornada de 1740 horas en 2016-2017, 1735 en 2018 y 1730 en 2019; CC Marco para establecimientos financieros de crédito (BOE 1-3-2016) con 1718 horas; CC sector fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE 2-3-2016) con 1740; Grupo Zena (BOE 3-3-2016) con 1800 horas; CC sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE 15-3-2016) con 1792; CC sector laboral de restauración colectiva (BOE 22-3-2016) con 1800 horas; CC de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas (BOE 23-3-2016) con 1672,5 horas; Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016) con 1780 horas; Dürr Systems Spain, SA (BOE 20-4-2016) con 1697 horas; Grupo Ortiz (BOE 21-4-2016) con 1738 horas; Europcar IB, SA (BOE 21-4-2016) con 1792 horas; A&G Ayora Gea Transportes Petrolíferos, SA (BOE 21-4-2016) con 1808 en 2016 y 1784 en 2017; La Vanguardia Ediciones, SLU (BOE 22-4-2016) con 1687,5 horas para las áreas de informática, redacción y técnica/producción CC nacional de industrias de pastas alimenticias (BOE 22-4-2016) con 1748 horas; Mantenimientos y Montajes Industriales, SA (BOE 29-4-2016) con 1750; BT España Cía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, SA (BOE 29-4-2016) con 1752; Gold Advance Investments, SL (BOE 29-4-2016) con 1800 horas.

⁶⁷ Vid. CC de Axafone Telecomunicaciones SL (BOE 10-3-2015), con 1826 horas, o Transmediterránea, SA (BOE 11-3-2015) con 1824 horas; también ELA Hiermor Asociados, SL (BOE 31-3-2015); Servicios Integrados de Fincas Urbanas de Madrid SL (BOE 5-1-2016) con 1826 horas; ESC Servicios Generales, LS (BOE 2-2-2016) con 1826 horas.

⁶⁸ Así el CC de Minas de Almadén y Arrayanes, S.A. (BOE de 14-1-2015), que establece una jornada de 37 horas y media semanal, de promedio en cómputo anual; Bofrost SAU (BOE 10-2-2015) con una jornada de 40 horas semanales; Grupo de Empresas Real Automóvil Club de España (BOE 21-4-2015) que establece una jornada de 40 horas semanales de promedio anual; ASM Supply Chain Solutions, SL (BOE 20-4-2015); Próxima Servicios Empresariales, SL (BOE 29-4-2015) con 1800 horas; Dealz España, SL (BOE 5-2-2016) que establece 40 horas de promedio en cómputo anual.

⁶⁹ CC Marco de la UGT (BOE 1-1-2016) con 35 horas semanales de cómputo anual y 1561 anuales. El CC Industrias de elaboración del arroz (BOE 3-2-2015) establece 1784 horas anuales y 40 semanales de promedio. También el CC de Recuperación de Materiales Diversos, SA (BOE 10-2-2015), con 1760 horas distribuidas en 40 semanales según las normas del art. 34 ET. De otro lado en el CC de Geodis Logistics Spain SLU (BOE 5-3-2015) se establecen 1800 horas, y una jornada semanal que «tendrá una distribución habitual y semanal de 40 horas»; Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa» (BOE 2-7-2016) con una jornada anual de 1717 horas y una de promedio semanal de 37 horas y 50 minutos; Mediapost Spain, SL (BOE 16-2-2016) con 1755 horas y un promedio señala de 39 horas semanales; CC sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE 15-3-2016) con 1792 horas anuales y 40 horas semanales de promedio en cómputo anual; CC pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas (BOE 23-3-2016); Europcar IB, SA (BOE 21-4-2016).

Cabe destacar que la anualización de la jornada permite una mayor flexibilidad en la distribución del tiempo, pero en algunos convenios colectivos, se establece algún tipo de limitación. Estos límites pueden ser tremendamente débiles (fijar la jornada anual y una jornada semanal o mensual señalando su carácter «habitual», «general», o incluso se habla de jornada «media teórica», que al ser habitual permite su superación⁷⁰; o como fijar un tope a la jornada máxima semanal⁷¹ (lógicamente superior a las 40 horas semanales); en estos casos, al tratarse de un límite de jornada semanal superior a las 40 horas, en realidad todo se reconduce a una anualización de la jornada y con jornadas semanales que pueden tener diferente duración, por lo que en realidad esta limitación es muy débil o casi inexistente.

En otros casos se trata de límites más fuertes, como fijar junto a la duración anual, el tope de jornada mensual (estableciendo así un nuevo módulo para el cómputo de la jornada), lo que limita la capacidad del empresario⁷², pues no podrá superarse dicho tope máximo. En la misma dirección de limitar la anualización, podemos encontrar situaciones en las que se establece una jornada anual de X horas, pero con una jornada diaria de carácter fijo⁷³; o supuestos en los que se establece una jornada anual X, distribuida en una jornada semanal fija⁷⁴; o incluso convenios que establecen tanto jornada anual, como semanal fija y mensual igualmente fija⁷⁵. Más extraño es encontrar convenios que establecen una jornada semanal precisa y determinada, sin que se prevea en modo alguno dicha cifra como un promedio en cómputo anual⁷⁶. En estos casos, pese a la anualización de la jornada, al fijarse una jornada diaria o semanal fija, no entendemos viable la posibilidad de una anualización con alteración de la jornada semanal y que ésta sea un promedio anual de 40 horas, pues se ha establecido por convenio una jornada fija.

⁷⁰ SERVICESA (BOE 21-4-2015); Ilusión Seguridad, SA (BOE 5-4-2016); CC acuicultura marina nacional (BOE 19-8-2015); Iberdrola Grupo (BOE 25-9-2015).

⁷¹ CC de Aunar Group 2009, SL (BOE 13-4-2015); Asociación de Empleados de Iberia Padres de Minusválidos (BOE 25-6-2015).

⁷² Así el CC de Empresas de Seguridad (BOE 12-1-2015) con 1782 horas anuales y 162 mensuales; igualmente el CC de Vigilancia Integrada, SA (BOE 10-2-2015); ESC Servicios Generales, SL (BOE 2-2-2016) con 1826 horas año y 166 horas mensuales; Prosegur BPO España, SL (BOE 16-2-2016) con 1826 anuales y 166 mensuales; ESC Servicios Generales, SL (BOE 2-2-2016).

⁷³ CC de Ediciones Primera Plana SA, Logística de Medios de Cataluña, SL, Zeta Servicios y Equipos, SA, Zeta Gestión de Medios, SA y Grupo Zeta, SA (BOE 26-3-2015); Lufthansa (BOE 25-9-2015).

⁷⁴ CC del Personal asalariado al servicio de la Comisión Ejecutiva Confederal de la Confederación Sindical de CCOO (BOE 19-1-2016); NTV Logística, SA (BOE 2-2-2016); Cía Logística Acotral y Acotral Distribuciones Canarias, SL (BOE 13-4-2016).

⁷⁵ CC Tankat Seguridad, SLU (BOE 29-4-2016). Similar es el caso del CC A&G Ayora Gea Transportes Petrolíferos (BOE 10-6-2015), que regula una jornada anual de 1800 horas, una semanal de 40 horas y un mínimo de 8 horas diarias.

⁷⁶ La Vanguardia Ediciones, SLU (BOE 22-4-2016), que establece una jornada semanal de 40 horas semanales para el personal de gestión; mientras que para otros colectivos profesionales establece una jornada anual.

No obstante cabe plantearse si en estos casos es factible la distribución irregular de la jornada. Entendemos que regular en convenio una jornada fija diaria o semanal no es compatible con regular a continuación una distribución irregular de jornada, sería una contradicción del propio convenio. Lo lógico es que si un convenio establece una jornada fija, no regule al mismo tiempo una distribución irregular. Ahora bien, es posible encontrar convenios colectivos que tras regular una jornada anual y semanal aparentemente fija, sin que se establezca que la jornada semanal tiene la consideración de promedio anual, sin embargo, a continuación el convenio colectivo reconoce la posibilidad de la distribución irregular de la jornada, o se reconoce la posibilidad de que a través de acuerdo con los representantes de los trabajadores se puedan establecer fórmulas alternativas para la jornada mensual a realizar⁷⁷ ¿Qué ocurre en estos casos? Entiendo que los negociadores o no han tenido la suficiente formación como para percibir lo que realmente están negociando, o bien la representación empresarial ha sido capaz de dar la vuelta al planteamiento de los representantes de los trabajadores de tener una jornada fija, desmontándolo por la vía de regular la distribución irregular. Sería, ciertamente, una regulación contradictoria como acabo de señalar, y para resolver la cuestión habría que analizar detenidamente el convenio, pero aparentemente, una regulación de este tipo debería interpretarse en el sentido de que la jornada diaria o semanal aparentemente fija, es meramente ejemplificativa, de manera que es admisible su alteración a través de la distribución irregular (que a su vez puede estar limitada de alguna manera por el propio convenio).

En todo caso, queda por resolver la cuestión esencial: ¿qué ocurre cuando se establece una jornada semanal fija, pero no se prohíbe expresamente la distribución irregular? De entrada una aclaración: la prohibición de la distribución irregular es, a mi juicio, perfectamente factible⁷⁸, y tendrá como efecto la imposibilidad de que el empresario acuda a la misma, pues ha manifestado su acuerdo en no hacerlo (otra cosa es que, *a posteriori*, pueda modificar la regulación sobre tiempo de trabajo) pues el art. 34.2 ET establece que en efecto de pacto en negociación colectiva el empresario podrá disfrutar de la facultad de distribuir irregularmente la jornada hasta en un 10% del total anual; y en estos casos de prohibición expresa, estamos ante un pacto, ante un pacto denegatorio de esta posibilidad, por lo que, habiendo pacto, no es aplicable esa capacidad referida al 10% de la jornada. El problema es que en estos casos no hay una prohibición expresa de la distribución irregular en el

⁷⁷ Así ocurre, por ejemplo, con los CC de Próxima Servicios Empresariales, SL (BOE 29-4-2015); Prosegur BPO España, SL (BOE 16-2-2016); CC del sector de ocio educativo y animación sociocultural (BOE 15-7-2015). Alianzas y Subcontratas, SA (BOE 6-8-2015); Transmediterránea, SA —Tierra— (BOE 4-9-2015); Altura, Drenajes y Contenciones, SL (BOE 3-10-2015).

⁷⁸ En caso de convenios de sector se muestra en contra a esta opinión que sostengo LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.; si bien lo admite en el caso de convenios de empresa: *Op. cit.*, página 21

convenio, por lo que puede interpretarse que el empresario tiene la capacidad de acudir a la solución legal de aplicar una distribución irregular de hasta el 10% de la jornada anual.

Cuando se negocia una jornada y las partes desean que sea estable, lo más adecuado, a mi juicio, es que expresamente el convenio prohíba la distribución irregular, eliminando de esta manera cualquier duda. De no hacerlo y limitarse a señalar, por ejemplo, que la jornada semanal es de 37 horas, surgiría la duda de si resulta de aplicación la solución del art. 34.2 ET en defecto de regulación de convenio: la atribución legal al empresario de disponer de una distribución irregular hasta del 10% de la jornada anual. Desde mi punto de vista en estos casos, se ha negociado una jornada estable, pues nada se deduce del convenio que quepa la distribución irregular, por lo que hay un pacto, y ese pacto es el de una jornada estable y no irregular, en consecuencia, al haber un pacto, no es factible aplicar ese 10% de jornada irregular: téngase en cuenta que el art. 34.2 señala que mediante convenio «se podrá» establecer la jornada irregular y sólo si no hay pacto, se acudirá a ese 10%. En todo caso, se trata, como no, de una cuestión discutible. En este sentido, también es posible encontrar convenios que fijan una jornada semanal aparentemente estable, admitiendo la posibilidad de una jornada irregular con un tope determinado⁷⁹.

Una variante de esta posibilidad podría ser la de convenios colectivos que fijan una jornada semanal aparentemente fija, y una jornada anual, pero la cifra de la jornada anual no se corresponde realmente con la suma de las jornadas semanales que se puedan realizar a lo largo del año, siendo esta superior a la jornada anual pactada (se establece, por ejemplo una jornada de 1700 horas anuales con una jornada semanal de 40 horas que sumada daría un resultado superior⁸⁰). En estos casos, si tenemos una jornada semanal que sumadas todas da un resultado superior a la jornada anual pactada, estamos ante una dificultad interpretativa: o entendemos que los negociadores se han equivocado al calcular la jornada anual, o hemos de aceptar que la jornada semanal sería un tope que juega como promedio. La otra alternativa, sería dar preponderancia a uno de los dos topes, si es el anual, se admitiría entonces que la jornada semanal es un promedio; y si entendemos que el tope real es el de las 40 horas semanales, éstas se entenderán fijas. Otra cuestión sería si resulta de aplicación en estos casos la posibilidad de distribución irregular del 10% de la jornada: si entendemos que al establecerse un tope semanal fijo, ello implica que indirectamente se pacta la prohibición de la distribución irregular, sería inviable aplicar dicho 10%. Si entendemos que la regulación de una jornada semanal no afecta a la negociación en convenio de un pacto

⁷⁹ CC Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL (BOE 6-11-2015).

⁸⁰ Un supuesto parecido sería el CC de Safey-Kleen España, SA (BOE 16-2-2016); o el CC de la red de ventas de Aguas Fontvella y Lanjarón, SA (BOE 20-2-2016); CC Industria Textil y de la confección (BOE 21-8-2015).

de distribución irregular de la jornada, se estaría afirmando la posibilidad de aplicar dicho 10%⁸¹.

En todo caso, el límite más importante a la anualización de la jornada es el establecimiento de una jornada semanal fija (de 40 horas o inferior), sin que el convenio colectivo regule en modo alguno una jornada anual⁸². En estos casos es evidente que estamos ante un supuesto en el que las partes han rechazado la distribución de la jornada a través de un promedio.

Tal como he señalado anteriormente, la mayoría de los convenios optan por la anualización, si bien una minoría de convenios se remiten a la fórmula tradicional de las 40 horas semanales, sin establecer expresamente que sea de promedio⁸³, imposibilitando, a mi juicio, la posibilidad de que pueda organizarse el tiempo de trabajo en semanas con diferentes períodos de trabajo.

5.2. La superación de los topes de jornada diaria

Otra de las posibilidades que establece el legislador es la superación del límite de las 9 horas ordinarias diarias de trabajo efectivo, pues el art. 34.3 ET señala la posibilidad de que por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores se establezca «otra distribución del tiempo de trabajo diario», si bien se establece como límite la obligación de respetar el descanso diario (12 horas entre jornada y jornada de trabajo).

En realidad esta es una posibilidad que no se regula frecuentemente por la negociación colectiva. Ello no supone que los negociadores hayan dejado de lado las posibilidades que ofrece esta alternativa de flexibilidad. Lo que ocurre es que en buena medida las posibilidades de incrementar la flexibili-

⁸¹ Un ejemplo aún más extraño lo podemos encontrar en el CC de Philips Ibérica, SAU (BOE 3-7-2015), que establece una jornada anual de 1739 horas, pero una jornada semanal de 42 horas y 30 minutos, afirmándose al mismo tiempo que los horarios permanecerán «inalterados por el período de vigencia de este Convenio». Es evidente que una jornada semanal de 42,5 horas superará las 1739 horas anuales; por lo que bien podría llevarse a la conclusión de que esta regulación esconde la posibilidad de una distribución irregular, si bien con un tope máximo semanal, las 42,5 horas.

⁸² Así el CC de Incatema, SL (BOE 3-7-2015), que establece una jornada de 40 horas semanales. Un supuesto de difícil interpretación es el CC de Empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica soluciones de informática y comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016), que establece una jornada semanal «con carácter general» de 37,30 horas para todos los grupos profesionales: ¿qué significa ese carácter general, que será posible exceptuarlo mediante un promedio, o que se aplica con carácter general a todos los grupos profesionales?

⁸³ Sería el caso del CC de Axafone Telecomunicaciones SL (BOE 10-3-2015), si bien menciona que el tope de las horas anuales es de 1826. En este caso el tope no es sino el resultado de multiplicar las 40 horas por el número de semanas laborales anuales, por lo que no entiendo que haya intención de las partes de establecer una jornada semanal como promedio. Más claramente el CC de la Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas, SL (BOE 15-4-2015).

dad a favor del empresario por la vía de la superación de este límite diario, ya se consiguen mediante la distribución irregular de la jornada de trabajo (con la coincide en la necesidad de respetar el límite del descanso diario entre jornadas como vamos a ver a continuación). Dado que la distribución irregular de la jornada es una realidad que se ha asumido por buena parte de la negociación colectiva en nuestro país, esta otra vía de flexibilidad es en realidad redundante, por lo que no es frecuente que sea regulada esta cuestión de manera específica, aunque, como es lógico, podemos encontrar algún ejemplo de convenio que si hace alusión expresa a la superación del límite de las 9 horas diarias⁸⁴.

En aquellos casos en los que se regula la superación de las 9 horas diarias no es infrecuente encontrar que se regulen expresamente descansos específicos durante estas jornadas ampliadas⁸⁵.

Una variante de esta regulación es la regulación de un tope diario, que puede superar las 9 horas, pero referido a la «jornada diaria», lo que permitiría entender que se refiere a la jornada realizada, que no necesariamente ha de ser la ordinaria; es decir, que el límite se refiere tanto a las horas ordinarias como extraordinarias⁸⁶.

En todo caso, hemos de tener en cuenta que si bien el art. 34.3 ET se limita a señalar como límite expreso a los pactos de incremento de la jornada diaria la necesidad de respetar el límite del descanso entre jornadas de 12 horas, lo cierto es que el resto de límites sigue funcionando y son de aplicación, por lo que el descanso semanal deberá ser respetado en estos supuestos; de igual manera el tope de la jornada anual⁸⁷. El problema se puede plantear desde la perspectiva de la relación entre la superación del límite diario de las 9 horas ordinarias y la jornada semanal. Téngase en cuenta que no hay problema alguno si la superación se realiza por horas extraordinarias, pues los límites se refieren a la jornada ordinaria. De otro lado, tampoco hay problema cuando lo que se ha pactado es una jornada semanal de X horas como promedio anual. Tampoco hay problema cuando se ha pactado una distribución irregular y se está actuando dentro de la misma (excepto cuando en el propio pacto de distribución irregular se haya establecido un tope máximo de jornada semanal superior —posibilidad que, como vamos a ver es perfectamente factible—, en cuyo caso el incremento de la jornada diaria deberá respetar dicho límite pactado). El problema sobre todo se va a plantear cuando se permita un incremento de jornada diaria en un marco de jornada

⁸⁴ Vid. CC de Europcar IB, SA (BOE 21-4-2016); CC estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores de obras audiovisuales y los figurantes que prestan servicios en las mismas (BOE 18-5-2016); Site Logistic, SL (BOE 18-5-2016); Bofrost SAU (BOE 10-2-2015).

⁸⁵ CC Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016).

⁸⁶ Sería el caso del CC de Múltiples Transportes Envases de España, SL (22-6-2016).

⁸⁷ CC de Europcar IB, SA (BOE 21-4-2016).

semanal estable. En estos casos, entendemos que el incremento de la jornada diaria deberá respetar esa jornada semanal. En estos casos el incremento de la jornada diaria quedaría como una posibilidad de superación puntual de la jornada, requiriéndose de manera inmediata la compensación, por la vía de la reducción de las jornadas diarias inmediatamente posteriores o anteriores, adecuándose al límite semanal (salvo, lógicamente, que al regularse la superación del tope de la jornada diaria, a su vez se establezca una excepción a la propia regulación de la jornada semanal). En consecuencia, como vemos, es difícil que la regulación de la superación del tope de las 9 horas pueda funcionar desconectado de la regulación de la jornada semanal o de los casos de distribución irregular de la jornada.

6. LA REGULACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA

Se trata, con toda seguridad del principal instrumento del que dispone el empresario para proceder a una flexibilización del tiempo de trabajo⁸⁸. En cuanto a la distribución irregular, de entrada hay que señalar cómo el legislador no establece qué ha de entenderse por esta cuestión, se limita a especificar en el art. 34.2 que a través del convenio colectivo, o el acuerdo de empresa, se podrá pactar la jornada irregular a lo largo del año. Parece que debe entenderse por jornada irregular aquella que no es regular, estable o uniforme⁸⁹, de manera que la jornada puede alterarse y utilizarse una duración de la jornada diferente, no estable, a lo largo del año, alternando períodos de mayor trabajo, con períodos de menor trabajo. Como es lógico ello no se hace por capricho de las partes, sino que obedece a la necesidad de adaptar el tiempo de trabajo a las necesidades productivas que pueden no ser estables; o como algún convenio señala, «La jornada se distribuirá anualmente para adecuarse a las diferentes cargas de intensidad del trabajo, pudiéndose concretar los períodos de trabajo en momentos, días, meses o períodos en función de las necesidades de la empresa»⁹⁰. Es evidente que ello supone una coincidencia con la anualización de la jornada; es decir, que el objetivo es el mismo, pues se puede alterar la jornada tanto semanal como diaria a lo largo del año. El establecimiento de una jornada anual se relaciona también con la distribución irregular de la jornada, establecida en el art. 34.2 ET; de hecho, este último precepto plantea la distribución irregular de la jornada a lo largo del año: el art. 34.1 plantea un promedio anual, que supone una distribución semanal irregular, y el art. 34.2 plantea la distribución irregular de la jornada. Surge así una primera e importante cuestión: si la anualización de la jornada

⁸⁸ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «Instrumentos de gestión (...)», *op. cit.*, página 725.

⁸⁹ LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.: *Op. cit.*, página 12.

⁹⁰ CC de Lidl Supermercados, SAU (BOE 8-6-2016).

en base a un promedio anual de la jornada semanal y la distribución irregular de la jornada son lo mismo.

Desde mi punto de vista, el planteamiento original del legislador en la reforma de 1994 era ligar ambos apartados como elementos de un mismo mecanismo: las partes podía establecer una jornada anual a través de convenio colectivo que les permitía una distribución irregular de la jornada, de manera también anual. La anualidad (el año natural) jugaba como el ámbito dentro del cual podía efectuarse esa distribución irregular, de manera que a final de año debía cumplirse el tope de jornada anual pactada, y si se superaba, estábamos ante horas extraordinarias. Sin embargo, las sucesivas alteraciones y especialmente la introducción de un sistema de compensación interanual hacen que realmente debamos resaltar las diferencias entre ambos apartados:

- En primer lugar, algo que es evidente: la anualización y la distribución irregular se regulan en apartados diferentes, aparentemente cerrados y sin conexión.
- En segundo lugar, el art. 34.1 ET plantea un promedio de la jornada semanal, pero la distribución irregular de la jornada puede ser diaria, sin afectar al promedio semanal.
- Por otra parte, la anualización de la jornada, a tenor de la literalidad del art. 34.1 ET no es una posibilidad que requiera del convenio colectivo para activarse: el citado precepto establece con claridad que la duración máxima de la jornada semanal es de 40 horas «de promedio en cómputo anual». Por lo tanto, tomando sólo esta literalidad, el promedio siempre puede actuar sin necesidad de acuerdo expreso con los representantes de los trabajadores.

Por el contrario, en la distribución irregular de la jornada hay que acudir a la negociación colectiva para que se pacte esa distribución, si bien en defecto de la misma el empresario tiene la capacidad de distribuir irregularmente la jornada hasta el 10% del total de jornada anual. Dada esta posibilidad unilateral que está en manos del empresario, lo más adecuado es pactar cómo ha de desarrollarse la jornada irregular y cuáles pueden ser sus límites.

- De otro lado, el límite del 10% si nada se pacta, es de aplicación a la distribución irregular de la jornada establecida por el art. 34.2 ET, y no afecta a lo dispuesto por el art. 34.1 ET sobre anualización de la jornada. Ello podría suponer que en el caso de la anualización, al aplicar el empresario la literalidad del art. 34.1 ET, pudiese modificar la jornada de todas y cada una de las semanas en cada momento.
- Siguiendo con los límites, el art. 34.2 ET, respecto de la distribución irregular, señala la necesidad de respetar los descansos diarios

y semanales (si bien en este caso cabe la acumulación por catorce días⁹¹). Es decir, aparentemente estos límites se han señalado expresamente para la distribución irregular. No obstante, estos límites tienen carácter general, luego resultan de aplicación, salvo que la regulación estableciese una excepción a los mismos. Consecuentemente, tales límites relativos a derechos sobre descansos, también serían de aplicación en los casos de anualización de la jornada, pues nada se prevé sobre su relativización en el art. 34.1 ET.

- Otra cuestión es el tema del preaviso mínimo, que se establece para el caso de la distribución irregular: en estos casos el empresario ha de preavisar al trabajador con un mínimo de cinco días sobre el día y la hora de la prestación. En principio, tales límites están previstos tan sólo para este supuesto, no para la anualización.
- Especial importancia tiene el régimen jurídico de la compensación de los excesos o defectos de jornada. El hecho de que haya un promedio semanal que se computa anualmente, implica necesariamente que a final de año la jornada realiza debería encajar en lo previsto como jornada anual. Caso de superarse, estaríamos ante horas extraordinarias⁹², y caso de ser inferior estaríamos ante un supuesto de aplicación del art. 30 ET: la imposibilidad de la prestación por retraso del empresario, manteniendo el trabajador el derecho a su salario y sin que sea factible la compensación con otro trabajo realizado en otro tiempo.

Sin embargo, en el caso de la distribución irregular de la jornada se ha establecido un último párrafo al apartado 2º del art. 34 ET, a tenor del cual la compensación de las diferencias por exceso o defecto respecto de la jornada máxima pactada o legal (por compensación ha de entenderse la reposición del trabajador al total de la jornada realmente debida, de manera que si hay exceso, recupere tiempo de descanso, y si hay defecto, deba desarrollar prestación de trabajo hasta alcanzar la jornada total pactada), se producirá según lo pactado en convenio o acuerdo de empresa, y en defecto de negociación colectiva, la compensación se producirá en el plazo de doce meses desde que se produzcan. Pues bien, al margen de los problemas interpretativos que se generan (¿qué ha de entenderse por «que se produzcan»?⁹³), y al margen de que esta regla respete, o no, el derecho comunitario, aparentemente se está permitiendo la compensación interanual, lo cual es contrario al régimen

⁹¹ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «Instrumentos de gestión flexible (...)», *op. cit.*, página 725.

⁹² LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.: *Op. cit.*, página 15.

⁹³ Sobre las diferentes alternativas interpretativas, *vid.* 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, *Relaciones Laborales* nº 10 de 2014, página 100.

jurídico de la anualización, que es, valga la redundancia, anual en sentido absolutamente estricto⁹⁴.

Vemos, por tanto, que haya motivos para entender que estamos ante dos mecanismos diferenciados. Sin embargo, ha de reiterarse que uno y otro apartado del art. 34 ET tiene exactamente el mismo objetivo o finalidad: que se facilite el establecimiento de jornadas no estables distribuidas a lo largo del año.

Desde mi punto de vista, creo que lo más adecuado sería admitir que, pese a la escasa coherencia que ha mostrado el legislador a la hora de regular ambos párrafos, estamos ante un mismo instrumento. No parece aceptable que la posibilidad de una jornada semanal como promedio anual, suponga que el legislador determina una capacidad del empresario para poder alterar la jornada semanal, semana a semana, sin que exista ningún control; en la práctica eso supondría la absoluta inseguridad y certeza en el tiempo de trabajo, de manera que un contratante podría especificar en cada momento un elemento esencial del objeto del contrato de trabajo. Muy al contrario, entiendo que esa anualización debe realizarse a través del convenio colectivo o acuerdo de empresa; es decir, a través del art. 34.2 ET, a través de la distribución irregular de la jornada: la distribución irregular de la jornada permitirá la superación de las 40 horas semanales, que se configuran como un promedio. Por lo tanto, el límite de jornada semanal son las 40 horas, y por acuerdo tales horas pueden entenderse como un promedio, cuando se procede a la anualización y distribución irregular de la jornada. El empresario tendrá como límites los descansos diario y semanal, debiendo respetar el período mínimo de preaviso. Por lo tanto, del juego en común de los arts. 34.1 y 2 ET se deduce la posibilidad de intensificar o reducir la jornada en determinados períodos del año, superando el máximo de las 40 horas⁹⁵.

Ahora bien, de este intento de comprender coherentemente ambos apartados, destaca que existe un elemento incompatible entre uno y otro precepto: la compensación con carácter interanual.

Para intentar resolver esta cuestión entendiendo que existen dos tipos diferentes de jornada irregular, de un lado la estática o fija, y de otro la dinámica o incierta, residiendo la diferencia entre una y otra en el hecho de la imprevisibilidad de la segunda⁹⁶. En cuanto a la distribución irregular estática, consiste en establecer de antemano, en convenio colectivo las alteraciones

⁹⁴ Con anterioridad a la reforma de 2012 existían sentencias que rechazaban la posibilidad de trasladar al año siguiente la compensación de excesos de jornada producidos en el año anterior, como la SAN de 24 de mayo de 2013. Sobre la cuestión *vid.* RODRÍGUEZ PASTOR, G.E.: *Op. cit.*, página 96

⁹⁵ En este sentido RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Op. cit.*, página 27.

⁹⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: *Op. cit.*, página 71; LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.: *Op. cit.*, página 13; RODRÍGUEZ PASTOR, G.E.: *Op. cit.*, página 92; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «Instrumentos de gestión (...)», *op. cit.*, página 726.

respecto del promedio semanal, de manera que el propio convenio fija qué período se trabajará el promedio, qué período se superará dicho promedio y, en qué períodos se va a trabajar por debajo del promedio. Ello puede articularse a través del art. 34.1 ET. Por distribución irregular dinámica se entiende que el convenio permite al empresario ampliar o reducir la jornada de trabajo en cualquier momento, sin previsión de cuáles han de ser dichos períodos por parte del convenio colectivo. Esta segunda modalidad sería la que desarrolla el art. 34.2 ET⁹⁷, y, consecuentemente, a la que se aplicaría la regla sobre compensación interanual.

En cuanto al régimen jurídico de la distribución irregular dinámica, el art. 34.2 ET establece las siguientes especialidades: ha de establecerse por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Si no hay acuerdo expreso sobre esta cuestión, la empresa puede distribuir de manera irregular «a lo largo del año» el 10% de la jornada de trabajo (para aplicar esta posibilidad habría que intentar el acuerdo, de manera que el empresario no puede acudir directamente a la misma por su sola decisión⁹⁸); por lo tanto, hay que entender que si un convenio colectivo establece una jornada anual de 1800 horas para el año 2016, el empresario dispondrá de 180 horas para su distribución a lo largo del año 2016, pudiendo incrementar la jornada en aquellos momentos que estime oportuno con el máximo de tales horas.

Cabe resaltar sobre esta regulación que debe estimarse la supresión de esta posibilidad a través de convenio colectivo, por el procedimiento de pactar en contra de la distribución irregular de la jornada, prohibiéndola, en definitiva. Esta posibilidad no me causa dudas; ahora bien, el problema interpretativo se va a plantear, tal como ya he señalado, cuando se pacte una distribución regular de la jornada, sin que se haga alusión expresa a que se prohíbe la distribución irregular. Desde mi punto de vista, en estos casos no podría haber distribución irregular, ni tan siquiera del 10%, pues el hecho de que se haya establecido una jornada estable puede implicar tanto que no hay acuerdo, como que no hay interés entre las partes de establecer jornada irregular. Sin embargo, hay autores que estiman que la distribución hasta el 10% de la jornada de manera irregular se activa cuando se opta por un régimen de jornada regular⁹⁹. Ello podría suponer que el empresario no entre a negociar esta cuestión, simulando que no tiene interés en este tipo de mecanismo, para, a continuación, acudir al art. 34.2 ET y aplicar el 10%, sin más limitación que los pocos límites legales, evitando así que mediante la negociación colectiva se hayan podido imponer límites a su capacidad para la distribución irregular.

⁹⁷ BALLESTER PASTOR, M.A.: *Op. cit.*, página 71; LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.: *Op. cit.*, página 13.

⁹⁸ LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.: *Op. cit.*, página 20.

⁹⁹ En este sentido 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», *Relaciones Laborales* n° 10 de 2014, página 91.

La distribución irregular de la jornada no debe ser confundida con la distribución irregular del horario de trabajo: lo primero afecta a la cuantificación, a cuánto se trabaja. Lo segundo se refiere al hecho de que una vez concretado cuánto se trabaja, hay que especificar cuándo se trabaja: cuándo se comienza a trabajar y cuándo se finaliza. Es evidente que la distribución irregular de la jornada afectará siempre a la distribución del horario; pero una distribución irregular del horario no supondrá una modificación de cuánto ha de trabajarse¹⁰⁰.

Las reglas que se dedican por el ET a regular esta distribución irregular son ciertamente escasas, pues en la práctica se limitan a remitirse al convenio colectivo, que deberá establecer la regulación efectiva sobre esta cuestión, sin que se especifique un contenido mínimo concreto a la regulación convencional, lo cual no deja de ser preocupante, pues podemos encontrar que se haya concedido por el legislador una facultad sin apenas limitaciones al empresario. La cuestión puede ser aún más acuciante en los casos de distribución irregular por defecto de negociación colectiva. En todo caso el art. 34.2 ET establece unos límites expresos: el respeto al descanso diario y semanal (que recordemos puede ser disfrutado por períodos de 14 días). En realidad estamos ante límites de carácter general que son de aplicación en todo caso, salvo que el propio legislador estableciese una excepción; por lo tanto, poco añade esta regulación. De esta manera, aun cuando nada se señala en el precepto entendemos evidente que resulta de aplicación otros límites al tiempo de trabajo, tales como los festivos o las vacaciones¹⁰¹.

Junto con tales límites se establece la necesidad de que el trabajador sea preavisado del día y hora de la prestación de trabajo resultante de la distribución irregular con cinco días de antelación. Se trata de establecer un período mínimo para que el trabajador pueda adaptar su situación personal o familiar a la alteración de la jornada, pudiendo organizarse de manera adecuada¹⁰². En todo caso es evidente que el preaviso es tremendamente reducido.

En todo caso, incluso cuando estos límites puedan ser de escasa entidad o tengan un carácter genérico, lo cierto es que el incumplimiento empresarial de los mismos determina la posibilidad de que el trabajador incumpla lícitamente las órdenes empresariales relativas a la distribución irregular; configurándose, a mi juicio como un claro supuesto de *ius resistendae* del trabajador.

A mi juicio, el régimen jurídico del art. 34.2 ET plantea dos problemas esenciales: el régimen de compensación y la compatibilidad con los derechos

¹⁰⁰ Puede señalarse la existencia de convenios que regulan horarios irregulares en función de las necesidades de la empresa, tal como ocurre con el CC de European Air Transport (BOE 26-2-2015); Próxima Servicios Empresariales, SL (BOE 29-4-2015); Lufthansa Cargo AG (BOE 6-8-2015); Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas y personal en España (BOE 25-9-2015).

¹⁰¹ Sobre esta cuestión *vid.* BALLESTER PASTOR, M.A.: *Op. cit.*, página 72; LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.: *Op. cit.*, página 30.

¹⁰² RODRÍGUEZ PASTOR, G.E.: *Op. cit.*, página 95.

de conciliación previamente concedidos por el empresario. En cuanto a lo primero, la compensación ha de producirse según las reglas establecidas en el convenio o acuerdo de empresa. En defecto de pacto (se refiere tanto a ausencia de pacto sobre compensación, como al supuesto de aplicación del 10% por ausencia de regulación), las diferencias, por exceso o defecto, deben quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan. De esta regulación se deduce que no cabe compensación económica, lo cual es lógico pues estamos ante un sistema de distribución irregular de la jornada y no ante horas extraordinarias (otra cuestión es que una vez que se compensan los excesos, se haya previsto un complemento salarial específico por distribución irregular). La compensación consiste en el ajuste a la jornada pactada o la jornada legal; es decir que si se ha trabajado por encima de la jornada pactada hay que dejar de trabajar en las jornadas siguientes, o si se ha trabajado menos, habrá que aumentar la jornada en el período siguiente. El problema se plantea por el hecho de que esa compensación puede realizarse en el plazo de doce meses desde que se produzcan: ello supone la posibilidad de realizar la compensación fuera del año en que se produce la jornada irregular (compensación interanual), lo cual supone condicionar la jornada del año siguiente al resultado del año anterior. Supone, además, superar el límite de la jornada anual pactada ex art. 34.1 ET¹⁰³, lo cual se asume expresamente por el art. 34.2 ET al afirmar que la compensación por exceso «entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada» podrá producirse en el plazo de doce meses: obsérvese que la jornada que supera la pactada ya se ha realizado, es decir, que se ha superado la jornada pactada y no se ha respetado ese límite que, consecuentemente, podría transgredirse. Si el punto de partida es que 34.1 y 34.2 ET forman parte de una misma institución (la posibilidad de distribuir el tiempo de trabajo de manera irregular), es contradictorio que al mismo tiempo se afirme que el promedio «anual» de la jornada es de 40 horas y que las diferencias por exceso de jornada respecto de la pactada o la legal, pueda compensarse en el plazo de 12 meses a partir de que estas se produzcan, pues ello facilita la compensación interanual¹⁰⁴. La única forma de soslayar esta contradicción es diferenciando entre una distribución irregular estática y una distribución irregular dinámica, de manera que la compensación en doce meses sólo afecte al supuesto de distribución irregular dinámica¹⁰⁵. Es evidente que la intención del legislador al establecer este amplio plazo para la compensación, pues amplía enormemente sus posibilidades de gestionar la distribución irregular de la jornada, relegando, tal como ha destacado la doctrina laboral, los intereses de los trabajadores

¹⁰³ MONREAL BRINGSVAERD, E.: «La duración de la jornada (...)», *op. cit.*, página 93.

¹⁰⁴ De hecho, con la regulación anterior a la modificación legal de 2012, se pronunció la Audiencia Nacional en contra de admitir los saldos interanuales por atentar contra el principio de anualidad, concretamente a través de la SAN de 24 de mayo de 2013. Sobre esta Sentencia *vid.* MONREAL BRINGSVAERD, E.: «La duración de la jornada (...)», *op. cit.*, página 96.

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ PASTOR, G.E.: *Op. cit.* página 98. Por el contrario la distribución irregular estática debe haber previsto la compensación dentro del año natural.

que soportan este tipo de jornada y sus derechos a la conciliación de la vida familiar y laboral¹⁰⁶.

Pero aun aceptando que la distribución irregular dinámica implica la interanualidad, hay que tener en cuenta lo que establece la Directiva 2003/88/CE en su art. 16.b) al regular los períodos de referencia relativos al trabajo semanal: «Los Estados miembros podrán establecer (...) b) para la aplicación del artículo 6 (duración máxima del tiempo de trabajo semanal), un período de referencia que no exceda de cuatro meses». Es evidente que la regulación del art. 34.2 en su último párrafo es directamente contraria a la regulación comunitaria¹⁰⁷.

Ciertamente la Directiva establece todo un conjunto de excepciones a la regla prevista por el art. 16, pero entiendo que la regulación española tampoco respeta tales excepciones. De entrada, el art. 34.2 ET cuando admite la interanualidad, lo hace con carácter general; es decir, que resulta de aplicación a cualquier supuesto material con independencia del tipo de trabajo que se realice y, más aún, se aplica sin acuerdo de los trabajadores. Todo ello dificulta la aplicación del art.17 de la citada Directiva, que regula las excepciones a las reglas de los arts. 6 y 16 de la propia Directiva, no con carácter general, sino vinculándolas al ejercicio de ciertas actividades o trabajos¹⁰⁸. De otro lado, nuestro país jamás ha hecho uso de la cláusula *out-put* que prevé la Directiva a los efectos de inaplicación, por lo que tampoco es factible esta vía. La propia Directiva regula la posibilidad de que se establezcan excepciones a través de la negociación colectiva a lo previsto por el art. 16, si bien el art. 19 de la Directiva en su primer párrafo establece que «La facultad de establecer excepciones a lo dispuesto en la letra b) del artículo 16, prevista en el apartado 3 del artículo 17 y en el artículo 18, no podrá tener como consecuencia el establecimiento de un período de referencia superior a seis meses». Es decir, que esta excepción no admite tampoco la interanualidad; más aún, la interanualidad que plantea el art. 34.2 ET se refiere a los supuestos en que no hay pacto sobre compensación de la distribución irregular (no hay, por tanto, acuerdo en convenio); luego la excepción del art. 18 no resulta de aplicación en modo alguno a esta situación. Por último, el art. 19 de la Directiva en su segundo párrafo afirma la posibilidad de establecimiento de otras excepciones, respetando los principios de protección de las salud y seguridad, pero fija como límite la anualidad como máximo: «No obstante, los Estados miembros, siempre que respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, tendrán la facultad de permitir que, por razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales establezcan

¹⁰⁶ MARTÍNEZ YAÑEZ, N.M.: *Op. cit.*, página 66.

¹⁰⁷ LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.: *Op. cit.*, página 19.

¹⁰⁸ MOLINA NAVARRETE, C.: *Op. cit.*, página 66. De igual manera MARTÍNEZ YAÑEZ, N.M.: *Op. cit.*, página 66.

períodos de referencia que en ningún caso excederán de 12 meses»¹⁰⁹. Ciertamente el art. 34.2 ET se refiere a un plazo de 12 meses «desde que se produzcan»; es decir, desde que el exceso o defecto de jornada se produzca; o desde que el empresario aplique la distribución irregular; pero con independencia de que se opte por una u otra interpretación, se superaría el año natural como referencia. Además, y esto es lo más importante, lo que permite la Directiva en este caso es que los Estados admitan ese plazo de 12 meses, cuando existan razones que lo permitan (causalidad) y se haga por convenio colectivo o acuerdo; y es evidente que el art. 34.2 ET se refiere al caso en el que, justamente, no hay acuerdo. De otro lado, lo que permite la Directiva es que se alcancen los 12 meses, si bien necesariamente los Estados miembros podrán prever que sean los convenios colectivos o los acuerdos los que establezcan que el período de referencia sea de 12 meses y es claro que lo previsto por el art. 34.2 ET al ampliar el período en que se produce la compensación a 12 meses, se refiere a los supuestos en que hay una falta de acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores; es decir, que esa ampliación es legal y no convencional, tal como establece la Directiva, que quiere que dicha ampliación se haga a través de la negociación colectiva¹¹⁰.

La conclusión, a mi juicio, no es sino la inadecuación de la regulación nacional en este punto a la Directiva 2003/88/CE¹¹¹, por lo que puede generar un verdadero semillero de problemas.

En cuanto a la segunda de las cuestiones, la adecuación de la distribución irregular de la jornada al disfrute de los derechos de conciliación familiar y laboral, podemos señalar que la distribución irregular puede suponer como es lógico una extraordinaria dificultad para garantizar uno de los objetivos de la regulación del tiempo de trabajo que es facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, pues someter al trabajador a un ciclo de trabajo inestable dificulta dicha conciliación, lo cual unido al escaso tiempo de preaviso recogido por la regulación legal, supone una dificultad añadida a la planificación de la vida del trabajador fuera de la empresa¹¹². Es por ello conveniente que los convenios colectivos que regulen la distribución irregular de la jornada tengan en cuenta el disfrute de los derechos de conciliación y eviten la repercusión negativa que sobre ellos supondrá la distribución irregular de la jornada¹¹³.

¹⁰⁹ Sobre la relevancia del respeto de la salud y seguridad de los trabajadores como principio para valorar la falta de adecuación de la normativa española a la Directiva 2003/88/CE *vid.* MOLINA NAVARRETE, C.: *Op. cit.*, página 66.

¹¹⁰ Sobre la cuestión *vid.* BALLESTER PASTOR, M.A.: *Op. cit.*, página 77; o MONREAL BRINGSVAERD, E.: «La duración de la jornada (...)», *op. cit.*, página 97.

¹¹¹ Así BALLESTER PASTOR, M.A., *op. cit.*, página 77; MARTÍNEZ YAÑEZ, N.M., *op. cit.*, página 66; MOLINA NAVARRETE, C., *op. cit.*, página 66; MONREAL BRINGSVAERD, E.: «La duración (...)», *op. cit.*, página 97; RODRIGUEZ PASTOR, G.E.: *Op. cit.*, página 101.

¹¹² LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.: *Op. cit.*, página 89.

¹¹³ RODRÍGUEZ PASTOR, G.E.: *Op. cit.*, página 100.

La doctrina laboral ha sostenido, y he de mostrarme totalmente de acuerdo con esta opinión, que el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, dado su origen constitucional¹¹⁴, limita las facultades empresariales de flexibilidad o adaptación de la jornada de trabajo, y específicamente la capacidad para la distribución irregular de la jornada¹¹⁵. En todo caso, es evidente que la actual regulación vigente sobre distribución irregular debería haber señalado expresamente la necesidad de respetar los derechos de conciliación de los trabajadores, prohibiendo que la distribución irregular de la jornada pudiese afectar a los trabajadores con reducción de jornada por motivos familiares¹¹⁶.

Nuevamente aquí la negociación colectiva va a jugar un papel fundamental pues a través de la misma podrán articularse los mecanismos que permitan la adecuación de los intereses de una y otra parte; o dicho de otra manera, dada la evidente generosidad del legislador en favorecer la flexibilidad empresarial a través de la distribución irregular de la jornada, el convenio colectivo debe asumir el papel de concretar las garantías ante la utilización empresarial de esta posibilidad¹¹⁷. El problema va a surgir, como es lógico, cuando el convenio nada regula sobre esta cuestión, o cuando no se ha alcanzado pacto alguno sobre la distribución irregular, en cuyo caso el empresario dispone de la capacidad de distribuir irregularmente hasta el 10% de la jornada anual, sin más limitación que la establecida por la regulación legal. En estos casos, si el empresario acude a la distribución irregular y el trabajador ya está disfrutando de derechos de conciliación que entran en conflicto con dicha distribución¹¹⁸, tenemos un importante problema interpretativo que resolver: ¿afecta la distribución irregular de la jornada al derecho a la conciliación del trabajador que ya se está disfrutando? De entrada hay que aclarar que no todos los derechos de conciliación pueden verse afectados por una distribución irregular (pensemos simplemente en los casos de ausencia durante una hora en la lactancia o en la hospitalización a continuación del parto). Respecto de aquellos que sí pueden verse afectados, entiendo que, ante la ausencia de regulación en el convenio, dado que el disfrute del trabajador de su derecho ya se está realizando, las alteraciones de jornada que pudieran suponer una distribución irregular no deberían afectarle. Se trata de un mero criterio temporal en el acceso al derecho, pero, además, los trabajadores que acceden a estos derechos habrán adaptado las necesidades de atención a sus responsabilidades en función del derecho obtenido, por lo que la alteración del derecho repercutiría directamente en la dificultad de cumplir

¹¹⁴ Sobre esta cuestión *vid.* RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: *Op. cit.*, páginas 41 y ss.

¹¹⁵ BALLESTER PASTOR, M.A.: *Op. cit.*, página 91.

¹¹⁶ En este sentido MARTÍNEZ YAÑEZ, N.M.: *Op. cit.*, página 65.

¹¹⁷ En este sentido BALLESTER PASTOR, M.A.: *Op. cit.*, página 76.

¹¹⁸ En los casos en que el empresario procede a un ajuste a través de la distribución irregular, y posteriormente el trabajador accede a los derechos de conciliación, no tenemos una situación que se diferencie realmente del supuesto conflictivo ordinario en caso de conciliación, que deberá ser resuelto judicialmente, previa demanda del trabajador vía art. 139 LRJS.

con el objetivo de las medidas de conciliación. De otro lado, hay que recordar que los derechos de conciliación que implican la reducción de jornada son derechos que se proyectan sobre «su jornada» (el trabajador tiene derecho a la reducción de su jornada ordinaria —art. 37.7 ET que regula la concreción horaria—); y por tal jornada hemos de entender la jornada habitual, no la que pueda resultar en un momento determinado por aplicación de una distribución irregular. Sólo si el convenio colectivo estableciese otra cosa (y no es el caso, pues estamos analizando aquellos supuestos en los que el convenio nada regula), podría, a mi juicio, darse otra respuesta. En todo caso, si se aceptase que la distribución irregular puede repercutir sobre los derechos de conciliación, siempre cabrá la posibilidad de que el trabajador acuda al procedimiento del art. 139 LRJS.

¿Cuál es el papel de la negociación en la materia de distribución irregular de la jornada? Es evidente que el legislador le otorga una función primordial, pues se afirma que la distribución irregular de la jornada podrá ser acordada mediante convenio o, ante la ausencia de regulación en convenio, por acuerdo de empresa; en definitiva, se deja a la negociación colectiva que asuma esta competencia. Sin embargo, todo queda alterado como consecuencia del reconocimiento de la facultad empresarial de acudir libremente a la distribución irregular si no hay acuerdo sobre esta cuestión (al menos hasta el 10% de la jornada anual). Es evidente que en la práctica ello va a suponer que sea necesario llegar a un acuerdo sobre distribución irregular de la jornada, de manera que el papel que va a asumir el convenio sea el de controlar esta posibilidad, controles que en una lógica negociadora puede que no sean excesivos, pues la representación de los trabajadores se arriesga al rechazo empresarial al acuerdo; es decir, a que al final el empresario tenga plena libertad para esa distribución irregular hasta el 10%. En definitiva hoy más que nunca se hace absolutamente necesaria la regulación convencional de esta materia¹¹⁹; lo paradójico es que por obra de la regulación legal, quien puede estar hoy desincentivado para llegar a un acuerdo es el empresario, quien ante la falta de acuerdo tendrá una libertad casi absoluta, sólo limitada por ese tope del 10% y los escasos límites legales. Por lo tanto, cabe concluir que la actual redacción del art. 34.2 ET supone un mecanismo de presión sobre los negociadores por la parte laboral, pues la falta de acuerdo determina la facultad legal concedida al empresario para acceder a la distribución irregular de la jornada, configurándose de esta manera en un ejemplo de la expansión silenciosa del poder empresarial en la empresa que han supuesto las últimas reformas laborales¹²⁰. Hay que tener en cuenta que el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (2015-2017)¹²¹ recoge la necesidad de facilitar a través de la negociación colectiva la distribución irregular de un 10% de la jornada anual ordinaria. Es decir, ante la duda de pactar o no,

¹¹⁹ En este sentido TRILLO PARRAGA, F.: *Op. cit.*, página 29.

¹²⁰ En similar sentido crítico MARTÍNEZ YAÑEZ, N.M.: *Op. cit.*, páginas 62 y 63.

¹²¹ BOE 20 de junio de 2015.

y ante la amenaza que supone la inexistencia de pacto, se opta por fomentar el acuerdo.

Ciertamente la negociación colectiva ha de jugar un papel esencial en el marco de la distribución irregular de la jornada de trabajo, y ello no sólo por el hecho de que el legislador se remita al convenio o en su defecto al acuerdo de empresa para regular esta posibilidad; sino también por el hecho de que en caso de inexistencia de pacto en negociación colectiva, el legislador concede directamente al empresario la capacidad de distribuir irregularmente hasta el 10% de la jornada, por lo que ante una capacidad tan amplia del empresario, lo más aconsejable es que las partes alcancen un acuerdo. De otro lado, los límites que se establecen a la distribución irregular, o son genéricos (el respeto a las reglas generales sobre descansos), o bien son de escasa entidad (el preaviso de sólo cinco días —por cierto, en los casos de distribución irregular estática en la que el propio convenio colectivo ha establecido los concretos períodos en que se desarrollarán jornadas de duración diferente, hay que entender que el preaviso no es necesario, pues es el propio convenio el que se encarga de especificar la jornada en cada momento¹²²); por lo que es conveniente la intervención del convenio para delimitar cuándo y cómo podrá utilizar el empresario esta especial capacidad. Igualmente respecto de la compensación, pues se hace imprescindible la regulación a través de convenio, siendo del todo aconsejable evitar la compensación interanual. De otro lado, la relevancia de la negociación también es evidente si se tiene en cuenta que el legislador no ha establecido una regulación mínima para los convenios que regulen la distribución irregular¹²³.

Ahora bien, ¿Cómo se regula la distribución irregular de la jornada en la negociación colectiva española? Del análisis de la negociación colectiva comprendida entre enero y agosto de 2016 se deduce una primera conclusión muy clara y es que la negociación ha asumido y regulado con carácter muy general la posibilidad de distribución irregular de la jornada, si bien ha de reconocerse que existen variaciones muy amplias de esta cuestión.

Podemos encontrar un conjunto nutrido de convenios colectivos que establecen una regulación sobre la distribución irregular de la jornada de trabajo. Al respecto es indiferente que los convenios establezcan en estos casos una jornada semanal determinada, pues la regulación expresa de la jornada irregular supone la capacidad para modificar dicha jornada semanal. En todo caso, cuando se establece en convenio una jornada semanal sin especificar que es un promedio y, a continuación, se regula la distribución irregular¹²⁴, esa jornada semanal puede tomarse como referencia. Ahora bien multiplicada la jornada semanal por el número de semanales laborables se obtendrá la jor-

¹²² En este sentido LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.: *Op. cit.*, página 39.

¹²³ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Op. cit.*, página 28.

¹²⁴ Sería el caso por ejemplo, de CC del sector de empresas de publicidad (BOE 10-2-2016).

nada anual (si es que no se ha especificado) y ello, lógicamente, supondrá en su caso un tope máximo, un límite a la capacidad de utilizar este mecanismo por el empresario, pues la distribución irregular de la jornada no puede ir más allá del total de horas comprometidas por el trabajador, al menos en la distribución irregular estática (y dadas las dudas de no adecuación al ordenamiento comunitario, podríamos también predicar dicho límite respecto de la irregular dinámica).

Dado el relevante papel de la negociación colectiva es posible encontrar convenios en los que se establece una regulación que concreta cómo y cuándo puede producirse la distribución irregular de la jornada. Cabe reseñar que en la mayoría de los casos se identifica expresamente la regulación bajo la denominación de jornada irregular; si bien en otros casos dicha denominación se obvia y se detecta que se trata de distribución irregular al analizar el contenido de lo pactado, de manera que si lo que se plantea es la extensión de la jornada en ciertos casos y la existencia de situaciones en las que hay falta de jornada, estaríamos casi con seguridad ante supuestos de distribución irregular¹²⁵. Hay convenios que recogen la posibilidad de una distribución irregular de la jornada, si bien se requiere el previo acuerdo con los representantes de los trabajadores, y sólo si no se consigue este acuerdo, el empresario podrá aplicar la distribución en idéntico sentido a la propuesta que realizó a los sindicatos¹²⁶. Es posible detectar auténticos casos de distribución irregular de jornada en convenios que regulan una jornada ordinaria estable, pero para ciertas actividades prevén que para acomodar el tiempo de trabajo a las necesidades del servicio, puedan existir jornadas superiores compensable o inferiores recuperables, lo que en la práctica entendemos que supone una distribución irregular¹²⁷. En otros casos, dada la parquedad del convenio, parece que estamos más ante una asunción de la obligación de realizar horas extraordinarias que ante un verdadero supuesto de distribución irregular¹²⁸. En este mismo sentido podemos señalar a aquellos convenios que fijan un tope de jornada anual que de ser superado por la distribución irregular, deberá compensarse con días libres, acumulando las horas de exceso: en este caso, realmente lo que se está señalando es que la superación del tope anual a consecuencia de la distribución irregular, genera horas extraordinarias

¹²⁵ CC NTV Logística, SA (BOE 2-2-2016); Saint Gobain Isover Ibérica, SL (BOE 2-2-2016); Easy Jet Handling Spain (BOE 3-2-2016).

¹²⁶ CC estatal del sector del corcho (BOE 14-10-2016).

¹²⁷ Sería el caso del CC de BT España Cía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, SA (BOE 29-4-2016), que para los trabajadores asignados a proyectos de cliente establece esta posibilidad. No obstante este convenio permite la compensación económica de la jornada superior, lo que lo acerca al régimen jurídico de las horas extraordinarias. Se establece así una situación mixta entre distribución irregular y horas extraordinarias.

¹²⁸ Puede verse el caso del CC de La Vanguardia ediciones, SLU (BOE 22-4-2016), en el que se señala que dada la especialidad de la actividad informativa, cuando se requiera por las necesidades de la actividad, el personal se compromete a finalizar su trabajo y prolongar su jornada laboral.

compensables con descanso¹²⁹ (horas que deben entenderse como obligatorias ex convenio).

Teniendo en cuenta que la distribución irregular de la jornada es una cuestión que puede también instrumentalizarse a través de la utilización de las horas extraordinarias que se retribuyen con tiempo de descanso (obsérvese que el procedimiento de compensación del exceso es idéntico al utilizado en la distribución irregular), sería lógico que los convenios colectivos conecten expresamente esta posibilidad con las horas extraordinarias (limitando la realización de estas últimas), de manera que estas se limiten cuando se usa la distribución irregular. Sin embargo, los convenios colectivos no suelen recoger esta cuestión¹³⁰, de manera que a la distribución irregular como mecanismos de flexibilidad se suma el mecanismo de las horas extraordinarias, lo cual supone un incremento notable a las posibilidades empresariales. De otro lado, cabe señalar las dificultades que podemos encontrar cuando haya de delimitar cuándo el empresario está utilizando horas extraordinarias cuando estas coinciden con una distribución irregular de la jornada: aparentemente sólo el convenio colectivo cuando regula la distribución irregular y especifica cuándo y cómo se programa la distribución irregular, es lo único que va a determinar cuándo se realizan horas extraordinarias (cuando el trabajo se realiza fuera de la jornada ordinaria y fuera de los casos de distribución irregular)¹³¹.

En cuanto al contenido de estas regulaciones, podemos encontrar en primer lugar una perspectiva ordenadora de la capacidad empresarial de proceder a la distribución irregular de la jornada. La diversidad en este sentido es bastante importante, así, si bien es evidente que la distribución irregular es una institución legalmente descausalizada, pues el art. 34.2 ET no requiere en modo alguno causa para el ejercicio de esta posibilidad (lo cual ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina laboral¹³²), podemos encontrar convenios en los que se especifica en qué situación es posible

¹²⁹ Sería el caso del CC de industrias del frío industrial (BOE 18-5-2016).

¹³⁰ No obstante algún ejemplo hay sobre esta cuestión, en los que en coherencia con la coincidencia de fines entre distribución irregular y horas extraordinarias, se limita la realización de estas últimas cuando se acude al primer mecanismo; así, *vid.* los CC de la Fundación O'Belen (BOE 17-3-2015); CC de Repsol Química, SA (BOE 21-5-2015); Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015); Thyssenkrupp Elevadores, SL (BOE 16-10-2015); Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 9-11-2015); Repsol Lubricantes y Especialidades (BOE 2-8-2016); CC estatal para la Industria del Curtido, Correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (BOE 2-8-2016); en este último caso, además de prohibir las horas extraordinarias durante la realización de jornadas irregulares, también se prohíbe acudir a la contratación temporal, a las ETTs, ni renovar contratos temporales que finalizan en dichos períodos; Repsol Petróleo, SA -refino- (BOE 12-8-2016).

¹³¹ *Vid.* sobre la cuestión TILLO PARRAGA, F.: *Op. cit.*, páginas 96 y 97.

¹³² En este sentido crítico *vid.* BALLESTER PASTOR, M.E.: *Op. cit.*, página 76.

desarrollar la distribución irregular de la jornada¹³³, llegándose incluso a establecer un principio de causalidad para poder acudir a este mecanismo (normalmente causas económicas, tecnológicas, organizativas o productivas)¹³⁴. Entendemos que ello es perfectamente posible, pues aun cuando no estemos ante un mecanismo legalmente causal, sin embargo, es posible que la negociación colectiva pueda controlar la utilización del mismo a través de esta exigencia, que puede ser incluso controlable judicialmente. En otros casos la exigencia es más débil, pues se limita a establecer con carácter general que la causa de la distribución irregular esté justificada (fórmula, como pueden vds. comprender, que es excesivamente amplia o genérica)¹³⁵; o se establece los momentos en que es factible la distribución irregular¹³⁶; o se procede a reforzarse los límites relativos al preaviso ampliando el plazo que supere los cinco días¹³⁷ (o bien especificando que si tras el preaviso, resulta no ser necesaria la participación del trabajador y no se le notifica en un plazo mínimo con antelación al momento en que debería incorporarse al desarrollo de una jornada irregular, se tendrá dicha jornada irregular realizada —se refiere, lógicamente, a supuestos de exceso de jornada-¹³⁸). También es posible encontrar supuestos en los que se obliga al empresario a realizar una planificación de la distribución irregular, concretando una determinada fecha en la que la empresa ha de comunicar su plan de distribución irregular a lo largo de todo el año¹³⁹, o realizando una distribución con carácter mensual¹⁴⁰. Otra posibilidad es la de regular un tope a la distribución irregular, señalando el tope máximo de la jornada que puede distribuirse de manera irregular, que puede o no coincidir con el 10%¹⁴¹ al que alude el art. 34.2 ET, existiendo convenios

¹³³ Un buen ejemplo es el CC de Repsol Química, SA (BOE 21-5-2015), que establece esta posibilidad en los casos de paradas, puestas en marcha, grandes reparaciones o períodos punta; de igual manera el de Repsol Petróleo, SA (BOE 11-6-2015); Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 2-8-2016) Repsol Petróleo, SA -refino- (BOE 12-8-2016).

¹³⁴ CC NTV Logística, SA (BOE 2-2-2016); Saint Gobain Isover Ibérica, SL (BOE 2-2-2016); Unión de Detallistas Españoles, Soc. Coop., Grupo Técnico, SA y Coidec, SA (BOE 10-2-2016); CC estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores audiovisuales y actores que prestan servicios en las mismas (BOE 16-5-2016); Marc Clear, SL (BOE 6-6-2016); CC estatal para la Industria del Curtido, Correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (BOE 2-8-2016); Servicios Operativos Internos, SAU (BOE 21-4-2015).

¹³⁵ Thyssenkrupp Elevadores, SL (BOE 16-10-2015); Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 9-11-2015); Repsol Petróleo, SA -refino- (BOE 12-8-2016).

¹³⁶ Así el CC de Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016), que fija los fines de semana como el ámbito para esa distribución irregular.

¹³⁷ Saint Gobain Isover Ibérica, SL (BOE 2-2-2016); Unión de Detallistas Españoles, Soc. Coop., Grupo Técnico, SA y Coidec, SA (BOE 10-2-2016); Mediapost Spain, SL (BOE 4-5-2016); CC Industria del Calzado (BOE 2-8-2016); Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 2-8-2016).

¹³⁸ CC de Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016).

¹³⁹ CC sector industrias cárnicas (BOE 11-2-2016).

¹⁴⁰ Mediapost Spain, SL (BOE 16-2-2016).

¹⁴¹ Ejemplo de convenios que coinciden con ese 10% pueden ser los CC de Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016); CC Industria del Calzado (BOE 2-8-2016); Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución, SLU (BOE 12-1-2015); CC Marco Grupo E.ON España (BOE

colectivos que lo incrementan, pues no es un tope para los acuerdos que puedan adoptarse en negociación colectiva sobre distribución irregular¹⁴² (de hecho, dado que si no hay acuerdo, el empresario podrá aplicar el 10% de distribución irregular, en la práctica se desincentiva al empresario a que alcance acuerdos que reduzcan ese porcentaje¹⁴³); bien se fija el número de horas máximas que pueden distribuirse irregularmente¹⁴⁴, si bien también es posible encontrar convenios que, una vez fijado un tope determinado, admiten la posibilidad de que por acuerdo de empresa, dicho tope pueda ser modificado¹⁴⁵, o se establecen topes de jornada diaria o semanal que no pueden ser superados por el uso por el empresario de la distribución irregular¹⁴⁶; o incluso especificando el número de días al año en que el empresario puede utilizar el mecanismo de distribución irregular¹⁴⁷.

También es posible encontrar convenios que con absoluta claridad especifican que la jornada anual es el tope máximo que deberá ser respetado por la distribución irregular de la jornada, sin que pueda excederse de dicho

30-1-2016); ASV Servicios Funerarios (BOE 26-2-2015); Alianzas y Subcontratas, SA (BOE 6-8-2015); Transmediterránea, SA —tierra— (BOE 4-9-2015); Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo (BOE 6-11-2015).

¹⁴² Tal como señala MOLINA NAVARRETE, C., op. cit., página 66, el 10% puede «mejorarse» por acuerdo colectivo lo que configura un ejemplo de «materia laboral inversa». De hecho hay convenios que superan más o menos ampliamente dicho porcentaje, como es el caso de Europcar IB, SA (BOE 21-4-2016), que alcanza al 25% de la jornada anual; CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10-8-2016), que establece el 15%; Próxima Servicios Empresariales (BOE 24-4-2015) que establece un 15%; también Centro Farmacéutico, SL (BOE 14-10-2015) que establece una distribución irregular del 12% de la jornada; o el CC para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (BOE 31-3-2015) que establece hasta un 28% de jornada irregular. En otros casos se establecen horquillas que van desde un porcentaje inferior al 10% hasta un porcentaje ampliamente superior, tal como ocurre con el CC de Aunar Group 2009, SL (BOE 13-4-2015).

¹⁴³ No obstante es posible encontrar convenios que reflejan límites a la distribución irregular que reducen ese 10%, tal como ocurre con los CC de la Fundación O'Belén (BOE 17-3-2015); CC estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (BOE 4-11-2015).

¹⁴⁴ Dealz España, SL (3-2-2016); ECA Entidad Colaboradora de la Administración, SLU e Instituto de Calidad, SAU (BOE 16-2-2016); CC estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE 15-3-2016); Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016); CC estatal para la Industria del Curtido, Correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (BOE 2-8-2016); sector ocio educativo y animación sociocultural (BOE 15-7-2015); CC estatal del sector del corcho (BOE 14-10-2016); Thyssenkrupp Elevadores, SL (BOE 16-10-2015).

¹⁴⁵ Así ocurre con el CC Estatal de perfumería y afines (BOE 19-1-2016); ECA Entidad Colaboradora de la Administración, SLU e Instituto de Calidad, SAU (BOE 16-2-2016); CC sector de fabricantes de yesos escayolas, cales y sus prefabricados (BOE 2-3-2016); CC Industria del Calzado (BOE 2-8-2016); CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10-8-2016),.

¹⁴⁶ CC sector de fabricantes de yesos escayolas, cales y sus prefabricados (BOE 2-3-2016); CC estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores audiovisuales y actores que prestan servicios en las mismas (BOE 16-5-2016); CC industrias del frío industrial (BOE 18-5-2016); Repsol Lubricantes y Especialidades (BOE 9-11-2015).

¹⁴⁷ Grup Zena (3-3-2016).

límite¹⁴⁸, especificando que de superarse dicho límite estaremos ante horas extraordinarias¹⁴⁹. De igual manera no faltan convenios que admiten una distribución irregular estática; es decir, que establecen diferentes jornadas semanales para cada época del año, de manera que el resultado de esa distribución cuadre perfectamente con el tope máximo de la jornada anual pactada (si bien se permite romper esa distribución estática cuando las circunstancias lo requieran)¹⁵⁰.

Pero, a mi juicio, el control más relevante consiste en que los convenios colectivos establezcan que la distribución irregular sólo es factible si hay acuerdo empresarial con los representantes de los trabajadores, pues ello supone que ante la falta de acuerdo no será posible la distribución irregular, ni tan siquiera por la vía del art. 34.2 ET, pues el convenio colectivo condiciona expresamente la distribución al acuerdo, impidiendo el juego de la regla residual de facilitar hasta el 10% de la jornada de distribución irregular por la falta de acuerdo¹⁵¹.

La cuestión de la compensación por los excesos de jornada es especialmente importante, pues supone señalar cómo va a recuperarse el exceso a través de la futura reducción del tiempo de trabajo. Podemos encontrar convenios en que la compensación del exceso se realiza no sólo a través de una reducción equiparada en duración al exceso de jornada, sino incluso aumentando el período de descanso o reducción de jornada (normalmente cuando se supera un determinado número de horas de jornada diaria o si se realiza el incremento en fin de semana)¹⁵². También es posible encontrar casos en los que se pacta la compensación con descanso superior al exceso de jornada (1,25 horas por cada hora de exceso), o bien a opción de la empresa, compensar con una hora por cada hora de exceso y el 0,25 en metálico¹⁵³. En algunos casos se regulan también compensaciones de carácter económico que superen al salario ordinario (si bien no como alternativa a la compensación con descanso retribuido, sino como incremento retributivo que compensa el hecho de verse sometido a un sistema de distribución irregular de la jornada)¹⁵⁴. Estos sistemas respetan la necesidad de compensación, pues hay recuperación con descanso del período de exceso. En otros supuestos se compensa al mismo

¹⁴⁸ Así el CC de Ilusión Seguridad, SA (BOE 5-4-2016); CC interprovincial para el comercio de flores y plantas (BOE 2-5-2016).

¹⁴⁹ CC de Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016); Vigilancia Integrada, SA (BOE 10-2-2016).

¹⁵⁰ CC de Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU (BOE 6-6-2016).

¹⁵¹ CC Grupo Gamesa (BOE 4-8-2016).

¹⁵² *Vid.* sobre esta cuestión los CC de Unión de Detallistas Españoles, Soc. Coop., Grupo Técnico, SA y Coidec, SA (BOE 10-2-2016); CC estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE 15-3-2016); CC Industria del Calzado (BOE 2-8-2016); Danone, SA (BOE 20-8-2015); Cepl Iberia, SL (BOE 25-9-2015); Iberdrola Grupo (BOE 25-9-2015).

¹⁵³ Cepl Iberia, SL (BOE 25-9-2015).

¹⁵⁴ Así los CC de la Comisión Ejecutiva Confederal de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (BOE 19-1-2016); Estatal de perfumería y afines (BOE 19-1-2016).

tiempo tanto con las pertinentes horas de descanso, como con un incremento retributivo¹⁵⁵; o se hace así cuando se supera un número determinado de horas al día¹⁵⁶. En algún caso se permite la regularización de los excesos de jornada con compensación económica, lo que acerca esta posibilidad al régimen jurídico de las horas extraordinarias, generando así una especie mixta o intermedia¹⁵⁷; de hecho es posible encontrar algún convenio que señala la posibilidad de compensar con dinero las primeras 80 horas de distribución irregular¹⁵⁸, o se señala que las primeras 80 horas son de aceptación obligatoria para el trabajador¹⁵⁹, o considerar que si las horas de exceso no se recuperan en un determinado plazo, se considerarán horas extraordinarias¹⁶⁰. Al respecto no hay nada que objetar a estos sistemas mixtos, siempre y cuando junto con la retribución o recargo económico por utilizar la distribución irregular, el trabajador sea compensado con la pertinente reducción de la jornada.

La determinación el momento en que corresponde la compensación del exceso de jornada por descanso, suele quedar a disposición del empresario, si bien en algún caso se regula que ha de realizarse de acuerdo con el trabajador o con sus representantes¹⁶¹. En otros casos los convenios limitan la capacidad empresarial para la compensación del exceso o del defecto de jornada, estableciendo un mínimo (normalmente diario) y un máximo de jornada (normalmente semanal, pero también diario) que debe ser respetado por el empresario¹⁶².

Dentro de la compensación, resultan especialmente importantes los plazos para realizar la misma. Recordemos que la compensación ha de realizarse según lo establecido en convenio colectivo o acuerdo de empresa, y en su defecto, podrá aplicarse la solución legal que permite la compensación en el plazo de hasta doce meses desde que las diferencias se produzcan, permitiendo así la compensación interanual (art. 34.2 ET). Ya hemos señalado nuestras dudas sobre si esta regulación es conforme o no con la Directiva sobre tiempo

¹⁵⁵ CC Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 2-8-2016); Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 9-11-2015).

¹⁵⁶ CC Industria del Calzado (BOE 2-8-2016).

¹⁵⁷ BT España Cia de Servicios Globales de Telecomunicaciones, SA (BOE 29-4-2016); CC estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores audiovisuales y actores que prestan servicios en las mismas (BOE 16-5-2016). En algún caso se retribuyen como horas extraordinarias sólo los incrementos de jornada que coincidan en ciertas jornadas, como aquellas que según calendario deben trabajarse al 50% de la jornada ordinaria, tal como ocurre con el CC de Centro Farmacéutico, SL (BOE 14-10-2015).

¹⁵⁸ CC La Casera, SA (BOE 25-9-2015).

¹⁵⁹ CC Iberdrola Grupo (BOE 25-9-2015).

¹⁶⁰ CC Iberdrola Grupo (BOE 25-9-2015).

¹⁶¹ CC estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE 15-3-2016), que señala que ante la falta de acuerdo, se acumularán los descansos por días completos y se disfrutarán como máximo en el plazo de cuatro meses.

¹⁶² CC de Lidl Supermercados, SAU (8-6-2016); Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución, SLU (BOE 12-1-2015); Asociación de Empleados de Iberia Padres de Minusválidos (BOE 25-6-2015).

de trabajo (2003/88/CE); pero, al margen de esta cuestión, es evidente que el legislador español permite la compensación de saldos de horas con carácter interanual. En cuanto a la cuestión de cuándo es posible esta compensación interanual, a tenor de lo señalado en el art. 34.2 ET, caben dos interpretaciones posibles: una primera estricta, a tenor de la cual la compensación interanual sólo es factible ante la falta de acuerdo, quedando vedada a los casos en que se pacta esta cuestión en convenio o acuerdo, pues a tenor del art. 34.2 ET es factible el pacto de distribución irregular «a lo largo del año», por lo que la compensación generada también ha de resolverse dentro del año. La otra interpretación es la flexible, y admitiría que cabe la compensación interanual no sólo por ministerio de la ley ante la falta de acuerdo, sino también cuando las partes lo pactan expresamente. Teniendo en cuenta la intención flexibilizadora de la reforma en esta materia, parece lógico asumir que la interpretación más acorde con la intención del legislador es la segunda¹⁶³. Ahora bien, una distribución irregular de la jornada no puede en modo alguno conducir a un incremento de la jornada anual pactada: ello supondría una modificación de lo pactado en convenio colectivo; es decir, que sólo sería factible a través de la inaplicación del convenio colectivo, cuestión ésta que dificulta, a mi juicio, aceptar la viabilidad de una compensación interanual¹⁶⁴. En todo caso, es evidente que la pretensión del art. 34.2 ET es la de facilitar al empresario no sólo un mecanismo de distribución anual de la jornada, sino permitir el traslado al año siguiente del exceso de jornada (en puridad no parece que facilitar la reducción de la jornada sea el verdadero objetivo de la reforma operada en el art. 34.2 ET), y ello sin utilizar el mecanismo de las horas extraordinarias¹⁶⁵.

En todo caso, los convenios colectivos establecen sobre esta cuestión regulaciones muy variopintas. En ocasiones se señala expresamente la necesidad de realizar la compensación dentro del año natural¹⁶⁶, llegando incluso a afirmarse en algún convenio que en caso de finalizar el año si existen saldos a favor del trabajador, estos serán para su beneficio, sin necesidad de recuperación¹⁶⁷; o se fijan plazos estrictos para realizar dicha compensación por exceso o defecto (normalmente en los cuatro meses siguientes a generarse los

¹⁶³ Se manifiestan a favor de la interpretación flexible MONREAL BRINGSVAERD, E.: «La duración (...)», *op. cit.*, página 92; o RODRÍGUEZ PASTOR, G.E.: *Op. cit.*, página 94.

¹⁶⁴ De similar opinión MONREAL BRINGSVAERD, E.: «La duración de la jornada (...)», *op. cit.*, página 98.

¹⁶⁵ En este sentido MONREAL BRINGSVAERD, E.: «La duración de la jornada (...)», *op. cit.*, página 93.

¹⁶⁶ CC Noroto, SAU (BOE 21-1-2016); Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016); Servigesplan, SL (BOE 5-5-2016); Site Logistic, SL (BOE 18-5-2016); CC estatal de para el sector de actividades forestales (BOE 22-6-2016); Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE 19-8-2015); SPN Empauser, SL (BOE 25-9-2015); Grupo de empresas VIPS (BOE 19-11-2015); Thales España GRP, SAU (BOE 9-12-2015).

¹⁶⁷ Sector ocio educativo y animación sociocultural (BOE 15-7-2015).

saldos por exceso o defecto)¹⁶⁸. En este último caso, se plantea la duda de si las regulaciones que establecen un plazo, aunque sea breve, permiten la compensación interanual, pues aún cuando el plazo no sea excesivamente amplio, siempre es posible que la distribución irregular se produzca a final del año natural, con lo que la compensación podría producirse en el año siguiente.

En otros casos los convenios colectivos asumen perfectamente la posibilidad de la compensación interanual, admitiendo que esta se produzca al año siguiente y señalando que llegado el fin del año, si debe procederse a la compensación de excesos, se realizará mediante jornadas completas fijadas por acuerdo y dentro del primer trimestre del año siguiente¹⁶⁹, admitiéndose así la interanualidad en la compensación pactada directamente por el convenio colectivo, de modo que dicha compensación interanual no queda sólo para los casos de falta de acuerdo¹⁷⁰. En otros casos la interanualidad se establece por la reiteración de la norma legal del art. 34.2 ET: la compensación ha de realizarse dentro de los 12 meses siguientes a la existencia de los saldos de horas¹⁷¹. También hay convenios que prevén la compensación en el año natural, admitiendo que ante una imposibilidad acreditada se extienda la compensación al primer trimestre del año siguiente, sin alterar la duración máxima de la jornada de ese año¹⁷²; o bien directamente se admite la posibilidad de compensar hasta el 31 de diciembre del año siguiente a aquel en que se originan los excesos o defectos de jornada¹⁷³; o las horas de exceso y defecto producidas en el segundo semestre podrán ser compensadas en el primer semestre del año siguiente¹⁷⁴.

También es posible encontrar reglas que de alguna manera son contrarias a la regulación legal que acabamos de mencionar, recogiendo que sólo sería posible la compensación fuera del año natural, cuando haya acuerdo con la representación de los trabajadores¹⁷⁵; es decir, la regla contraria a lo previsto por el citado precepto.

¹⁶⁸ Easy Jet Handling Spain (BOE 3-2-2016); Dealz España, SL (BOE 5-2-2016); Unión de Detallistas Españoles, Soc. Coop., Grupo Técnico, SA y Coidec, SA (BOE 10-2-2016); Site Logistic, SL (BOE 18-5-2016); Marc Clear, SL (BOE 6-6-2016); Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 2-8-2016); Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 9-11-2015); Thyssenkrupp Elevadores, SL (BOE 16-10-2015), si bien en este caso el plazo es de sólo dos meses, al igual que el CC sectorial de ámbito estatal de administraciones de loterías (BOE 7-12-2015); Grupo de empresas VIPS (BOE 19-11-2015), si bien en este caso el plazo es de tres meses.

¹⁶⁹ CC de Lidl Supermercados, SAU (8-6-2016).

¹⁷⁰ Téngase en cuenta que antes de la reforma legal se planteaba la duda de si era posible la compensación interanual, existiendo jurisprudencia en ambas direcciones, si bien mayoritariamente se entendía que los saldos de horas debían compensarse dentro del año anual, pues los topes de jornada tenían dicho carácter anual.

¹⁷¹ *Vid.* CC de Federación Farmacéutica, SCCL (BOE 12-12-2005).

¹⁷² CC Industria del Calzado (BOE 2-8-2016).

¹⁷³ CC Salestarget, SL (BOE 25-5-2015); Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL (BOE 25-9-2015).

¹⁷⁴ CC estatal para la Industria del Curtido, Correas y cueros industriales y curtición de piles para peletería (BOE 2-8-2016).

¹⁷⁵ CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE 19-5-2016).

Una cuestión interesante es la relativa a si es necesario para la compensación el preaviso del empresario al trabajador. Entendemos que es claro la necesidad de preavisar, tanto si el empresario procede a un incremento como una disminución de jornada; pero ¿también se exige preaviso cuando se trata de la reducción de jornada como compensación a un incremento previo? Téngase en cuenta que la distribución irregular supone una alteración de la jornada inicial (en forma de incremento o disminución); pero también una compensación posterior (si la alteración inicial es un incremento de jornada, habrá una o varias disminuciones; y si originariamente se produjo una reducción por motivos productivos, debe realizarse un incremento de la jornada). Es evidente que si la compensación supone un incremento, debe darse también el preaviso, pero en algún convenio, cuando la compensación consiste en una disminución, se regulan preavisos de menor duración que los cinco días¹⁷⁶. Considero que al ser la disminución un elemento necesario para la distribución irregular, los plazos de preaviso son los mismos que los establecidos con carácter general (5 días). En algún caso puede encontrarse convenios que establecen plazos de preaviso mayores a los cinco días, también para las situaciones de compensación¹⁷⁷.

Caso de superación de los plazos de compensación de excesos de jornada con descansos, sin que la misma se haya producido, la respuesta más lógica es entender que estamos ante horas extraordinarias debiendo retribuirse como tales¹⁷⁸. A su vez, en este caso puede plantearse otro problema: que se supere el máximo de los 80 horas anuales, situación en la que no cabría más alternativa que o bien considerar que son horas extraordinarias irregulares, o bien pactar expresamente que tales horas extraordinarias se retribuyan con descanso¹⁷⁹.

De igual manera, también se regula la compensación a favor del empresario por los períodos de falta de actividad; pudiéndose establecer plazos para delimitar la capacidad del empresario en dicha recuperación¹⁸⁰. Algunos convenios establecen la recuperación de los defectos de jornada por la vía de trabajar en fin de semana, o con incrementos diarios de corta duración, pero continuados¹⁸¹. En algún caso se admite que si la reducción no supera un determinado porcentaje, no será necesaria la recuperación, asumiendo así la empresa la carga económica de esta distribución irregular de la jornada¹⁸².

¹⁷⁶ Thyssenkrupp Elevadores, SL (BOE 16-10-2015) Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL (BOE 25-9-2015).

Thyssenkrupp Elevadores, SL (BOE 16-10-2015), que establece un plazo de preaviso de dos días.

¹⁷⁷ CC Thales España GRP, SAU (BOE 9-12-2015).

¹⁷⁸ Así lo señalan los CC de Site Logistic, SL (BOE 18-5-2016); Marc Clear, SL (BOE 6-6-2016).

¹⁷⁹ CC de Site Logistic, SL (BOE 18-5-2016).

¹⁸⁰ Vid. CC Tankat Seguridad, SLU (BOE 29-4-2016); Site Logistic, SL (BOE 18-5-2016).

¹⁸¹ CC de Thales España GRP, SAU (BOE 9-12-2015).

¹⁸² BT España Cía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, SA (BOE 29-4-2016).

En estos casos es importante determinar la repercusión de los períodos de falta de actividad sobre la retribución del trabajador. Como es lógico, esta es una cuestión que no puede resolverse sólo desde el punto de vista de las reducciones, pues como dichas reducciones van a implicar una compensación, ello supondrá un posterior incremento de jornada (o viceversa). Desde mi punto de vista parece que lo más adecuado es el mantenimiento del salario pactado en los periodos de reducción de la jornada, de manera que en los de incremento de la actividad no suponga un incremento del salario o se considera el abono de horas extraordinarias en estos casos¹⁸³; es decir, que la distribución irregular de jornada no afecte a la retribución y cotización del trabajador¹⁸⁴. En todo caso, hay una situación que debería resolverse expresamente por los convenios colectivos y es la de aquellos contratos que se extinguen tras haber sufrido un período de distribución irregular de la jornada y en los que aún no se ha producido la compensación; en estos casos habría que entender que la jornada anual a la que normalmente se remiten los convenios, debe ajustarse a la concreta duración del contrato del trabajador, de manera que los excesos o defectos de jornada no realizados respecto dicha jornada (y que de seguir vivo el contrato deberían compensarse) han de tener una repercusión sobre la retribución en el momento de la extinción, debiendo regularizarse la situación en a través del finiquito¹⁸⁵.

Ahora bien, no estoy convencido de que este planteamiento sea aplicable a los casos de contratación temporal. Como sabemos, la contratación temporal en nuestro país es pieza fundamental de nuestro mercado de trabajo; más aún, estadísticamente se constata que los contratos temporales suelen tener una duración bastante reducida (consecuencia, entre otros motivos del predominio del contrato eventual). Pues bien, en un marco de estas características, y teniendo en cuenta que la distribución irregular de la jornada es un instrumento que se aplica con carácter global sobre la empresa, habría que

¹⁸³ AS CC NTV Logística, SA (BOE 2-2-2016); Vigilancia Integrada, SA (BOE 10-2-2015).

¹⁸⁴ CC sector de fabricantes de yesos escayolas, cales y sus prefabricados (BOE 2-3-2016); Ilunión Seguridad, SA (BOE 5-4-2016); CC Industria del Calzado (BOE 2-8-2016); CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10-8-2016); Unicamp Services, SL (BOE 21-4-2015).

¹⁸⁵ Un ejemplo es el del CC sector de fabricantes de yesos escayolas, cales y sus prefabricados (BOE 2-3-2016), que regula expresamente que en el caso de exceso de horas, estas se abonarán en la liquidación con un incremento del 50% respecto del valor de la hora ordinaria. El CC de Ilunión Seguridad, SA (BOE 5-4-2016) establece la necesidad de regularizar la situación a través de la liquidación que se efectúa en el finiquito. El CC Site Logistic, SL (BOE 18-5-2016) señala que los saldos negativos de horas a favor de la empresa deben descontarse en la liquidación del finiquito, y los saldos positivos pagarse como horas extraordinarias hasta el tope anual de las 80; CC estatal para la Industria del Curtido, Correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (BOE 2-8-2016), que establece que se abonarán como horas extraordinarias las horas de exceso no compensadas en el momento de la extinción; también el CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10-8-2016), que establece un incremento del 25% sobre el valor de la hora ordinaria; de igual manera el CC de Unicamp Services, SL (BOE 21-4-2015).

plantearse si es adecuado aceptar que en un contrato temporal si el trabajador realiza una jornada inferior a la ordinaria, deba soportar un ajuste a través del finiquito con pérdida de retribución: en realidad el empresario es el responsable de utilizar la distribución irregular, y de la contratación temporal de los trabajadores, y de hacerlo en un momento en el que se aplica una distribución irregular con aplicación de jornada inferior a la ordinaria. En consecuencia, es más lógico entender que en estos casos el empresario no ha podido dar trabajo por causas imputables a él mismo, por lo que ha de soportar las consecuencias de su falta de previsión.

Una vez que se haya regulado en convenio la distribución irregular, hay que entender que esta es obligatoria para los trabajadores, sin embargo, podemos detectar convenios que introducen aquí una regla típica de las horas extraordinarias: la voluntariedad de las mismas. Así, es posible detectar convenios que regulan un principio básico de voluntariedad en la asunción de los incrementos de jornada cuando dicho incremento no afecta necesariamente a la totalidad de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo, y en caso de no existir voluntarios que la asuman, se señala el establecimiento de sistemas rotatorios, o preferencias respecto de aquellos trabajadores que hayan sido menos afectados como consecuencia de la distribución irregular de la jornada¹⁸⁶; o bien se considera voluntaria la participación de los trabajadores cuando la distribución irregular afecta a los descansos de fin de semana¹⁸⁷. Podemos encontrar exclusiones de ciertos trabajadores a los efectos de incrementar la jornada (aquellos que disfrutan de una reducción de la jornada por responsabilidades familiares, o aquellos que no están en prestación de servicio para recuperar una distribución irregular de la jornada¹⁸⁸). Incluso se prevé la posibilidad de que los trabajadores que puedan esgrimir algún impedimento lo comuniquen a la empresa a los efectos de su valoración¹⁸⁹.

Sin embargo, junto a los convenios señalados, en los que se establece una regulación amplia o detallada de la distribución irregular, también es posible encontrar casos en los que la regulación convencional no es tan completa, por lo que sólo tenemos los límites legales como referencia normativa, que se reitera por el propio convenio¹⁹⁰; si bien, al menos se regula el número de horas o el porcentaje de las mismas que pueden distribuirse irregularmente, que no tiene que ser necesariamente el 10% contenido en el art. 34.2 *in fine* ET, o bien un pequeño incremento al período de preaviso¹⁹¹; o en otras ocasiones

¹⁸⁶ CC Estatal de perfumería y afines (BOE 19-1-2016); Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016); Cepl Iberia, SL (BOE 25-9-2015).

¹⁸⁷ Thyssenkrupp Elevadores, SL (BOE 16-10-2015).

¹⁸⁸ CC de Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016).

¹⁸⁹ CC de Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016).

¹⁹⁰ CC de Geodis Logistics Spain, SLU (BOE 5-3-2015).

¹⁹¹ CC ESC Servicios Generales (BOE 2-2-2016); sector de empresas de publicidad (BOE 10-2-2016); Axafone Telecomunicaciones, SL (BOE 10-3-2015); Euro Pool System España, SLU (BOE 10-3-2015).

se limita a reconocer la distribución irregular y a señalar simplemente alguno de los límites legales¹⁹²; o se autoriza al empresario la distribución irregular, pero señalando un tope de incremento diario¹⁹³.

En ocasiones encontramos que pese a intentar regular de manera adecuada la distribución irregular mediante el convenio, los negociadores incumplen alguno de los límites legalmente establecidos por el ET, como es el caso del preaviso¹⁹⁴. Dicho límite es de derecho necesario absoluto y debe ser respetado por el empresario. Además, éste cuenta con otro instrumento diferente de la distribución irregular para hacer frente a aquellos casos en los que se sufren necesidades que deban ser respondidas de manera inmediata y que, consecuentemente, impedirían satisfacer el preaviso; me refiero, como no a las horas extraordinarias, para las que no se requiere preaviso alguno.

Normalmente el planteamiento que contienen los convenios colectivos en materia de distribución irregular es el del incremento de la jornada, pero en algunos casos se admite lo contrario, la flexibilidad inversa o reducción de la jornada por disminución de la carga de trabajo por reducción de la demanda de productos o servicios. Ello supone que la disminución de la jornada puede deberse normalmente a dos causas: o bien como consecuencia de la compensación por el incremento generado en una distribución irregular de la jornada; o bien, por la disminución de las necesidades productivas (lo que generará la posterior compensación con recuperación de jornada). En estos casos se establece la necesidad de preaviso tanto para la reducción como para la posterior recuperación de los defectos de jornada. Se especifica el número de horas en las que esta reducción es posible y se regula también la recuperación de las mismas, fijando plazos para ello¹⁹⁵.

Es posible encontrar convenios colectivos que se limitan a una mera remisión a la regulación legal contenida en el art. 34.2 ET, de manera que la distribución irregular se realice conforme a lo establecido en dicho precepto¹⁹⁶. En estos casos encontramos un problema interpretativo, pues dicho precepto establece la posibilidad de que mediante el convenio se establezca

¹⁹² CC de Ticketbis, SL (BOE 23-5-2016); TM Resources, SL (BOE 23-5-2016).

¹⁹³ Sería el caso del CC estatal para el sector de actividades forestales (BOE 22-6-2016), que permite un incremento máximo de una hora diaria, a recuperar en otros momentos del año.

¹⁹⁴ Sería el caso de los CC NTV Logística, SA (BOE 2-2-2016); CC nacional para industrias de pasta alimenticia (BOE 22-4-2016); Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016); CC estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores audiovisuales y actores que prestan servicios en las mismas (BOE 16-5-2016).

¹⁹⁵ *Vid.* el CC Estatal de perfumería y afines (BOE 19-1-2016), que en cuanto a la recuperación de los defectos de jornada plantea que se haga con incrementos de jornada dentro del año si la reducción se realizan en los ocho primeros meses del año; y en los primeros meses del año siguiente si la reducción afecta a los cuatro últimos meses del año.

¹⁹⁶ *Vid.* por ejemplo el CC de A&G Ayora Gea Transportes Petrolíferos, SA (BOE 21-4-2016); Ursula Consulting, SLU (BOE 26-2-2015); Altura, Drenajes y Contenciones, SL (BOE 3-10-2015); Grupo de empresas VIPS (BOE 19-11-2015).

la distribución irregular de la jornada, y ante la falta de pacto, la empresa, por disposición legal, dispondrá de la capacidad de distribuir irregularmente hasta el 10% de la jornada. ¿Cómo han de interpretarse los casos en los que pese a la remisión legal al convenio, el propio convenio a su vez se remita a la ley? Entendemos que en estos casos la solución no puede ser aceptar que hay una especie de remisión sin fin de uno a otro, pues ello no nos conduciría a ninguna parte; al igual que tampoco es aceptable entender que la doble remisión significa la posibilidad de una distribución irregular anual del 100% de la jornada anual, pues ello no se establece de manera expresa por el convenio ni se deduce del mismo, al contrario, se establece que la distribución irregular se realice conforme a la regulación legal; por idénticos motivos tampoco es aceptable entender que se prohíbe la distribución irregular, pues no se establece de manera expresa, sino que se acepta la distribución irregular, conforme a la norma legal. Consecuentemente, entendemos que la única solución viable es la de aplicar la regla legal (a la que se remite el convenio, pues se aplicará la distribución irregular conforme a la regulación legal); es decir, entender aplicable el 10% de distribución irregular de jornada al que hace referencia el art. 34.2 ET.

De otro lado, también podemos encontrar convenios colectivos de sector que se remiten en su regulación a la posibilidad de que por acuerdo de empresa pueda establecerse la distribución irregular de la jornada¹⁹⁷, o bien el convenio de sector se remite al acuerdo a nivel de empresa, pero con la previsión de un sistema de distribución irregular aplicable en defecto de acuerdo, evitando así que pueda bloquearse la distribución irregular en caso de falta de acuerdo¹⁹⁸. También es posible encontrar convenios colectivos de empresa, que se remiten a un acuerdo con los representantes de los trabajadores¹⁹⁹. Para rizar aún más el rizo, también hay convenios de empresa que se remiten al convenio de sector²⁰⁰. Con esta regulación estamos dentro del marco de lo previsto por el art. 34.2 ET, pues esta norma prevé, como hemos señalado, que la distribución irregular pueda establecerse bien por convenio colectivo, o bien por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En todo caso ante una regulación de estas características ha de advertirse que sigue siendo de aplicación lo previsto por el art. 34.2 ET como solución a las situaciones en las que no haya regulación convencional: el empresario dispondrá de la capacidad para distribuir de manera irregular hasta el 10% de la jornada anual.

Un supuesto un tanto diferente es el de aquellos convenios que regulan expresamente un tope anual, con una jornada mensual fija, pero admitiendo

¹⁹⁷ CC Estatal de perfumería y afines (BOE 19-1-2016); CC Estatal de acción e intervención social (BOE 3-7-2015); Estatal de jardinería (BOE 2-2-2016).

¹⁹⁸ CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 21-8-2015).

¹⁹⁹ CC de Prosegur BPO España, SL (BOE 16-2-2016); Minas de Almadén y Arrayanes, SA (BOE 14-1-2016).

²⁰⁰ Es el caso de Mercedes Benz Retail, SA (BOE 7-2-2015).

la posibilidad de que se pueda negociar entre la empresa y los representantes de los trabajadores otra distribución del cómputo de trabajo, admitiéndose la jornada irregular, previa información a los representantes de los trabajadores; o incluso admitiendo la posibilidad de que la empresa pueda establecer una distribución distinta de la establecida, mediante pactos individuales o grupales en los que podrán intervenir los representantes de los trabajadores²⁰¹. En estos casos es evidente que, pese a establecer una jornada fija, se admite la capacidad del empresario para la distribución irregular de la jornada²⁰²; pero el problema es obvio: el convenio asume simplemente la posibilidad de una distribución irregular de la jornada, sin establecer ninguna otra regulación; es decir, con sólo los límites legales. La cuestión afecta fundamentalmente a la cuestión de cuál es el tope de jornada que pueda distribuirse irregularmente, pues no parecería admisible que el 100% de la jornada pueda distribuirse irregularmente, dado que ello supondría dejar totalmente en manos del empresario la distribución de la jornada cada día de trabajo del año, lo que supondría una falta de especificación de una cuestión esencial en el objeto del contrato de trabajo. Entendemos que en estos casos, por analogía debería aplicarse el 10% del art. 34.2 ET. De otro lado, estimamos que al pactarse una jornada anual, en estos casos dicha jornada no podría verse superada por la distribución irregular.

Otras situaciones anómalas pueden detectarse en convenios colectivos que admiten que la empresa pueda establecer una distribución del tiempo de trabajo distinta de la pactada, a través de pactos individuales o «grupales» (parece que se refiere a acuerdos plurales pero que no llegan a ser colectivos, aún cuando esta conclusión es dudosa), sin intervención de los representantes de los trabajadores, salvo que los propios trabajadores lo soliciten, regulación que presenta evidentes dudas de respecto a la regulación legal contenida en el art. 34 ET y que entendemos no pueden resolverse con el argumento de que el convenio colectivo lo autoriza²⁰³.

Para terminar, podemos encontrar, si bien limitadamente, regulaciones relativas a la integración entre el derecho empresarial a la distribución irregular y los derechos de los trabajadores a la conciliación familiar. El supuesto que genera situaciones de conflicto es aquel en que se produce un incremento de la jornada de trabajo, pues ello puede impedir que el trabajador pueda hacer frente a sus responsabilidades y pueda satisfacer el derecho del que es titular; no obstante, tampoco debe descartarse, *a priori*, que la reducción de jornada pueda suponer también dificultades para el ejercicio de los derechos laborales de conciliación. En cuanto a la regulación que podemos encontrar en los convenios analizados, hace referencia sobre todo a la limitación que se

²⁰¹ CC Cia Levantina de Bebidas Gaseosas, SAU (BOE 23-2-2016).

²⁰² CC de Grupo de empresas Rodilla UBOE 21-1-2016); ESC Servicios Generales, SL (BOE 2-2-2016).

²⁰³ *Vid.* CC de Cia Levantina de Bebidas Gaseosas, SAU (BOE 23-2-2016).

impone al empresario en el uso de la distribución irregular de la jornada, de manera que los incrementos o prolongación de jornada no afecte a aquellos trabajadores que disfrutan de derechos de conciliación²⁰⁴.

7. PACTOS EN NEGOCIACIÓN COLECTIVA DIRIGIDOS A FLEXIBILIZAR LA REGULACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO: BOLSA DE HORAS Y OTROS PACTOS

Nos referimos ahora a todo un conjunto de mecanismos si bien no están reconocidos expresamente por la normativa legal, están relacionados con la distribución irregular de la jornada e incluso pueden configurarse hasta cierto punto como modalidades de la misma.

Una cuestión íntimamente ligada con el tema de la distribución irregular de la jornada es el de las bolsas de horas. Es un fenómeno, que si bien no está reconocida expresamente por la regulación legal, si se ha incorporado a la negociación colectiva, adoptando diferentes denominaciones, si bien la más extendida es justamente la de bolsa de horas. Esta consiste en la posibilidad de que el empresario disponga de un conjunto de horas pactadas en convenio colectivo, que forman parte de la jornada máxima de trabajo, y que están destinadas a incrementar la jornada de trabajo cuando el empresario lo requiera por existir un aumento de las necesidades productivas²⁰⁵. En otros casos, lo que se establece es un conjunto de horas añadidas a la jornada pactada en convenio colectivo, y que no forma parte realmente de la jornada máxima anual, pero que quedan a disposición del empresario en caso de incremento de las necesidades productivas²⁰⁶. Por lo tanto, estamos ante un mecanismo a disposición del empresario dirigido a hacer frente a aumentos puntuales del trabajo²⁰⁷. Tal como señala GOÑI SEIN, se trata de un instrumento que permite la ampliación de la jornada ordinaria, pero sin sujeción a un período

²⁰⁴ En este sentido el CC estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE 15-3-2016), que señala la no aplicación de la distribución irregular de la jornada a los trabajadores con reducción de jornada o limitación de permanencia por cuidado de menores, embarazo o período de lactancia. También el CC de Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016), que señala que la distribución irregular no afectará obligatoriamente a los trabajadores que se encuentren en reducción de jornada, salvo que estos lo decidan voluntariamente. De otro lado el CC general para la Industria química (BOE 19-8-2015), señala que la prolongación de jornada consecuencia de la distribución irregular no podrá ser de aplicación a trabajadores que tengan limitada su presencia por razones de seguridad, salud, cuidado de menores, embarazo o períodos de lactancia. De igual modo el CC del sector laboral de restauración colectiva (BOE 22-3-2016); o el CC estatal para la Industria del Curtido, Correas y cueros industriales y curtición de piles para peletería (BOE 2-8-2016).

²⁰⁵ En este sentido RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *La flexibilidad (...)*, op. cit., página 92. Vid. CC estatal del sector del corcho (BOE 14-10-2016).

²⁰⁶ LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.: *Op. cit.*, página 64; RODRÍGUEZ PASTOR, G.E.: *Op. cit.*, página 93.

²⁰⁷ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «Instrumentos de gestión flexible (...)», op. cit., página 740.

determinado, ni a limitaciones diarias²⁰⁸. Lógicamente en este caso el principal límite que ha de respetar la bolsa de horas es la de la jornada máxima anual prevista legalmente por el art. 34.1 ET; en caso contrario, deberían considerarse como horas extraordinarias todas las que, en base a dicha bolsa de horas, superen dicho límite.

Dado que se trata de un mecanismo no previsto por la regulación legal, surge la cuestión de si ha de respetar los límites de jornada regulados en el ET (9 horas diarias, 12 horas de descanso entre jornadas, el descanso semanal y las 40 horas semanales), cuestión a la que debe responderse de manera afirmativa (especialmente en el caso del descanso entre jornadas, pues en los otros supuestos es posible, como sabemos no cumplir con tales topes, siempre que se haga a través de la negociación colectiva). Por otra parte, al suponer un incremento de la jornada, sería conveniente aplicar también el plazo de preaviso mínimo de 5 días. Surge así la cuestión relativa a su confusión con la distribución irregular. En realidad, esta confusión se produce cuando se establece el procedimiento para reducir o compensar los excesos de jornada, pues en estos casos realmente estaremos ante un mecanismo que en poco o nada se diferencia de la distribución irregular de la jornada²⁰⁹. Ello supone que en la mayoría de los casos en los que se plantea una «bolsa de horas» realmente estaremos ante un supuesto de distribución irregular de la jornada, pues en puridad la bolsa de horas supone reservar un conjunto de horas del tope anual, para distribuir las por el empresario cuando estime oportuno.

La regulación expresa de esta cuestión suele ser compleja, reconociéndose un número de horas o días anuales en concepto de bolsa para que de manera flexible el empresario lo utilice cuando hay necesidades y cargas de trabajo, ya sea en la empresa o en una concreta sección de la misma o unidad productiva²¹⁰. Se suele regular que la bolsa pueda suponer tanto el incremento de días de trabajo convirtiendo en laborables días que en convenio se establecen como no laborables; como el aumento de horas en días concretos²¹¹. Lógicamente también suele regularse los procedimientos de compensación de los saldos generados y los preavisos con los que ha de notificarse la alteración a los trabajadores²¹². En algunos casos también se regula el procedi-

²⁰⁸ *Op. cit.*, página 121.

²⁰⁹ *Vid.* CC del grupo de empresas Maxam (BOE 14-1-2015); Vigilancia Integrada, SA (BOE 10-2-2015); estatal de industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos (BOE 11-8-2015).

²¹⁰ *Vid.* CC del grupo de empresas Maxam (BOE 14-1-2015).

²¹¹ *Vid.* CC del grupo de empresas Maxam (BOE 14-1-2015).

²¹² *Vid.* CC del grupo de empresas Maxam (BOE 14-1-2015); en este caso, dado que se trata de un supuesto que más que una verdadera bolsa de horas, se trata de un auténtico supuesto de distribución irregular de la jornada, tales períodos de preaviso deberían respetar los plazos del art. 34.2 ET, cosa que no se hace en la totalidad de la regulación. De igual manera el CC estatal para la Industria del Curtido, Correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (BOE 2-8-2016).

miento de compensación en caso de extinción de los contratos de trabajo²¹³. Como vemos, en realidad esta regulación supone simplemente denominar a la distribución irregular como bolsa de horas, pues se trata de la misma cuestión. Para complicar aún más la cuestión hay que señalar la existencia de convenios que tras regular la distribución irregular de la jornada, se regula a continuación la existencia de bolsa de horas, con idénticos límites de preaviso y con reglas sobre compensación de excesos y defectos de horas²¹⁴. En definitiva, aparentemente podemos afirmar que en realidad ese mecanismo denominado «bolsa de horas», en la mayoría de los casos, es un supuesto de distribución irregular de la jornada.

Un buen ejemplo de lo anterior lo podemos localizar en convenios que, de manera alternativa a la distribución irregular, establecen la posibilidad de una bolsa de horas. Al analizar la regulación de dicha bolsa de horas se constata que en realidad lo que se establece es la posibilidad de una mayor o menor realización de la jornada diaria, previéndose la compensación de los excesos o defectos, e incluso tomando reglas del art. 34.2 ET como la necesidad de preavisar al trabajador. Todo ello evidencia que en realidad estamos simplemente ante supuestos de distribución irregular de la jornada²¹⁵. En otros casos, pese a la denominación de bolsa de horas, se está regulando un sistema en el que en «aquellos meses con déficit de horas se puedan compensar con la realización de los excesos de jornada en aquellos meses que se produzcan, en el mismo o distinto servicio del trabajador»²¹⁶.

En algún caso podemos encontrar un fenómeno totalmente diferente, pero también vinculado a la distribución irregular: bolsas de horas conformadas con las horas de descanso y las horas derivadas de compensaciones por exceso, así como los días de libre disposición, a los efectos de que los trabajadores puedan disfrutar de días de descanso siempre que haya acuerdo con el empresario²¹⁷.

En actividades comerciales es posible encontrar regulaciones relativas a la realización de inventarios, a tenor de las cuales, en aquellos casos en los que el trabajador emplee en la realización del inventario más tiempo del establecido como jornada ordinaria, la empresa podrá optar entre abonar una compensación económica pactada o bien compensarlo con tiempo de descanso²¹⁸. Se trata de una regulación intermedia entre las horas extraordinarias (si bien, aparentemente, parece que son horas obligatorias) y la distribución irre-

²¹³ Vid. CC del grupo de empresas Maxam (BOE 14-1-2015).

²¹⁴ CC Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE 19-8-2015).

²¹⁵ CC sector fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE 2-3-2016).

²¹⁶ CC Ilunión Seguridad, SA (BOE 5-4-2016). Para aumentar la confusión, se establece en este convenio que si al finalizar el año el trabajador ha realizado un exceso de horas, se retribuirán como horas extraordinarias.

²¹⁷ CC Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE 19-8-2015).

²¹⁸ CC Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución Ceuta, SLU (BOE 12-1-2016); Dealz España, SL (BOE 5-2-2016).

gular (si bien limitada en estos casos a situaciones concretas y determinadas, como el desarrollo del inventario). Esta regulación puede convivir perfectamente con la regulación en el propio convenio de la distribución irregular de la jornada. También en este ámbito se plantean acuerdos en negociación colectiva para flexibilizar los horarios hasta 30 minutos sobre el horario de apertura y cierre²¹⁹.

De otro lado, también encontramos pactos relativos a la recuperación de la jornada no realizada. En principio este tipo de acuerdo es perfectamente asumible como consecuencia de una distribución irregular de la jornada de trabajo, pues se prevé expresamente la cuestión como compensación de los defectos de jornada que pueden generarse en estos supuestos (art. 34.2 ET). El problema va a plantearse en aquellos casos en los que el acuerdo se recoja sin conexión a una posible distribución irregular de la jornada, y se plantee la necesidad de que el trabajador recupere la jornada no realizada²²⁰. En estos casos, al estar desconectada la situación de una distribución irregular de la jornada no cabe más alternativa que considerar aplicable lo dispuesto por el art. 30 ET, que recordemos establece que en aquellos casos en los que el trabajador no pudiera prestar sus servicios por retraso del empresario en darle trabajo, motivado por causas imputables al mismo y no al trabajador, éste conservará su derecho al salario, sin que pueda compensarse el tiempo de trabajo perdido con otro trabajo realizado en otro momento. Es decir, estas cláusulas pueden ser consideradas ilegales al estar desconectadas de una situación de distribución irregular de la jornada de trabajo²²¹.

En otros casos podemos encontrar regulados fuera de las normas sobre distribución irregular, supuestos de prolongación de jornada por circunstancias no programadas. En realidad en estos casos estamos ante un supuesto de distribución irregular dinámico, por lo que resultan de aplicación los límites del art. 34.2 ET²²².

Otro de los supuestos detectados es el llamado «exceso de calendario»: la diferencia entre la jornada anual pactada y los días que resulten laborables.

²¹⁹ CC General Óptica, SA (BOE 4-11-2015).

²²⁰ Sería el caso, por ejemplo del CC estatal de empresas de seguridad (BOE 12-1-2015), en el que se establece que «(...) si un trabajador por las necesidades del servicio no pudiese realizar su jornada mensual, deberá compensar su jornada, en el mismo o distinto servicio, en los dos meses siguientes».

²²¹ Cuestión diferente es que se pacte la recuperación de horas no trabajadas debidas a causas de fuerza mayor, accidentes atmosféricos o cualquier causa no imputable a la empresa, tal como regula el CC de Ursula Consulting, SLU (BOE 26-2-2015). No obstante, hay que analizar con cierto detenimiento si todos los supuestos que pueden recogerse en un convenio colectivo como situaciones no imputables al empresario, realmente lo son (ejemplo, falta de suministro eléctrico, pues este puede deberse a múltiples causas).

²²² *Vid.* CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE 15-7-2015).

Dicho exceso será de libre disposición para la empresa, configurándose en algo parecido a la verdadera bolsa de horas²²³.

También hay pactos sobre horarios especiales, a tenor de los cuales la empresa podrá atender necesidades, al alza o a la baja del servicio, previa consulta y conformidad con los representantes de los trabajadores, alterando los horarios de inicio y fin de la actividad²²⁴. De igual manera, se establecen pacto de flexservice, a tenor de los cuales, el personal dedicado a reparación y asistencias, podrán trabajar fuera de las franjas horarias fijadas por el convenio para atender a los usuarios de la empresa²²⁵.

8. DISPONIBILIDAD Y MECANISMOS SIMILARES

Desde la perspectiva de la adecuación del tiempo de trabajo a las necesidades empresariales, podemos señalar como la negociación colectiva admite mecanismos a través de los cuales se facilita que el empresario pueda obligar al trabajador a incorporarse al trabajo cuando disfruta de su ocio o descanso. Así, no es extraño encontrar reglas sobre disponibilidad del trabajador; es decir, normas por las que, estando el trabajador en su período de descanso o de ocio, puede ser llamado por necesidades empresariales a desarrollar prestación de trabajo. Ello supone, sobre todo una evidente ruptura de la periodicidad en el reparto del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, introduciendo más flexibilidad en la distribución de la jornada de trabajo.

Cuando nos referimos al tema de la disponibilidad, hay que realizar una primera aclaración: en realidad los mecanismos que hemos analizado hasta ahora consistentes en la distribución irregular de la jornada (en el caso en que sea dinámica y no estática) o las bolsas de horas, así como los mecanismos de horas extraordinarias (especialmente aquellas en que el trabajador se obliga por convenio o contrato a su realización), son verdaderos mecanismos de disponibilidad, si bien indirecta, pues en realidad a través de los mismos el trabajador va a ser llamado a la realización de prestación de trabajo no prevista y en algún caso (como las horas extraordinarias) sin plazo específico de preaviso. Tal como ha señalado algún autor, estamos ante una disponibilidad consecuencia de la variabilidad del mercado, debiendo distinguirse entre disponibilidad indirecta (la que acabamos de señalar) y la disponibilidad directa, aquella en la que se con-

²²³ CC BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente, zona 5, levante (BOE 2-8-2016).

²²⁴ CC BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente, zona 5, levante (BOE 2-8-2016).

²²⁵ CC BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente, zona 5, levante (BOE 2-8-2016).

trata expresamente estar a disposición del empresario²²⁶, fenómeno que vamos a analizar ahora.

Con la disponibilidad directa estamos haciendo referencia a una cuestión de primer orden: la delimitación del trabajo. El art. 34 ET se refiere a diferentes topes de jornada, pero en todos ellos se habla de horas de «trabajo efectivo». Este precepto, sin embargo, no establece qué ha de entenderse por esta cuestión, y no delimita este concepto. Sin embargo, tradicionalmente se ha entendido que el art. 34.5 ET, aún sin referirse expresamente a este concepto, sin embargo delimita que ha de entenderse por tiempo de trabajo efectivo: «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». A partir de aquí lo que se plantea es cómo entender situaciones en las que el trabajador está a disposición del empresario durante su período de descanso para que este lo llame cuando tenga necesidad de reincorporarlo a la prestación de trabajo.

En realidad podemos encontrar situaciones diferenciadas, que giran en torno a esta idea de trabajador que se encuentra descansando pero que se obliga a reincorporarse al trabajo por necesidades empresariales. Así, un primer fenómeno es el de los trabajadores que se comprometen con la empresa para estar localizables y reintegrarse al trabajo cuando esta lo demande²²⁷. Se trata de estar disponibles para el empresario, estando fuera del puesto de trabajo²²⁸. Durante este período no desarrollan prestación de trabajo, disfrutan de descanso, pero están a disposición de la empresa, que podrá llamarlos en cualquier momento y deberán incorporarse de manera inmediata al trabajo; es la «disponibilidad» o «localización»²²⁹, denominación a la que suele añadirse otras más confusas (por utilizarse la misma denominación para finalidades diferentes de la disponibilidad) como la de «retén»²³⁰ o

²²⁶ Sobre esta distinción *vid.* RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, R.: «La regulación de los tiempos de disponibilidad (presencia y localización) del trabajador en el derecho comunitario y en el derecho interno», *Justicia Laboral* n° 41 (2010), páginas 52 y 53.

²²⁷ TRILLO PARRAGA, F.: *Op. cit.*, página 43.

²²⁸ MONREAL BRINGSVAERD, E.: «El cómputo del tiempo de trabajo», *Revista de Derecho del Trabajo* n° 128 (2005), página 480.

²²⁹ Señala el CC de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016), que se entiende por disponibilidad, «la situación del trabajador que, a petición de la Empresa, se encuentra, fuera del horario de trabajo habitual, en situación de localización inmediata para incorporarse al trabajo en caso de necesidad».

²³⁰ Así el CC de Mantenimiento y Montajes Industriales, SA (BOE 29-4-2016), señala que la modalidad de retenes consiste «en que el productor afectado fuera del centro de trabajo debe ser localizable en todo momento para cumplir cualquier necesidad afecta al servicio». Sin embargo, también podemos encontrar convenios que se refieren a los retenes como la obligación que asumen los trabajadores de incorporar una parte sustancial de la plantilla a la prestación de trabajo, ciertos días del año, abonando en este caso dicha prestación como horas extraordinarias; así el CC de Nokia Solutions and Networks Spain, SL (BOE 25-4-2015).

«guardia»²³¹. Ello supone que el trabajador pone a disposición del empresario tiempo que, en principio, es suyo, pues no es tiempo de trabajo²³². Es evidente lo que ello supone para el empresario, pues a través de flexibilizar el tiempo de trabajo sometiendo al trabajador a un régimen de disponibilidad, lo que se consigue es que el empresario consiga ahorrar los costes de contar con un servicio permanente de mantenimiento o de atención a usuarios con dificultades técnicas. Evidentemente la atención de estas cuestiones fuera de un horario comercial por un equipo permanente podría suponer un importante gasto para la empresa, cuando el nivel de actividad de estos trabajadores puede ser realmente muy reducido²³³. Ello parece aceptable cuando estamos ante empresas cuyos procesos productivos en los que hay actividades instrumentales que auxilian al buen funcionamiento del proceso productivo fundamental (pensemos en actividades de mantenimiento fuera del horario normal de producción, o atención de averías que se producen fuera del horario comercial o del horario de actividad de la empresa); pero es más cuestionable en aquellas actividades productivas en los que la propia actividad se caracteriza por la inestabilidad permanente, de manera que hay una necesidad constante de atención (pensemos, por ejemplo, en servicios funerarios). Es posible detectar convenios colectivos que utilizan la disponibilidad de una forma mucho más amplia que la mera cobertura de necesidades en períodos en los que hay escasa o nula actividad productiva, de manera que se utiliza la disponibilidad para la cobertura de las ausencias de los trabajadores (excepto las ausencias que expresamente se señalan en el propio convenio)²³⁴, lo cual invade hasta cierto punto el objetivo o finalidad de las horas extraordinarias, funcionando así como alternativa a este otro mecanismo.

También cabe señalar cómo algún convenio justifica la existencia de estos mecanismos de disponibilidad como un instrumento para mejorar

²³¹ Así, el CC de Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016), señala que se denomina «guardia de Stand-By a aquella situación en la que el trabajador debe estar localizable fuera de su horario de trabajo habitual por si fuera requerido por CDS para prestar sus servicios. Esta guardia, en tanto en cuanto el trabajador no tenga que realizar ninguna intervención no tendrá la consideración de tiempo efectivo de trabajo ni de tiempo de presencia sino que debe considerarse simplemente un período de tiempo en el cual el trabajador está a disposición de la Empresa». El CC de Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU, señala sobre las guardias o disponibilidades que «El servicio de guardia establecido para la atención de los Contratos de Mantenimiento o actuaciones puntuales requeridas por la empresa, fuera de la jornada laboral, tendrá carácter obligatorio de forma que los empleados que realicen estas funciones deben encontrarse disponibles en situación de localización inmediata para incorporarse al servicio en caso de necesidad».

²³² RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Flexibilidad de la jornada (...), op. cit.*, página 113.

²³³ Tal como afirma expresamente el CC de Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015) refiriéndose al retén de mantenimiento, «tiene por objeto cubrir las necesidades de la fábrica, en cuanto a atender emergencias o averías que se produzcan en sus instalaciones, durante las horas comprendidas fuera del horario normal de trabajo, así como en festivos, sábados y domingos, para lo cual el trabajador incluido en este sistema deberá estar localizable y disponible con la obligación de acudir a fábrica en cualquier momento durante su semana de Retén».

²³⁴ CC de Repsol Petróleo, SA (BOE 12-8-2016).

la conciliación de la vida familiar y laboral, al ser situaciones que suelen producirse durante momentos como fin de semana o festivos, en los que la actividad es bastante baja o incluso nula²³⁵.

Para el adecuado funcionamiento de este sistema de disponibilidad, el trabajador debe estar localizable, ello supone que el empresario facilitará al trabajador los medios oportunos para poder localizarlo cuando sea necesaria su incorporación al trabajo.

Como es lógico, existen alternativas a la disponibilidad o localización, la más evidente es la posibilidad de organizar horarios especiales de trabajo para atender las necesidades de la empresa en período nocturno o en fines de semana²³⁶, o bien aprovechar las posibilidades del trabajo a turno, que podrá extenderse durante toda la semana, o bien la contratación de trabajadores a tiempo parcial que sólo desarrollan prestación de servicios durante tales períodos²³⁷. En todos estos casos el trabajador se incorpora a desarrollar su prestación de trabajo; mientras que el trabajador en situación de disponibilidad está en período de descanso, localizable por parte del empresario y con la obligación de incorporarse al trabajo sólo cuando es llamado por este.

En todo caso, el buen funcionamiento de la empresa a través de este mecanismo tiene una evidente y negativa implicación sobre los trabajadores, pues ello supone una reducción de la libertad que tiene para disfrutar de su tiempo de descanso como estime más oportuno: si bien tradicionalmente se ha contrapuesto la noción de tiempo de trabajo (tiempo durante el cual el trabajador permanece subordinado al empresario y desarrollando su prestación), frente a la de tiempo de descanso (período de no trabajo²³⁸, durante el que no existe subordinación); lo cierto es que a través de este tipo de pacto se genera una extensión de las facultades directivas que llega a interferir con la posibilidad de que el trabajador pueda desarrollar fuera de la empresa una actividad social ordinaria, aportando, por tanto, dosis de alienación a la situación laboral. En definitiva, estamos ante una situación en la que la contraposición a tiempo de trabajo deja de ser la plena libertad de organización por parte del trabajador de su propio tiempo libre o de descanso, pues en cualquier momento puede ser llamado por el empresario. Paralelamente este sistema implica una ampliación de las facultades directivas del empresario, pues estas alcanzan, no sólo al tiempo de trabajo en que el trabajador desarrolla efectivamente su prestación, sino que incluso pueden ejercerse las facultades

²³⁵ CC de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016); BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente (BOE 2-8-2016); Vestas Eólica, SAU (BOE 12-8-2016); Teleinformática y Comunicaciones, SAU (BOE 17-8-2016).

²³⁶ Así, podemos señalar, como ejemplo el CC de Automáticos Orenes, SLU (BOE 6-6-2016).

²³⁷ *Vid.* sobre estas posibilidades el CC de Lidl Supermercados, SAU (BOE 8-6-2016).

²³⁸ Recordemos como la Directiva 2003/88/CEE define el período de descanso como «todo período que no sea tiempo de trabajo» (art. 2.2).

empresariales durante el tiempo de descanso del trabajador; lo cual no deja de ser, desde nuestro punto de vista, una efectiva intromisión empresarial en los períodos de descanso²³⁹.

No existe en nuestro ordenamiento una regulación legal o reglamentaria sobre esta cuestión, lo que ha favorecido que los convenios colectivos puedan establecer este mecanismo de flexibilidad en el tiempo de trabajo; de hecho la jurisprudencia viene admitiendo que a través de convenios colectivos pueda pactarse esta cuestión, favoreciendo así la mayor flexibilización de la jornada de trabajo, si bien reconoce ciertamente la posibilidad de que este tipo de acuerdo pueda ser utilizado de manera abusiva por parte empresarial. En este caso, la aplicación de una regulación abusiva, implica la falta de validez de las órdenes empresariales y la posibilidad de que el trabajador se niegue a cumplir las órdenes empresariales en tales casos²⁴⁰. Un ejemplo de abusividad, a mi juicio, es la de aquellos convenios que establecen la obligación de los trabajadores de permanecer durante la situación de disponibilidad en su domicilio o en su proximidad²⁴¹: cierto es que la finalidad de la disponibilidad o retenes es facilitar que el trabajador pueda volver de manera inmediata o lo más inmediata posible a la empresa para reiniciar la prestación de trabajo, pero ello no es causa para intentar imponer al trabajador la obligatoriedad de permanecer en un lugar determinado. También encontramos que son acuerdos que pueden lindar con la ilegalidad, aquellos que establecen situaciones de disponibilidad de 24 horas, sin que ello suponga una ampliación de la jornada anual, pero sin referencia alguna a los límites del descanso diario entre jornadas, ni el descanso semanal, pues ello podría conducir al incumplimiento de tales límites²⁴². En todo caso, hay que entender que estos límites legales son de carácter público y, por tanto, aplicables.

En cuanto a la forma de regular estos casos de disponibilidad, podemos encontrar convenios que establecen la situación de disponibilidad entre ciertas categorías de trabajadores (mantenimiento, asistencia técnica a usuarios, soporte técnico, etc.)²⁴³ o trabajadores con una determinada experiencia²⁴⁴, siendo normal el establecimiento de rotaciones o sistemas de distribución entre los diferentes trabajadores²⁴⁵, pudiendo establecerse turnos de duración

²³⁹ Por cierto, que esto pone de manifiesto como cada vez son más frecuentes las situaciones en las que se produce una intromisión del período de trabajo y de la actividad productiva, de la subordinación en definitiva, en la esfera privada del trabajador. Sobre esta cuestión, SUPLOT, A.: «Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del «tempo di lavoro»)», *Lavoro e Diritto* n° 1 de 1997, página 21.

²⁴⁰ En este sentido podemos ver la STS de 6 de julio de 2006, RJ 2006/6636.

²⁴¹ Sería el caso del CC de HM Clause Ibérica, SA (BOE 11-2-2015).

²⁴² CC del Grupo ASV Servicios Funerarios, (BOE 26-2-2015).

²⁴³ CC de Alcatel Lucent España, SAU (BOE 10-2-2015); CC de Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015).

²⁴⁴ CC de HM Clause Ibérica, SA (BOE 11-2-2015).

²⁴⁵ CC de Alcatel Lucent España, SAU (BOE 10-2-2015).

semanal²⁴⁶. Otra alternativa que no resulta extraña es el establecimiento en convenio colectivo de un criterio de voluntariedad, de manera que sólo ante la falta de trabajadores voluntarios se procederá a incorporar de manera obligatoria a los trabajadores necesarios, aplicándose normalmente un criterio de rotación en estos casos²⁴⁷, criterio relacionado con el número de disponibilidades que haya cubierto el trabajador a lo largo del año o de un período de referencia, de manera que el designado sea el trabajador con un menor número de ellas²⁴⁸.

Será obligación de los trabajadores que contacten con los responsables o quien requiera su intervención en un período determinado de tiempo²⁴⁹, o bien presentarse en la empresa en un plazo de tiempo determinado²⁵⁰, todo ello previa localización, para lo cual la empresa facilita al trabajador un medio adecuado para ello²⁵¹; no obstante, en algún convenio es el trabajador quien ha facilitar a la empresa un número de teléfono donde éste podrá ser localizado²⁵², lo cual es paradójico, pues ello supone siempre que el trabajador ha de realizar una inversión económica para poder estar a disposición del empresario. Es posible que en empresas de alto nivel tecnológico, los trabajadores en situación de disponibilidad no tengan que desplazarse físicamente, pudiendo realizar la atención de manera remota²⁵³. En todo caso, cuando los sistemas tienen carácter rotatorio, los trabajadores han de tener derecho a conocer que pasan a situación de disponibilidad con una antelación suficiente para poder adaptar sus necesidades familiares a esta situación. Tampoco es extraño que los convenios ofrezcan a los trabajadores la posibilidad de acuerdos entre trabajadores para cambiar los turnos de disponibilidad, siempre y cuando la empresa tenga conocimiento con antelación suficiente²⁵⁴.

Ciertamente en estos casos no podemos estar ante tiempo de trabajo efectivo cuando el trabajador se compromete a una situación de disponibilidad, pues el trabajador está en situación de descanso, estando incluso fuera del centro de trabajo y disfrutando de sus períodos de ocio²⁵⁵: el trabajador

²⁴⁶ CC de HM Clause Ibérica, SA (BOE 11-2-2015).

²⁴⁷ CC de Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015); Mantenimiento y Montajes Industriales, SA (BOE 29-4-2016); Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU (BOE 28-6-2016); Teleinformática y Comunicaciones, SAU (BOE 17-8-2016).

²⁴⁸ CC de Repsol Petróleo, SA (BOE 12-8-2016).

²⁴⁹ CC de Alcatel Lucent España, SAU (BOE 10-2-2015).

²⁵⁰ CC de HM Clause Ibérica, SA (BOE 11-2-2015).

²⁵¹ CC de Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015); BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente (BOE 2-8-2016).

²⁵² CC de Repsol Petróleo, SA (BOE 12-8-2016).

²⁵³ CC de Alcatel Lucent España, SAU (BOE 10-2-2015).

²⁵⁴ No obstante, algún convenio colectivo recoge la posibilidad de preavisar al trabajador hasta el último día laborable dentro del horario ordinario, tal como ocurre con el CC de Vestas Eólica, SAU (BOE 12-8-2016).

²⁵⁵ En este sentido MONREAL BRINGSVAERD, E.: «El computo del tiempo (...)», *op. cit.*, página 480.

se compromete a estar localizable para el empresario y a acudir a la empresa para reincorporarse al trabajo cuando la empresa se lo demande; pero es claro que durante estos períodos el trabajador está descansando o disfrutando de su ocio²⁵⁶, sin desarrollar prestación alguna de trabajo, tal como destaca la doctrina laboral²⁵⁷. Sin embargo, en estos casos es habitual que el trabajador reciba una percepción retributiva por el hecho de la disponibilidad, dado que sacrifica su libertad poniéndose a disposición del empresario durante sus períodos de ocio y descanso y comprometiéndose a reincorporarse al trabajo cuando sea necesario²⁵⁸. Lo más habitual es el abono de un complemento por disponibilidad o localización o una prima por tal situación²⁵⁹. Además, como es lógico, será necesario el pertinente abono de los servicios realizados²⁶⁰, pues una vez que el trabajador es llamado o localizado, se incorporará al trabajo y ello es, evidentemente, trabajo efectivo²⁶¹. En estos casos podemos encontrar convenios que establecen una cuantía mínima equivalente a X horas aún cuando el tiempo de trabajo sea realmente inferior²⁶²; o se fija un complemento o cuantía por estar en situación de disponibilidad, cuya cuantía se incrementa o incluso se duplica, cuando el trabajador debe atender alguna incidencia o debe prestar algún servicio²⁶³.

²⁵⁶ STS de 29 de noviembre de 1994, RJ 1994\9246: «La mera situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica, por sí sola, el desarrollo de ningún trabajo y por ende está claramente fuera de la jornada laboral y no puede en absoluto ser calificada como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias. En consecuencia, el establecimiento en Convenio de esta obligación de disponibilidad es totalmente lícito y válido, sin que vulnere los artículos 37 y 40.2 de la Constitución, 34, 35 y 82.1 del Estatuto de los Trabajadores, ni el artículo 29 bis del Convenio». En el mismo sentido la STSJ de Galicia de 24 de enero de 2008, AS 2008\3050: «En concreto, se ha afirmado que «la mera situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica por sí sola el desarrollo de ningún trabajo y, por ende, está claramente fuera de la jornada laboral y no puede en absoluto ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias». Aunque se entendiese que durante las guardias de localización, el trabajador está sometido a las decisiones de disponibilidad de la empresa, es evidente, que no concurre el lugar de trabajo». De igual manera la STSJ de Cataluña de 27 de abril de 2005, AS 2005\1677.

²⁵⁷ En este sentido MARTÍNEZ MOYA, J.: «El tiempo de trabajo: una visión jurisprudencial», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 38 (2002).

²⁵⁸ DE LA FUENTE LAVIN, M.: *El régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Comares, Granada 2002, página 59.

²⁵⁹ CC del Grupo ASV Servicios Funerarios, (BOE 26-2-2015); empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016); Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016); Radio Popular SA-COPE (BOE 20-5-2016); Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU (BOE 28-6-2016).

²⁶⁰ CC de HM Clause Ibérica, SA (BOE 11-2-2015); Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015); empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016); Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU (BOE 28-6-2016).

²⁶¹ MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Op. cit.*, página 480.

²⁶² CC de Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015).

²⁶³ CC de Teleinformática y Comunicaciones, SAU (BOE 17-8-2016).

No debe confundirse la percepción de este complemento con la retribución de las horas efectivamente trabajadas una vez que el trabajador es localizado y se reincorpora al trabajo: una cuestión es el abono del trabajo efectivamente realizado (sólo se abona cuando se realiza la prestación de trabajo), y otra diferente abonar un complemento salarial por estar a disposición (se abonará siempre que el trabajador está a disposición, sea o no llamado por el empresario)²⁶⁴. Sin embargo, en algún caso la negociación colectiva señala que el trabajador no cobrará la cuantía por disponibilidad si debe realizar alguna intervención, cobrando en este caso exclusivamente las cuantías pactadas por dicha intervención²⁶⁵. Tampoco resulta extraño encontrar en la negociación colectiva pactos por los que el empresario asume los costes de desplazamiento del trabajador o las dietas por alimentación cuando los períodos de actividad coincidan con horarios normales de comidas²⁶⁶; o bien hay convenios en los que se establece que el plus de actuación que se abona una vez que el trabajador es llamado para prestar trabajo, compensa también el tiempo de desplazamiento²⁶⁷.

Si bien el período de disponibilidad no es tiempo de trabajo efectivo, debe aclararse cuál es la naturaleza del tiempo dedicado al trabajo una vez que el trabajador es localizado y presta sus servicios. Evidentemente en este caso estamos ante tiempo de trabajo efectivo. Pero dicho tiempo puede ser considerado como ordinario o extraordinario. Entiendo que ello va a depender de cómo está regulado el tiempo de trabajo en el propio convenio colectivo, pues si el trabajador se compromete al desarrollo de una jornada ordinaria de trabajo determinada, a las que habría que sumar las horas que desarrolle mediante la disponibilidad, superando así dicha jornada ordinaria, habrá que estimar que estamos ante horas extraordinarias²⁶⁸. En todo caso, hay que estar

²⁶⁴ *Vid.* la distinción en el CC de Mantenimiento y Montajes Industriales, SA (BOE 9-6-2015); o el de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016), que diferencia entre el plus de localización y el plus de actuación; el CC de Mantenimiento y Montajes Industriales, SA (BOE 29-4-2016) diferencia entre la compensación económica por estar en situación de retén y el abono de horas extraordinarias por prestar los servicios.

²⁶⁵ CC de Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016).

²⁶⁶ CC de Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015); Grupo Ortiz (BOE 21-4-2016); Teleinformática y Comunicaciones, SAU (BOE 17-8-2016).

²⁶⁷ CC de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016).

²⁶⁸ En este sentido la anteriormente citada STS de 29 de noviembre de 1994, RJ 1994/9246: «Es cierto que si el operario es requerido, en ese tiempo de disponibilidad, para la realización de un trabajo, ha de llevarlo a cabo, percibiendo en tal caso, por el tiempo invertido en el mismo, la remuneración propia de las horas extraordinarias. Ahora bien, en la sentencia de instancia no existe declaración fáctica de ninguna clase en la que se constate que la realización de este trabajo extraordinario haya supuesto, ni siquiera en algún caso y para algún trabajador, el incumplimiento del tiempo de descanso entre jornadas que impone el artículo 34.2 del Estatuto, o la superación del límite máximo que fija el artículo 35.2; y el sindicato recurrente no ha pedido revisión fáctica alguna a este respecto. Resulta claro, por consiguiente que no se han conculcado estos preceptos, ni el artículo 40.2 de la Constitución (...). También es verdad que la prestación

a lo regulado en convenio, que puede plantear que este tiempo de disponibilidad forma parte de la jornada anual pactada, compensando el tiempo de trabajo efectivo derivado de la disponibilidad con descansos dentro de la jornada de trabajo ordinaria del trabajador²⁶⁹; o simplemente considerando que las horas en que se desarrolla la prestación de servicios tras ser localizado, son horas extraordinarias²⁷⁰.

De otro lado, la disponibilidad no exime al trabajador de realizar su jornada habitual, por lo que el hecho de ser llamado para realizar la prestación de trabajo estando en situación de disponibilidad supone un incremento de la jornada de trabajo, por lo que entiendo que resultan de aplicación las reglas de carácter imperativas, tanto en materia de descansos de los trabajadores (específicamente el trabajo entre jornadas, lo que puede suponer que aquellos trabajadores que hayan sido localizados y prestado servicios, se beneficien de alteraciones de turnos de trabajo para permitir el descanso de doce horas entre jornadas²⁷¹), como en materia de no superación del número de horas extraordinarias máximas de trabajo, si es que se otorga esta consideración al tiempo de trabajo en estos casos. No obstante, hay que insistir que hay que estar a lo que establezcan los convenios colectivos; así, podemos encontrar convenios que establecen un régimen compensatorio muy similar a las horas extraordinarias que se compensan con descansos o similar a la distribución irregular de la jornada, de manera que la realización de una intervención en período de disponibilidad supondrá el derecho a un descanso compensatorio equivalente al día siguiente, o si ello no es factible, en un plazo de tiempo inmediato, pactándose que en ningún modo podrán entenderse como horas extraordinarias, pues compensándolas de esta manera no habrá incremento alguno de jornada²⁷². También podemos detectar convenios que además de la retribución por realizar trabajo efectivo en caso de localización, estable-

de horas extraordinarias es de carácter voluntario, dado lo que dispone el artículo 35.4 del tan citado Estatuto, pero este mismo precepto establece la salvedad o excepción de que «su realización se haya pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo, dentro de los límites del apartado 2 de este artículo». Y como en este caso su realización se estipuló en el convenio antedicho (artículo 29) y no consta, como se ha indicado, que se hubiesen superado los límites del número 2 del artículo 35, ha de mantenerse obligatoriamente la plena legalidad de lo que este Convenio dispone, sin que resulten infringidos ni ese artículo 35 del Estatuto ni el artículo 37 de la Constitución». El CC de Mantenimiento y Montajes Industriales, SA (BOE 9-6-2015), considera que el tiempo realizado como retén, supone una hora extraordinaria, siendo retribuidas de esta manera.

²⁶⁹ CC de Fertilberia, SA (BOE 25-8-2015); o incluso el CC de Radio Popular SA-COPE (BOE 20-5-2016), establece expresamente la compensación de los servicios prestados efectivamente durante las guardias, con tiempo de descanso.

²⁷⁰ CC de Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016), Mantenimiento y Montajes Industriales, SA (BOE 29-4-2016); Grupo Enagas (BOE 16-5-2016).

²⁷¹ CC de Fertilberia, SA (BOE 25-8-2015); empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016); Repsol Petróleo, SA (BOE 12-8-2016).

²⁷² CC de Alcatel Lucent España, SAU (BOE 10-2-2015); Fertilberia, SA (BOE 25-8-2015).

cen que si tales servicios superan un determinado número de horas darán lugar a un día de descanso²⁷³.

De otro lado, siguiendo con la naturaleza del tiempo dedicado en estos casos de disponibilidad queda una duda: como hemos visto el tiempo dedicado a la prestación de trabajo es tiempo efectivo de trabajo, pero, ¿desde cuando ha de considerarse tiempo efectivo de trabajo? Siguiendo la lógica de la jurisprudencia española a la hora de interpretar el art. 34.5 ET, el tiempo de desplazamiento a la empresa no es tiempo de trabajo efectivo. Sin embargo, en estos casos de disponibilidad no es extraño encontrar convenios que consideran tiempo de trabajo efectivo desde el momento en que se produce la llamada al trabajador para la incorporación al servicio y hasta una vez que ha finalizado el mismo²⁷⁴.

Otro fenómeno que acompaña a la disponibilidad es el de las guardias, que afecta sobre todo a un ámbito productivo concreto, el de la sanidad. Se trata de una cuestión diferente a la disponibilidad, pues cuando nos referimos a las guardias queremos hacer referencia a aquellas en las que se exige presencia física (cuando se trata de guardias que no requiere de presencia física, de manera que el trabajador puede disponer de su tiempo hasta que surge la necesidad y es localizado o llamado por el empresario, estamos realmente ante la disponibilidad que hemos analizado hasta ahora, de manera que es tiempo de descanso, hasta la localización y a partir de ahí podrá ser tiempo de trabajo). Las guardias de presencia, implican que el trabajador no pueda dejar el centro de trabajo, permaneciendo físicamente en el mismo, o en sus aledaños, para que de manera inmediata, tales trabajadores se incorporen y desarrollen su prestación de trabajo en cuanto sea necesario²⁷⁵. Teniendo en cuanta esta situación, tales «guardias» de presencia deben considerarse completamente como tiempo de trabajo, y así lo admite la jurisprudencia española, influida sin duda por la jurisprudencia comunitaria dictada al interpretarse la anterior Directiva 93/104/CE²⁷⁶.

²⁷³ CC de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016).

²⁷⁴ CC del Grupo ASV Servicios Funerarios, (BOE 26-2-2015).

²⁷⁵ Así, podemos recordar cómo configuraba las guardias de presencia la STS de 21 de junio de 1989, Ar 4828: «Pretende sostenerse que el actor no podía abandonar el centro de urgencia porque la guardia se lo impedía. Pero la presencia física durante las guardias no consiste en no poder abandonarlas para prestar un servicio sino en hallarse siempre presente, o al menos localizable, durante el tiempo de su duración, precisamente para poder prestar los servicios que resulten precisos, sean éstos dentro o fuera del centro (...). Es decir, lo que esos preceptos exigen es que, durante determinados períodos de tiempo, considerados como períodos de guardia, los facultativos se hallen físicamente presentes en el centro, o en una situación de disponibilidad que haga posible su localización y presencia inmediata, pero ello precisamente con la finalidad de atender aquellos casos que requieran los servicios médicos».

²⁷⁶ *Vid.* la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de octubre de 2000, TJCE 2000\34 (Asunto Simap); o la posterior de 9 de septiembre de 2003, TJCE 2003\250 (Asunto Jaeger). En la práctica esta jurisprudencia, al analizar los tres elementos que conforman el concepto de tiempo de trabajo efectivo, estar en el puesto de trabajo, a disposición del empre-

Dichas guardias de presencia consisten en períodos de tiempo durante los que el personal médico debe permanecer en el hospital; se trata, por tanto, de guardias de presencia física, si bien en instalaciones específicas donde puede descansar, en situación de espera hasta que sean llamados para cubrir necesidades de atención médica²⁷⁷. Sobre esta cuestión cabe señalar que la jurisprudencia ha venido considerando que tales guardias de presencia, al tratarse de períodos de tiempo durante los que el personal médico debe permanecer en las instalaciones de la empresa, son realmente tiempo de trabajo y no tiempo de descanso²⁷⁸, dado que el trabajador no tiene la posibilidad de disponer con plena libertad de su tiempo, debiendo permanecer en las instalaciones hospitalarias. A esta conclusión no se opone el hecho de que puedan permanecer en instalaciones destinadas al descanso de los facultativos, pues han de atender cualquier necesidad médica cuando son demandados para ello, pudiendo descansar cuando no son requeridos sus servicios²⁷⁹. En definitiva, tal como afirma el art. 2.1 de la Directiva 2003/88/CE, tiempo de trabajo es «todo período de tiempo durante el cual el trabajador permanezca en el centro de trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones».

Un tercer mecanismo que encontramos es el denominado tiempo de presencia, que se plantea en la actividad del transporte. Este mecanismo, a diferencia de los anteriores cuenta con una regulación reglamentaria y no simplemente convencional, pues se recoge en el art. 8 del RD 1561/1995 en relación a las actividades de transporte por carretera, ferroviario, aéreo y trabajo en el mar; ámbitos caracterizados por un conjunto de peculiaridades que ha requerido de una regulación específica en materia de tiempo de trabajo, no sólo en la regulación nacional, sino también comunitaria²⁸⁰. A tenor de dicho precepto, en el cómputo de la jornada en los diferentes sectores del transporte y en el trabajo en el mar se distinguirá entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia. Por el primero ha de entenderse

sario y en el desarrollo de las funciones, esta última se presume siempre y cuando el trabajador esté en el puesto de trabajo y a disposición del empresario. Un análisis de las mismas puede verse en RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, R.: «La regulación de los tiempos de disponibilidad (...)», *op. cit.*, páginas 56 y ss; también TRILLO PARRAGA, F.: *Op. cit.*, páginas 99 y 100.

²⁷⁷ Tal como señala la STS de 1 de febrero de 2007, RJ 2008\5343, en estos casos se considera tiempo de trabajo el de las guardias de presencia «desde el momento en que, el trabajador se encuentra en los locales del hospital, desempeñando o en disposición de desempeñar su actividad, que, en esencia, se corresponde con su profesión realizada «de planta», pues se trata de proyectar los conocimientos y experiencia médica sobre los casos a los que ha de atender, con mayor incomodidad de horario que el de la actividad cotidiana».

²⁷⁸ Sobre esta cuestión podemos señalar que la jurisprudencia es, en la actualidad, unánime respecto de los supuestos de guardias médicas de presencia, considerándolas a todos los efectos como tiempo efectivo de trabajo: SS.TS de 18 de septiembre de 2007, RJ 2007\8491; 5 de julio de 2007, RJ 2007\5485; 1 de febrero de 2007, RJ 2008\5343; 5 de diciembre de 2006, RJ 2007\89; 27 de noviembre de 2006, RJ 2006\10032; 27 de noviembre de 2006, RJ 2006\9293.

²⁷⁹ En este sentido la STS de 1 de febrero de 2007, RJ 2008\5343, con argumentos de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE de 9 de septiembre de 2003, TJCE 2003\250 (Asunto Jaeger).

²⁸⁰ Sobre la misma *vid.* RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, R.: *Op. cit.*, página 61.

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. Por tiempo de presencia se entiende 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; especificándose que los convenios colectivos determinarán en cada caso los supuestos concretos conceptuales como tiempo de presencia. Una primera cuestión que ha de señalarse es si este precepto es conforme o no a lo dispuesto por la Directiva 2002/15, de 11 de marzo, reguladora del tiempo de trabajo en el sector del transporte, cuyo art. 3 que estima que el tiempo de trabajo efectivo incluye, además de la conducción, los períodos de carga y descarga, la asistencia a los pasajeros en la subida y bajada del vehículo, la limpieza y el mantenimiento técnico, y todas las demás tareas cuyo objeto es garantizar la seguridad del vehículo, de la carga y pasajeros, o cumplir con las obligaciones legales o reglamentarias vinculadas al transporte (control de la carga, trámites administrativos de policía y aduanas, inmigración); además, también es tiempo de trabajo efectivo «los períodos durante los cuales el trabajador móvil no puede disponer libremente de su tiempo y tiene que permanecer en su lugar de trabajo, dispuesto a realizar su trabajo normal, realizando determinadas tareas relacionadas con el servicio, en particular, los períodos de espera de carga y descarga, cuando no se conoce de antemano su duración previsible, es decir, o bien antes de la partida o antes del inicio efectivo del período de que se trate, o bien en las condiciones generales negociadas entre los interlocutores sociales o definidas por la legislación de los Estados miembros». Por el contrario, se entiende por tiempo de «disponibilidad» (lo que parece equivaler en la Directiva al tiempo de presencia del art. 8 del RD 1561/1995, los períodos distintos de los períodos de pausa o de descanso durante los que el trabajador móvil no está obligado a permanecer en su lugar de trabajo, pero tiene que estar disponible para responder a posibles instrucciones que le ordenen emprender o reanudar la conducción o realizar otros trabajos. En particular, se considera tiempo de disponibilidad los períodos durante los que el trabajador móvil acompaña un vehículo transportado en transbordador o en tren y los períodos de espera en las fronteras o los causados por las prohibiciones de circular; o bien para los trabajadores móviles que conducen en equipo, el tiempo transcurrido durante la circulación del vehículo sentado junto al conductor o acostado en una litera. A tenor de lo señalado, hay situaciones que el art. 8 del RD 1561/1995 considera tiempo de presencia que la Directiva estima que es tiempo de trabajo efectivo, lo que puede generar interesantes problemas interpretativos²⁸¹.

²⁸¹ Sobre esta cuestión *vid.* RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «La regulación de los tiempos de disponibilidad (...)», *op. cit.*, página 66.

Es perfectamente posible encontrar convenios colectivos que repiten este esquema al regular la actividad de transporte²⁸². En algún convenio se señala la existencia junto con el tiempo de trabajo efectivo y el tiempo de presencia, un denominado «tiempo a la inmediata disposición», aquel en que el trabajador se encuentra en el lugar designado por el empresario y se ha producido la activación del mismo, conociendo que ha de realizar trabajo efectivo, y se prepara para dar comienzo de manera inmediata al período de trabajo efectivo²⁸³. En estos casos, la cuestión de calificar de esta manera este período de este modo parece obedecer a que el convenio evita calificar este período de tiempo como tiempo de trabajo, lo cual es dudoso, pues se trata de una actividad que parece requerir una cierta preparación por parte del trabajador para el desarrollo de su actividad, lo que debería conducir a que en realidad es tiempo de trabajo efectivo.

A tenor de lo previsto por el art. 8 RD 1561/1995, al tiempo de trabajo efectivo resulta de aplicación la regulación del art. 34 del ET sobre duración máxima de la jornada y los dispuesto por el art. 35 ET sobre horas extraordinarias. A dicha jornada ordinaria se suma el tiempo de presencia, que no podrá exceder en ningún caso de veinte horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes; distribuyéndose el tiempo de presencia según se pacte colectivamente y sin que la existencia del mismo pueda afectar a los límites relativos al descanso entre jornadas y al descanso semanal propio de cada actividad. Es decir, que en estas actividades tenemos realmente tres componentes contractuales desde el punto de vista del tiempo: junto a los componentes ya conocidos de tiempo de trabajo efectivo y tiempo de descanso, se añade el tiempo de presencia, que no es realmente tiempo de trabajo efectivo, de hecho, el art. 8.3 del RD 1561/1995, señala que éste no se computa ni a los efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, ni para el límite máximo de las horas extraordinarias. Ahora bien, es un tiempo intermedio entre el de trabajo efectivo y el descanso, pues sin desarrollarse prestación de trabajo efectivo, se está a disposición del empresario; de ahí que el mencionado art. 8.3 señala que salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, se abonarán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias. A partir de aquí, como es lógico los convenios colectivos pueden establecer regulaciones en las que se mejore las normas reglamentarias²⁸⁴. En definitiva,

²⁸² Así es posible remitirnos a los CC de empresas del sector de harinas panificables y sémolas (BOE 15-7-2015), cuando regula el tiempo de trabajo de los trabajadores que realizan la actividad de transporte, Inaer Helicópteros, SAU (BOE 19-8-2015); CC estatal del sector de industrias cárnicas (BOE 11-2-2016), cuando regula la actividad de trabajadores dedicados al transporte.

²⁸³ Inaer Helicópteros, SAU (BOE 19-8-2015).

²⁸⁴ CC de empresas del sector de harinas panificables y sémolas (BOE 15-7-2015), que establece que las horas de presencia se abonará como horas ordinarias, si bien las que excedan de once, se abonarán como horas extraordinarias. En cuanto a la compensación por descanso, se establece que las horas que superen las once, se compensarán con una hora y treinta minutos de

nos estamos planteando un verdadero *tertium genus* junto con el tiempo de trabajo efectivo y el tiempo de descanso²⁸⁵.

No sólo existe una regulación sobre tiempo de presencia en el ámbito del transporte, pues hay relaciones laborales especiales en las que también se plantea esta institución. Así ocurre con el RD Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, cuyo art. 9.1 señala que la jornada máxima será de 40 horas semanales, «sin perjuicio de los tiempos de presencia, a disposición del empleador, que pudieran acordarse entre las partes»; y el apartado segundo de este mismo precepto establece que «el tiempo de presencia tendrá la duración y será objeto de retribución o compensación en los mismos términos que acuerden las partes. En todo caso, salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, las horas de presencia no podrán exceder de veinte horas semanales de promedio en un periodo de referencia de un mes y se retribuirán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias».

De otro lado, también ha de señalarse lo dispuesto por el RD 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales en relación a los períodos de concentración previos a las competiciones, que no se consideran como tiempo de trabajo efectivo; lo que supone una clara invasión de las esferas personales de los trabajadores.

Una cuestión que es importante aclarar es si es posible pactar en convenio colectivo una distribución del tiempo de trabajo, en base a estos tres elementos (tiempo de trabajo efectivo, tiempo de descanso y tiempo de presencia), fuera de los supuestos expresamente regulados por parte de la normativa reglamentaria señalada. Es decir, lo que estamos planteando es si es factible trasladar este esquema a ámbitos productivos que no están expresamente recogidos por parte de la regulación sobre jornadas especiales o relaciones laborales especiales. Desde mi punto de vista, la regulación contenida en el reglamento de jornadas especiales obedece a la expresa delegación que establece el art. 34.7 ET, mientras que las relaciones laborales especiales obedecen a lo expresamente dispuesto por el art. 2 ET; de esta manera, las especialidades que son propias de esta regulación, y que son contrarias al ordenamiento laboral común, deben quedar recludas a esta regulación reglamentaria expresamente autorizada por la normativa legal. Consecuentemente, este esquema de jornada de trabajo basado en estos tres elementos no puede

descanso, pudiendo acumularse por días completos de trabajo, que podrá disfrutar el trabajador a su conveniencia preavisando con 15 días de antelación, salvo que la empresa alegue causa justificada para no otorgar ese descanso.

²⁸⁵ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, R.: «La regulación de los tiempos de disponibilidad (...)», *op. cit.*, página 62.

extenderse a través de la negociación colectiva a otros ámbitos diferentes de los expresamente previstos²⁸⁶.

9. FLEXIBILIDAD DEL TIEMPO DE TRABAJO A TRAVÉS DE LA REGULACIÓN DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS

Ya con anterioridad hemos señalado que la evolución normativa de las horas extraordinarias también ha caminado en la dirección de facilitar una mayor flexibilidad a favor del empresario, conjugando para ello reglas como la posibilidad de pactar excepciones al principio básico de voluntariedad en la realización de horas extraordinarias, la supresión de la regla mínima del abono del 75% sobre el valor de la hora ordinaria, la posibilidad de compensar las horas extraordinarias con descanso y el hecho de que no se computen estas horas extraordinarias así compensadas, dentro del máximo de las ochenta horas anuales. Pero cómo se regula esta cuestión por parte de la negociación colectiva. En líneas generales, podemos señalar que los convenios colectivos reflejan estas posibilidades establecidas en la regulación legal, si bien, con la pretensión de establecer una cierta política de empleo, pretenden reducir la realización de horas extraordinarias, al regular que sólo será posible cuando existen circunstancias excepcionales, de modo que se limita la utilización de las horas extraordinarias como un recurso estructural de las empresas.

Como punto de partida hemos de señalar algo a lo que ya nos hemos referido con anterioridad: dado que las horas extraordinarias pueden compensarse con descanso y estas horas extraordinarias así compensadas no computan para el tope máximo, en la práctica las horas extraordinarias pueden utilizarse como un mecanismo de redistribución de la jornada (especialmente cuando, además, se pacta su obligatoriedad)²⁸⁷. Pues bien, esta finalidad es coincidente con otro de los mecanismos que ya hemos analizado, la distribución irregular de la jornada que se regula en el art. 34.2 ET; de hecho la distribución irregular de la jornada es una alternativa a los costes que supone la realización de las horas extraordinarias²⁸⁸. Tal y como ya hemos visto *supra*, la negociación colectiva, en líneas generales, no deslinda la utilización de uno y otro instrumento; muy al contrario, lo habitual es encontrar como los convenios colectivos regulan ambas cuestiones sin ningún tipo de deslinde, de manera que junto con los porcentajes de distribución irregular de jornada, encontramos también la posibilidad de añadir las horas extraordinarias compensadas con descanso, incrementando de esta manera la capacidad empresarial para dicha distribución irregular o redistribución de la jornada; incluso

²⁸⁶ En este mismo sentido RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, R.: «La regulación de los tiempos de disponibilidad (...)», *op. cit.*, página 62.

²⁸⁷ En este sentido MONREAL BRINGSVAERD, E.: La jornada de trabajo (...), *op. cit.*, página 193.

²⁸⁸ DE LA FUENTE LAVIN, M.: El régimen jurídico de las horas extraordinarias, Comares, Granada 2002, página 44.

algún convenio regula ambas cuestiones en el mismo precepto²⁸⁹. De hecho algún sector doctrinal ha señalado que en realidad la regulación de la distribución irregular de la jornada obedece al cuestionamiento de la regulación sobre horas extraordinarias, por el uso inadecuado de las mismas, en contra de lo regulado legalmente y sin respetar el tope máximo a la realización de las horas extraordinarias²⁹⁰. Sin embargo, este planteamiento es, a mi juicio, poco entendible: si el legislador hubiese importado a nuestro ordenamiento la distribución irregular como alternativa a las horas extraordinarias y a su funcionamiento inadecuado (crítica esta última con la que estoy totalmente de acuerdo), hubiese suprimido, limitado o reducido de manera significativa la posibilidad de realizar horas extraordinarias, sin embargo, ha mantenido en todo su régimen jurídico y, de hecho, la negociación colectiva utiliza ambas cuestiones de manera conjunta, incrementando así el conjunto de horas (las procedentes de la distribución irregular, más las horas extraordinarias) a disposición del empresario.

Una de las primeras cuestiones a las que se enfrenta la negociación colectiva es su propia delimitación, es decir, qué ha de entenderse por ellas. Esta primera cuestión obedece al hecho de la dificultad que supone determinar cuándo estamos frente a una hora extraordinaria, si junto a esta institución el empresario hace uso de la anualización de la jornada y la distribución irregular de la misma. En algunos casos se simplifica la cuestión al señalar simplemente que serán extraordinarias aquellas horas que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo²⁹¹ (lo cual no genera especiales problemas cuando el mismo convenio no regula una distribución irregular de la jornada, pero dificulta la cuestión en caso contrario²⁹²); en otros casos se precisa la consideración de hora extraordinaria respecto de aquellas que superen la jornada anual pactada²⁹³ (lo que en la práctica supone que hasta el final del año no sea posible determinar con exactitud esta cuestión). Podemos, no obstante, encontrar convenios que intentan precisar de una manera más adecuada la cuestión, aprovechando de la existencia de calendarios mensuales, de modo que será considerada extra, las horas que superen el máximo mensual²⁹⁴. Son escasos los convenios que consideran la hora

²⁸⁹ CC de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente (BOE 2-8-2016).

²⁹⁰ MONREAL BRINGSVAERD, E.: «La duración de la jornada (...)», *op. cit.*, páginas 95 y 96.

²⁹¹ CC de Servicios Integrales de Fincas Urbanas de Madrid, SL (BOE 5-1-2016); Uniprex, SAU (BOE 21-7-2016); empresas vinculadas a Telefónica España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016); Prosegur BPO España, SL (BOE 16-2-2016); Soluciones de Externalización Hotelera, SL (BOE 16-5-2016).

²⁹² Sobre la cuestión *vid.* DE LA FUENTE LAVIN, M.: *Op. cit.*, páginas 45 y ss.

²⁹³ *Vid.* CC de Marc Clear, SL (BOE 6-6-2016); CC interprovincial de para el comercio de flores y plantas (BOE 14-7-2016); Vestas Eólica, SAU (BOE 12-8-2016); ESC Servicios Generales, SL (BOE 2-2-2016); Tankant Seguridad, SLU (BOE 29-4-2016); Ticketbits, SL (BOE 23-5-2016); TM Resources, SL (BOE 23-5-2016).

²⁹⁴ CC de NTV Logística, SA (BOE 2-2-2016); Ilunión Seguridad, SA (BOE 5-4-2016); Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016); Schweppes, SA (BOE 25-5-2016).

extraordinaria como aquella que supera la jornada pactada diaria de trabajo²⁹⁵. En algún caso se considera hora extraordinaria ciertos períodos de espera²⁹⁶.

Otra cuestión habitual en la regulación de las horas extraordinarias es que la negociación colectiva intente limitar su realización: ya sea a través de meros llamamientos a limitar la realización de horas extraordinarias exclusivamente cuando sean imprescindibles²⁹⁷, o se señala la conveniencia de disminuir al máximo estas horas²⁹⁸; o bien llamamientos a limitar estas horas pues generan distorsiones sobre el empleo²⁹⁹; o simplemente se señala la consideración de las horas extraordinarias como algo excepcional³⁰⁰. No obstante estos llamamientos suelen ser una declaración de escaso contenido, pues o bien se trata de meras declaraciones de evitar la realización de estas horas³⁰¹, o bien junto a esta declaración se pacta la obligatoriedad de realizar ciertas horas extraordinarias, o que con carácter excepcional estas puedan realizarse³⁰². En otros casos se establece expresamente la supresión de las horas extraordinarias habituales, pero ni se determina que ha de entenderse por ello (parecería que con esta terminología se refiere a las horas estructurales) y, a continuación, se establece, tal como hemos advertido, la obligatoriedad de realizar ciertas horas que realmente son estructurales³⁰³. Por lo tanto, una primera conclusión que podríamos extraer es el hecho de que hay un aparente intento de limitar la realización de horas extraordinarias, si bien, es más una verdadera apariencia que una auténtica realidad. No obstante lo anterior, también es posible encontrar supuestos en los que el convenio procede a una efectiva limitación de las horas extraordinarias, distinguiendo entre horas de salvamento y horas por ausencias imprevistas, cambios de turno u otras circunstancias imprevistas, que se mantienen, mientras que

²⁹⁵ CC estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores de obras audiovisuales y los figurantes que prestan servicios en las mismas (BOE 18-5-2016).

²⁹⁶ Así ocurre con el CC de Uniprex, SAU (BOE 21-7-2016), que plantea como horas extraordinarias aquellas en las que el trabajador ha de esperar por imperativo de los controles de grabación, para el envío de la información; o el CC de Servicios Integrales de Fincas Urbanas de Madrid, SL (BOE 5-1-2016), que señala como horas extraordinarias las necesarias en períodos punta, las originadas por ausencias imprevistas, por actuaciones urgentes, cambios de turno o pérdidas imprevistas.

²⁹⁷ CC de Faiges, SL (BOE 12-7-2016); Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016).

²⁹⁸ CC de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente (BOE 2-8-2016); Repsol Química, SA (BOE 11-8-2016); empresas vinculadas a Telefónica España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016); CC del sector de empresas de publicidad (BOE 10-2-2016); Iberdrola Inmobiliaria, SAU (BOE 23-2-2016); Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016); Mantenimiento y Montajes Industriales, SA (BOE 29-4-2016).

²⁹⁹ CC Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU (BOE 6-6-2016); Acuerdo Marco del Grupo Repsol (BOE 12-8-2016).

³⁰⁰ CC de NTV Logística, SA (BOE 2-2-2016).

³⁰¹ CC de Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU (BOE 28-6-2016).

³⁰² CC Grupo de Empresas Rodilla (BOE 21-1-2016).

³⁰³ Así el CC de Lidl Supermercados, SAU (BOE 8-6-2016); CC de las industrias del frío industrial (BOE 18-5-2016).

el resto de horas extraordinarias se prohíben; o que distinguen qué tipos de horas extraordinarias pueden realizarse³⁰⁴. Incluso hay convenios que con esta orientación plantean la creación de una comisión que tiene como finalidad estudiar el procedimiento a seguir para conseguir la reducción de las horas extraordinarias, o el estudio de esta cuestión por parte de las empresas y los representantes de los trabajadores³⁰⁵.

También es frecuente encontrarnos la distinción entre horas extraordinarias debidas a fuerza mayor y horas extraordinarias «normales». En algún caso esta distinción se vincula con limitación de realizar horas extraordinarias; o en otros casos la distinción se centra en la obligatoriedad de las primeras y la voluntariedad de las segundas³⁰⁶.

En el sentido de lo que acabamos de afirmar, con carácter general suele pactarse la voluntariedad de las horas extraordinarias, tal como establece la regulación legal contenida en el art. 35 ET, lo cual se refleja en la negociación colectiva³⁰⁷, siendo extraños los convenios que establecen la obligatoriedad de las horas solicitadas por el empresario³⁰⁸. No obstante, es absolutamente general en la negociación colectiva establecer excepciones a esta voluntariedad, pudiendo afirmarse que la negociación colectiva ha ido inclinándose cada vez más por aceptar la obligatoriedad de la realización de las horas extraordinarias³⁰⁹. Esta obligatoriedad se evidencia desde supuestos en los que el convenio establece la obligatoriedad con carácter general³¹⁰; o bien la obligación de realizar el tiempo necesario para finalizar el trabajo originariamente asignado³¹¹ (lo que supone una generalización de las horas extraordinarias); o se limita las

³⁰⁴ Vid. CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10-8-2016); CC estatal de perfumerías y afines (BOE 19-1-2016); CC nacional para las industrias de pastas alimenticias (BOE 22-4-2016); Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016).

³⁰⁵ CC de Repsol Petróleo, SA (BOE 12-8-2016); CC estatal de perfumería y afines (BOE 19-1-2016); Grupo Enagas (BOE 16-5-2016).

³⁰⁶ En este sentido el CC de CC de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente (BOE 2-8-2016), que califica como horas extras por fuerza mayor a «aquellas que vengan exigidas por la necesidad de prevenir o reparar siniestros y otros análogos cuya no realización produzca evidentes y graves perjuicios a la propia empresa o a terceros; así mismo, en caso de riesgos de pérdida de materias primas»; por el contrario las horas extras normales «Constituyen el resto de las horas».

³⁰⁷ Así el CC Marco de UGT (BOE 1-1-2016); CC estatal de jardinería (BOE 2-2-2016); CC marco para establecimientos financieros de crédito (BOE 1-3-2016); Ilusión Seguridad, SA (BOE 5-4-2016); CC estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores de obras audiovisuales y los figurantes que prestan servicios en las mismas (BOE 18-5-2016); Radio Popular SA-COPE (BOE 20-5-2016).

³⁰⁸ Sería el caso del CC de Site Logistic, SL (BOE 18-5-2016); Ticketbis, SL (BOE 23-5-2016); TM Resources, SL (BOE 23-5-2016).

³⁰⁹ Es perfectamente constatable como la doctrina laboral a comienzos del siglo XXI estimaba que la negociación colectiva, mayoritariamente se inclinaba por la voluntariedad; así DE LA FUENTE LAVIN, M.: *Op. cit.*, página 106.

³¹⁰ CC de Repsol Butano, SA (BOE 19-8-2016); ECA Entidad colaboradora de la Administración, SLU e Instituto de Calidad, SAU (BOE 16-2-2016).

³¹¹ CC de Marc Clear, SL (BOE 6-6-2016).

horas extraordinarias a sólo los supuestos de horas de salvamento, las provocadas por puntas de trabajo provocadas por entregas, presentación de proyectos, ausencias imprevistas de trabajadores u otras circunstancias estructurales³¹² (todo lo cual supone también implica una gran amplitud para la realización de horas extraordinarias, pues se incluyen situaciones absolutamente estructurales); pero en otros casos los límites son más estrictos, al diferenciar entre horas extras por fuerza mayor y horas extras normales o estructurales, considerando las primeras obligatorias y las segundas voluntarias³¹³. En algún convenio se excluye de la voluntariedad tan sólo a las horas de salvamento o fuerza mayor³¹⁴, o bien se considera con carácter general la voluntariedad, excepto en los casos legalmente señalados (expresión con la que parece hacerse referencia a las horas de salvamento)³¹⁵, o aquellas en las que se producen graves perjuicios para las personas, instalaciones o fuerza mayor (lo que también parece hacer referencia a las horas de salvamento)³¹⁶; o se considera obligatorio cubrir las ausencias en los cambios de turno³¹⁷.

En cuanto a su retribución hay dos modalidades: el abono en metálico o la compensación por tiempo de descanso. Ha de recordarse que el art. 35 ET señala que ante la falta de acuerdo en esta materia se procederá a la compensación con descanso, regla que en algún caso se reitera por el convenio colectivo de sector, dejando así que sea el ámbito de empresa quien decida esta cuestión³¹⁸. Teniendo en cuenta la finalidad de flexibilizar el tiempo de trabajo con el que ha sido diseñada la posibilidad de retribuir las horas con descanso (a lo que se suma el hecho de que tales horas no se tienen en cuenta para alcanzar las 80 horas máximas), resalta el hecho de que la negociación colectiva continúe regulando, en un número tremendamente llamativo de convenios colectivos, la retribución en metálico, pues parecería más lógico la otra opción³¹⁹. En cuanto a la retribución en metálico, podemos encontrar

³¹² CC Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU (BOE 6-6-2016); CC sector de actividades forestales (BOE 22-6-2016); NTV Logística, SA (BOE 2-2-2016); CC sector de empresas de publicidad (BOE 10-2-2016).

³¹³ Así el CC de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente (BOE 2-8-2016); CC estatal del sector de industrias cárnicas (BOE 11-2-2016).

³¹⁴ CC sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE 2-3-2016); Schweppes, SA (BOE 25-5-2016).

³¹⁵ CC de la Fundación Secretariado Gitano, (BOE 2-8-2016). También recoge la obligatoriedad de las horas de salvamento el CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10-8-2016).

³¹⁶ Repsol Química, SA (BOE 11-8-2016); CC estatal de perfumerías y afines (BOE 19-1-2016).

³¹⁷ CC de ESC Servicios Generales, SL (BOE 2-2-2016); Prosegur BPO España, SL (BOE 16-2-2016); Servigesplan, SL (BOE 5-5-2016); Soluciones de Externalización Hotelera, SL (BOE 16-5-2016).

³¹⁸ CC del sector de fabricantes de yesos, cales y sus prefabricados (BOE 2-3-2016).

³¹⁹ No obstante hay convenios que sí reflejan este planteamiento, y señalan expresamente que la retribución de las horas extraordinarias puede hacerse en metálico, salvo que se superen las 80 anuales, siendo obligatorio a partir de ahí la compensación en descanso; lo que evidencia que si se ha constatado que este tipo de horas facilitan esta mayor capacidad empresarial para distribuir el tiempo de trabajo. Así el CC de Site Logistic, SL (BOE 18-5-2016).

desde convenios que plantean una retribución equivalente a la hora ordinaria de trabajo (lo cual facilita una importante dosis de flexibilidad, sólo limitada por el número máximo de horas que pueden realizarse al año)³²⁰, o convenios en los que la retribución es escasamente superior al valor de la hora ordinaria³²¹, hasta convenios que incrementan, incluso sustancialmente, la cuantía a retribuir sobre el valor de la hora ordinaria, lo que supone un coste importante para la empresa y un posible y sustancial incremento de la retribución del trabajador³²², pudiendo incluso encontrar convenios en los que, bien con carácter general, o en relación a determinadas horas, se iguala e incluso se supera el porcentaje del 75% que había sido tradicional en la regulación nacional hasta su supresión como norma mínima³²³. En otros casos no se establece un porcentaje determinado, sino una cuantía específica de euros³²⁴. En todo caso, es posible pactar diferentes cantidades en función del momento en que se realicen las horas extraordinarias (en horario normal, en horario nocturno, en festivos o fines de semana, etc.)³²⁵.

En cuanto a los supuestos de compensación con descansos (que recordemos, ha de ser retribuido³²⁶, pudiendo localizar convenios que establecen

³²⁰ En este sentido el CC de Servicios Integrales de Fincas Urbanas de Madrid, SL (BOE 5-1-2016), que se limita a señalar que las horas extras se retribuirán con un importe igual o superior al valor de la hora ordinaria.

³²¹ CC de Gold Advance Investments, SL (BOE 29-4-2016).

³²² Así el CC de Lidl Supermercados, SAU (BOE 6-6-2016) que establece una retribución equivalente al 50% sobre el valor de la hora ordinaria; el CC de Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU (BOE 28-6-2016), puede ir desde un incremento del 75% al 125% dependiendo de las circunstancias; el CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10-8-2016) establece un 25% sobre el valor de la hora ordinaria; el CC de Grupo Rodilla (BOE 21-1-2016) fija el incremento retributivo en el 75% del valor de la hora ordinaria. El CC de Mediapost Spain, SL (BOE 16-2-2016) establece un incremento del 50, salvo que sea horas en días festivos, que se incrementa al 75%.

³²³ Así el CC de F. Faiges, SL (BOE de 12-7-2016), que retribuye las horas extraordinarias con un incremento del 80% sobre el valor de la hora ordinaria de trabajo; también el CC interprovincial para el comercio de flores y plantas (BOE 14-7-2016), que establece con carácter general el abono del 75% sobre el valor de la hora ordinaria, salvo en domingos y festivos, que habrá de abonarse el 150% sobre la hora ordinaria. El CC de Vestas Eólica, SAU (BOE 12-8-2016) establece un 40% de incremento, salvo en las que se realizan en festivo y domingos, que alcanza el 100%. El CC de empresas vinculadas a Telefónica España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016) establece una remuneración equivalente al 75% sobre la hora ordinaria, y un 100% si es en domingo, festivo u horario nocturno (dado que el art. 36 ET prohíbe las horas extraordinarias nocturnas, parece que esta regla ha de referirse tan sólo a las horas de salvamento). El CC del Grupo Zena establece un incremento del 75% sobre la hora ordinaria. El CC estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE 15-3-2016) establece el incremento del 75%, que asciende al 150% en festivos. Idéntico porcentaje establece el CC de Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016). En idéntico sentido el CC interprovincial para el comercio de flores y plantas.

³²⁴ CC de Uniprex, SAU (21-7-2016); ESC Servicios Generales, SL (BOE 2-2-2016).

³²⁵ CC interprovincial para el comercio de flores y plantas (BOE 14-7-2016); CC Uniprex, SAU (21-7-2016); Vestas Eólica, SAU (BOE 12-8-2016).

³²⁶ De hecho es posible encontrar convenios que regulan esta cuestión, como el CC de Repsol Química, SA (BOE 11-8-2016).

reglas cuantitativamente muy favorables a los trabajadores, estableciendo incrementos a la retribución, lo que en la práctica supone retribuir y compensar las horas extraordinarias al mismo tiempo³²⁷, hay que reiterar la enorme potencia flexibilizadora que ello supone, pues en la práctica este sistema se convierte en un mecanismo de redistribución de la jornada³²⁸ (sobre todo si a ello se suma que las horas compensadas de esta manera no se tienen en cuenta para el límite máximo de las 80 horas). En cuanto a su regulación, podemos encontrar convenios colectivos que con carácter general prevén compensar las horas extraordinarias con descansos³²⁹; ya sea simplemente con una cuantía idéntica de horas de descanso³³⁰, si bien es más habitual que los convenios que amplían el tiempo de descanso con carácter general³³¹, o bien sólo en ciertos casos³³².

En estos casos de recuperación con descanso una cuestión relevante es el plazo dentro del cual ha de producirse la compensación³³³; dado que no estamos en una distribución irregular del tiempo de trabajo, ha de imperar el

³²⁷ Así el CC de Repsol Butano, SA (BOE 19-8-2016), que establece la compensación en período de descanso, por tiempo equivalente, y retribuido, especificando que esta retribución oscila entre el 75% y el 150% del valor de la hora extra. De igual manera el CC del sector de fabricantes de yesos, cales y sus prefabricados (BOE 2-3-2016, que prevé la compensación y la retribución de la hora de descanso con un incremento o complemento equivalente al 50% del valor de una hora ordinaria. También el CC de Radio Popular, SA-COPE (BOE 20-5-2016) que retribuye con descanso retribuido incrementado en un 25% sobre el valor de la hora ordinaria.

³²⁸ DE LA FUENTE LAVIN, M.: *Op. cit.*, página 159.

³²⁹ CC Fundación Secretariado Gitano (BOE 2-8-2016); Repsol Química, SA (BOE 11-8-2016); Mantenimiento y Montajes Industriales, SA (BOE 29-4-2016).

³³⁰ CC sector de actividades forestales (BOE 22-6-2016); ECA Entidad colaboradora de la Administración, SLU e Instituto de Calidad, SAU (BOE 16-2-2016).

³³¹ CC Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU (BOE 6-6-2016); Lidl Supermercados, SAU (BOE 8-6-2016), que limita esta posibilidad a las horas realizadas para garantizar el suministro en las plataformas de distribución y almacenes de horas extraordinarias; Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU (BOE 28-6-2016), en caso de realización de horas en fin de semana o festivos; CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10-8-2016); el CC Marco de UGT (BOE 1-1-2016) señala que se compensará con un descanso equivalente al 175% del tiempo de trabajo de exceso; Grupo Muerde la Pasta (BOE 19-1-2016); CC del personal asalariado al servicio de la Comisión Ejecutiva Confederal de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (BOE 19-1-2016), que establece un incremento del descanso del 175% por cada hora extraordinaria y si se realiza en festivo o no laborable, se compensa con dos días de descanso; CC estatal de perfumerías y afines (BOE 19-1-2016) que retribuye cada hora de exceso con 1,25 horas de descanso. El CC de empresas vinculadas a Telefónica España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016) fija la compensación en una hora y cuarenta y cinco minutos si es diurna, y en dos horas si es en festivo o en horario nocturno. El CC de Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016) compensa cada hora extra con dos horas de descanso. El CC de Dürr System Spain, SA (BOE 20-4-2016) establece una compensación de 1 hora y 20 minutos por cada hora extra, ascendiendo a 1 hora y 40 minutos si es en festivos. El CC de Schweppes, SA (BOE 25-5-2016) establece una compensación del 200%.

³³² CC de Uniprex, SAU (BOE 21-7-2016); Fundación Secretariado Gitano (BOE 2-8-2016).

³³³ Sobre esta cuestión *vid.* TRILLO PARRAGA, F.: *Op. cit.*, páginas 116 y 117.

principio de anualidad, por lo que, al margen del plazo que pueda fijarse en convenio colectivo para ello, la compensación a horas realizadas dentro de un año deben recuperarse dentro del año natural en que se realizan, tal como expresamente recogen algunos convenios colectivos³³⁴. En todo caso es normal establecer plazos para la compensación en períodos de descanso³³⁵. Ante la falta de acuerdo sobre esta cuestión, el art. 35.1 ET señala que se deben compensar en el plazo de cuatro meses, lo cual ha dado pie a algún autor para sostener que ello permite la compensación en el año siguiente, rompiendo así el principio de anualidad³³⁶.

En algún caso es posible detectar la posibilidad de acumular los descansos compensatorios en días o jornadas completas o incluso añadirse a las vacaciones³³⁷, pudiendo requerirse en estos casos el acuerdo entre la empresa y el trabajador³³⁸. También es posible encontrar casos en los que se exige un mínimo de horas para poder optar a la compensación³³⁹.

También hay modalidades intermedias a la hora de la retribución, que establecen la retribución en metálico, pero con la posibilidad de acuerdo de compensación con tiempo de descanso³⁴⁰, o bien condiciona la compensación a que se alcance un acuerdo entre empresario y trabajador³⁴¹. Hay convenios que establecen sistemas de compensación con descansos, pero si esta no se produce en un determinado plazo, o no resulta posible la compensación en descanso, se establece la obligación de abonar las horas en metálico³⁴²; o bien convenios que establecen la compensación como sistema general, salvo casos de fuerza mayor o imposibilidad, que se abonarán en metálico³⁴³ o en los que se señala simplemente el carácter preferente de la compensación con descanso³⁴⁴. Es posible encontrar convenios que regulan sistemas totalmente

³³⁴ CC Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU (BOE 6-6-2016); Uniprex, SAU (21-7-2016); Iberdrola Inmobiliaria, SAU (BOE 23-2-2016); CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE 19-5-2016).

³³⁵ CC Marco de UGT (BOE 1-1-2016); Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016); Mantenimiento y Montajes Industriales, SA (BOE 29-4-2016); Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016).

³³⁶ RODRÍGUEZ PASTOR, G.E.: *Op. cit.*, página 97.

³³⁷ CC Fundación Secretariado Gitano (BOE 2-8-2016); CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10-8-2016); CC estatal de perfumerías y afines (BOE 19-1-2016); Iberdrola Inmobiliaria, SAU (BOE 23-2-2016); Radio Popular, SA-COPE (BOE 20-5-2016).

³³⁸ CC Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU (BOE 6-6-2016).

³³⁹ Así el CC Fundación Secretariado Gitano (BOE 2-8-2016), que señala que el período mínimo a compensar es de una hora.

³⁴⁰ CC de Marc Clear, SL (BOE 6-6-2016); ESC Servicios Generales, SL (BOE 2-2-2016).

³⁴¹ CC marco para establecimientos financieros de crédito (BOE 1-3-2016).

³⁴² CC Grupo Muerde la Pasta (BOE 19-1-2016); CC estatal de perfumerías y afines (BOE 19-1-2016); ECA Entidad colaboradora de la Administración, SLU e Instituto de Calidad, SAU (BOE 16-2-2016); Mediapost Spain, SL (BOE 16-2-2016).

³⁴³ CC de Dürr System Spain, SA (BOE 20-4-2016).

³⁴⁴ CC de Tankant Seguridad, SLU (BOE 29-4-2016).

mixtos, en los que tanto es posible la retribución en metálico, como la retribución en descanso³⁴⁵. En estos convenios resulta esencial señalar qué sujeto es el que tiene la capacidad para optar por un sistema de retribución u otro, que es normalmente el trabajador³⁴⁶, pero también hay convenios que otorgan esta facultad al empresario³⁴⁷. En algún caso incluso se evidencia que se pretende fomentar la compensación con descanso, por la vía de incrementar el descanso, superando así el tiempo de realización de las horas extraordinarias, y superando el incremento del salario que supondría optar por esta otra alternativa³⁴⁸.

Se puede localizar la existencia de convenios colectivos que establecen sistemas aún más complejos, fijando alternativamente tanto la posibilidad de compensación con descanso como con retribución de un complemento económico; pero además, se establecen sistemas de compensación y retribución, es decir actuando conjuntamente, de manera que se retribuye por debajo del valor de la hora ordinaria y por debajo de la hora completa de descanso por cada hora extraordinaria, pero con ambos conceptos al mismo tiempo³⁴⁹.

Debe tenerse en cuenta que la realización de horas extraordinarias supone un incremento a la jornada realizada, pero este incremento no debe afectar a los descansos entre jornada y jornada, de manera que deba respetarse estrictamente esta cuestión, lo cual ha sido puesto de manifiesto por algún convenio, que señala la necesidad de que se altere el inicio de la jornada laboral siguiente para dar cumplimiento a esta exigencia³⁵⁰.

³⁴⁵ CC de Grupo Rodilla (BOE 21-1-2016); NTV Logística, SA (BOE 2-2-2016); sector de empresas de publicidad (BOE 10-2-2016); Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016).

³⁴⁶ Así, el CC de Uniprex, SAU (BOE 21-7-2016) señala que cabe tanto la compensación económica como en tiempo de descanso, correspondiendo durante los tres primeros meses a la empresa la opción y, a partir de ahí, al trabajador (salvo coincidencia de varias solicitudes de trabajadores, que deben ser resueltas por la empresa en base al orden de prelación que ella establezca). El CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10-8-2016) otorga la opción al trabajador, si bien en caso de optarse por el período de descanso, es necesario el acuerdo con el empresario para concretar el día de disfrute. El CC de Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016) establece que será competencia del trabajador optar por un sistema u otro; de igual manera el CC nacional para la industria de pastas alimenticias (BOE 22-4-2016); o el CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE 19-5-2016).

³⁴⁷ CC de Gold Advance Investments, SL (BOE 29-4-2016).

³⁴⁸ Así el CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10-8-2016), que establece un incremento del salario del 25% respecto del valor de la hora ordinaria, pero un incremento de un 50% del descanso respecto del período de la hora/s extraordinaria/s realizadas.

³⁴⁹ Así el CC del Grupo Enagas (BOE 16-5-2016)

³⁵⁰ CC de Repsol Química, SA (BOE 11-8-2016).

10. LA FLEXIBILIDAD DEL TIEMPO DE DESCANSO: EL CASO DE LAS VACACIONES

En materia de vacaciones también es perfectamente posible encontrar mecanismos de flexibilidad que se introducen a través de la negociación colectiva. De entrada, hay que hacer referencia a una cuestión que ya hemos señalado con anterioridad, el tema de la retribución: el art. 38.1 ET establece el carácter retribuido de las vacaciones (que en realidad ya está reconocido por la propia Constitución en su art. 40.2), pero no aclara cuál ha de ser el salario a percibir por el trabajador durante. Ello hace que surja la duda, duda de enorme relevancia, no sólo por el hecho de que las vacaciones deban ser necesariamente retribuidas, sino por el hecho de que la retribución es la principal garantía del efectivo disfrute de las mismas³⁵¹. En principio ésta se resuelve por parte de la negociación colectiva que establece la retribución de las vacaciones. La cuestión es si existe un mínimo que la negociación colectiva debería necesariamente respetar³⁵². Pues bien, tanto el art. 38.1 ET, ni el art. 7 de la Directiva 2003/88/CE se limitan a reconocer el carácter retribuido de las vacaciones, pero sin especificar nada respecto de su cuantía. Sin embargo, el Convenio 132 OIT en su art. 7.1 establece el principio de equivalencia en la retribución de las vacaciones³⁵³; es decir, que el trabajador ha de percibir «por lo menos su remuneración normal o media». Pese a ello, no es extraño encontrar en la negociación colectiva ejemplos de salarios de vacaciones por debajo de la retribución mensual normal y, de hecho, este planteamiento ha sido apoyado ampliamente por parte de la jurisprudencia laboral nacional³⁵⁴, que estima que en caso de conflicto entre lo establecido por el art. 7.1 del Convenio 132 OIT y los convenios colectivos que regulan un salario de vacaciones inferior al ordinario o normal, y ello tanto en base al derecho a la negociación colectiva, como a la interpretación de que el Convenio 132 OIT es la típica norma internacional «non self executing», que debe ser transpuesta al ordenamiento nacional y en nuestro país este procedimiento lo hacen los propios convenios colectivos³⁵⁵. Al Convenio 132 OIT se otorga un papel meramente subsidiario, entendiéndose que es tan sólo de aplicación en aquellos casos en los que no existe regulación sobre la cuantía del salario de vacaciones en el convenio colectivo aplicable (lo cual no deja de ser paradójico, pues es la misma jurisprudencia la que niega la aplicabilidad de la norma OIT en base a la necesidad de que la negociación colectiva la

³⁵¹ En este sentido GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, Tecnos, Madrid 2014, página 41.

³⁵² Sobre la cuestión RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «Instrumentos de gestión (...)», *op. cit.*, página 730.

³⁵³ SEMPERE NAVARRO, A.V. y CHARRO BAENA, P.: *Las vacaciones laborales*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2003, página 114.

³⁵⁴ Sobre la cuestión *vid.* GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Sobre el necesario retorno al principio de equivalencia en el salario de vacaciones», *Revista de Derecho Social* nº 67, páginas 77 y ss.

³⁵⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Sobre el necesario retorno (...)», *op. cit.*, páginas 84 y 85.

complete, para, a continuación, afirmar que si no hay regulación en convenio colectivo estimar que sí es de aplicación la norma OIT³⁵⁶).

No obstante lo anterior, la jurisprudencia comunitaria ha establecido una interpretación del art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE coincidente con el principio de equivalencia que emana del art. 7 del Convenio 132 OIT: las SSTJS de 16 de marzo de 2006, caso Robinson-Steele³⁵⁷; 20 de enero de 2009, caso Schultz-Hoff³⁵⁸; o las SSTJUE de 15 de septiembre 2011, caso Willians³⁵⁹ y de 22 mayo de 2014, asunto Lock³⁶⁰ han fijado una dirección totalmente distinta y contradictoria con la doctrina jurisprudencial española que admite la posibilidad de fijar salarios de vacaciones inferiores al ordinario³⁶¹. Por tanto, puede observarse como la jurisprudencia comunitaria viene a imponer el principio de equivalencia retributiva, el cual, como expusimos, ha venido siendo eludido por la jurisprudencia española, admitiendo regulaciones convencionales que implican un salario de vacaciones inferior a la retribución ordinaria o normal del trabajador³⁶². No es, por tanto, anómalo, encontrar en la negociación colectiva convenios que establecen un salario de vacaciones inferior al ordinario o normal³⁶³.

Pues bien, en base al principio de primacía del ordenamiento comunitario y su interpretación por parte del TJUE, la propia jurisprudencia nacional ha comenzado a dar marcha atrás en la doctrina hasta ahora imperante, y ha comenzado a estimar de aplicación el principio de equivalencia en el salario de vacaciones³⁶⁴. En todo caso, es posible encontrar convenios colectivos que apuestan por este principio de equivalencia retributiva³⁶⁵, fijando normalmen-

³⁵⁶ Vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Sobre el necesario retorno (...)», *op. cit.* página 90.

³⁵⁷ Asuntos acumulados C-131/2004 y C-257/2004.

³⁵⁸ Asuntos acumulados C-350/2006 y C-520/2006.

³⁵⁹ Asunto C-155/2010

³⁶⁰ Asunto C-539/2012.

³⁶¹ Sobre este tema puede verse a GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Sobre el necesario retorno (...)», *op. cit.*, páginas 92 y ss.

³⁶² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la regulación de las vacaciones». *Temas Laborales*, nº 130 (2015), página 308.

³⁶³ CC de Grupo ASV Servicios Funerarios (BOE 26-2-2015)

³⁶⁴ Esta cuestión se planteaba ya por algún sector doctrinal, así GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El derecho al disfrute* (...), *op. cit.*, páginas 85 y ss; este mismo autor en «Sobre el necesario retorno (...)», *op. cit.*, página 96; confirmándose ahora por esta nueva interpretación jurisprudencial nacional, que ya se recoge en GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GUTIERREZ PÉREZ, M.: «La regulación convencional de la retribución de las vacaciones anuales: últimas tendencias jurisprudenciales», pendiente de publicación en la revista *Trabajo y Derecho*.

³⁶⁵ CC estatal de las empresas de seguridad (BOE 12-1-2015); CC estatal de industrias de elaboración del arroz (BOE 3-2-2015); Recuperación de Materiales Diversos, SA (BOE 10-2-2015); Vigilancia Integrada, SA (BOE 10-2-2015); Swissport Spain, SA (BOE 11-6-2015); CC de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 6-8-2015); CC estatal de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos (BOE 11-8-2015); CC general de la Industria Química (BOE 19-8-2015); CC estatal para las empresas de seguridad (BOE 18-9-2015); Sinergias de Vigilancia y Seguridad, SA (BOE 25-9-2015); Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (9-11-2015).

te el salario de vacaciones como el promedio del salario real percibido por el trabajador en los X meses anteriores; si bien todavía es posible ver convenios colectivos que regulan un salario de vacaciones inferior al ordinario³⁶⁶.

En segundo lugar, está la cuestión relativa a los períodos de disfrute. Tradicionalmente en nuestro país el período de vacaciones suele hacerse coincidir con el período estival, de hecho, no es precisamente extraño encontrar que la negociación colectiva sigue focalizando el disfrute de las vacaciones en período estival, pudiendo establecerse diferentes períodos de disfrute entre los meses de junio a septiembre inclusive³⁶⁷, o convenios con una preferencia convencional para el disfrute dentro del período veraniego³⁶⁸, o que ante la falta de acuerdo estipulan el disfrute de parte de las vacaciones en período estival³⁶⁹. Otros convenios aseguran la posibilidad de disfrutar una parte de las vacaciones en período estival³⁷⁰; y, por supuesto, también puede pactarse que obligatoriamente un mínimo del período de vacaciones haya de disfrutarse en período estival³⁷¹. También es posible encontrar todavía convenios que establecen las vacaciones en los períodos de cierre o paralización anual de la actividad productiva³⁷², lo cual suele coincidir en período estival.

En todo caso, el art. 38.2 ET establece que el período de disfrute se fijará de común acuerdo entre las partes, si bien se hará de conformidad a lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones; lo cual hace que la mayoría de los convenios colectivos, de una u otra manera, tengan en cuenta las necesidades productivas de las empresas, lo que, evidentemente, limita la capacidad del trabajador para concretar las fechas que le interesan. Ello permite la posibilidad de que a través del convenio colectivo se puedan establecer reglas que facilitan el disfrute de las vacaciones en períodos que sean más interesantes para el empresario, evitando, por ejemplo, que la mayoría de los trabajadores disfruten de sus vacaciones en períodos en los que hay puntas de producción. Estos sistemas pueden consistir simplemente en incentivar el disfrute en períodos no estiva-

³⁶⁶ CC acuicultura marina nacional (BOE 19-8-2015); Danone, SA (BOE 20-8-2015); Iberdrola Grupo (BOE 25-9-2015).

³⁶⁷ CC de Federación Farmacéutica, SCCL (BOE 12-1-2015); Mercedes Benz Retail, SA (BOE 7-2-2016); Equipos Nucleares, SA (BOE 26-2-2015); Centro Cooperativo Farmacéutico, SCA (BOE 1-4-2015); Repsol Química, SA (21-5-2016).

³⁶⁸ CC de Estudios e Ingeniería Aplicada XXI, SA (BOE 3-7-2015); Incatema, SL (BOE 3-7-2015); CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón e industrias auxiliares (BOE 15-7-2015); La Veneciana, SA (BOE 4-11-2015); Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL (BOE 6-11-2015); Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (9-11-2015).

³⁶⁹ CC de Servicios de Infraestructuras Electricas de Levante, SL (BOE 25-9-2015).

³⁷⁰ CC de Burguercampo, SL (BOE 11-6-2015); CC sector ocio educativo y animación sociocultural (BOE 15-7-2015);.

³⁷¹ CC Cegedim Hispania, SAU (BOE 10-2-2015); Axafone Telecomunicaciones, SL (BOE 10-3-2015).

³⁷² ELA Hiermor Asociados, SLU (BOE 31-3-2015).

les (por ejemplo), a través de la ampliación del derecho de vacaciones si el trabajador las disfruta en otro período diferente³⁷³, o bien el abono de algún complemento salarial por disfrutar las vacaciones fuera del período que se pretende evitar³⁷⁴; en otros casos se limita el período máximo de vacaciones que un trabajador puede disfrutar en período estival, de manera que se genera una situación de fraccionamiento de las vacaciones si el trabajador quiere disfrutarlas dentro de dicho período³⁷⁵, llegando en algún caso a imponerse este fraccionamiento³⁷⁶. En otros casos se plantea una facultad reconocida por convenio a tenor de la cual el empresario pueda adjudicar ciertos períodos de vacaciones (normalmente no todo el período) a grupos específicos de trabajadores por motivos justificados³⁷⁷; o bien reconocer el derecho de los trabajadores a las vacaciones en período estival, pero admitiendo que con carácter extraordinario, la empresa pueda establecer un plan alternativo de vacaciones³⁷⁸. También es posible encontrar convenios que reparten la determinación del período de vacaciones a partes iguales entre empresario y trabajador, de manera que cada uno tenga potestad para fijar las fechas de 15 días no del 50% de la duración de las vacaciones³⁷⁹. Otros convenios establecen que las vacaciones han de disfrutarse en los períodos de menor actividad productiva en la empresa³⁸⁰; y en la misma dirección también es posible encontrar convenios que reconocen al empresario la posibilidad de excluir del período de disfrute de las vacaciones, los períodos de producción punta o de mayor actividad productiva de la empresa³⁸¹.

Muy relacionado con lo anterior, encontramos la posibilidad de disfrute fraccionado de las vacaciones, una cuestión que inicialmente se planteaba

³⁷³ CC de Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución Ceuta, SLU (BOE 12-1-2015).

³⁷⁴ CC estatal de industrias de elaboración del arroz (BOE 3-2-2015); Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL (BOE 6-11-2015).

³⁷⁵ CC de Minas de Almadén y Arrayanes, SA (BOE 14-1-2015), que limita a 15 días las vacaciones que pueden disfrutarse en período estival para los trabajadores del parque minero; Grupo Importaco Frutos Secos (BOE 1-4-2015); Salestarget, SL (BOE 25-5-2016); Asociación de Empleados de Iberia Padres de Minusválidos (BOE 25-6-2015); CC estatal de acción e intervención social (BOE 3-7-2015); Grupo Pastificio (BOE 15-7-2015); CC general de la Industria Química (BOE 19-8-2015).

³⁷⁶ CC La Casera, SA (BOE 25-9-2015).

³⁷⁷ Alactel Lucent España, SAU (BOE 10-2-2015).

³⁷⁸ CC Euro Pool System España, SLU (BOE 10-3-2015).

³⁷⁹ CC de Ex In Técnicas Tubulares, SL (BOE 1-4-2015); Mediapost Spain, SL (BOE 4-5-2015); CC para la acuicultura marina nacional (BOE 19-8-2015); Fujitsu Technology Solutions, SA (BOE 20-8-2015).

³⁸⁰ CC del grupo de empresas de servicios del Real Automóvil Club de España (BOE 21-4-2015).

³⁸¹ CC de HM Clause Ibérica, SA (BOE 11-2-2015); Servicios Operativos Internos, SAU (BOE 21-4-2015); CC acuicultura marina nacional (BOE 19-8-2015); CC general de la Industria Química (BOE 19-8-2015); Cepl Iberia, SL (BOE 25-9-2016); CC sector de industrias de aguas de bebida envasadas (BOE 9-10-2015); CC estatal para las industrias de turrónes y mazapanes (BOE 14-10-2015).

en la negociación colectiva como un mecanismo que favorecería la posición del trabajador que podía adaptar mejor las vacaciones a sus necesidades (de hecho no son extraños los convenios que plantean el disfrute fraccionado a opción del trabajador³⁸²), pero que en la actualidad comienza a verse como una necesidad de las empresas para no ver reducida su capacidad productiva en una época determinada del año (especialmente durante el período veraniego), pudiendo encontrar convenios que autorizan a la empresa a fraccionar el disfrute de las vacaciones³⁸³. Nuestro ordenamiento no regula de manera expresa el disfrute fraccionando, si bien de la literalidad del art. 38.2 ET podría deducirse esta posibilidad, al referirse a «El período o períodos de su disfrute (...)»³⁸⁴. En todo caso se cuenta con el Convenio 132 OIT cuyo art. 8 admite esta posibilidad, si bien establece la necesidad de que una de las fracciones tenga una duración mínima de dos semanas ininterrumpidas, favoreciendo de esta manera la consecución del objetivo básico de la institución que no es otro que la recuperación del trabajador, que no sería factible si las vacaciones se dividiese en porciones excesivamente pequeñas. Así, no es extraño encontrar en la negociación colectiva el disfrute fraccionado de las vacaciones, pero con esta limitación de las dos semanas ininterrumpidas, o lo que es lo mismo 10 días laborables³⁸⁵. Sin embargo, también es posible encontrar convenios que establecen la posibilidad de períodos inferiores a esos 15 días, lo que supondría una vulneración de lo establecido por el Convenio 132 OIT³⁸⁶. También hay convenios que admiten el fraccionamiento en dos períodos, el menor de los cuales tendrá una duración mínima de dos semanas, lo que indirectamente supone que siempre habrá un período superior a dos semanas ininterrumpidas³⁸⁷. En algún caso se establece el número máximo de períodos vacacionales que pueden disfrutarse de manera fraccionada³⁸⁸.

Por último, una cuestión no prevista expresamente por la regulación legal, pero que cada vez es más frecuente encontrar en la negociación colectiva: la posibilidad de que el empresario pueda, por sus necesidades

³⁸² CC estatal de acción e intervención social (BOE 3-7-2015); CC de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 6-8-2015).

³⁸³ CC Ediciones Primera Plana, SA, Logística de Medios de Cataluña, SL, Zeta Servicios y Equipos, SA, Zeta Gestión de Medios, SA y Grupo Zeta, SA (BOE 26-3-2015); Grupo Importaco Frutos Secos (BOE 1-4-2015); Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas, SL (BOE 15-4-2015); Iberdrola Grupo (BOE 25-9-2015).

³⁸⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El derecho al disfrute (...), op. cit.*, página 159.

³⁸⁵ CC de Praxair España, SL (BOE 12-1-2015); CC de Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución Ceuta, SLU (BOE 12-1-2015); Minas de Almadén y Arrayanes, SA (BOE 14-1-2015); Recuperación de Materiales Diversos, SA (BOE 10-2-2015); Grupo ASV Servicios Funerarios (BOE 26-2-2015); Swissport Spain, SA (BOE 11-6-2015).

³⁸⁶ General Optica, SA (BOE 4-11-2015).

³⁸⁷ CC de Centro Cooperativo Farmacéutico, SCA (BOE 1-4-2015); Aunar Group 2009, SL (BOE 13-4-2015); Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015).

³⁸⁸ Es el caso del CC de Minas de Almadén y Arrayanes, SA (BOE 14-1-2015), que fija esta posibilidad en tres períodos diferentes.

productivas, proceder a la paralización del disfrute de las vacaciones del trabajador, que deberá interrumpir sus vacaciones y reincorporarse al trabajo. Se trata de una posibilidad que, a mi juicio, es tremendamente criticable y ha de cuestionarse su legalidad, pues este tipo de planteamiento puede ser contrario a la consecución de los objetivos que se persiguen con el derecho a las vacaciones. De otro lado, también hay que señalar los perjuicios económicos que ello puede suponer: no en vano el art. 38.3 ET establece la necesidad de que el trabajador conozca, al menos, con dos meses de antelación la fecha de disfrute de las vacaciones, permitiéndole prepararlas y proceder a los desembolsos económicos que ellas puedan suponer. Entiendo que una vez fijadas las fechas de vacaciones por acuerdo entre empresario y trabajador, el convenio no puede regular la capacidad de una de las partes para modificar tales fechas; sólo una situación de fuerza mayor podría generar la alteración y, por supuesto, siempre y cuando el empresario se haga cargo de los costes económicos que dicha alteración pudieran suponer para el trabajador. Otra posibilidad sería la de un acuerdo interpartes, pero dicho acuerdo debe ser de carácter individual y nunca una imposición del empresario.

No obstante la negociación colectiva ha reconocido la posibilidad de modificar o alterar el disfrute de las fechas de vacaciones sin exigir una causa específica, sino que la cuestión queda incluida dentro de las facultades directivas del empresario, que puede, con carácter previo a la fecha señalada, obligar al trabajador a retrasar sus vacaciones o interrumpirlas, estableciendo la necesidad de que ambas partes lleguen a un nuevo acuerdo sobre las fechas de vacaciones, si bien, al menos la empresa habrá de hacerse cargo de los gastos ocasionados al trabajador, llegando a fijarse en algún caso una cuantía mínima equivalente a un porcentaje del salario del trabajador, o una cantidad a tanto alzado, e incluso en algún caso al derecho del trabajador a un incremento de las vacaciones, sobre todo cuando su reincorporación ha de producirse durante el disfrute de las vacaciones³⁸⁹.

Podemos encontrar la situación contraria, la modificación de fechas de vacaciones por interés del trabajador, pero en este caso no estamos, desde luego, ante la concesión por el convenio de un poder al trabajador para alterar tales fechas, sino simplemente en el reconocimiento de un derecho legalmente establecido, me refiero a los supuestos de coincidencia del disfrute de vacaciones con una incapacidad temporal o con el disfrute de la suspensión del contrato por maternidad, cuestiones actualmente reguladas en el art. 38.3 ET: es ya habitual que la negociación colectiva recoja esta posibilidad, si bien en la mayoría de los casos se trata de una mera remisión a las normas

³⁸⁹ CC de Praxair España, SL (BOE 12-1-2015); Repsol Petróleo, SA (BOE 11-6-2015); Philips Ibérica, SAU (BOE 3-7-2015); Fujitsu Technology Solutions, SA (BOE 20-8-2015); Petronor, SA (BOE 4-9-2015); Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (9-11-2015).

legales mencionadas, o una mera reiteración de las mismas³⁹⁰. Nada, por tanto, equivalente al reconocimiento convencional (desde mi punto de vista contrario a la legalidad) de una facultad como la del empresario; si bien en algún caso se señala la posibilidad de acumular vacaciones a períodos de IT o maternidad³⁹¹.

Esta posibilidad supone la ruptura del principio de anualidad (la necesidad de que el año natural sirva de plazo de devengo y disfrute de las vacaciones al mismo tiempo), si bien es una posibilidad con aval legal. Sin embargo, la negociación colectiva ha ido incluyendo otra ruptura de este principio al reconocer la posibilidad de proceder a disfrutar de las vacaciones no aprovechadas en un plazo inmediatamente posterior a la finalización del año natural, es decir, dentro del año siguiente, rompiendo así el principio de anualidad³⁹², lo cual es cuestionable desde el punto de vista de la regulación legal. Por el contrario, hay convenios que prevén expresamente la pérdida del derecho de

³⁹⁰ CC de Federación Farmacéutica, SCCL (BOE 12-1-2015); CC estatal de las empresas de seguridad (BOE 12-1-2015); CC de Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución Ceuta, SLU (BOE 12-1-2015); CC Marco Grupo E.ON España (BOE 30-1-2015); CC estatal de industrias de elaboración del arroz (BOE 3-2-2015); Alcatel Lucent España, SAU (BOE 10-2-2015); Bofrost, SAU (BOE 10-2-2015); Recuperación de Materiales Diversos (BOE 10-2-2015); Vigilancia Integrada, SA (BOE 10-2-2015); Equipos Nucleares, SA (BOE 26-2-2015); European Air Transport Leipzig, GMBH (BOE 26-2-2015); Grupo ASV Servicios Funerarios (BOE 26-2-2015); Trane Aire Acondicionado, SL (BOE 5-3-2015); CC peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (BOE 31-3-2015); Centro Cooperativo Farmacéutico, SCA (BOE 1-4-2015); Grupo Importaco Frutos Secos (BOE 2-4-2015); Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas, SL (BOE 15-4-2015); Swissport Spain, SA (BOE 11-6-2015); Burguercampo, SL (BOE 11-6-2015); Estudios e Ingeniería Aplicada XXI, SA (BOE 3-7-2015); Incatema, SL (BOE 3-7-2015); CC estatal de acción e intervención social (BOE 3-7-2015); Grupo Pastificio (BOE 15-7-2015); CC sector de harinas panificables y sémolas (BOE 15-7-2015); CC de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 6-8-2015); CC acuicultura marina nacional (BOE 19-8-2015); CC general de la Industria Química (BOE 19-8-2015); Danone, SA (BOE 20-8-2015); Fujitsu Technology Solutions, SA (BOE 20-8-2015); CC general de la industria textil y confección (BOE 21-8-2015); Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015); Frit Ravich, SL (BOE 29-8-2015); Petronor, SA (BOE 4-9-2015); CC estatal para las empresas de seguridad (BOE 18-9-2015); Cepl Iberia, SL (BOE 25-9-2015); Iberdrola Grupo (BOE 25-9-2015); Lufthansa (BOE 25-9-2015); CC estatal para las industrias de turrónes y mazapanes (BOE 14-10-2015); CC sector del corcho (BOE 14-10-2015); General Optica, SA (BOE 4-11-2015); Grupo de empresas VIPS (BOE 19-11-2015); CC sectorial de ámbito estatal de las administraciones de loterías (BOE 7-12-2015); Thales España GRP, SAU (BOE 9-12-2015).

³⁹¹ CC del Grupo Asegurador Reale (BOE 29-4-2015); CC sector ocio educativo y animación sociocultural (BOE 15-7-2015); CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón e industrias auxiliares (BOE 15-7-2015).

³⁹² CC de Bofrost, SAU (BOE 10-2-2015); Geodis Logistic Spain, SLU (BOE 5-3-2015); Nokia Solutions and Networks Spain, SL (BOE 25-4-2015); Grupo Asegurador Reale (BOE 29-4-2015); Repsol Química, SA (21-5-2016); Estudios e Ingeniería Aplicada XXI, SA (BOE 3-7-2015); Incatema, SL (BOE 3-7-2015); Philips Ibérica, SAU (BOE 3-7-2015); Grupo Constant Servicios Empresariales, SAU (BOE 19-8-2015); Fujitsu Technology Solutions, SA (BOE 20-8-2015); Dematic Logistic Systems, SA (BOE 5-11-2015); Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (9-11-2015).

vacaciones si no se disfrutaban dentro del año natural³⁹³; o al menos la necesidad de disfrute dentro del año natural³⁹⁴.

11. DESCANSO SEMANAL Y FLEXIBILIDAD LABORAL

En cuanto al descanso semanal, dos son principalmente las posibilidades que el ordenamiento ha establecido para facilitar la flexibilidad al empresario: de un lado la posibilidad de acumular el descanso semanal por períodos de dos semanas o catorce días; de manera que el trabajador desarrolle una prestación de once días de trabajo continuado y descanse tres días ininterrumpidos. Con ello se facilita que el empresario tenga una mayor capacidad para ampliar los períodos de trabajo sin necesidad de que haya interrupciones de carácter semanal. De esta manera el descanso deja de ser meramente semanal, pasando a ser un descanso bisemanal. La otra posibilidad legalmente reconocida es evitar el descanso dominical: el art. 37.1 ET tan sólo establece que el descanso dominical (entendiendo por esta cuestión el descanso durante el sábado por la tarde y el domingo completo, o el domingo completo y mañana del lunes) se disfrutará como regla general; es decir, que la regla del descanso dominical carece en nuestro ordenamiento de imperatividad³⁹⁵, de manera que todos los días de la semana son iguales a los efectos del descanso semanal, pudiendo este disfrutarse otros días de la semana (siempre y cuando sean día y medio y tenga carácter ininterrumpido).

Cabe resaltar que el descanso semanal no es precisamente la institución sobre tiempo de trabajo (en este caso, de descanso) que es más frecuentemente regulada por la negociación colectiva: muchos convenios colectivos no regulan esta cuestión, siendo aplicable la regulación legal. Aparentemente esta cuestión se regula por la negociación colectiva cuando se pretende separar del régimen legal, bien por fijar el descanso semanal en días diferentes del fin de semana, o bien por establecer la acumulación del descanso semanal en períodos de hasta catorce días.

En cuanto a la acumulación del descanso semanal, no es precisamente algo extraño dentro de la negociación colectiva, señalándose en algunos casos la posibilidad del descanso acumulado en períodos de catorce días por

³⁹³ CC de Salestarget, SL (BOE 25-5-2015); Repsol Petróleo, SA (11-6-2015), en este caso se prevé la pérdida del derecho a las vacaciones, salvo acuerdo entre la empresa y el trabajador; Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL (BOE 25-9-2015); Lufhansa, Líneas Aéreas Alemanas y su personal en España (BOE 25-9-2015).

³⁹⁴ CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón e industrias auxiliares (BOE 15-7-2015); Alianzas y Subcontratas, SA (BOE 6-8-2015); CC de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 6-8-2015); Inaer Helicópteros, SAU (BOE 19-8-2015); Fertiberia, SA (BOE 25-8-2015); Centro Farmacéutico, SL (BOE 14-10-2015); Thales España GRP, SAU (BOE 9-12-2015).

³⁹⁵ MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La jornada de trabajo (...)*, op. cit., página 138.

necesidades de la empresa³⁹⁶, o bien el convenio prevé que la empresa pueda organizar el descanso semanal en períodos de dos semanas, sin necesidad de que haya una causa productiva específica³⁹⁷.

Cabría preguntarse si, a tenor de la literalidad del art. 37.1 ET, que permite la acumulación por períodos de «hasta» catorce días, es factible una acumulación del descanso semanal por períodos inferiores a las dos semanas, pero superior a la semana. Sobre esta cuestión hay que señalar la complejidad de un sistema de estas características, pues es difícil cuadrar descansos en días completos, resultando normalmente fracciones de día de descanso, lo que hace que esta posibilidad no se haya planteado en la negociación colectiva. Pero, sobre todo, entiendo que esta posibilidad no es viable y sería contraria a la legalidad: entiendo que el descanso semanal ha de disfrutarse por semanas completas, o por dos semanas completas, pues el módulo es necesariamente semanal. Podemos afirmar que la interpretación correcta de la literalidad de la norma legal es la de estimar que el módulo del descanso semanal, es, como su propia denominación indica, semanal.

De igual manera, también es frecuente encontrar en los convenios colectivos reglas que señalan que no es obligatorio el descanso dominical, pudiendo disfrutarse los descansos de manera ininterrumpida otros días de la semana, lo cual se suele vincular a las necesidades productivas de la empresa³⁹⁸, pudiendo establecerse sistemas rotatorios en la distribución del descanso semanal³⁹⁹. En algún caso se garantiza un mínimo de descansos durante fin de semana a lo largo del año⁴⁰⁰. También es posible encontrar convenios que si bien consagran el descanso semanal, establecen ciertas actividades que han de prestarse a lo largo de toda la semana (mantenimiento, reparación, limpieza, vigilancia, etc.), de manera que en estos casos los trabajadores deben ir rotando en su descanso semanal en días que pueden ser diferentes de los propios del descanso dominical⁴⁰¹. Ciertamente en alguno de estos casos se utiliza este mecanismo como alternativa a las horas extraordinarias o al mecanismo de bolsa de horas, especialmente cuando se

³⁹⁶ CC de Servicios Integrales de Fincas Urbanas de Madrid, SL (BOE 5-1-2016); ECA Entidad colaboradora de la Administración, SLU, e Instituto de Calidad, SAU (BOE 16-2-2016) Radio Popular SA-COPE (BOE 20-5-2016).

³⁹⁷ Grupo de empresas Rodilla (BOE 21-1-2016).

³⁹⁸ CC de Servicios Integrales de Fincas Urbanas de Madrid, SL (BOE 5-1-2016) Soluciones de Externalización Hotelera, SL (BOE 16-5-2016); Grupo Enagas (BOE 16-5-2016); CC nacional de universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados (BOE 16-5-2016).

³⁹⁹ CC del Grupo de empresas muerde la pasta (BOE 19-1-2016); Grupo de empresas Rodilla (BOE 21-1-2016); Dealz España, SL (BOE 5-2-2016); Unión de Detallistas Españoles, Soc. Coop., Grupo Técnico, SA y Coidec, SA (BOE 10-2-2016); Grupo Zena (BOE 3-3-2016); Ticketbis, SL (BOE 23-5-2016); TM Resources, SL (BOE 23-5-2016).

⁴⁰⁰ Así en el caso del CC del Grupo de empresas muerde la pasta (BOE 19-1-2016), que garantiza al menos que el descanso semanal coincida con seis fines de semana al año.

⁴⁰¹ CC estatal del sector de industrias cárnicas (BOE 11-2-2016).

contempla por el convenio el trabajo dominical por circunstancias perentorias derivadas de fuerza mayor.

Es posible encontrar convenios que prevén la posibilidad de modificar el descanso semanal establecido, de manera que el trabajador pueda recuperar el día de descanso modificado en un plazo determinado. Ha de tenerse en cuenta que alguno de estos convenios al prever que ello afecte a sólo uno de los días de descanso semanal, en la práctica impone una regla que es contraria a la legalidad, pues se impediría el disfrute ininterrumpido del descanso semanal⁴⁰².

En la misma dirección de romper el principio de no interrupción del descanso semanal, podemos encontrar convenios que permiten la acumulación del medio día del período de día y medio ininterrumpidos que regula el art. 37.1 ET, facilitando su acumulación por períodos de hasta cuatro semanas⁴⁰³. Es evidente que una regulación de estas características viola tanto el principio de no interrupción del descanso semanal, como el carácter semanal del módulo de referencia de este descanso (sólo se permite la acumulación por períodos de catorce días, no veintiocho).

12. LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DE LA MODIFICACIÓN DE CONDICIONES VINCULADAS AL TIEMPO DE TRABAJO

Con anterioridad hemos señalado que la modificación sustancial es uno de los mecanismos extraordinarios que puede utilizar el empresario para obtener más flexibilidad, una vez que ya se han fijado las condiciones de trabajo. Cabe señalar que es de los pocos mecanismos de flexibilidad extraordinarios que es posible encontrar regulado en la negociación colectiva. No quiero señalar que se trate del único instrumento extraordinario que requiere a la negociación colectiva para su puesta en marcha, pues ello es necesario, en mayor o menor medida, en los diferentes mecanismos extraordinarios, sino que pretendemos subrayar el hecho de que hay convenios que se refieren expresamente a esta cuestión⁴⁰⁴.

En realidad los convenios que se refieren a esta cuestión son escasos, lo cual es reflejo de la escasa utilización de este tipo de mecanismos, pues normalmente las alteraciones que pretende el empresario suelen ser de escasa entidad y no alcanzan la condición de modificación sustancial. La doctrina laboral ha señalado que este mecanismos es fundamentalmente útil cuando se

⁴⁰² Grupo de empresas Rodilla (BOE 21-1-2016).

⁴⁰³ CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE 19-5-2016).

⁴⁰⁴ No obstante podemos encontrar algún ejemplo de convenio que regula el descuelgue o inaplicación de las condiciones pactadas en el propio convenio colectivo, tal como ocurre con el CC general de la industria química (BOE 19-8-2015), si bien no se refiere en exclusiva a las condiciones de tiempo de trabajo, sino a todas las condiciones pactadas en el convenio.

pretende alterar la distribución del horario pactado con carácter estable, por otro horario que tiene la misma estabilidad, o cuando se pretende alterar las condiciones del pacto sobre distribución irregular de la jornada⁴⁰⁵.

En diferentes ocasiones los convenios se limitan a remitirse a la regulación legal, es decir, que vienen simplemente a señalar la posibilidad que tiene el empresario, sin añadir nada más o añadiendo poco más⁴⁰⁶; se trata, por tanto, de un mero reconocimiento de la posibilidad que se establece legalmente, si bien se refieren, al menos, a la alteración de las condiciones sobre tiempo de trabajo. En otros casos se regula la modificación sustancial con carácter general; es decir, afectando a todo tipo de condiciones y no específicamente a las vinculadas con el tiempo de trabajo⁴⁰⁷.

En todo caso, la cuestión es paradójica: como sabemos el procedimiento del art. 41 ET se aplica a la modificación de condiciones sustanciales a nivel individual o colectivo, pero no es el procedimiento para alterar o modificar condiciones pactadas en convenio colectivo estatutario, dado que en este caso ha de acudirse a lo dispuesto por la inaplicación o descuelgue regulado en el art. 82.3 ET; por lo tanto, en la mayoría de los casos en que se plantea esta regulación, no puede afectar a condiciones reguladas en el propio convenio que prevé como cauce de modificación esta vía, dado que la regulación legal contenida en el art. 82.3 ET tiene carácter imperativo⁴⁰⁸. Parece como si la negociación colectiva, en estos casos, intentase utilizar el art. 41 ET con la finalidad propia de una distribución irregular de la jornada de trabajo; a mi juicio ello no es posible, dado que está a disposición de los empresarios lo dispuesto en el art. 34.2 ET. No obstante, también es posible encontrar convenios que se refieren en exclusiva a la modificación de condiciones reconocidas a los trabajadores por acuerdos o pactos colectivos, o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario⁴⁰⁹.

En algún caso se establece la capacidad de la empresa para modificar provisional o definitivamente el horario por motivos productivos (alteraciones en la coyuntura de la tercera empresa que ha contratado los servicios

⁴⁰⁵ BALLESTER PASTOR, M.A.: *Op. cit.*, páginas 80 y 81.

⁴⁰⁶ CC estatal de empresas de seguridad (BOE 12-1-2015); Vigilancia Integrada, SA (BOE 10-2-2015); Unicamp Services, SL (BOE 21-4-2015) CC estatal para empresas de seguridad (BOE 18-9-2015); Sinergias de Vigilancia y Seguridad, SA (BOE 25-9-2015); Altura, Drenajes y Contenciones, SL (BOE 3-10-2016); Ilusión Seguridad, SA (BOE 5-4-2016); Tankant Seguridad, SLU (BOE 29-4-2016); Marc Clear, SL (BOE 6-6-2016).

⁴⁰⁷ CC general de la industria química (BOE 19-8-2015); ESC Servicios Generales, SL (BOE 2-2-2016); CC estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE 15-3-2016); Cia Logística Acotral, SA y Acotral Distribuciones Canarias, SL (BOE 13-4-2016); CC industrias de pastas alimenticias (BOE 22-4-2016); Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016); Soluciones de Externalización Hotelera, SL (BOE 16-5-2016).

⁴⁰⁸ FABREGAT MONFORT, G.: *Op. cit.*, página 35.

⁴⁰⁹ CC de Bellota Heramientas, SAU, Bellota Agrisolutions, SLU y Mirandaola Inversiones y Gestión, SLU (BOE 15-5-2016); Cia Logística Acotral, SA y Acotral Distribuciones Canarias, SL (BOE 13-4-2016).

de la primera, o por simples necesidades del servicio), lo cual supone una importante alteración de las reglas legales del art. 41 ET, por suponer una autorización convencional para el cambio por parte de la empresa de estas condiciones⁴¹⁰; en principio no parece que sea posible que se produzca una modificación aun cuando lo autorice el convenio, pues entendemos que las normas del art. 41 ET son imperativas; no obstante es posible encontrar manifestaciones jurisprudenciales en contra⁴¹¹. Desde mi punto de vista, en estos casos lo que ocurre es que el convenio considera que el cambio de un horario pactado en el propio convenio colectivo no es una modificación sustancial; pero pierde de vista que no ha de actuarse por la vía de la modificación sustancial, sino por la vía del autodescuelgue del propio convenio colectivo. En realidad lo que pretenden estos convenios es establecer una regla de autorización al empresario para modificar lo establecido en convenio, todo ello en base a que es el propio convenio quien lo autoriza. De esta manera lo que se pretende es convertir una capacidad de actuación empresarial basada en el descuelgue o en la modificación sustancial de condiciones, en mero ejercicio de facultades directivas empresariales (*ius variandi*), y ello genera, pese a la aceptación expresa en convenio, evidentes dudas de respeto a la legalidad, pues en la práctica supone que el empresario, unilateralmente, puede cambiar lo pactado⁴¹². En todo caso, también se afirma, en algunos casos en que así se prevé, que ha de respetarse la normativa vigente, lo cual es contradictorio con el reconocimiento de esta facultad al empresario⁴¹³.

En otros casos se va en la dirección contraria, requiriendo el acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores para el cambio de horario⁴¹⁴, o limitando la capacidad del empresario, al fijar obligatoriamente que una parte sustancial de la jornada se realice dentro de una determinada franja horaria⁴¹⁵, e incluso estableciendo un complemento o «compensación de cambio de horario» a favor de los trabajadores, durante todo el tiempo que dure la modificación⁴¹⁶.

En líneas generales es una regulación bastante parca de la modificación sustancial de condiciones, e incluso cuando se hace referencia al procedimiento, no es más que un esbozo de cómo ha de procederse⁴¹⁷.

⁴¹⁰ CC de Geodis Logistics Spain, SLU (BOE 5-3-2015); Transmediterranea, SA (BOE 4-9-2015); Cepsa (BOE 7-6-2016).

⁴¹¹ Vid. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «Instrumentos de gestión flexible (...)», *op. cit.*, páginas 735 y 736.

⁴¹² No obstante, tal como ha destacado la doctrina, ello ha llegado a ser aceptado por la jurisprudencia; así LÓPEZ CUMBRE, L.: *Op. cit.*, página 104.

⁴¹³ Vid. el CC de Geodis Logistics Spain, SLU (BOE 5-3-2015).

⁴¹⁴ CC del personal asalariado al servicio de la Comisión Ejecutiva Confederal de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (BOE 19-1-2016).

⁴¹⁵ CC marco para las entidades financieras de crédito (BOE 1-3-2016).

⁴¹⁶ Es el caso del CC de Philips Iberica, SAU (BOE 3-7-2015).

⁴¹⁷ CC de Bellota Heramientas, SAU, Bellota Agrisolutions, SLU y Mirandaola Inversiones y Gestión, SLU (BOE 15-5-2016).

13. LA FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO DESTINADA PARA EL TRABAJADOR

Tal como hemos señalado anteriormente, existe en nuestro ordenamiento diferentes mecanismos de flexibilidad que no están destinados a favorecer la posición del empresario, permitiendo la diversificación de la jornada de trabajo, sino que están orientados a facilitar una mayor capacidad de adaptación a las necesidades del trabajador. En líneas generales estos mecanismos están pensados para facilitar la conciliación entre la vida personal, familiar y profesional del trabajador. Vamos ahora a referirnos a esta cuestión y especialmente a dos mecanismos: el horario flexible y la reducción de la jornada por motivos de carácter familiar.

13.1. El horario flexible

Un primer mecanismo que podemos detectar es una cuestión que en la actualidad no está regulada por nuestro ordenamiento legal, si bien lo ha estado en etapas anteriores y es el horario flexible.

Sobre esta cuestión podemos señalar que se trata de un mecanismo a tenor del cual el trabajador va a prestar sus servicios en base a un régimen de tiempo de trabajo que implica una cierta libertad para organizar sus horarios, generando una distribución irregular de la jornada, pero a su favor⁴¹⁸. El horario flexible permite al trabajador ordenar de manera no uniforme su tiempo de trabajo en función de sus preferencias o necesidades familiares. Desde este punto de vista, horario flexible y distribución irregular de la jornada participan de similar naturaleza jurídica, si bien se diferencian por el interés que pretende proteger cada una de estas instituciones⁴¹⁹.

En líneas generales un trabajador desarrolla su prestación de trabajo junto con el resto de los trabajadores, con una coincidencia horaria entre todos (salvo que haya trabajo a turnos, en cuyo caso la coincidencia es con los trabajadores del turno). Ello supone que el empresario cuenta al mismo tiempo con toda la fuerza de trabajo en la empresa (o toda la fuerza disponible del turno), de manera que se suman las diferentes prestaciones de trabajo que se desarrollan al mismo tiempo; hay, por tanto, un principio de simultaneidad⁴²⁰: se entra a trabajar a la misma hora, se descansa en los mismos momentos y finaliza la prestación con un mismo horario. Por el contrario, cuando hablamos de horario flexible nos referimos a la

⁴¹⁸ Vid. sobre esta cuestión RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: *Op. cit.*, página 197.

⁴¹⁹ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: *Op. cit.*, páginas 198 y 199.

⁴²⁰ BORRAJO DACRUZ, E.: El horario flexible», en AA.VV., coordinados por Efrén Borrajo Dacruz, *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo VII*, EDERSA, Madrid 1982, página 224.

existencia de una variedad de horarios, correspondiendo al trabajador un derecho de opción para especificar el horario que más le conviene. Ello supone que el trabajador dispone de un cierto margen de maniobra, según el acuerdo al que se llegue con la empresa, para que pueda fijar el inicio y el final de la jornada de trabajo; si bien normalmente se exige que coincida con el resto de los trabajadores en la empresa en una determinada franja horaria⁴²¹.

Dentro del horario flexible pueden existir diferentes modalidades⁴²², no siendo un concepto absolutamente unívoco, pues puede referirse desde fenómenos como el que acabamos de describir, hasta situaciones en las que simplemente se permite a los trabajadores el acceso al trabajo de manera impuntual, recuperando esa falta con un período de tiempo equivalente al retraso al final de la jornada, es lo que podríamos denominar como flexibilidad horaria, más que como horario flexible⁴²³.

En su sentido más estricto la jornada flexible consiste en dividir el período de trabajo se divide en dos fases diferentes⁴²⁴: de un lado una parte del horario será de presencia obligatoria en la empresa, de modo que en estos momentos se desarrolle una prestación simultánea de todos los trabajadores al mismo tiempo⁴²⁵, el resto será opcional en cuanto al momento en que el trabajo debe desarrollarse, pudiendo hacerse con carácter previo al tiempo de presencia obligatoria o una vez finalizado este⁴²⁶, con períodos de descanso entre un período y otro, o no.

Desde este punto de vista es evidente que el horario flexible supone una situación en que la flexibilidad en la configuración del horario de trabajo favorece al trabajador⁴²⁷. Favorece la posibilidad de que compatibilice mejor su vida privada y su vida laboral⁴²⁸, pues con ello se consigue que pueda distribuirse la jornada de trabajo teniendo en cuenta no sólo los intereses del empresario, sino también los del propio trabajador, que así podrá adaptar más adecuadamente su jornada de trabajo a las necesidades familiares o a cualquier tipo de interés ajeno a la empresa que pueda tener el trabajador. De otro

⁴²¹ VALDES DAL-RE, F.: «Jornada laboral y horarios de trabajo», en AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1977, página 296.

⁴²² ALARCÓN CARACUEL, M.R.: *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, Madrid 1988, página 136.

⁴²³ Vid. STS de 17 de diciembre de 2004, RJ 2005\816.

⁴²⁴ BORRAJO DACRUZ, E.: *Op. cit.*, página 227; de igual manera TUDELA CAMBRONERO, G.: «Horario flexible: reflexiones críticas sobre su concepto y posibilidades de implantación», en AA.VV., coordinados por Luís Enrique de la Villa, *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid 1991, página 568.

⁴²⁵ GARCÍA VIÑA, J.: «Horario de trabajo», *Actualidad Laboral* n° 24 de 1999, página 477.

⁴²⁶ MARTÍNEZ FENOLL, J.S.: *El tiempo de trabajo*, CISS, Valencia 1996, página 60.

⁴²⁷ ALARCÓN CARACUEL, M.R.: *Op. cit.*, página 133.

⁴²⁸ BORRAJO DACRUZ, E.: *Op. cit.*, página 229.

lado, supone una importante dosis de individualización en la determinación de la jornada⁴²⁹.

Debe tenerse en cuenta que el horario flexible, en aquellos casos en los que haya una gran dosis de flexibilidad a favor del trabajador (como en los que se permita una adaptación continua del trabajador, con modificaciones continuas del horario), puede generar problemas respecto de la violación de normas que precisamente se establecen como mecanismo de tutela de la situación del trabajador⁴³⁰; como el caso del descanso diario de 12 horas entre jornada y jornada o respecto del límite máximo de las 9 horas de trabajo diarias. En todo caso, desde nuestro punto de vista habrá que respetar la regulación ya analizada sobre los máximos de jornada: el horario flexible no es en sí mismo una regulación especial de la jornada de trabajo, sino un mecanismo por el que se determina el horario de trabajo teniendo en cuenta los intereses del trabajador.

En cuanto a la recepción de este tema por parte de la negociación colectiva, podemos señalar que la experiencia no es precisamente satisfactoria, pues en la mayor parte de los casos se trata simplemente de facilitar una entrada flexible, limitando el horario flexible a un período de tiempo bastante corto. Ello supone, en la práctica, que más que un sistema de jornada flexible, estamos ante un mecanismo para evitar los retrasos de los trabajadores; o dicho de otra manera: que la parte de retraso a la entrada, se traslade en igual cuantía a la hora de salida⁴³¹. En este sentido la experiencia muestra que no suele pactarse más allá de una hora de flexibilidad⁴³². Es evidente que con tan poco margen de flexibilidad no se pretende en realidad que el trabajador pueda adaptar su jornada a sus necesidades, sino que, tal como acabamos de señalar, se trata más de un sistema de evitar las consecuencias de los retrasos en el acceso al trabajo; y como tal podría resolverse esta cuestión de otra manera, así hay convenios colectivos que señalan que los retrasos de escasa entidad se podrán recuperar en el mismo día que se hayan producido⁴³³, sin necesidad de acudir al mecanismo del horario flexible.

Son pocos los convenios que establecen un verdadero sistema de horario flexible, dejando un margen suficiente para que el trabajador pueda adaptar

⁴²⁹ PÉREZ DE LOS COBOS, F. y MONREAL BRINGSVAERD, E.: «La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 58 (2005), página 73.

⁴³⁰ ALARCÓN CARACUEL, M.R.: *Op. cit.*, página 137.

⁴³¹ Así el CC de Hewlett Packard Customer Delivery Services, SL (BOE 19-4-2016); Petronor, SA (BOE 4-9-2015).

⁴³² No obstante, el CC del Grupo Asegurador Reale (BOE 29-4-2015) establece una flexibilidad de entrada y salida de dos horas (de 7,30 a 9,30 y de 14,30 a 16,30). De igual manera en el CC de Repsol Petróleo, SA (BOE 11-6-2015) que establece como horario de entrada entre las 7,30 y las 9,30.

⁴³³ CC de Federación Farmacéutica, SCCL (BOE 12-1-2015).

el horario de trabajo a su necesidades⁴³⁴. En algún caso se vincula esta posibilidad a las necesidades del trabajador, generada por la existencia de responsabilidades familiares⁴³⁵.

Otro elemento que limita la posibilidad de utilizar el horario flexible es el hecho de que haya convenios que condicionan este tipo de horario a las necesidades de servicio de la propia empresa, de manera que pueda ésta impedir la aplicación práctica de lo pactado, si bien, aparentemente, deberá acudir a la existencia de tales necesidades⁴³⁶; o bien, se condiciona al reconocimiento expreso de la empresa, que lo hará en función de las circunstancias organizativas de la actividad productiva⁴³⁷; o se requiere una justificación de los motivos, siendo necesaria la autorización previa por parte de la empresa (lo cual es paradójico, sobre todo si se trata de un mecanismo para evitar los retrasos⁴³⁸).

Podemos encontrar convenios que se limitan simplemente a establecer un flexibilidad de X horas a la entrada o salida del trabajo, sin establecer más regulación sobre este tema, lo cual dificulta que se pueda aplicar este cuestión⁴³⁹. Por el contrario podemos también detectar convenios que de manera mucho más precisa especifican un horario flexible de entrada y un horario de salida que debe ser respetado sin que pueda el trabajador abandonar el trabajo antes de dicha hora. Ello supone que la parte de jornada establecida entre la hora máxima de acceso al trabajo y la hora mínima de salida del trabajo, es la parte de la jornada que el trabajador deberá permanecer con carácter obligatorio en el centro de trabajo con el resto de la plantilla⁴⁴⁰. Lógicamente este tipo de horario flexible requiere un control horario estricto, tal como señala la propia negociación colectiva⁴⁴¹.

13.2. Reducciones de jornada por motivos familiares

Las reducciones de jornada por motivos familiares están recogidas, tal como hemos visto en el art. 37 ET. En cuanto a esta cuestión, la negociación

⁴³⁴ Vid. el CC del personal asalariado al servicio de la Comisión Ejecutiva Confederal de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (BOE 19-1-2016).

⁴³⁵ Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa» (BOE 2-2-2006).

⁴³⁶ Vid. CC de European air Transport Leipzig GMBH (BOE 26-2-2016).

⁴³⁷ CC Recuperación de Materiales Diversos (BOE 10-2-2015).

⁴³⁸ CC de Petronor, SA (BOE 4-9-2015).

⁴³⁹ CC de Iberdrola Inmobiliaria, SAU (BOE 23-2-2016); Recuperación de Materiales Diversos (BOE 10-2-2015).

⁴⁴⁰ CC de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas (BOE 23-3-2016); que fija flexibilidad de horario de entrada entre las 8,30 y las 9,30 y la salida no puede realizarse antes de las 17 horas.

⁴⁴¹ CC de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas (BOE 23-3-2016).

colectiva se refiere con frecuencia a los diferentes mecanismos que legalmente se establecen. En ocasiones estos convenios se limitan a remitirse a la regulación legal⁴⁴², o se limitan a reiterar algunas de las reducciones recogidas en el art. 37 ET⁴⁴³ (más extraño es que el convenio recoja todos o casi todos de los mecanismos de reducción de jornada por motivos familiares contenidos en el art. 37. ET⁴⁴⁴). A este respecto debe tenerse en cuenta que es frecuente que los derechos de reducción por lactancia aparezcan regulados junto con los derechos a la suspensión por maternidad.

En otros casos el convenio afirma alguna de la posibilidad que el legislador remite a la negociación colectiva para su puesta en marcha, como es el caso de la acumulación de la hora de lactancia en días naturales (que es, con toda seguridad, el supuesto más regulado entre los diferentes mecanismo de reducción de jornada por motivos familiares), siendo habitual que se concrete el número de días (frecuentemente superando los días resultantes de la aplicación directa de la norma legal y estableciendo así una mejora) llegando a regularse en alguna ocasión de manera bastante detallada las condiciones de ejercicio de este derecho⁴⁴⁵; de esta manera se cumple lo previsto por la

⁴⁴² CC de Federación Farmacéutica, SCCL (BOE 12-1-2015); Grupo de empresas de servicios del Real Automovil Club de España (BOE 21-4-2015); Gestilán Estaciones de Servicio, SL (BOE 6-11-2015).

⁴⁴³ CC estatal para las industrias de elaboración del arroz (BOE 3-2-2015); Alcatel Lucent España, SAU (BOE 10-2-2015); CC de la industria azucarera (BOE 25-9-2015); CC marco de la UGT (BOE 1-1-2016); CC marco para las entidades financieras de crédito (BOE 1-3-2016); CC sector fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE 2-3-2016); CC estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE 15-3-2016); pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas (BOE 23-3-2016); Claro Sol Facilities, SLU (BOE 13-4-2016); Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016); Grupo Enagas (BOE 16-5-2016); Automáticos Orenes, SLU (BOE 6-6-2016); CC del sector de la banca (BOE 15-6-2016); CC interprovincial para el comercio de flores y plantas (BOE 14-7-2016); Uniprex, SAU (BOE 21-7-2016); Aldeas Infantiles SOS de España (BOE 10-8-2016).

⁴⁴⁴ Grupo Ahorro Corporación (BOE 29-4-2015); CC de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 6-8-2015); CC general de la industria química (BOE 19-8-2015); Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL (BOE 6-11-2015); CC sector de empresas de publicidad (BOE 10-2-2016); CC interprovincial para el comercio de flores y plantas (BOE 2-5-2016); Teleinformática y Comunicaciones, SAU (BOE 17-8-2016).

⁴⁴⁵ CC de Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución Ceuta, SLU (BOE 12-1-2016); Grupo de empresas de servicios del Real Automovil Club de España (BOE 21-4-2015); Grupo Ahorro Corporación (BOE 29-4-2015); Estudios e Ingeniería Aplicada XXI, SA (BOE 3-7-2015); CC de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 6-8-2015); Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE 19-8-2015); CC general de la industria química (BOE 19-8-2015); Danone, SA (BOE 20-8-2015); Cepl Iberia, SL (BOE 25-9-2015); CC de la industria azucarera (BOE 25-9-2015); CC estatal para el sector de industrias de aguas de bebida envasadas (BOE 9-10-2015); Centro Farmacéutico, SL (BOE 14-10-2015); Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL (BOE 6-11-2015); CC marco de la UGT (BOE 1-1-2016); Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa» (BOE 2-2-2016); CC marco para las entidades financieras de crédito (BOE 1-3-2016); CC estatal para el sector de ortopedias y ayudas técnicas (BOE 15-3-2016); pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas (BOE

regla legal: enunciar un posible derecho que requiere necesariamente de la negociación colectiva para su puesta en marcha. Otro supuesto similar es el contenido en el art. 37.5 ET que prevé la reducción de la jornada por cuidado de menores de 12 años con discapacidad, o de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que no puedan valerse por sí mismos o de hijos hospitalizados y tratamiento continuado del menor afectado por cáncer o enfermedad grave; estableciéndose por este precepto que el convenio podrá regular las condiciones y supuestos en que se podrá acumular la reducción en jornadas completas, posibilidad que se ha establecido en algún convenio colectivo⁴⁴⁶.

Una cuestión interesante es el hecho de que la lactancia cuando se acumula, se disfruta junto con la suspensión del contrato por maternidad, como mecanismo para alargar el período que el trabajador o la trabajadora dedican al cuidado del hijo; pero recordemos que en los casos de coincidencia con vacaciones, no se disfruta la maternidad, sino que ésta se disfruta con posterioridad, incluso si ha terminado el año natural; pues bien, ¿puede acumularse en este caso la lactancia con la suspensión por maternidad que se disfruta fuera del año natural? Entiendo que ello es perfectamente posible, pero siempre y cuando el lactante no tenga más de los nueve meses. Sobre esta cuestión podemos ver algún convenio que recoge expresamente la acumulación en estos supuestos⁴⁴⁷.

En otros casos la regulación negocial señala específicamente que la concreción de los derechos de reducción de jornada se ha de producir exclusivamente dentro del turno de trabajo del propio trabajador o dentro de su jornada ordinaria⁴⁴⁸. En algún caso, siguiendo lo establecido por el art.37.6 ET, el convenio establece criterios para la concreción horaria, que tienen en cuenta, no sólo los derechos de conciliación, sino también los intereses o necesidades productivas del empresario⁴⁴⁹.

23-3-2016); La Vanguardia Ediciones, SLU (BOE 22-4-2016); Refresco Iberia, SAU (BOE 2-5-2016); Grupo Enagas (BOE 16-5-2016); CC del sector de la banca (BOE 15-6-2016); Uniprex, SAU (BOE 21-7-2016); Aldeas Infantiles SOS de España (BOE 10-8-2016); Teleinformática y comunicaciones, SAU (BOE 17-8-2016).

⁴⁴⁶ CC de Vueling Airlines, SA (BOE 15-7-2015); CC de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 6-8-2015); CC general de la industria química (BOE 19-8-2015); CC estatal de perfumería y afines (BOE 19-1-2016).

⁴⁴⁷ CC estatal de acción e intervención social (BOE 3-7-2015).

⁴⁴⁸ CC Próxima Servicios Empresariales, SL (BOE 24-4-2015); CC estatal de perfumería y afines (BOE 19-1-2016); CC del sector de la banca (BOE 15-6-2016); Uniprex, SAU (BOE 21-7-2016).

⁴⁴⁹ Así el CC del Grupo Ahorro Corporación (BOE 29-4-2015), que establece que la concreción horaria vendrá limitada por el hecho de que cuando un 60% del personal adscrito a un área o departamento ejerce su derecho de forma simultánea habrá de determinarse la franja horaria de disfrute de la totalidad del personal de tal forma que se garantice la cobertura del horario de apertura por, al menos, un 50% del personal adscrito al mismo. El CC del Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE 19-8-2015) establece que el horario resultante de la reducción deberá, además de ser razonablemente compatible con las necesidades productivas de la empresa y de los clientes del Grupo, ajustarse a la jornada ordinaria diaria y establecerse dentro del horario establecido por el servicio contratado.

Pero las regulaciones más desilusionantes son aquellas en que el convenio se limita a reiterar la norma legal, que prevé la necesidad de activar estos derechos a través de la negociación colectiva, con lo cual en realidad el convenio no está concediendo nada al trabajador⁴⁵⁰, demostrando así un desconocimiento por los negociadores del significado de la norma legal. No obstante, en otros casos se reconoce como derecho de la trabajadora víctima de violencia de género los diferentes mecanismos que enumera el art. 37.7 ET y que deberían concretarse por la negociación colectiva⁴⁵¹; o se determina el mecanismo o mecanismos concretos a los que tiene derecho la trabajadora⁴⁵², si bien, también se establece como condicionante el acuerdo con la empresa⁴⁵³ debemos reconocer que no es algo habitualmente incorporado a la negociación colectiva.

De otro lado es posible encontrar en la negociación convenios que van más allá de lo establecido por la regulación legal y que incluyen supuestos diferentes que amplían la protección que puede otorgarse a los trabajadores en estos casos; así el CC de Praxair España, SL⁴⁵⁴, que establece el derecho a la jornada reducida en caso de enfermedad grave del cónyuge, hijos, padres, hermanos, abuelos, nietos, padres o hermanos políticos siempre que convivan con el trabajador, pudiendo reducirse hasta un máximo del 40% de la jornada, con una reducción del salario correspondiente al 75% de la reducción de jornada que se practique, pudiendo otorgarse el mismo derecho si se trata de hijos menores de ocho años, en situación distinta de la enfermedad, pero para los que se justifique la atención a juicio de la Comisión Mixta creada para ello.

De igual manera el CC de Aunar Group, SL⁴⁵⁵ establece la reducción de jornada entre una hora y un máximo de la mitad de la jornada, con reducción proporcional del salario, para el cuidado directo de un familiar que no pueda valerse por sí mismo, aun cuando realice actividad retribuida. En todo caso esta reducción se otorga previa aceptación de la empresa, es decir, que requiere el acuerdo de la misma.

El CC del Grupo Asegurador Reale⁴⁵⁶ establece una reducción por cuidado de hijos menores de cinco años sin reducción de salario; o la posibilidad

⁴⁵⁰ Sería el caso del CC de Aunar Group, SL (BOE 13-4-2015), que señala que las trabajadoras víctimas de violencia de género tendrán derecho a hacer efectiva su protección a través de la reducción de la jornada, reordenación del tiempo de trabajo, o adaptación del horario, o la aplicación de horario flexible u otras formas de ordenación, que se utilicen en la empresa.

⁴⁵¹ CC de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 6-8-2015).

⁴⁵² CC general de la industria química (BOE 19-8-2015);); pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas (BOE 23-3-2016); CC interprovincial para el comercio de flores y plantas (BOE 14-7-2016).

⁴⁵³ CC de Cepl Iberia, SL (BOE 25-9-2015); CC estatal de perfumería y afines (BOE 19-1-2016).

⁴⁵⁴ BOE 12-1-2015; Grupo ASV Servicios Funerarios (BOE 26-2-2015).

⁴⁵⁵ BOE 13-4-2015.

⁴⁵⁶ BOE 29-4-2015.

de que, una vez agotados los permisos familiares, se disfrute de una reducción de jornada sin reducción de salario durante treinta días; y también la reducción de jornada de los trabajadores que se encuentren en tratamiento oncológico, todo ello sin reducción de salario.

Por su parte el CC estatal de acción e intervención social⁴⁵⁷ establece una regulación en la que se entremezclan diferentes elementos de las reducciones de jornada del art. 37 ET dando lugar a una regulación un tanto compleja en la que hay elementos de dudosa legalidad: por ejemplo se prevé la reducción de jornada para los trabajadores que por razón de guarda legal, tengan a su cuidado un menor de 12 años, a quien se le reconozca una situación de dependencia en grado severo; requisito, este último, que no encaja con lo dispuesto por el art. 37.5 ET⁴⁵⁸. Pero este mismo convenio establece también la reducción para los que tienen bajo su cuidado directo a menores de 18 años con enfermedad grave o personas discapacitadas físicas, psíquicas o sensoriales (el art. 37.5 ET se refiere a menores de 12 años, no de 18, con lo que estaríamos ante una mejora); o se añade que la reducción puede ser mensual y disfrutarse en jornadas completas si lo permiten las necesidades productivas y organizativas del puesto de trabajo.

El CC de la Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa»⁴⁵⁹ establece diferentes mejoras de la regulación relativa al tiempo de trabajo cuando existen ciertas responsabilidades familiares: así, la posibilidad de flexibilizar la jornada y el horario durante dos meses a partir del nacimiento del hijo, el derecho del trabajador con hijo discapacitado a solicitar una reducción del octavo de su jornada sin reducción proporcional de sus retribuciones; derecho que también se concede en caso de trabajadores que tienen a su cuidado directo un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que no puede valerse por sí mismo y no realiza actividad retribuida. También regula el derecho a la reducción, entre el octavo y la mitad de la jornada de trabajo, con reducción de retribuciones, y durante un año, cuando tengan hijos entre 12 y 18 años. Por último, se prevé que haya una reducción, acordada a título individual, de un octavo de la jornada, con reducción de salario, por motivos no establecidos por la ley.

El CC de Aldeas Infantiles SOS de España⁴⁶⁰ establece el derecho al cambio de turno (si el servicio lo permite) para aquellos trabajadores que deben atender a discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales; teniendo el mismo

⁴⁵⁷ BOE 3-7-2015.

⁴⁵⁸ Otro supuesto de dudosa legalidad es la exigencia de amplios plazos de preaviso, tal como ocurre con el CC de Vueling Airlines, SA (BOE 15-7-2015) que establece un preaviso mínimo de 45 días anteriores al inicio del primer día del mes de comienzo de la reducción (es decir, en la práctica siempre más de 45 días). Se trata de un preaviso excesivo que puede, en la práctica, impedir la finalidad que se persigue con estas reducciones que es atender necesidades que pueden ser imperiosas y que está difícilmente justificado por las necesidades organizativas de la empresa.

⁴⁵⁹ BOE 2-2-2016.

⁴⁶⁰ BOE 10-8-2016.

derecho quienes deban encargarse del cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que no puede valerse por sí mismo y no desarrolla actividad retribuida. No entendemos como una mejora de la regulación de reducciones familiares la alusión de este convenio a que durante la reducción de jornada por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, la trabajadora perciba la prestación del 100% de la base reguladora, reducida en proporción a la propia reducción de la jornada, pues parece que en realidad se está refiriendo a la prestación de Seguridad Social.

Por su parte, el CC sector fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados⁴⁶¹ extiende la protección no sólo a los familiares por afinidad en sentido estricto, sino también a aquellos que lo son simplemente por existir una pareja de hecho.

En el caso del CC de pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas⁴⁶² se establece el incremento de la reducción de la jornada por cuidado de hijos menores de 12 años, hasta la finalización del curso escolar en que estos menores cumplen la citada edad.

Por último, también hay convenios que reconocen que la concreción horaria y determinación del período de disfrute corresponde a los trabajadores⁴⁶³. No obstante, hemos de recordar que esto es algo que ya afirma el art. 37.6 ET y ya hemos señalado los problemas que ello ha supuesto, pues no garantiza realmente que sean ellos los que concreten la reducción. En realidad este tipo de reglas convencionales tampoco aseguran que sólo se tenga en cuenta los intereses de los trabajadores; por lo tanto, si lo que se pretende es garantizar que sean sólo los trabajadores quienes concreten la reducción, con independencia de los intereses empresariales, habría que regular esta cuestión afirmando expresamente que la concreción del derecho corresponde, en exclusiva, al trabajador.

Otro de los mecanismos que en algunos convenios colectivos se recoge como favorecedor de la conciliación de la vida familiar y laboral es el teletrabajo. Sobre esta cuestión podemos encontrar convenios que acuerdan la posibilidad de plantear la extensión de acuerdos individuales sobre teletrabajo justamente con la finalidad de facilitar esta conciliación⁴⁶⁴, o compromisos para estudiar la implantación de esta modalidad de trabajo, pero sin ningún tipo de regulación específica sobre la misma⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ BOE 2-3-2016.

⁴⁶² BOE 23-3-2016.

⁴⁶³ Así ocurre con el CC marco de la UGT (BOE 1-1-2016); CC sector de empresas de publicidad (BOE 10-2-2016); Automáticos Orenes, SLU (BOE 6-6-2016); CC del sector de la banca (BOE 15-6-2016); Uniprex, SAU (BOE 21-7-2016).

⁴⁶⁴ Así el CC de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21-1-2016); Teleinformática y Comunicaciones, SAU (BOE 17-8-2016); Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa» (BOE 2-2-206).

⁴⁶⁵ CC Thyssenkrupp Elevadores, SL (BOE 16-10-2015).

Segunda Ponencia
**TIEMPO DE TRABAJO EN LOS CONTRATOS A TIEMPO
PARCIAL. REGULACIÓN Y TRATAMIENTO
EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

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

SUMARIO

1.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 1.1.- Motivación del interés del trabajo. 1.2.- Acotamiento del campo de estudio: la muestra de convenios analizados. 1.3.- Exclusiones del alcance de este análisis. 2.- CLÁUSULAS GENERALES SOBRE EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL. 2.1.- Opciones o modelos de regulación. 2.2.- Compromisos de estabilización de plantillas y lucha contra la precarización. 2.3.- Declaraciones expresas sobre inclusión de los trabajadores a tiempo parcial en el ámbito del convenio. 2.4.- Principios de igualdad de trato y proporcionalidad. 2.5.- Referencias a la igualdad de género. 2.6.- Previsiones sobre pluriempleo. 2.7.- Vinculación de la contratación a tiempo parcial con la supresión o limitación de las horas extras. 2.8.- Forma de cómputo del período de prueba de los trabajadores a tiempo parcial. 2.9.- Reducciones de jornada no causales de carácter voluntario. 3.- ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LOS CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL. 3.1.- Establecimiento de una jornada mínima para los trabajadores a tiempo parcial. 3.2.- Preferencia por la jornada continuada. 3.3.- Horas complementarias. 3.4.- Horas adicionales voluntarias. 3.5.- Prohibición de horas extraordinarias. 3.6.- El preaviso para la realización de horas complementarias. 3.7.- Distribución de la jornada y horarios de trabajo. 3.8.- Obligaciones de registro y documentación. 3.9.- Algunas pautas de interés en relación con la conciliación. 3.10.- Teletrabajo parcial. 4.- CONCLUSIONES Y VALORACIÓN FINAL. 5.- BIBLIOGRAFIA. 6.- ANEXO DE CONVENIOS CONSULTADOS.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1.1. Motivación del interés del trabajo

Existen varias razones por las que analizar el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial —especialmente desde la panorámica que de él ofrece la negociación colectiva— constituye un asunto de la máxima actualidad y de sumo interés teórico y práctico. Por una parte, porque si las modalidades de contratación laboral vienen desde hace muchos lustros desempeñando un relevante papel como instrumentos de política de empleo, en el caso del tiempo parcial esa es la perspectiva que en este momento, con toda claridad, prevalece sobre otras posibles. Este singular rasgo quedaba patente en el preámbulo del *RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores*¹, que modificó la ordenación jurídica de este tipo contractual (A.J. Valverde Asencio, 2014, pp.13 y ss.), y que le atribuyó de forma expresa una trascendental función como vía de ingreso en el mercado de trabajo, y de transición hacia la estabilidad y la normalización que puede suponer acceder a un trabajo a tiempo completo y de duración indefinida.

La potenciación de esta orientación venía de este modo a sumarse a otros fines dignos de tutela que el contrato a tiempo parcial podía desde siempre propiciar, de manera significativa en la esfera de la crecientemente demandada flexibilidad, y además a favor de los intereses de una y otra parte de la relación laboral. Para el empresario, porque la evolución del tratamiento de esta figura contractual —a la que con sumo acierto se ha calificado como «complejo y azaroso devenir legislativo» (J. R. Mercader Uguina y P. Nieto Rojas, 2011, p.303)— no ha dejado de mostrar una tendencia a la facilitación de una mayor y más flexible disposición de la fuerza de trabajo, acorde con la realidad emergente y los nuevos entornos en que se han de desenvolver las actividades productivas y de oferta de servicios a los mercados, y la consecuente forma de organización y gestión de las empresas. En paralelo, el trabajo a tiempo parcial se viene

¹ BOE 21 de diciembre.

concibiendo como una de las fórmulas más empleadas para favorecer la conciliación de la vida laboral, familiar y personal. Lo que sin duda explica una de las características más señaladas de este tipo de trabajo, en España y en general en el resto de Europa y del mundo, que es su elevada feminización (C.Martínez Moreno, 2014, pp. 79 y ss.). Lo cual plantea algunos de los más importantes retos en su tratamiento normativo, desde luego en el convencional.

Es precisamente la relativa novedad de la norma modificativa de algunos aspectos destacados de la regulación legal del contrato a tiempo parcial la tercera razón de peso para llevar a cabo este análisis. Más si cabe, por la forma en que las reglas que se contienen en algunos pasajes del art.12 ET se proyectan sobre la función reguladora del convenio colectivo, al que se hacen llamadas a efectos que resultan primordiales, tales como la determinación del modo de distribución de la jornada inicialmente pactada [art.12.4 a) ET]; las posibles pausas cuando el trabajo se realice en régimen de jornada partida [art.12.4 b) ET]; el eventual incremento del porcentaje de horas complementarias y voluntarias que fija inicialmente la norma legal [art.12.5 c) y g) ET]; la reducción del plazo de preaviso con que el trabajador será requerido para trabajar esas horas [art.12.5 d) ET]; o el establecimiento de medidas que faciliten el acceso efectivo de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional continua a fin de favorecer su progresión y movilidad profesionales [art.12.4 f) ET]. El análisis de la negociación colectiva llevada a cabo en estos últimos años será, pues, en un sentido u otro, sumamente esclarecedor.

En un plano diferente, más sociológico, concurren motivos de otra índole para revisar o hacer un repaso de la praxis en relación con esta forma de trabajo y que afectan a sus elementos conformadores básicos, a los que habrían de servir de verdadero muro de contención frente a los riesgos que pudiera implicar el hoy llamado trabajo «por horas». Elementos nucleares que vienen además impuestos por la normativa europea contenida en la *Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES* (DO L 14, de 20.01.1998), que fundamentalmente se orienta a la garantía de la voluntariedad en la realización de este trabajo, del principio de no discriminación, a la mejora de su calidad y a que se tengan en cuenta las necesidades de los empresarios y también de los trabajadores. Pues bien, a todos esos objetivos están afectando algunas realidades y prácticas que no han dejado de ser constatadas por las autoridades de uno y otro lado de nuestras fronteras, tal y como se desprende de algunos informes y documentos de los que me he ocupado en otros lugares y ocasiones (C. Martínez Moreno, 2014, pp.79 y ss.; y C. Martínez Moreno, 2016).

La primera de esas variables es la notable expansión que ha experimentado la contratación a tiempo parcial desde la irrupción de la crisis, en España

incluso por encima de la media de la UE², y sobre todo en sectores como la hostelería, la agricultura, el ocio y el entretenimiento, el comercio minorista, las residencias y los establecimientos de cuidado y los servicios varios, donde el trabajo atípico e irregular es muy frecuente, por no decir la pauta más normal. Esto, que en sí mismo no sería sino reflejo o expresión de esa funcionalidad que tiene el trabajo a tiempo parcial como mecanismo de acceso al empleo y de ordenación flexible y adaptable a las demandas de los usuarios, ofrece, sin embargo, una cara menos amable, que proviene de algunos otros factores que también se han podido observar y constatar. Para empezar, el incremento de la involuntariedad (J. López Gandía, 2016, pp.281 y ss.), de los casos en que el trabajo a tiempo parcial no resulta de una mera opción o de la libre elección del trabajador; en segundo término, la incuestionable feminización de esta forma de trabajo, no siempre, por cierto, resultante del deseo de compaginar trabajo y responsabilidades familiares; y, en fin, el fraude y la precarización. Esto último, al punto de que nuestras autoridades han podido constatar una variación en las conductas defraudadoras, que transitan del empleo simplemente sumergido a la declaración de menos horas de las que en verdad se trabajan³ —con la consiguiente reducción engañosa de la retribución y de las cotizaciones—⁴, que ha motivado la adopción de una iniciativa para reforzar la labor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social precisamente en este concreto ámbito, el del control del tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial y, después, con un carácter más general, de las jornadas laborales y las horas extraordinarias, a través de mecanismos más rigurosos de registro de los horarios de trabajo por parte de las empresas (J.A. Fernández Avilés, 2016, pp.5 y ss.)⁵

² Conforme a los datos que maneja el propio MEYSS, según la Encuesta de Población Activa habría 2.840.000 trabajadores con este tipo de contrato, de los que la mayor parte, 2.059.100, son mujeres. Si bien los datos del último trimestre, a julio de 2016, se advierte que el empleo a tiempo completo sube en 301.100 personas, mientras que el número de ocupados a tiempo parcial baja en 29.800. El porcentaje de personas ocupadas que trabaja a tiempo parcial se reduce 39 centésimas, hasta el 15,31% [<http://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0216.pdf>].

³ Aunque no se trate propiamente de un supuesto de simulación, la STS de 11 de junio de 2014 (Rec.1039/13) sí muestra a las claras una práctica que apunta al incremento de las horas inicialmente estipuladas, y no precisamente por la vía del pacto de horas complementarias.

⁴ Otro tipo de infracción detectada por la Inspección es el enmascaramiento de las horas extras bajo otros conceptos retributivos, que si dieran lugar a la cotización por contingencias comunes y al devengo de las correspondientes prestaciones, constituiría infracción muy grave por incremento indebido de prestaciones; además de poder dar lugar a la comunicación a la TGSS para la regularización de las cotizaciones en el capítulo de cotización adicional por horas extras.

⁵ Instrucciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 1/2015 y 3/2016 sobre intensificación del control de la contratación a tiempo parcial, y de tiempo de trabajo y horas extraordinarias, respectivamente. En la planificación de la actuación de la Inspección para 2017 se han seleccionado los sectores que según la EPA tienen mayores excesos de horas, como son, en la Industria manufacturera, la alimentación, el textil y la confección, las artes gráficas y la fabricación de muebles; a los que se suma el comercio, la reparación de vehículos, las actividades financieras y de seguros y las actividades sanitarias y de servicios sociales. La hostelería se ha dejado fuera, porque ya aparece en otras campañas, como la de la economía irregular. Como es fácil de advertir, buena parte de esos sectores son sectores feminizados.

El propósito de este estudio es contribuir a hacer un diagnóstico lo más ajustado posible de cuál es el panorama que ofrece la negociación colectiva en estos momentos. En especial, sobre el tratamiento y ordenación de cuantas cuestiones tienen que ver con la distribución de los tiempos de la prestación de trabajo de los empleados con contrato a tiempo parcial, que con toda probabilidad son las materias que más directamente atañen y conectan con los retos apuntados relativos a la recuperación del equilibrio contractual en esta fórmula de empleo, el reparto proporcionado entre flexibilidad favorable a la empresa y a los trabajadores, y la lucha contra la discriminación y la precariedad. Así y todo, se ha considerado conveniente incluir también algunos otros aspectos de índole más general sobre el régimen convencional del contrato, o previsiones específicas que sobre el mismo se llevan a cabo a otros efectos en diversos pasajes del convenio. De modo que todo ello arroje como resultado una visión integral de esta materia.

1.2. Acotamiento del campo de estudio: la muestra de convenios analizados

La selección de la muestra de convenios para cualquier análisis que se pretenda hacer de materias propias de su contenido regulador no es tarea ni mucho menos sencilla, pese a las solventes fuentes y bases de datos con que actualmente se cuenta y los magníficos estudios que ya existen en otras esferas de la ordenación convencional de las relaciones de trabajo asalariado. En esta ocasión se han revisado alrededor de doscientos convenios colectivos, si bien la muestra final se ha visto ceñida a unos ciento sesenta, habida cuenta que en algunos casos no se han logrado detectar cláusulas o previsiones significativas en torno al trabajo a tiempo parcial.

En la labor de recopilación se han procurado seguir algunos principios rectores, tales como la modernidad de la norma convencional —con el fin de comprobar la repercusión que ha tenido la modificación del año 2013 sobre los contenidos negociales—; la mayor cobertura posible de la negociación sectorial de ámbito estatal, prestando especial atención a los sectores presuntamente más receptivos o de mayor incidencia del trabajo a tiempo parcial, o con prevalencia de trabajos feminizados. Sin descuidar la relevancia creciente de la negociación colectiva de empresa, y la tradición y consolidación de convenios de ese específico ámbito en empresas y grupos de empresas representativos por haber logrado alcanzar una notable perfección técnica y una gran riqueza de contenidos. Se ha intentado incluir también una pequeña muestra de la negociación provincial, cuyo análisis completo resulta en un estudio de estas características de todo punto imposible.

Una última indicación de método conviene realizar en este punto, que consiste en aclarar que la cita en el texto a los convenios se hará simplificada-mente, por referencia al sector o nombre de la empresa, incluyéndose al final

un anexo con la referencia completa que permita, en su caso, la localización de la versión íntegra del convenio en el Boletín Oficial correspondiente.

1.3. Exclusiones del alcance de este análisis

El planteamiento inicial era ceñir el estudio a la ordenación del tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial. Pese a ello, a medida que se avanzaba en la lectura de los convenios y en la búsqueda de los contenidos que desde ese prisma se consideraban relevantes o significativos, se detectó la presencia de cláusulas tipo que se reiteraban con cierta frecuencia, que podían revestir también interés, y que quedarán enmarcadas en el apartado dedicado a las cláusulas generales sobre la figura prototípica de esta forma de trabajo.

Desde este último punto de vista, de manera deliberada se han excluido del foco de atención variantes o modalidades de este contrato como la jubilación parcial y el contrato de relevo —con fuerte presencia y gran desarrollo en buena parte de los convenios, pero de interés por motivos diversos—; o los trabajos fijos discontinuos, sin perjuicio de que estos últimos cuenten asimismo con regulaciones dignas de mención, que incluso pueden regular la prestación de servicios de este tipo de personal a tiempo parcial⁶.

Por último, se han dejado fuera igualmente las reducciones de jornada de carácter finalista —por razones familiares, formativas y de protección de personas particularmente vulnerables, como las trabajadoras víctimas de violencia de género, o las víctimas de terrorismo— que constituyen una materia diferenciada y con suficiente autonomía como para ser objeto de un tratamiento específico y separado tanto en la ley como en la negociación colectiva.

2. CLÁUSULAS GENERALES SOBRE EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

2.1. Opciones o modelos de regulación

Como suele ser habitual en la mayor parte de las materias que integran el contenido posible de un convenio colectivo, las partes firmantes suelen

⁶ Por poner sólo algún ejemplo, en el *Convenio colectivo del sector de la hostelería de las Illes* (art.8.7); en el *I Convenio colectivo del Grupo de empresas AENA*; el *II Convenio colectivo que regula las relaciones laborales de las empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional*; o el *XX Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas de España, SA, Operadora, S. Unipersonal* (Tercera Parte); y, aunque bajo la rúbrica de «contrato indefinido a tiempo parcial» (art.47), se refiere en realidad a los fijos discontinuos el *Convenio colectivo del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia*.

optar por alguna de las siguientes pautas de regulación: la simple remisión a la regulación legal, en su caso, como normativa aplicable con carácter supletorio para lo no previsto en el convenio; la reproducción en todo o en parte de dicha regulación legal; y la ordenación autónoma, integral y unitaria, o fragmentaria y dispersa. Frente a lo que podría ser una primera aproximación puramente dogmática, las dos primeras opciones no tendrían demasiado sentido, siendo una mejor solución el abordaje autónomo y en cabal ejecución del papel que al convenio encomiende la propia ley, sea para el desarrollo, detalle y concreción de los aspectos del régimen jurídico de la institución o figura de que se trate; sea para regular cuestiones no previstas en la norma legal o que en esta se señalen con carácter puramente supletorio; para completar los trazos o esbozos que en aquella se establezcan; o, en fin, para mejorar los mínimos que en ella se garanticen. No obstante, la experiencia pone en evidencia que la remisión y, sobre todo, la reproducción en todo o en parte de las reglas fijadas en la norma de rango legal, por un lado, responde a las estrategias negociadoras y a los complejos intercambios transaccionales que tienen lugar en el proceso de negociación del convenio colectivo y que dependen de las concretas circunstancias en que el mismo se desarrolle; factores todos ellos muy difíciles de calibrar y de reducir a un esquema explicativo único. Por otra parte, sirven para clarificar e ilustrar sobre los derechos que asisten a los protagonistas de las relaciones de producción, en particular, aunque no sólo, a los trabajadores; lo cual no es una función menor que está llamada a cumplir igualmente la norma convencional.

En el caso del trabajo a tiempo parcial este patrón normativo se reproduce con bastante claridad. Y así, con algunas variantes, podemos encontrar convenios que se remiten, sin apenas añadir algo más, al art.12 ET; otros que reproducen el contenido de este precepto de manera total o parcial; y algunos que desarrollan aquellos aspectos que en el mismo quedan encomendados a la negociación colectiva, e incluso añaden regulaciones pormenorizadas de otras muchas cuestiones.

Entre los primeros, se puede mencionar el *Convenio de las empresas organizadoras del juego del bingo*, en cuyo art.12, bajo la rúbrica «modalidades de contratación» se dice que en relación con el contrato a tiempo parcial se estará a lo dispuesto en el art. 12 ET, aunque a continuación se añade que la jornada de estos trabajadores «en ningún caso podrá ser inferior a diez horas ni exceder de treinta y seis horas semanales». Esta garantía consistente en fijar unos umbrales de jornada se reitera en algunos otros convenios. Otros ejemplos de esta opción por la mera remisión al ET son el *XVII Convenio de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos* (art.19); el *Convenio colectivo de Minas de Almadén y Arrayanes*, que reproduce la definición del contrato a tiempo parcial del art.12 ET [art.14 a)], el *IX Convenio del comercio de Cataluña para subsectores y empresas sin convenio propio 2015-2016*, que se remite a la «legislación vigente» (art.21); el *V Convenio colectivo de*

Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU (art.20); o el *Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón* (art.6.9). Y, con declaración expresa de la supletoriedad de lo dispuesto en el art.12 ET, el *Convenio colectivo de Claro Sol Facilities, SLU* (art.17).

La mayor parte de los convenios analizados, sin embargo, adoptan la solución de, mencionando o no de manera explícita el art.12 ET, reproducir alguna de sus previsiones, añadir especificaciones y regular su régimen jurídico incluso con mucho mayor detalle, como se irá puntualizando en las páginas que siguen.

2.2. Compromisos de estabilización de plantillas y lucha contra la precarización

Como es bien sabido, y pese a los matices que introduce la STJ de 15 de octubre de 2014, *asunto Macellani* (C.221/13), que admite en ciertas circunstancias la conversión impuesta del contrato a tiempo parcial en uno a tiempo completo (J. Cruz Villalón, 2015, p.40), la novación del contrato, en sentido bidireccional, se rige por el principio de voluntariedad, que garantizan tanto la disposición comunitaria como la norma interna contenida en el art.12.4 e) ET⁷. Con el fin de facilitar la transición del trabajo a tiempo parcial a un empleo a tiempo completo, al que se presupone mejor fórmula de integración laboral del trabajador, el precepto citado impone al empresario la obligación de informar a sus empleados sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes que les permitan novar su contrato o incrementar el tiempo de trabajo «de conformidad con los procedimientos que se establezcan en convenio colectivo». En este último sentido, entre otros, el *Convenio colectivo de Aunar Group 2009, SL* (art.19).

En armonía con tal finalidad, los convenios introducen diversas fórmulas, que pasan por posibilitar o facilitar el incremento de la jornada, otorgar preferencia para ocupar vacantes a tiempo completo, incluso con autolimitación de las facultades de contratación del empresario, como ocurre, por ejemplo, en el caso del *Convenio del sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y haría de pescados y mariscos*, que, bajo la rúbrica de «estabilidad de plantillas» (art.7.3), propugna el empleo preferente del personal fijo-discontinuo en detrimento de la contratación temporal, a través de ETTs, o a tiempo parcial, y mientras no se encuentre ocupado todo el personal del primer tipo vinculado a la

⁷ SSTs de 14 de mayo de 2007 (Rec.85/06) y 7 de octubre de 2011 (Rec. 144/11). Aunque quizá de manera excepcional en la STS de 19 de marzo de 2014 (Rec.226/2013) se admite —no sin dudas y disensiones en el seno de la Sala— que en el marco de un despido colectivo se pueda adoptar, entre otras medidas, la de «recolocación diferida» de parte de los trabajadores despedidos, pero pasando de una contratación a tiempo completo a una de carácter fijo discontinuo.

empresa; o del *Convenio estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías*, que considera el fomento de los contratos a tiempo parcial indefinidos uno de los criterios generales en materia de contratación y empleo en el sector (art.15); al igual que el *Convenio del Grupo Champion*, que le añade el carácter alternativo a la contratación temporal (art.10). Este convenio avanza incluso más, el incorporar en su Disposición adicional cuarta el compromiso de la empresa de presentar al comité intercentros del grupo un «procedimiento de consolidación de jornada sobre novaciones de contrato para trabajadores a tiempo parcial durante el primer año de vigencia del convenio.» El carácter alternativo a la contratación temporal del contrato a tiempo parcial indefinido aparece también en el *III Convenio colectivo del Grupo de Empresas VIPS* (Disposición adicional sexta). En otro plano, pero con análoga orientación, el *Convenio colectivo de Danone, SA*, que limita la contratación a tiempo parcial al 8% de la plantilla media de la empresa en cómputo anual (art.17).

En la línea de propiciar la prolongación o ampliación de la jornada inicialmente pactada pueden citarse el *V Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski* (art.19); el *VI Convenio colectivo estatal de gestorías administrativas* (art.16); el *Convenio colectivo de Lidl Supermercados, SAU*, que alude a la ampliación en lo posible de las jornadas de los contratos a tiempo parcial para cubrir las necesidades temporales de mano de obra (art.8); el *Convenio colectivo del grupo de empresas Día SA y Twins Alimentación SA* (art.14); el *Convenio colectivo del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL* (art.10.1.D); el *Convenio colectivo de Safety-Kleen España, SA* (art.7); o el *Convenio colectivo de ESC Servicios Generales, SL*. Con algo más de desarrollo, el *Convenio colectivo de Compañía Logística Acotral, SA y Acotral Distribuciones Canarias, SL* concreta la preferencia en la ampliación de la parcialidad, primando la antigüedad en caso de concurrir varios candidatos, distinguiendo a su vez si se trata de trabajadores a tiempo parcial con contrato indefinido y temporal, para establecer ciertas condiciones de temporalidad o permanencia y márgenes de la ampliación del porcentaje de jornada (art.20.2); también el *Convenio colectivo del Grupo Importaco Frutos Secos* que exige que en el caso de novación del contrato, si se optase por la temporalidad se justifique esta última (art.16); o el *XVIII Convenio colectivo general de la industria química*, que junto a la preferencia de los trabajadores a tiempo parcial contempla la posibilidad de optar por la novación contractual en sentido inverso, de una jornada completa a otra parcial, siempre que la organización del trabajo lo haga posible (art.13). En idénticos términos, el *Convenio colectivo de Múltiples Transportes Envases de España, SL* (art.3.2).

En alusión directa al riesgo de precarización, el *Convenio colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios* reconoce que en la coyuntura actual el contrato a tiempo parcial puede concebirse como una buena herramienta de contratación estable, pero siempre que «no se utilice para

precarizar la contratación a jornada completa» (art.33), esto es, siempre que no se acuda a esta forma de contratación en sustitución del trabajo a tiempo completo. Subraya esta misma idea y añade idéntica cautela el *Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad* (art.17.1). Y también llama la atención el detalle con que el *Convenio colectivo de las industrias del frío industrial* reproduce la norma legal y recuerda que la conversión no puede llevarse a cabo por la vía del art.41 ET, y que el trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por la negativa a la transformación de su contrato —eso sí, sin perjuicio de las medidas que pudieran adoptarse de conformidad con lo dispuesto en los arts.51 y 52 c) ET— [art.11 e)]. Y también en el plano de los propósitos y fines de política de empleo, el *Convenio colectivo del Grupo de empresas Muerde la Pasta* trata de combinar la orientación que puede tener el trabajo a tiempo parcial para satisfacer mejor las necesidades de la empresa —en el caso marcadas por la demanda de la clientela y las horas de mayor o menor venta— con la posibilidad de compaginar la incorporación de los jóvenes al mundo laboral sin dejar de atender sus estudios (art.22).

Parte importante de los sistemas de consolidación de jornada se prevén al regular las horas complementarias, si bien la fórmula varía casi de convenio en convenio, llegando a resultar prácticamente imposible sistematizar los diversos supuestos que es posible detectar. Y así, por ejemplo, el *Convenio colectivo de Swissport Spain, SA*, en caso de trabajadores indefinidos a tiempo parcial con jornada inferior al 50% dispone que se consolide la media jornada anual de un trabajador a tiempo completo, «incluyéndose un pacto de horas complementarias que se firmará como anexo al contrato» (Disposición adicional tercera, sobre *Empleo*). Parece que la técnica para esa consolidación de la media jornada es, precisamente, el pacto de horas complementarias. Lo que ya no es tan claro es que esta forma de proceder garantice la voluntariedad de la realización de esas horas. Pero sobre esto volveremos en el apartado correspondiente al pacto de horas complementarias (3.3). El *Convenio colectivo del grupo de empresas Dia SA y Twins Alimentación SA*, permite asimismo que al final de cada año se consolide el 50% de las horas complementarias realizadas en el año anterior (art.14). Y el verdaderamente críptico *Convenio colectivo de Lidl Supermercados, SAU*, que autoriza igualmente consolidar «el 30% de la cantidad mínima del número de horas complementarias obligatorias» (¿querrá decir pactadas?) que se haya repetido anualmente durante tres años continuados a partir de 2016; a partir de enero de 2019, durante dos años consecutivos; y a partir del año 2020, anualmente (art.10.4); o el más sencillo *Convenio colectivo de Uniprex, SAU*, que abre el paso a la consolidación del incremento del 10% de la jornada ordinaria pactada si durante dos años consecutivos se realizara una jornada superior, poniéndolo en conocimiento el Servicio Público de Empleo y del Comité Intercentros (art.14). A la consolidación del 30% de las horas complementarias realizadas en el año se refiere el *Convenio colectivo de Compañía Logística Acotral, SA y Acotral Distribuciones Canarias SL*, siempre y cuando no se haya denun-

ciado por alguna de las partes el correspondiente pacto, y también contando con la intervención del Comité Intercentros [art.20 f)]; el 30% de la media de horas complementarias cada dos años consecutivos, en el *VI Convenio colectivo de Unión de Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, Grupo Técnico SA, Trípode SA y Coidec, SA* (art.12); cada dos años, la mitad de las horas realizadas, de nuevo con facultades de verificación y control atribuidas a la dirección de la empresa, el Comité Intercentros y la Comisión de Seguimiento creada a tal efecto y para asumir una función más general en relación con la implantación de este tipo de contrato, en el *III Convenio colectivo del Grupo de empresas Rodilla* (art.12); consolidación en supuestos de realización del máximo de horas complementarias y voluntarias durante todos los días en más de seis meses, en el *Convenio colectivo de Noroto, SAU* (art.13); y de las que se hayan realizado de forma regular en el año, también con seguimiento por parte del Comité Intercentros, en el *III Convenio colectivo del Grupo de Empresas VIPS* (art.12). Por su parte, en el *Convenio colectivo de Dealz España, SL*, partiendo de una jornada estándar de 20 horas semanales, se prevé que el personal con contrato indefinido y más de 9 meses de antigüedad a fecha 1 de septiembre que acredite una jornada media de más de 24 horas semanales consolide una jornada ordinaria de 25 horas (Disposición adicional primera).

Por fin, a partir de una obligación de registro anual, en el mes de febrero del año siguiente el trabajador podrá optar entre consolidar el 10% de las horas complementarias realizadas en el año anterior, distribuyéndose el incremento de la jornada en los doce meses siguientes, conforme al *Convenio colectivo del Grupo de empresas Muerde la Pasta* (art.22).

En el apartado de preferencias para ocupar vacantes a tiempo completo se pueden incluir convenios como el *Convenio colectivo de Aldeas Infantiles SOS de España*, que prevé que en el caso de puestos vacantes a jornada completa, previa a la selección externa para su cobertura se atiendan las solicitudes de cambio de jornada parcial a completa de los empleados/as de la Asociación (art.24). Medida semejante a la que se contiene en el *Convenio colectivo de Servigesplan, SL*, que también otorga preferencia a los trabajadores a tiempo parcial para modificar su contrato hasta ampliarlo a jornada completa respecto de las nuevas contrataciones de personal, previa solicitud por escrito (art.24); o en el *Convenio colectivo estatal de Grandes Almacenes* (art.9.A.1); de nuevo el *V Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski* (art.22.4); el *Convenio colectivo de Lidl Supermercados, SAU* (art.10.5); en igualdad de condiciones, matiza —como algunos otros— el *III Convenio colectivo del Grupo Zena* (art.12); el *III Convenio colectivo del Grupo de Empresas VIPS* también matiza que la preferencia será de «las personas que vieron reducidas sus jornadas», y en igualdad de condiciones de idoneidad para el puesto y en relación con el mismo grupo profesional, en casos de aumento de plantilla, vacantes o necesidad de contratación a tiempo parcial de mayor jornada (art.12); tenor que reproduce el art.12 del *Convenio*

colectivo del Grupo Pastificio. Otros convenios que incluyen previsiones similares sobre preferencias para ocupar las vacantes por parte de los trabajadores a tiempo parcial son el *III Convenio colectivo del Grupo de empresas Rodilla* (art.12); el *Convenio colectivo de Burgercampo, SL* [art.12 a)]; el *Convenio Colectivo del Sector para la Industria del Metal del Principado de Asturias* (Disposición adicional segunda B); el *VI Convenio colectivo de Unión de Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, Grupo Técnico SA, Trípode SA y Coidec, SA* (art.11); el *Convenio colectivo de Ediciones Primera Plana, SA, Logística de Medios de Catalunya, SL, Zeta Servicios y Equipos, SA (centros de trabajo de Barcelona), Zeta Gestión de Medios, SA y Grupo Zeta, SA (centros de trabajo de Barcelona)* [art.23]; el *Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías* (art.18.2.4); el *XV Convenio colectivo interprovincial para el comercio de flores y plantas* (art.15); el *Convenio colectivo estatal de perfumería y afines* (art.22); o el *Convenio colectivo de Dealz España, SL* (art.11); referido también a los fijos discontinuos el *Convenio colectivo del sector de la hostelería de las Illes Balears*; o, con ciertas peculiaridades, el *VII Convenio colectivo nacional de universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados* [art.14 c)]. Por su parte, en el *Convenio colectivo del Grupo de empresas Muerde la Pasta* se otorga preferencia para la cobertura de vacantes que puedan producirse a tiempo completo, del mismo grupo o categoría equivalente, y cuando tengan un perfil profesional adecuado, para los trabajadores y trabajadoras que desarrollen su prestación a tiempo parcial y tengan vigente un pacto de horas complementarias (art.22). En relación específicamente con la promoción interna, el *VI Convenio colectivo de Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas, SAU* (art.3.3).

Un caso con ciertas peculiaridades es el del *Convenio colectivo de contact center*, donde, para el personal de operaciones —que realiza su trabajo en las campañas o servicios que se conciertan con terceros—, dispone la posibilidad de simultanear varias campañas cuando hayan visto reducida su jornada por causas ajenas a la empresa de *Contact Center* (seguramente se refiere a la reducción de la jornada a resultas de la reducción por la empresa cliente del volumen de trabajo contratado para la correspondiente campaña), de manera que el trabajador, en el tiempo que dure dicha circunstancia, pueda percibir la retribución completa, sin merma alguna. La previsión se completa con el deber de informar a la representación legal de los trabajadores sobre los empleados que se encuentren en dicha circunstancia, con indicación de la fecha de inicio y de término, así como de las campañas o servicios en que estarán ocupados (art.14). Al igual que es singular el sistema regulado en el *Convenio de Limpieza de Edificios y Locales del Principado de Asturias*, que parte de asumir que en la actividad de limpieza se da «la proliferación de jornadas parciales», y dispone una batería de medidas que van desde acordar con la representación legal y sindical de los trabajadores complementos de la jornada de los trabajadores con «jornada limitada» (art.20), a la preferencia

para ocupar vacantes a jornada completa, regulando el procedimiento para que los trabajadores formulen por escrito las oportunas solicitudes, pudiendo ampliarse las horas en las distintas empresas en que desarrollen sus tareas, sin sobrepasar el límite de jornada completa que establece el propio convenio; y regulando también la repercusión de estas ampliaciones en el devengo y percepción del complemento de antigüedad; y las obligaciones de información de la empresa a la representación legal de los trabajadores de los motivos de la denegación, en su caso, de la solicitud. Otro caso singular, con previsiones en relación con las bolsas para la promoción profesional y el empleo, es el *Convenio colectivo de Compañía Logística Acotral, SA y Acotral Distribuciones Canarias, SL* (arts.24 y ss.). Así como el modelo que diseña el *Convenio colectivo de tripulantes de cabina de pasajeros de Air Europa Líneas Aéreas, SAU* (Disposición transitoria cuarta, que lleva por rúbrica «Ofrecimiento de aumento de jornada y gestión de la contratación»)

Una medida más directa es la que se establece en el *Acuerdo de modificación del XV Convenio colectivo interprovincial para el comercio de flores y plantas* que prevé la conversión del contrato a jornada completa en el caso de que durante sesenta días se hubiesen realizado ampliaciones de jornada (art.15); cláusula que podría de nuevo arrojar alguna duda en relación con la garantía de voluntariedad de las conversiones, que quizá se considere implícitamente manifestado en el hecho mismo de la continuidad en la referida prolongación o ampliación de la jornada.

Y, en fin, a las genéricas obligaciones informativas del empresario sobre la existencia de vacantes a tiempo completo susceptibles de ocupar por trabajadores a tiempo parcial, se refieren el *Convenio colectivo del Grupo Vodafone España* (art.5); y el *Convenio colectivo estatal de Grandes Almacenes*, que con el fin de hacer efectiva de preferencia de los trabajadores a tiempo parcial para acceder a contrataciones a tiempo completo dispone que las empresas publiquen en el tablón de anuncios de cada centro, con quince días de antelación, su intención de concertar contratos indefinidos a tiempo completo en el centro en cuestión (art.9. A.1).

Una previsión aislada, pero que puede merecer la pena mencionar ahora, es la que incluye el *Convenio colectivo del grupo de empresas Dia SA y Twins Alimentación SA* a propósito de la garantía de retorno a la jornada completa por quienes hubieren optado voluntariamente por transformar su contrato en a tiempo parcial, sólo con comunicarlo a la empresa con treinta días de antelación (art.14).

Con toda probabilidad es esta una regulación difícil de encajar en este apartado, pero tampoco resulta de ubicación sistemática sencilla y como a fin de cuentas garantiza en cierto modo el mantenimiento o prolongación de sus efectos de la relación especial de estiba, se alude a ella aquí. Se trata de lo que establecen el *Convenio Colectivo Local del sector de la Estiba y Desestiba del puerto de Avilés* (art.8.2.2º) y el *Convenio Colectivo del sector Estiba*

y *Desestiba del Puerto de Gijón* (art.8), conforme a los cuales, cuando la relación común con la empresa estibadora se establezca mediante un contrato a tiempo parcial, la suspensión de la relación laboral especial con la sociedad de gestión portuaria no se suspenderá, sino que continuará produciendo efectos pero novada en a tiempo parcial

2.3. Declaraciones expresas sobre inclusión de los trabajadores a tiempo parcial en el ámbito del convenio

Por extraño que pueda parecer, algún convenio declara de manera expresa que su contenido resulta de aplicación a los trabajadores temporales contratados al amparo de lo dispuesto en el art.15 ET y a los contratados a tiempo parcial (art.3.2 del *Convenio colectivo de Retevisión I, SAU*). Una variante de este criterio, en el *Convenio colectivo de Renault España, SA*, según el cual el personal contratado en cualquiera de las modalidades de duración determinada que regula el art.15 ET, los contratados a tiempo parcial de nuevo ingreso, aprendices y contratados en prácticas, les será de aplicación lo dispuesto en el propio convenio en materia de jornada y vacaciones, licencias, conceptos y retribuciones salariales, y rendimientos, en lo compatible con la naturaleza del contrato y, en su caso, proporcionalmente a la duración y jornada (art.4.2).

No es que resulte criticable que en el texto del convenio se incluya esta aclaración, lo que ocurre es que una solución diferente sería contraria a la normativa interna y comunitaria que pretende la igualación de derechos y de trato entre los trabajadores, cualquiera que sea su tipo de contrato. Y seguramente también contravendría lo dispuesto en el art.82.3 ET en relación con la eficacia general de los convenios estatutarios, de cuyo ámbito no cabe excluir colectivos de trabajadores salvo que ello encuentre alguna justificación razonable, como es, excepcionalmente el caso de los altos directivos o grupo similar. Posibilidad que, además, ha de ser interpretada de manera estricta. De todos modos, se trata de casos aislados en el extenso panorama acotado para este estudio.

2.4. Principios de igualdad de trato y proporcionalidad

Los dos principios rectores en materia de trabajo a tiempo parcial son, como se sabe, el de igualdad de trato respecto de los trabajadores a tiempo completo, pero matizado o corregido por el de proporcionalidad en el devenir y disfrute de todos aquellos derechos y condiciones que se objetiven o cuantifiquen en atención al alcance temporal de la prestación, «en función del tiempo trabajado» dice el art.12.4 d) ET.

La aplicación en la práctica de esta combinación de principios divergentes, que es clara en materia salarial, no es sencilla en relación con otras

muchas condiciones, beneficios o ventajas, por lo que la negociación colectiva, a la que también alude el art.12.4 d) ET junto con la normativa reglamentaria, puede contribuir a clarificar y precisar con mucha mayor concreción lo que la norma legal se limita a enunciar.

También en este punto la diversidad de contenidos y previsiones que acogen los distintos convenios revisados es notable. Aunque lo que prácticamente constituye una constante es la inclusión de alguna mención sobre los referidos principios. De este modo, hay convenios que se limitan a recoger la garantía del principio de igualdad con los trabajadores a tiempo completo, como el *Convenio colectivo del sector de Empresas de Seguridad* (art.17.1). Si bien es mucho más frecuente que acojan combinadamente ambos criterios de regulación, la igualdad de trato, y la proporcionalidad, con formulaciones más o menos equivalentes, haciendo salvedad de las limitaciones del primero de ellos que se deriven de la naturaleza y duración del contrato [*Convenio Colectivo del Sector para la Industria del Metal del Principado de Asturias* (Disposición adicional segunda B); *Convenio colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería 2016-2018* (art.26); *Convenio colectivo de Múltiples Transportes Envases de España, SL* (art.3.2.1); *Convenio colectivo estatal de perfumería y afines* (12.2); el *Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos* (art.23.7); *Convenio colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios* (art.32); *Convenio colectivo de Noroto, SAU* (art.13); o el *Convenio colectivo del grupo de empresas Redexis Gas* (art.12)]. Y algunos que se refieren adicionalmente de manera explícita a la proporcionalidad, en función del tiempo trabajado [*Convenio colectivo del Grupo Vodafone España* (art.5); y *XV Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal*, que expresamente alude a la percepción de las retribuciones «en cuantía proporcional a la jornada efectivamente realizada... lo cual será igualmente aplicable a las condiciones sujetas a cómputo en función del tiempo o jornada de trabajo» (art.17.2); de modo similar, el *Convenio colectivo del grupo de empresas Dia SA y Twins Alimentación SA*, que reconoce la igualdad de derechos entre las personas con contrato a tiempo parcial y las contratadas a tiempo completo, «salvo los salariales que se abonarán a prorrata de su jornada» (art.10); o el *Convenio colectivo de Marc Clear, SL* (art.17.4); *Convenio colectivo de Ticketbis, SL* (art.10); *Convenio colectivo de TM Resources, SL* (art.10); el *Convenio colectivo de Próxima Servicios Empresariales, SL* (art.15); o el *Convenio colectivo del Grupo de empresas Muerde la Pasta* (art.22)].

En otras ocasiones, se mencionan expresamente las condiciones a las que se aplicará la igualdad de trato —licencias o permisos, vacaciones retribuidas, regímenes de libranza semanal, pagas extraordinarias, opción a cursos de formación, etc.—, pero con el matiz añadido de que la prorrata o el cálculo en proporción al tiempo efectivamente trabajado se aplicará igualmente en función de su carácter divisible o indivisible, lo que, como enseguida se dirá,

supone una importante guía para los casos dudosos [*Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida* (art.10); *Convenio colectivo del Grupo Champion* (*Supermercados Champion, SA* y *Grupo Supeco-Maxor, SL* (art.10 B); *Convenio colectivo de Lidl Supermercados, SAU* (art.9)].

Con algo más de detenimiento o especificidad sobre las repercusiones de la proporcionalidad, el *V Convenio colectivo del sector de la construcción* precisa que el personal que preste servicios en jornada reducida o a tiempo parcial devengará las pagas extraordinarias en proporción al tiempo efectivamente trabajado [art.58 c)]. O, en relación con los pluses o gratificaciones por taquigrafía o estenotipia, idiomas e indemnización por residencia, el *XX Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas de España, SA, Operadora, S. Unipersonal*, que dispone que se perciban en proporción a las horas contratadas. El *Convenio colectivo de las Industrias del Frío Industrial*, respecto del plus de refrigerado, que en el caso de trabajadores a tiempo parcial se percibirá en proporción al tiempo trabajado; en este mismo convenio, de un modo un tanto más confuso, se reconoce a los trabajadores a tiempo parcial el acceso a la formación profesional continua que favorezca su progresión y movilidad profesionales, pero «en proporción a su trabajo y a las condiciones objetivas que así lo determinen» [art.11.4 f)]. Con independencia de la comprensión de la literalidad y sentido de la redacción de esta cláusula, resulta más que dudoso que se trate de derechos y prestaciones divisibles, susceptibles de prorrateo. Sobre otras condiciones y conceptos, de manera expresa, el *Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing)*, respecto del plus de idiomas (art.46); también sobre el plus de idiomas, el *Convenio colectivo de Alares Social, SA* (art.17); el *Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y Organismos Autónomos dependientes de ésta*, que se refiere a todas las retribuciones, incluida la antigüedad (art.45); el *Convenio colectivo del sector de la banca*, específicamente en relación con la antigüedad (art.21); también aludiendo en particular a dicho concepto, el *Convenio colectivo estatal para las industrias de turrones y mazapanes* (art.26); y el *Convenio colectivo de la industria azucarera para el período 2015-2016* (art.23). Sobre los tickets restaurante, el *Convenio colectivo del Grupo Vodafone España*, aunque no sin incurrir en cierta contradicción, puesto que lo reduce proporcionalmente para los empleados a tiempo parcial o con jornada reducida sin más consideración a si realizan o no las comidas fuera del domicilio en los días laborables, que es lo que determina su devengo y percepción (art.25). O, para in concluyendo con este extenso bloque, el *I Convenio colectivo de Bofrost SAU*, en relación con el importe de la indemnización en caso de fallecimiento por muerte natural o accidente, cubierta mediante la correspondiente póliza de seguro contratada por la empresa, que igualmente se reduce proporcionalmente para los trabajadores vinculados mediante contrato a tiempo parcial (art.41).

En cambio, con gran acierto en el criterio, por el carácter no divisible de los conceptos a los que va referido, puede mencionarse el *XVIII Convenio colectivo general de la industria química*, según el cual los trabajadores contratados a tiempo parcial disfrutarán de los suplidos de comedor, transporte, etc., en la misma forma que el resto de la plantilla, pudiendo serles compensados en metálico si así se acordase (art.13.2); lo mismo que contempla el *Convenio colectivo estatal de perfumería y afines* (art.12.2); o el *II Convenio colectivo que regula las relaciones laborales de las empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional*, que dispone que los controladores de tráfico aéreo a tiempo parcial perciban el plus de transporte íntegro (art.47); también respecto del plus compensatorio de transporte y distancia, que se percibirá por día efectivamente trabajado, en el *Convenio colectivo de Swissport Spain, SA* (art.82); y en la misma línea, y con buen sentido, el *Convenio colectivo del sector de la hostelería de las Illes Balears*, en materia de pluses de desplazamiento, que prevé que los trabajadores a tiempo parcial lo devenguen y perciban en cuantía íntegra cuanto trabajen todos los días laborables del mes, y proporcionalmente a los días trabajados cuando sean contratados para días a la semana o al mes, y cuando la jornada diaria exceda de cuatro horas de promedio (art.28). Este mismo criterio se acoge para las dietas por el *Convenio colectivo de Expertus Multiservicios, SA, para los centros de trabajo de Madrid y Barcelona* (art.22), y el *Convenio colectivo de Claro Sol Facilities, SLU* (art.23), que dispone que se perciban por su importe completo cuando efectivamente se devenguen; el *VI Convenio colectivo de Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas, SAU* para el plus de asistencia, que percibirán los fijos discontinuos, fijos a tiempo parcial o con contrato de duración determinada, cuando hayan efectivamente trabajado al menos 90 días naturales en el año en curso (art.5.8); o el *VII Convenio colectivo sectorial de ámbito estatal de las administraciones de loterías*, respecto del quebranto de moneda (art.30). Con un criterio que se estima sumamente correcto, el *XX Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas de España, SA, Operadora, S. Unipersonal* dispone que «la antigüedad, a todos los efectos, de los trabajadores contratados como fijos a tiempo parcial, se determinará computando el tiempo trabajado desde su ingreso como tales, como si se tratara de trabajadores a tiempo completo». A fin de cuentas, la antigüedad no es más que los años transcurridos en la empresa, en lo que no debería influir el tipo de jornada desarrollada.

Pero si el asunto es complejo para condiciones de contenido económico, para las demás la solución ofrece aún más dudas. A este respecto, resulta de interés lo que dispone el *XV Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal* a propósito del disfrute del permiso de lactancia —inicialmente referido a «las trabajadoras»—, respecto del cual se dice a continuación que «si el trabajador presta servicios en jornada reducida... la licencia por lactancia se reducirá en la misma proporción»; y que, «esta reducción no operará cuando la trabajadora opte por acumular el disfrute del permiso en jornadas

completas» [art.33 i)]. O lo dispuesto en el *Convenio colectivo de la empresa UTE Bilboko Lorategiak con su personal adscrito a los servicios de conservación y mantenimiento de los parques y zonas ajardinadas de Bilbao*, que fija proporcionalmente el tiempo de vacaciones para el personal de jornada completa que presta servicios de lunes a viernes (28 días), y el personal a tiempo parcial —sábados, domingos y festivos— (14 días), o parte proporcional para los contratados en jornada inferior (art.27)⁸. Y lo mismo para las licencias (art.36). O, en fin, la ordenación que sobre la reducción de jornada para atender a hijos prematuros o que hayan de permanecer hospitalizados tras el parto se contiene en el *Convenio colectivo estatal de Grandes Almacenes* (art.39 IV) y en el *Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente, zona 5, Levante* (art.37 IV)⁹, que reducen el tiempo máximo de tres horas al día, dentro de la jornada ordinaria, proporcionalmente en caso de contratos a tiempo parcial. Este tipo de solución, sin atender a la forma de distribución de la jornada, o su eventual concentración en días completos, desvirtúa la finalidad y sentido mismo de la reducción en esos casos.

Con toda probabilidad, el disfrute de permisos y reducciones de jornada debería contemplar no tanto el hecho de que la parcialidad suponga un montante de horas menor —aspecto cuantitativo—, cuanto la distribución y forma de ejecución del trabajo, de manera que si la parcialidad implica la realización de jornadas ordinarias durante días completos, no estaría justificada la reducción proporcional de la duración del permiso o reducción de jornada finalista y causal. Dicho de otro modo, los motivos para que una trabajadora o trabajador disponga de unas horas al día para dedicarlos a atender otro tipo de responsabilidades y obligaciones (paradigmáticamente, las familiares) concurren en la misma medida en un trabajador a tiempo completo que en uno a tiempo parcial que realice una jornada diaria similar o igual, pero no todos los días del año. La proyección del principio de proporcionalidad en estos casos y situaciones, como se puede comprobar, no es ni mucho menos simple ni siempre acertada.

Quizá por ello el *Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente, zona 5, Levante* se ocupe de garantizar a los trabajadores a tiempo parcial «los mismos derechos y obligaciones de festivos, descansos semanales, flexibilidad de jornada, excesos de calendario, vacaciones y permisos que el resto de trabajadores.» (art.12.A.4). Y el *Convenio colectivo de Vestas Eólica, SAU*, que les reconoce los mismos derechos

⁸ Quizá convenga recordar que la STJUE de 11 de noviembre de 2015 (C-219/14), *asunto Greenfield*, admite la posibilidad de que en función de la parcialidad se reduzca proporcionalmente la duración del período de vacaciones anuales y la cuantía de la indemnización compensatoria en caso de imposibilidad de disfrute efectivo de las mismas.

⁹ Este último, pese a haber reconocido que los trabajadores a tiempo parcial tendrían «los mismos derechos y obligaciones de festivos, descansos semanales, flexibilidad de jornada, excesos de calendario, vacaciones y permisos que el resto de trabajadores.»

laborales que a los trabajadores a tiempo completo en relación con el acceso a la formación profesional, progresión y movilidad profesional y promoción, sin perjuicio de las peculiaridades propias inherentes al contrato a tiempo parcial (art.13.2).

2.5. Referencias a la igualdad de género

Existen referencias a la igualdad entre mujeres y hombres en relación con el trabajo a tiempo parcial, sobre todo a propósito de medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, a las que se dedica en este estudio un apartado específico (el 3.9). Por eso las que se van a incluir aquí son las que se suelen enmarcar en el contexto más general de los Planes de Igualdad de las empresas, que de por sí son medidas variadas y diversas.

Se puede encontrar un primer tipo de cláusula general que define entre los fines u objetivos de los Planes de Igualdad el de valorar o revisar la incidencia de las «formas de contratación atípicas» (entre ellas, los contratos a tiempo parcial) en el colectivo de mujeres trabajadoras, y adoptar las medidas correctoras que fueran, en su caso, precisas [*XVIII Convenio colectivo general de la industria química* (art.108 d); *Convenio Colectivo del sector Obradores y Fábricas de Pastelería, Confitería y Repostería de Navarra* (Cláusula Adicional segunda); *Convenio colectivo del sector de la madera* (Disposición adicional primera, C. d); *XX Convenio Colectivo Cementos Tudela Veguín, S.A.U., Factoría de Aboño (2014-2018)* (Anexo 16. 5); o *Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos* (art.88 d)].

Otro tipo de previsiones son las referidas a la estabilidad y permanencia de la mujer en el trabajo, y a la disminución de la parcialidad de sus contratos [*Convenio colectivo estatal de acción e intervención social 2015-2017* (art.61)]; y a la preferencia para la contratación a tiempo completo o para la ampliación de la jornada de las trabajadoras que ya estuvieran empleadas en la empresa con contratos a tiempo parcial [*Convenio del grupo de empresas Día SA y Twins Alimentación SA* (art.14), que remite a lo regulado en el apartado de contratación del Plan de Igualdad]. En ocasiones, formuladas como verdaderas medidas de acción positiva [*Plan de igualdad 2014-2020 de El Corte Inglés, SA.*, que en caso de centros de nueva apertura, si existiera un puesto de trabajo a tiempo completo o de mayor jornada parcial, en igualdad de condiciones de idoneidad y competencia, atribuye preferencia al sexo con mayor parcialidad en su contrato; lo que se completa con la obligación de proporcionar anualmente a la comisión de seguimiento de los datos correspondientes a la transformación de contratos temporales e indefinidos, desagregados por sexo; y de contratos a tiempo parcial en completo también por sexos].

En cambio, el *V Acuerdo marco del Grupo Arcelor-Mittal en España* lo que considera en el marco del Plan de Igualdad (Anexo II), y bajo la rúbrica de «ordenación del tiempo de trabajo» (punto 5), es, con el fin de facilitar la conciliación, precisamente la conversión voluntaria de contratos a tiempo completo en tiempo parcial. Y, con un enfoque similar, el *Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente, zona 5, Levante*, en su Anexo V que incorpora el Plan de Igualdad común de BSH Electrodomésticos España SA (BSHE-E), que asimismo contempla el mantenimiento o el aumento del número de contratos a tiempo parcial; y la potenciación de este último especialmente para cubrir las jornadas enteras con varios trabajadores diferentes; en cuyo caso, tendrán preferencia aquellos trabajadores y candidatos con hijos menores, y mayores y discapacitados a su cargo.

Por fin, el *IV Convenio colectivo del Grupo Ortiz* incluye entre las medidas del Plan de Igualdad el denominado «cheque guardería»¹⁰, que cuantifica en 90 € mensuales para los trabajadores/as a jornada completa con antigüedad mínima de doce meses e hijos menores de dos años, y que no hubieran solicitado una reducción de la jornada; 75 € mensuales si se hubiera reducido la jornada; y, en el caso de trabajadores a tiempo parcial, en la misma cuantía que hubiera correspondido a un trabajador a tiempo completo con reducción de jornada (Disposición final sexta).

2.6. Previsiones sobre pluriempleo

Algunos convenios analizados, con una finalidad de procurar el reparto del trabajo similar a la sustitución de las horas extras por contrataciones a tiempo parcial, incorporan compromisos dirigidos a erradicar o limitar el pluriempleo en las empresas del sector; y lo hacen a través de medidas consistentes en la no contratación de trabajadores a jornada completa; o, si se tratara de trabajadores con contratos a tiempo parcial, estableciendo el límite de que, en conjunto, no se supere la duración de la jornada ordinaria de trabajo. En este sentido se pronuncian el *XVIII Convenio colectivo general de la Industria Química* (art.14); el *Convenio estatal de estaciones de servicio 2010-2015* (art.11); y el *Convenio colectivo de la empresa UTE Bilboko Lorategiak con su personal adscrito a los servicios de conservación y mantenimiento de los parques y zonas ajardinadas de Bilbao*, según el cual un trabajador no podrá acumular contratos parciales que en su conjunto superen la jornada completa en la empresa (art.12.6°).

¹⁰ Existe doctrina unificada ya clásica sobre el carácter no discriminatorio del reconocimiento de las ayudas por guardería sólo a las mujeres o a los varones viudos [SSTS de 20 de marzo de 1997 (Rec.2761/96); 15 de abril de 1997 (Rec.1696/96); y, aun sin entrar en el fondo por falta de contradicción, la de 30 de octubre de 2001 (Rec.1062/01)].

Un tanto más críptico resulta del *Convenio colectivo para el sector del Auto-Taxi de Andalucía 2014-2016*, que añade que, con esta misma finalidad, el contrato a tiempo parcial se celebrará con quienes no estén afectados por la Ley de incompatibilidades (art.40).

En cualquier caso, se trata de un tipo de previsión de gran interés, en la medida en que no existe en la normativa laboral de rango legal —salvo por lo que se refiere al límite de la cuantía de las cotizaciones— norma o regla alguna que garantice una limitación de la jornada laboral para los trabajadores pluriempleados, ni como obligación del empresario ni para el propio trabajador.

Como es lógico y natural, el *Convenio colectivo de tripulantes de cabina de pasajeros de Air Europa Líneas Aéreas, SAU* regula un régimen singular de dedicación exclusiva para los tripulantes de cabina de pasajeros, según tengan un contrato a tiempo completo o a tiempo parcial (art.2.3), que de todos modos escapa a la finalidad y sentido del presente estudio, por lo que nos limitamos simplemente a mencionarlo.

2.7. Vinculación de la contratación a tiempo parcial con la supresión o limitación de las horas extras

La referencia a la posibilidad de realizar, en ciertos casos y en determinadas circunstancias, horas extras, cuando no sea posible sustituirlas por la contratación temporal o a tiempo parcial constituye una de las regulaciones de trazo más homogéneo en algunos de los convenios examinados.

La formulación más sencilla de este principio, como criterio general de contratación en el sector se contiene en el *Convenio colectivo estatal del sector de restauración colectiva*, que se limita a afirmar que «la modalidad del contrato a tiempo parcial indefinido puede ser una alternativa a la contratación temporal o a la realización de horas extraordinarias en determinados supuestos» [Capítulo III. Ingreso y contratación, apartado e)].

Con algo más de desarrollo, acoge lo que podría considerarse una «cláusula tipo», el *XVIII Convenio colectivo general de la industria química*, que dispone el mantenimiento de este exceso de jornada para los períodos punta de producción imprevistos y que pudieran ocasionar graves pérdidas materiales o de clientes de no ser atendidos, ausencias también imprevistas, puesta en marcha y/o paradas o cambios de turno, entre otras circunstancias y situaciones, «cuando no quepa la utilización de las modalidades de contratación temporal o parcial previstas por la ley» (art.43). Y en similares términos, el *Convenio general de la industria textil y de la confección*, que tras declarar que entre sus fines está el de limitar al máximo posible la realización de horas extras admite su realización, salvo que sea posible la contratación temporal o parcial, cuando ello sea preciso para atender pedidos, cubrir períodos punta

de producción, ausencias imprevistas, cambios de turno u otras circunstancias derivadas de la naturaleza de la actividad de que se trate (art.35). Este tipo de previsión se reitera en numerosos convenios colectivos sectoriales y de empresa¹¹. Y, en fin, con algo más de parquedad, lo contempla el *Convenio colectivo estatal de Grandes Almacenes* (art.32).

2.8. Forma de cómputo del período de prueba de los trabajadores a tiempo parcial

Quizá hubiera podido tratarse como una de las manifestaciones específicas del principio de proporcionalidad, sin embargo, por la especificidad de la materia, los convenios la abordan en algunos casos de manera autónoma, y de ese modo se ha preferido reflejarlo también aquí. Por otra parte, las fórmulas empleadas no siempre responden a un patrón uniforme, si bien todas ellas tienen un principio informador común que es tratar de clarificar la forma de cómputo, teniendo en cuenta que la parcialidad puede dificultar la verificación de las comprobaciones que se presupone persigue y se llevan a cabo a lo largo del transcurso del período de prueba.

El *V ALEH*, por poner un ejemplo significativo, bajo la rúbrica de «contratos de trabajo celebrados a tiempo parcial», contiene una regla específica para los casos en que la prestación no se vaya a realizar todos los días de la semana. El cómputo del periodo de prueba en ese caso será de treinta días de trabajo efectivo cuando el contrato sea indefinido, veinte cuando el contrato sea de duración determinada (art.24). Normativa a la que se remite, a su vez, el *Convenio colectivo estatal del sector de Restauración Colectiva* (art.17.3.2º). Y, con una mínima variante, el *III Convenio colectivo del Grupo de Empresas VIPs*, que rebaja esas duraciones a veinte y quince días, respectivamente (art.9).

Por su parte, el *IV Convenio marco del Grupo Endesa* dispone que se contabilicen sólo los días en que se preste trabajo efectivo «en jornada ordinaria», entendiéndose que queda superado el referido período cuando se hayan prestado tantos días laborables como los que quedan comprendidos en el período de prueba de un trabajador del mismo sistema de trabajo a jornada

¹¹ En el *Convenio del sector de Montajes y Empresas Auxiliares del Principado de Asturias* (art.5); el *Convenio del Sector del Metal del Principado de Asturias* (art.6); el *Convenio del sector Derivados del Cemento*, también del Principado (art.6); el *Convenio colectivo marco para los establecimientos financieros de crédito para el periodo 2015-2016* (art.18); el *Convenio estatal de perfumería y afines* (art.45); el *Convenio estatal para las industrias de turrónes y mazapanes* (art.28); el *Convenio colectivo de Gestilán Estaciones de Servicio, SL* (art.21); el *IV Convenio colectivo para la acuicultura marina nacional* (art.16); el *II Convenio colectivo marco del grupo E.ON España* (art.48); el *Convenio colectivo de las industrias del frío industrial*, que añade específicamente la circunstancia justificativa consistente en el suministro de hielo a los barcos pesqueros (art.26); o el *IV Convenio colectivo del Grupo Ortiz* (art.26).

completa (art.28.6). Lo mismo que prevé el *II Convenio colectivo marco del grupo E.ON España* (art.20).

Una pauta más sencilla consiste en limitarse a decir que el cómputo del período de prueba en los contratos a tiempo parcial se realizará en función de la prestación efectiva de trabajo, lo que sin duda remite a la contabilización de los días de trabajo efectivo [*Convenio colectivo del Grupo Champion* (art.10, D, 4); *Convenio colectivo de Ticketbis, SL* (art.12); *Convenio colectivo de TM Resources, SL* (art.12); o *Convenio colectivo estatal de Grandes Almacenes* (art.9, A, 4)].

Y una previsión, aunque de distinto sentido, también de interés en relación con el período de prueba se contiene en el *Convenio colectivo del Grupo Champion* que a propósito de la posibilidad de novar el contrato, tanto de tiempo completo a tiempo parcial como al revés, concluye afirmando que no será posible en ese caso establecer un nuevo período de prueba (art.10.1).

2.9. Reducciones de jornada no causales de carácter voluntario

Como se advirtió al comienzo, no serán objeto de nuestra atención las reducciones finalistas de la jornada, salvo en algún detalle que pudiera resultar de interés a los propósitos de este estudio, como ha ocurrido en el caso de la reducción proporcional de los tiempos para atender a hijos prematuros u hospitalizados tras el parto (apartado 2.4). Pese a todo, existen cierto tipo de cláusulas referidas a reducciones no causales de carácter puramente voluntario que quizá convenga delimitar, deslindar o poner en relación con el contrato a tiempo parcial.

Pese a la considerable homogeneidad existente en los convenios que contemplan este verdadero derecho del trabajador —al modo de una especie de excedencia voluntaria parcial—¹², el que con más claridad o de manera más explícita conecta esta posibilidad con la novación de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial es el *Convenio colectivo de Compañía Logística Acotral, SA* y *Acotral Distribuciones Canarias, SL* (art.76). Aunque se trata de una novación de carácter meramente temporal ya desde su inicio. Y en esto sí que existe una total coincidencia, aunque las duraciones mínimas y máximas puedan oscilar entre un mínimo de seis meses, renovables por años naturales [*Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU* y *Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU* (art.86)], a un máximo de dieciocho meses [*V Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski* (art.48)].

¹² Aunque en el caso del *Convenio Colectivo del sector Obradores y Fábricas de Pastelería, Confitería y Repostería de Navarra* la norma convencional se limita a declarar que se estudiarán y procurarán atender las solicitudes de reducciones voluntarias de jornada laboral, en un 50%, durante un período mínimo de seis meses (art.34).

En este último convenio mencionado se contiene posiblemente el esquema más claro de la regulación de este derecho, que responde a una decisión voluntaria o petición del trabajador, que habrá de reunir una determinada antigüedad en la empresa —dos años, que pueden llegar hasta los diez que exige el *Convenio colectivo de tripulantes de cabina de pasajeros de Air Europa Líneas Aéreas, SAU* (art.4.6), pasando por los tres que prevé el *Convenio colectivo de Compañía Logística Acotral, SA y Acotral Distribuciones Canarias, SL* (art.76)—; que llevará aparejado, como es lógico, la reducción proporcional del salario; y que la empresa deberá atender, salvo que por razones justificadas de funcionamiento se pueda oponer. El trabajador tendrá asimismo derecho a retornar a su jornada completa transcurrido el tiempo estipulado; y no podrá solicitar una nueva reducción de este tipo —o por guarda legal— hasta pasados dos años.

Esta conexión con los derechos de conciliación, pese al carácter meramente voluntario y no causal de estas reducciones, se aprecia en el *Convenio colectivo de Compañía Logística Acotral, SA y Acotral Distribuciones Canarias, SL* (art.76); que dispone una reducción de un 50% de la jornada; y atribuye a la Comisión de igualdad la competencia para dirimir las «solicitudes de conciliación de la vida familiar y laboral que los trabajadores presenten ante la empresa»; y para la concreción horaria y de los días y semanas en que el afectado prestará trabajo efectivo, debiendo no obstante esta darse en días completos, semanas o quincenas, de forma que el empleado acuda a su puesto en el horario habitual la mitad de los días que lo hacía con anterioridad a jornada completa. Por otro lado, al trabajador le podrán ser asignados servicios o trabajos distintos de los habituales; y la concesión de la reducción queda condicionada a que con ella no se supere el 3% del total de la plantilla de cada centro y/o unidad de negocio, no se haya disfrutado una reducción análoga en los tres años anteriores y el trabajador la haya solicitado por escrito con un mes de antelación. En cuanto al retorno a la jornada completa, en este caso si la solicitud de novación tuvo una duración inferior a doce meses, la empresa se obliga a la transformación automática llegada la fecha estipulada; en otro caso, la transformación del contrato quedará condicionada a la previa solicitud del interesado/a, a la existencia de vacante y a las demás condiciones que se establecen en el Capítulo V sobre «Promoción laboral y Estabilidad en el empleo» del propio convenio. De nuevo la similitud con la excedencia voluntaria se pone de relieve.

Los otros tres convenios de los analizados que se ocupan de regular este tipo de derecho, el *Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU*, *Telefónica Móviles España, SAU* y *Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU* (art.86), el *Convenio colectivo de tripulantes de cabina de pasajeros de Air Europa Líneas Aéreas, SAU* (art.4.6), y el *XX Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas de España, SA, Operadora, S. Unipersonal* (art.164), se refieren a otros aspectos, como el umbral o alcance de la disminución de la jornada;

el horario resultante; el número de efectivos que podrán acogerse a esta medida; las circunstancias de índole personal, familiar y social que habrán de tenerse en cuenta para dirimir solicitudes concurrentes (la antigüedad en el vuelo en el caso de los tripulantes de cabina de Air Europa); la eventual prórroga de la duración de la reducción, o las condiciones para su alteración; la posibilidad de contratar interinos para cubrir las ausencias debidas a esta reducción; o la confección y publicidad de los correspondientes calendarios donde se reflejen los trabajadores acogidos a la reducción voluntaria de su jornada. El *XX Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas de España, SA, Operadora, S. Unipersonal* destaca, pese a lo dicho, que la figura de la reducción opcional de la jornada no está ligada a la guarda legal; y que la empresa concederá libremente estas otras solicitudes con base en las necesidades productivas. A continuación fija distintos porcentajes de reducción, regula el método de concesión de las peticiones, acordándose con el comité intercentros los criterios para determinar el orden de prioridad de las concesiones, si varias concurren, y fija, en fin, un período inicial de un año susceptibles de prórrogas tácitas por períodos de seis meses si no mediara denuncia por cualquiera de las dos partes.

3. ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LOS CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL

3.1. Establecimiento de una jornada mínima para los trabajadores a tiempo parcial

Una de las características de la normativa vigente sobre el contrato a tiempo parcial es que la horquilla de parcialidad no queda sometida a umbral temporal alguno, ni a módulos cronológicos estrictos, sino que admite márgenes de flexibilidad de la máxima amplitud, a diferencia de lo que ocurre con otras normativas de países de la UE (C. Martínez Moreno, 2014, pp.79 y ss.). Así y todo, la negociación colectiva adopta en ocasiones el criterio de establecer un mínimo de horas, seguramente como forma de garantizar al trabajador una inserción laboral de cierta calidad. Buena prueba de ello, si no su máxima expresión, es el *Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva*, en cuya Disposición adicional tercera, bajo la rúbrica «Garantía de ocupación monitores comedor y vigilantes de patio», se contienen una serie de compromisos enfocados a garantizar ocupación al personal de comedores escolares y cuidadores que prestan servicios en la comida de medio día. Para ello, se fijan una serie de porcentajes de personal de esos colectivos a los que se procurará asegurar una jornada mínima de dos horas por día de trabajo efectivo. Porcentajes que se sitúan en el 70% del personal a fecha de enero de 2016, el 80% a enero de 2017, el 90% a enero de 2018 y el 100% a enero de 2019. Con el fin de facilitar el cumplimiento de estos compromisos se crea una comisión territorial mixta, que se encargará además

de «concienciar y explicar» a las Administraciones Públicas con el fin de que adapten los pliegos de condiciones de forma que se pueda contratar a tiempo parcial durante la vigencia del convenio con esa duración mínima de dos horas.

Otros convenios que siguen esta línea de regulación son, por ejemplo, el *Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías*, que prevé una jornada mínima contratada, para los trabajadores que presten servicios regularmente más de tres días a la semana, de veinte horas de promedio semanal; y de cuatro horas en promedio semanal si la prestación de servicios es de tres o menos de tres días. De lo cual se exceptúa a las empresas con menos de diez trabajadores/as (art.18.2.1). Criterio que sigue, salvo en este último punto, el *Convenio colectivo de Dealz España, SL* (art.11). O el V *Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski*, que asume como «criterio rector de contratación» para el tiempo de vigencia del convenio el compromiso de que la contratación a tiempo parcial sea de un mínimo de veinte horas semanales (art.22.4). Un mínimo de dos horas diarias fija el *Convenio colectivo de Centro Farmacéutico, SL* (art.34); lo mismo que el *Convenio colectivo de Ursula Consulting, SLU* (art.34). Mientras que el *Convenio colectivo de Soluciones de Externalización Hotelera, SL* establece una jornada mínima semanal de diez horas, salvo que la totalidad del tiempo de trabajo semanal «se aplique en un solo día de la semana» —esto es, que únicamente se trabaje ese día semanal—, en cuyo caso la jornada sí podrá ser inferior a diez horas (art.32.B.4). En idéntico sentido, el *Convenio colectivo de Gold Advance Investments, SL*. Un mínimo de diez horas semanales, y un máximo de treinta y seis señala el *Convenio colectivo marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo* (art.12).

Con algo más de detalle, y a modo de garantía de ocupación reforzada, el *Convenio colectivo de Uniprex, SAU* considera contrato a tiempo parcial aquel en el que la jornada semanal total quede comprendida entre 15 horas mínimo, y el 77% de la jornada semanal ordinaria fijada en el convenio como máximo. Mientras que si se supera, incluidas las horas complementarias, ese 77% máximo se garantice la retribución íntegra de un contrato a jornada completa. Se exceptúa, no obstante, a aquellos contratos que sobrepasen ese límite como consecuencia de haberse verificado «por cualquier circunstancia legal o pactada una reducción de la jornada semanal ordinaria» (art.14). Esto es, parcialidades que resulten de reducciones sobrevenidas, causales, finalistas o en virtud de pacto. El III *Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos* establece para los trabajadores a tiempo parcial una horquilla de entre el 50% y el 90% de jornada ordinaria de trabajo efectivo de promedio, en cómputo anual, respecto de la fijada para un trabajador a tiempo completo; aunque permite que se pueda exceptuar a empresas que objetivamente acrediten la concurrencia de causas que impidan coyunturalmente respetar esos límites [art.22.2 a)]. Y en el XV *Convenio colectivo interprovincial para el comercio de flores y plantas*, que también

considera contrato a tiempo parcial aquel en el que se haya contratado una prestación efectiva no inferior a 20 horas a la semana u 80 al mes, siendo en cómputo anual inferior al 77% de la jornada establecida en el propio convenio; si bien admite de manera circunstancial la realización de contratos de 12 horas semanales por circunstancias de la producción, cuya distribución se deberá hacer como máximo en tres días consecutivos (art.15).

Puede igualmente inscribirse en este bloque, por compartir este mismo afán, el *XX Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas de España, SA, Operadora, S. Unipersonal*, que contiene varias previsiones en este sentido: 1ª) no realización de contrataciones de fijos a tiempo parcial, fijos discontinuos o eventuales u obra o servicio, con alguna salvedad, para cubrir las interrupciones de la jornada fraccionada (art.104); 2ª) compromiso de la compañía de que, para ciertos aeropuertos donde no se alcance una media semanal de ocho movimientos diarios y la empresa decida implantar la jornada especial que el propio convenio regula, las contrataciones a tiempo parcial que puedan efectuarse tengan una duración mínima de veinte horas a la semana (art.106); y 3ª) con carácter general, para los fijos a tiempo parcial, que la jornada anual ordinaria no sea inferior al 50% de la jornada anual efectiva de trabajo establecida en el convenio para los fijos a tiempo completo (1.712 horas anuales de trabajo efectivo); no pudiendo de todos modos superar la suma de las horas ordinarias y las complementarias pactadas el 90% de la jornada anual efectiva de trabajo pactada en convenio colectivo.

Un caso particular, por fin, lo constituye el Plan Social que figura como Anexo IV al *Convenio colectivo de Renault España, SA*, que al referirse al trabajo a tiempo parcial permite optar por una jornada diaria, semanal, mensual o anual de trabajo del 50%, con salarios del 60% (negociada con la línea jerárquica). Contrato que tendrá una vigencia mínima de dos años, con posibilidad de prórroga y garantía de retorno a la jornada completa en función de las posibilidades de la organización. Conviene traer aquí a colación una doctrina reciente del TS, que ha admitido en ciertos casos, y siempre que se garantice la voluntariedad y la limitación de la duración de esa situación en el tiempo, que la novación de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial se incluya como medida de acompañamiento de un despido colectivo pactado con la representación legal de los trabajadores¹³.

3.2. Preferencia por la jornada continuada

Uno de los riesgos de los —con mucha razón— llamados contratos «por horas» es precisamente la excesiva atomización y dispersión de la jornada

¹³ STS de 24 de noviembre de 2015 (Rec.154/15), *asunto despido colectivo Iberia 2*, con referencia a las SSTS de 19 de marzo de 2014 (Rec.226/13) y 22 de septiembre de 2014 (Rec.305/13), confirmatoria de la SAN de 26 de abril de 2013, que admitieron la novación de contratos fijos en fijos discontinuos en el marco de un despido colectivo

laboral. Consciente de ello, el legislador ya ha previsto que en caso de parcialidad proyectada diariamente sólo pueda interrumpirse la jornada una sola vez [art.12.4 b) ET]. No obstante, el precepto admite que otra cosa pueda disponerse por convenio colectivo, de ahí que constituya un acierto y un avance en el logro de ciertas garantías para los trabajadores a tiempo parcial que la negociación colectiva adopte este tipo de medidas de «compactación» de las jornadas, como expresamente las denomina el *IV Convenio colectivo de Retevisión I, SAU* (art.33), si bien en este caso van referidas a reducciones de jornada por razones de conciliación, consistiendo en ese concreto supuesto la compactación en la realización de una jornada de 8:00 a 15:00 horas, en períodos anuales y en semanas de lunes a viernes con el mismo horario. Lo que garantiza, además, la regularidad de la distribución del tiempo de trabajo y, sin duda, una mejor organización doméstica y del entorno familiar.

Más específicamente referidas a trabajadores a tiempo parcial las cláusulas tipo consisten, por lo general y sin perjuicio de lo que luego se diga en relación con la distribución del tiempo de trabajo y los horarios (3.7), en una preferencia absoluta o incondicionada por la jornada continuada [siempre que sea posible, añade el *Convenio colectivo de General Óptica, SA* (art.15); y admitiendo la posibilidad de ampliación del tiempo de la prestación de algunos tripulantes, prevista en el propio convenio, de modo que se pueda dividir en dos períodos, el *Convenio colectivo de tripulantes de cabina de pasajeros de Air Europa Líneas Aéreas, SAU* (art.2,8)]. Aunque está más extendida la regulación consistente en asegurar una jornada continua cuando la jornada diaria no supere un determinado número de horas, cuatro en la mayor parte de los casos [*V Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski* (art.22.4); *Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías* (art.18.2.2); *Convenio colectivo estatal de Grandes Almacenes* (art.27.5); *III Convenio colectivo del Grupo Zena* (art.12); *Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad* (art.17.2); cuatro horas o menos dice el *Convenio colectivo del grupo de empresas Día SA y Twins Alimentación SA* (art.14); cuatro también en el *Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva*, que completa sus previsiones con un reconocimiento de una preferencia genérica por ese tipo de jornada, la continuada, salvo que por necesidades organizativas o productivas no pueda ser así, en cuyo caso sólo será posible un fraccionamiento (art.22); criterio que también acoge el *Convenio colectivo del sector de la hostelería de las Illes Balears* (art.15); tres horas, en el *Convenio colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios* (art.32); cinco en el *Convenio colectivo de Groundforce* (art.34); en el *Convenio colectivo de Swissport Spain, SA*, según el cual la jornada del personal a tiempo parcial cuya jornada sea inferior a cinco horas al día no se fraccionará (art.25); y, con similar alcance (aunque formulado a la inversa), el *III Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos* que establece que si la jornada diaria es igual o superior a cinco horas se pueda realizar en dos períodos horarios, con una duración mínima de dos horas y una interrup-

ción que no podrá ser inferior a una hora ni superior a cinco (art.22.2); siete horas, en el *III Convenio colectivo del Grupo de empresas Rodilla* (art.12); y porcentaje inferior al 50% en el *Convenio colectivo de Compañía Logística Acotral, SA y Acotral Distribuciones Canarias, SL* (art.20)].

Por su parte, el *III Convenio colectivo de la Fundación Secretariado Gitano* dispone que los trabajadores con jornada parcial inferior a las treinta horas en promedio semanal realicen jornada continuada, en turno de mañana o de tarde (art.12). Y también sobre la preferencia por la jornada continuada, salvo pacto con el trabajador y la representación legal de los trabajadores, el *Convenio colectivo de Uniprex, SAU* (art.14). Mientras que el *Convenio colectivo del grupo de empresas de servicios del Real Automóvil Club de España* dispone para el caso de horarios de refuerzo en centros telefónicos que operen hasta 24 horas al día y de los conductores-mecánicos que quienes los empleados a jornada parcial estén adscrito a un turno de trabajo continuo [art.16 a) y b)].

En algún caso, esa pauta se aplica a la jubilación parcial, como ocurre en el *XX Convenio Colectivo Cementos Tudela Veguín, S.A.U., Factoría de Aboño (2014-2018)*, Anexo 19 sobre Políticas de Jubilación Parcial, que regula entre las modalidades posibles de prestación, en primer lugar, la prestación en jornada completa y de forma continuada hasta agotar el tiempo exigible [3.6 a)].

3.3. Horas complementarias

El primer aspecto de relieve que la normativa legal encomienda de forma expresa a la negociación colectiva en materia de horas complementarias es la eventual ampliación del porcentaje máximo de incremento que, respecto de la jornada ordinaria objeto del contrato, podrá acordarse; y que el art.12.5 c) 2º ET fija en el tope del 30% de las horas ordinarias, pudiendo el convenio superar dicho margen hasta el 60%, pero no rebajarlo.

Ello no significa, ni mucho menos, que el convenio no pueda asumir otras importantes funciones reguladoras en relación con el pacto de horas complementarias, como a continuación se tratará de exponer lo más ordenadamente posible, porque, dicho sea de paso, los contenidos en este punto de los convenios examinados son extensos, diversos y de cierta complejidad en ocasiones. Y sin perjuicio de lo que más tarde se dirá respecto del plazo de preaviso para su realización [art.12.5 d) ET], que se tratará en el apartado 3.7 cuando se aborden la distribución de la jornada y los horarios.

Por de pronto, no son pocos los convenios que asumen el reto de ampliar el límite o porcentaje máximo de incremento de las horas complementarias, incluso hasta el máximo del 60% de la jornada pactada. Y así lo hacen, en efecto, el *XV Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal*, que

incluso añade que se pueda alcanzar el máximo permitido por la legislación vigente en cada momento [art.17.3 a)]; el *XI Convenio colectivo de Repsol Petróleo, SA —Refino—* (art.30.2); el *III Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos* [art.22.2 c)]; el *XX Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas de España, SA, Operadora, S. Unipersonal* [Resolución de 6 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo; el *Convenio colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería 2016-2018* (art.26); el *Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente, zona 5, Levante*, que de nuevo matiza que el límite se señala con la salvedad de que por disposición legal o reglamentaria sobrevenida se estableciese un porcentaje superior (art.12. A.4); el *XIII Convenio colectivo de Repsol Química, SA*, que también reitera el presupuesto de que el contrato tenga una jornada no inferior a diez horas semanales en cómputo anual (art.16.4); el *Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida* art.10); el *II Convenio colectivo que regula las relaciones laborales de las empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional* (art.15.3); el *Convenio colectivo de Ticketbis, SL* (art.12); el *Convenio colectivo de TM Resources* (art.12); el *Convenio colectivo de las industrias del frío industrial*, que distingue, además, entre empresas en que el recurso a las ETTs no supere el 25% de las horas trimestrales a jornada completa, que podrán realizar un número de horas complementarias hasta el 60%, y aquellas en las que se recurra a las ETTs por encima del 25% de las horas trimestrales a jornada completa, que sólo podrán usar las horas complementarias hasta el 30% [art.11 c)]; el *XVI Convenio colectivo de Europcar IB, SA* (art.9.6); el *VI Convenio colectivo de Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas, SAU*, que reitera la regla legal —como algún otro convenio de los citados— de que, en todo caso, no se exceda el límite legal del contrato a tiempo parcial [art.4c)]; el *Convenio colectivo de Mediapost Spain, SL* (art.19.2); el *Convenio colectivo de Prosegur BPO España, SL* (art.25); el *Convenio colectivo de Easyjet Handling Spain, Sucursal en España*, que asocia el pacto de horas complementarias a los cambios en la programación de los vuelos de la compañía, o al incremento o reducción de los mismos (art.18.2); el *Convenio colectivo de ESC Servicios Generales, SL* (art.24); el *Convenio colectivo de Noroto, SAU* (art.13); el *Convenio colectivo estatal de perfumería y afines* (art.12.2); el *Convenio colectivo de Danone, SA* (art.17); el *Convenio colectivo de Groundforce* (art.39); el *Convenio colectivo de Inaer Helicópteros, SAU* (art.20); el *Convenio colectivo del Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU* (art.20); el *Convenio colectivo de Alianzas y Subcontratas, SA* (art.27); el *III Convenio colectivo de Mediapost Spain, SL para los centros de trabajo de*

Madrid, Barcelona, Zaragoza, Málaga, Murcia, Alicante y Vizcaya; *Convenio colectivo de Marc Clear, SL* (art.17); el *Convenio colectivo de Axafone Telecomunicaciones, SL*; el *Convenio colectivo de Euro Pool System España, SLU*, también en contratos de duración indefinida (art.27.4); al igual que el *Convenio colectivo de European Air Transport Leipzig GMBH, sucursal en España* (art.30); y el *I Convenio colectivo de Bofrost SAU*. Y para el personal de terminales de carga, el *Convenio colectivo de Swissport Spain, SA* (Disposición adicional cuarta, II).

A modo de cierre de esta primera tanda de convenios, merece mención aparte el *Convenio colectivo de SPN Empauser, SL*, que añadía una previsión cuya validez pudiera haber quedado en entredicho, consistente en considerar que las horas complementarias constituirían «una obligación para el trabajador». Con toda probabilidad, esto se compaginaba mal con lo que expresa y literalmente dice el art.12.5 a) ET, que exige pacto expreso con el trabajador para poder recabar la realización de horas complementarias. Un pacto que habrá de ser, además, específico y por escrito. De todos modos, este es un problema hoy superado, puesto que el referido convenio ha sido objeto de anulación total por la SAN de 13 de abril de 2016 (Proced.52/16), por falta de legitimación de los delegados de personal que lo firmaron, que no podían suscribir un convenio colectivo de aplicación a la totalidad de la empresa.

En otros casos, el umbral porcentual máximo se reduce a porcentajes inferiores:

- Al 50% [*Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva* (art.17.3); *III Convenio colectivo del Grupo Zena* (art.12); y *Convenio colectivo de Burgercampo, SL* [art.12 a); *XVIII Convenio colectivo general de la industria química* (at.13.2); *Convenio colectivo de Lidl Supermercados, SAU*; *Convenio colectivo de Dealz España, SL* (art.11.1); *III Convenio colectivo del Grupo de Empresas VIPs*, porcentaje que vincula «a la realización por parte de los/as trabajadores/as de la propia plantilla de la mayor parte de las horas no estructurales racionalizando así el uso de empresas de trabajo temporal» (art.12); *III Convenio colectivo del Grupo de empresas Rodilla* (art.12); y *Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos* (art.23.7)].
- Al 40% [*Convenio colectivo estatal de Grandes Almacenes* (art.9); *Convenio colectivo estatal del sector de las industrias lácteas y sus derivados* (art.50); *Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección* (art.19 b); *Convenio colectivo de Múltiples Transportes Envases de España, SL* (art.3.2); *Convenio colectivo de ISS Facility Services Multiservicios Integrales, SL* (art.13); *Convenio colectivo del Grupo de empresas Muerde la Pasta* (art.22 C); y *Convenio colectivo del grupo de empresas Redexis Gas* (art.12.1)].

- Al 30% que fija la ley [*Convenio colectivo del Grupo Pastificio* (art.12); *II Convenio colectivo de Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución Ceuta, SLU* (art.16); *Convenio colectivo de Compañía Logística Acotral, SA y Acotral Distribuciones Canarias, SL* (art.20); *VI Convenio colectivo de Unión de Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, Grupo Técnico SA, Trípodé SA y Coidec, SA* (art.12); *Convenio colectivo de Aunar Group 2009, SL*, que además dispone que sólo puedan formalizar pactos sobre horas complementarias los trabajadores fijos (art.19); *Convenio colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios* (art.32); *Convenio colectivo de ELA Hiermor Asociados, SLU* (art.17); y *Convenio colectivo del grupo de empresas Día SA y Twins Alimentación SA* (art.14); *VIII Convenio colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias (2014-2016)* (art.12); *Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad* (art.17.3); y *Convenio colectivo de Servicios Integrales de Fincas Urbanas de Madrid, SL* (art.13)].

E incluso en algún convenio se deja la mera expectativa de estudiar la posibilidad de ampliar los mínimos legales en materia de horas complementarias, estando entre tanto a lo dispuesto en el ET [*Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías* (art.18.2.3)].

Un caso dudoso, por varias razones, es el del *Convenio Colectivo del Sector para la Industria del Metal del Principado de Asturias*, en primer lugar, porque fija una ampliación del número de horas complementarias de hasta un 20%, cuando la norma legal parece referirse al 30% como un mínimo indisponible para el convenio colectivo [«...que en ningún caso podrá ser inferior al citado treinta por ciento...» dice el art.12.5.c) 2º ET]. Esta misma duda se cerniría sobre el *Convenio colectivo estatal para las industrias de elaboración del arroz*, que sitúa el porcentaje máximo de las horas complementarias en el 25% de las ordinarias (art.18.2). El segundo motivo de incertidumbre en relación con la regulación contenida en el primero de los convenios citado —el del sector del Metal de Asturias— es que la ampliación del número de horas complementarias se remite al «acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores», en lugar de quedar fijado directamente en el convenio, opción que, dicho sea de paso, siguen algunos otros textos convencionales (Disposición adicional segunda B).

Sobre la vigencia en el tiempo del pacto de horas complementarias y la eventual renuncia al mismo de manera anticipada los convenios suelen reproducir más o menos el tenor literal de la norma legal, que permite dejarlo sin efecto, una vez cumplido un año, con un preaviso de quince días, cuando concurren circunstancias relacionadas con la necesidad de atender responsabilidades familiares, y con la incompatibilidad horaria para actividades formativas o con otro contrato a tiempo parcial [art.12.5 e) ET]. Aunque, por ejemplo, el *Convenio colectivo de Uniprex, SAU* clarifica que el pacto tendrá vigencia por un año, prorrogable de manera automática por otro año

más salvo que el trabajador renuncie al menos con quince días de antelación al período inicialmente concertado (art.14). Reiteran o reproducen, como se decía hace un momento, los motivos y términos de la desactivación del pacto, el *Convenio colectivo de las industrias del frío industrial* [art.11 e)]; el *Convenio colectivo estatal de Grandes Almacenes*; el *III Convenio colectivo del Grupo Zena* (art.12); el *Convenio colectivo de Dealz España, SL* (art.11.1); el *Convenio colectivo de Easyjet Handling Spain, Sucursal en España* [art.18.2 b) 4]; el *Convenio colectivo del Grupo de empresas Muerde la Pasta* (art.22); y el *Convenio colectivo estatal de perfumería y afines* (art.12.2).

Una variante de interés la introduce el *Convenio colectivo de Aunar Group 2009, SL*, en cuyo art.19 c) prevé una renuncia al pacto de horas complementarias en supuestos no contemplados legalmente, sometiéndola a la comunicación por escrito con un mes de antelación; o el *III Convenio colectivo del Grupo de empresas Rodilla*, que permite al trabajador informar a la empresa de su deseo de dejar sin efecto o modificar el pacto, para que la empresa estudie tal posibilidad, y sin perjuicio de lo que dispone el art.12.5 e) ET a tal respecto (art.12). Resultan igualmente curiosos un grupo de convenios, entre los que se encuentran el *Convenio colectivo de TM Resources, SL*; el *Convenio colectivo de Mediapost Spain; SL*, el *VI Convenio colectivo de Unión de Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, Grupo Técnico SA, Trípode SA y Coidec, SA* (art.12); el *III Convenio colectivo de Mediapost Spain, SL para los centros de trabajo de Madrid, Barcelona, Zaragoza, Málaga, Murcia, Alicante y Vizcaya*; el *Convenio colectivo de Burgercampo, SL*; el *Convenio colectivo del Grupo Pastificio* (art.12); el *III Convenio colectivo del Grupo de Empresas VIPs*, el *Convenio colectivo del grupo de empresas Dia SA y Twins Alimentación SA* (art.14), y el *Convenio colectivo de Ticketbis, SL* (art.12), que, de forma un tanto sorprendente, remiten a estos efectos a la *Ley de Conciliación de la vida familiar y laboral*¹⁴.

Esta misma pauta consistente en reiterar lo dispuesto en la ley se suele seguir en relación con la imposibilidad de sancionar disciplinariamente las negativas del trabajador a la realización de las horas comprometidas si el empresario incumple a su vez las condiciones, obligaciones y limitaciones que le impone la normativa contenida en el art.12.5 ET, y que constituye un verdadero supuesto de *ius resistendae* del trabajador. En este sentido, el *Convenio colectivo de las industrias del frío industrial* [art.11 f)]; el *Convenio colectivo de Aunar Group 2009, SL* [art.19 g)]; y el *Convenio colectivo de Easyjet Handling Spain, Sucursal en España* [art.18.2 b) 5].

¹⁴ Por referencia sin duda a la *Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras* (BOE 6 de noviembre) que no fue en realidad una ley autónoma, sino una muy significativa disposición de modificación del ET en esa materia, y que ha quedado obviamente desplazada por numerosas reformas posteriores, entre ellas, la más significativa, la operada por la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (BOE 23 de marzo).

Un sistema particular de realización de horas complementarias se contiene en el Anexo IX, Plan Social, apartado 6 e) del *Convenio colectivo de Renault España, SA*, para los trabajadores con contrato a tiempo parcial que se incorporen al sistema de trabajo en fines de semana y festivos, que podrán realizar horas complementarias con el límite legal que establece el ET y a razón de un máximo de cuatro horas por cada sábado y una hora por cada domingo o festivo.

3.4. Horas adicionales voluntarias

En la reforma del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial del 2013, quizá como contrapunto a la supresión de las horas extras —que no eran congruentes ni con la propia naturaleza del contrato ni con la existencia de las horas complementarias—, se introdujo una fórmula adicional de ampliación de la jornada a la que se suele aludir como «horas complementarias voluntarias». La denominación no es muy afortunada, aunque sea funcional, pues tan voluntarias son estas horas como las propiamente complementarias. De cualquier modo, en la negociación colectiva aparecen con claridad aludidas, siguiendo como ocurre con las horas complementarias «genuinas» la estela de la propia regulación legal contenida en el art.12.5 g) ET, basada una vez más en los siguientes principios: 1º) la aceptación voluntaria por el trabajador de la oferta empresarial, y la consiguiente imposibilidad de sancionar una negativa a su realización; 2º) la exigencia de que se trate de un contrato a tiempo parcial indefinido y con una jornada mínima de diez horas semanales en cómputo anual; y 3º) el sometimiento a un límite cuantitativo cifrado en un 15% de la jornada pactada inicialmente, ampliable por convenio a un 30%, que se computa al margen e independientemente de las complementarias.

De manera que, para empezar, algunos convenios deciden alterar el porcentaje de incremento de las horas voluntarias respecto de la jornada pactada fijándolo en:

- Un 30% [*Convenio colectivo de Marc Clear, SL* (art.17); *Convenio colectivo del Grupo Pastificio* [art.12 c); *Convenio colectivo de las industrias del frío industrial*; y *Convenio colectivo de Burgercampo, SL* [art.12 b); *III Convenio colectivo del Grupo de empresas Rodilla* (art.12); *Convenio colectivo de Noroto, SAU*; *Convenio colectivo del Grupo de empresas Muerde la Pasta* (art.22); *Convenio colectivo estatal de perfumería y afines* (art.12.2); *Convenio colectivo de Danone, SA* (art.17); *Convenio colectivo de Axafone Telecomunicaciones, SL* (art.20); *Convenio colectivo de Compañía Logística Acotral, SA y Acotral Distribuciones Canarias, SL* [art.20 f); *Convenio colectivo del grupo de empresas Redexis Gas* (art.12.1); y *XX Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas de España, SA, Operadora, S. Unipersonal*].

- Un 20% [*Convenio colectivo de Lidl Supermercados, SAU* (art.10.3); *Convenio colectivo de Dealz España, SL* (art.11.2)].
- O un 15% [*III Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos* [art.22.2 d)]; *Convenio colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios* (art.32); y *Convenio colectivo de Compañía Logística Acotral, SA y Acotral Distribuciones Canarias, SL* [art.20 g); *Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad* (art.17.4); *II Convenio colectivo de Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución Ceuta, SLU* (art.16.2)].

Sin perjuicio de lo que se consigne en el apartado referido a la distribución de la jornada en el trabajo a tiempo parcial (3.7), merece ahora una alusión especial el *Convenio colectivo de ISS Facility Services Multiservicios Integrales, SL*, que puede despejar la incógnita que deja abierta el art.12.5 g) ET cuando dice que el empresario podrá ofertar estas horas «en cualquier momento». Lo que se barrunta tras la lectura del pasaje se confirma en el art.13 del convenio de referencia, que abunda en que «el trabajador podrá aceptar de manera voluntaria la oferta incluso en el mismo día...de efectuar la realización de horas complementarias de carácter voluntario...». Bien mirado, tampoco ello implica con claridad que esas horas se hayan de realizar de forma inmediata, aunque lo apunte.

Otra constante en la negociación colectiva es hacer explícito que la negativa del trabajador a aceptar la realización de estas horas no será sancionable [*Convenio colectivo de Axafone Telecomunicaciones, SL* (art.20); *Convenio colectivo de las industrias del frío industrial; Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad* (art.17.4); *Convenio colectivo de Easyjet Handling Spain, Sucursal en España* [art.18.2 b) 6]; *Convenio colectivo del Grupo de empresas Muerde la Pasta* (art.22); *Convenio colectivo estatal de perfumería y afines* (art.12.2); *III Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos; Convenio colectivo del Grupo Pastificio* [art.12 c)]; *Convenio colectivo de Burgercampo, SL* [art.12 b)]; *Convenio colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios* (art.32)].

Aunque escapa a la sistemática que marca el diseño legal de las horas complementarias, y que aquí se ha seguido, siquiera sea como contrapunto a las horas complementarias «voluntarias» se incluirá aquí una mención a las que el *Convenio colectivo de Dealz España, SL* llama «horas complementarias de obligada realización para ambas partes» (art.11.3). En realidad parecen más bien una variante o tipo concreto de horas complementarias, pues su regulación comienza por aludir al derecho que tendrán los trabajadores con contrato a tiempo parcial de duración indefinida a realizar un número de horas complementarias equivalente a la mitad de las horas complementarias realizadas cada dos años (¿se trata más bien de una modalidad particular de derecho a la consolidación de las horas complementarias?); para proseguir

diciendo que serán horas de obligado ofrecimiento por parte de la empresa, y de obligada realización para el trabajador; que, no obstante, podrá renunciar a su realización simplemente manifestando su voluntad en tal sentido dentro de los tres meses inmediatamente anteriores a los dos años de cómputo. Esas horas serán a cuenta de las que en total tenga comprometidas el trabajador en cada momento; y se realizarán en las fechas que la empresa determine, destinándose prioritariamente a la cobertura de bajas por incapacidad temporal, permisos y vacaciones del personal de plantilla, y a la realización de los inventarios anuales.

3.5. Prohibición de horas extraordinarias

Pese a que la supresión de la posibilidad de realizar horas extraordinarias por los trabajadores a tiempo parcial proviene ya de la modificación introducida en el régimen jurídico de dicho contrato en virtud del tan citado RDL 16/2013, no son pocos los convenios que se ocupan de recordarlo, seguramente debido a la proximidad del desarrollo de las negociaciones con la promulgación de aquella disposición; y, en ocasiones, recogiendo asimismo la salvedad referida a las horas extras denominadas de «fuerza mayor» (art.35.3 ET). Así lo hacen, el *Convenio del sector del auto-taxi de Andalucía 2014-2016* (art.40); el *Convenio colectivo de Marc Clear, SL* (art.23); el *Convenio colectivo para las industrias del frío industrial* [art.11.4 c)]; el *Convenio colectivo del Grupo de empresas Muerde la Pasta* (art.33); el *Convenio colectivo de Danone, SA* (art.17); o el *Convenio colectivo de Compañía Logística Acotral, SA y Acotral Distribuciones Canarias, SL* [art.20.1 d)], que lo reitera para quienes se hubieran acogido a una reducción de jornada voluntaria (art.76).

En ocasiones, probablemente previendo un eventual nuevo cambio de criterio en la norma legal, el convenio se limita a recoger un acatamiento de lo que dicha norma decida hacer en cada momento en relación con los excesos de jornada de los trabajadores a tiempo parcial [opción que asume el *XVI Convenio colectivo de Europcar IB, SA* (art.9.6)].

Un caso particular se advierte en el *Convenio colectivo de Easyjet Handling Spain, Sucursal en España*, que a propósito de la jornada completa de distribución irregular declara que «el trabajador que realice la jornada irregular en dos (2) períodos horarios no podrá realizar horas extraordinarias durante la interrupción de los dos (2) períodos horarios.» No pudiendo contratarse a trabajadores fijos a tiempo parcial, fijos discontinuos ni eventuales para cubrir la interrupción de los períodos horarios (art.30).

Y por último, dispone el *Convenio colectivo de Claro Sol Facilities, SLU* que en el caso de trabajadores a tiempo parcial la suma de la jornada ordinaria, más el total de horas complementarias pactadas y las horas extraordinarias que se realicen y no sean compensadas con descanso no podrá superar el

límite máximo de la jornada anual de trabajo efectivo (art.17. G. 2), lo que no cabe interpretar sino como una referencia a las ya mencionadas horas extras de fuerza mayor.

3.6. El preaviso para la realización de horas complementarias

Sin la menor duda, el aspecto de mayor relevancia del vigente régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial es el que tiene que ver con la distribución de los tramos temporales de la prestación, con la forma y tiempo de la determinación del momento concreto en que el trabajador estará obligado a comparecer para prestar sus servicios en las dependencias de la empresa. Esta es la vertiente de esta forma de trabajo que en mayor medida incide en la organización de la vida de las personas que prestan servicios a través de esta modalidad de contratación. Y el preaviso para la realización de las horas complementarias forma parte del núcleo duro de esta cuestión. Al punto de que puede llegar a aproximar peligrosamente a este tipo de trabajo al denominado «trabajo a llamada», bien conocido en otros ordenamientos de nuestro entorno más próximo (C. Martínez Moreno, 2014, pp.79 y ss.; y C. Martínez Moreno, 2016). Por este motivo se le va a dedicar este apartado específico, pese a que bien podría haberse integrado en el más genérico referido a la distribución del tiempo de trabajo en el contrato a tiempo parcial (3.7).

Pues bien, si el plazo de preaviso que fija el legislador es ya de por sí breve —tres días [art.12.5 d) ET]— la encomienda a la negociación colectiva para fijar un plazo alternativo habilita para establecerlo aún más perentorio, inferior a tres días, y no al revés. La negociación colectiva vuelve a ser aquí creativa y diversa. Por de pronto, desentendiéndose del asunto y remitiendo a lo que disponga el contrato (que lógicamente, no podrá señalar un plazo inferior a los tres días que legalmente rigen por defecto). Y así, el *Convenio colectivo de ESC Servicios Generales, SL* (art.24) y el *Convenio colectivo de Alianzas y Subcontratas, SA* (art.27), en redacción coincidente, señalan que «la distribución y forma de realización de las horas complementarias pactadas se atenderá a lo que se establezca en el pacto de horas complementarias suscrito con el trabajador». En similares términos se expresa el *Convenio colectivo de Euro Pool System España, SLU*, si bien añade que el trabajador deberá conocer el día y la hora de realización de esas horas con un preaviso mínimo de tres días (art.27.4).

En efecto, en la mayor parte de los casos restantes, los convenios siguen la tendencia habitual de optar entre reproducir el criterio legal, señalando que el preaviso será de al menos tres días (o 72 horas, que fijan también algunos convenios analizados), en ocasiones añadiendo algún matiz; o bien manejar el margen de maniobra que les otorga la norma y alterar el referido plazo, en este caso para reducirlo. Al primer bloque pertenecerían el *XX Convenio*

colectivo del personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas de España, SA, Operadora, S. Unipersonal, que fija tres días, y que la comunicación se lleve a cabo a través de los respectivos cuadrantes; el *Convenio colectivo del Grupo Pastificio*, que fija los tres días pero permite un preaviso inferior —con un mínimo de nada menos que cuatro horas de antelación— en los casos en los que las horas complementarias se realicen al principio o al final de la jornada diaria programada (art.12); e igual en el *Convenio colectivo de Burgercampo, SL* [art.12 a)]. En el *Convenio colectivo del grupo de empresas Redexis Gas* se fija igualmente un preaviso de tres días, salvo que por razones organizativas o productivas justificadas se reduzca a un día (art.12.1). Por su parte el *Convenio colectivo de Compañía Logística Acotral, SA y Acotral Distribuciones Canarias, SL* fija 72 horas, con comunicación a la representación legal de los trabajadores [art.20 f)]; también 72 horas el *Convenio colectivo de Danone, SA* (art.17); y tres días el *III Convenio colectivo del Grupo de empresas Rodilla* (art.12); el *Convenio colectivo de Noroto, SAU* (art.13); el *Convenio colectivo del Grupo de empresas Muerde la Pasta* (art.22); o el *XVI Convenio colectivo de Europcar IB*].

Por cierto, la inercia de algunos convenios al reproducir la literalidad de los preceptos legales no deja de provocar cierta perplejidad. Baste como botón de muestra lo dispuesto en el *Convenio colectivo de las industrias del frío industrial*, que introduce el siguiente inciso: «salvo que el convenio establezca un plazo de preaviso inferior» [art.11 d)]. Una interpretación amable podría apuntar a la remisión al convenio colectivo de empresa. Pero lo más probable es que, sencillamente, se deba a una copia literal del pasaje normativo.

En el resto de convenios revisados las soluciones sobre la duración del preaviso para la realización de las horas complementarias pactadas pasan, efectivamente y por lo general, por la fijación de tiempos más reducidos: de 48 horas, en el *VIII Convenio colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias (2014-2016)* [art.12 (iii)] en el *Convenio colectivo del Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU* (art.20); y en el *I Convenio colectivo de Bofrost SAU*; dos días dice el *VI Convenio colectivo de Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas, SAU* [art. 4 d)] y el *Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad* (art.17); y en una redacción que no facilita precisamente la comprensión, el *Convenio colectivo de Axafone Telecomunicaciones, SL* maneja el plazo mínimo de 24 horas, para que el trabajador se incorpore de manera voluntaria, 48 horas en todo caso, para que la presencia del trabajador en su puesto le sea exigible. Y un solo día señala el *Convenio colectivo de TM Resources, SL* (art.12); el *Convenio colectivo de Ticketbis, SL* (art.12); y el mismo día de su realización, dadas las especiales características de la actividad, dicen el *XI Convenio colectivo de Repsol Petróleo, SA —Refino—* (art.30.2) y el *XIII Convenio colectivo de Repsol Química, SA*].

Aunque el caso quizá más extremo se contenga en el *Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente, zona 5,*

Levante, que admite que el preaviso sea «como muy tarde» al inicio de la jornada, e incluso «inmediato» si el trabajador lo aceptara. Permitiendo, a su vez, que si las horas preavisadas no fueran necesarias se puedan anular con doce horas de antelación, aunque en ningún caso si ya han motivado la presencia del trabajador en el centro de trabajo (art.12.A.4).

De modo excepcional, y con algún posible problema de acomodo a lo dispuesto en el art.12.5 d) ET —aunque sea, sin duda, una solución más favorable para el trabajador—, el *Convenio colectivo de Dealz España, SL* (art.11.1), el *II Convenio colectivo de Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución Ceuta, SLU* (art.16.1), y el *Convenio colectivo estatal de perfumería y afines* (art.12.2) estipulan un plazo de preaviso de cinco días; mientras que el *Convenio colectivo de Aunar Group 2009, SL* (art.19), el *VI Convenio colectivo de Unión de Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, Grupo Técnico SA, Trípode SA y Coidec, SA* (art.12), y con alguna salvedad el *Convenio colectivo de Lidl Supermercados, SAU* (art.10) lo cuantifican en siete días.

3.7. Distribución de la jornada y horarios de trabajo

Si hasta ahora las cuestiones abordadas no han estado desprovistas de cierta complejidad y, en ocasiones, de una notable dificultad, la que atañe a la ordenación de los tiempos, la distribución de las horas y la concreción de los horarios se nos antoja un verdadero laberinto; entre otras razones, porque a veces se entremezclan las cuestiones de índole general con las particularidades de los trabajadores a tiempo parcial, y dentro de estas, con los distintos tipos de horas contratadas o acordadas; todo ello, sumado a las características peculiares del sector o del trabajo (tripulantes o trabajadores de líneas aéreas o actividades vinculadas; horarios comerciales; jornadas partidas...). Se intentará así y todo proporcionar una visión de conjunto lo más ordenada y clara que sea posible.

Se empezará por dar cuenta de aquellas regulaciones convencionales que parten de la exigencia de que sea el contrato —que ha de formalizarse por escrito, además— el que directamente aluda no sólo a la cuantificación de las horas de trabajo al día, a la semana¹⁵, al mes o al año a que se compromete el trabajador, sino también a su distribución. Y ello pese a que lo que dice ahora el art.12.4 a) ET es que «el modo de distribución» se determinará «según lo previsto en convenio colectivo». Resulta oportuno, pues, que, de no disponer nada específico, el convenio siga remitiendo al contrato y este contemple la distribución (J. López Gandía, 2016, p.284), pues de lo contrario se abriría la posibilidad de dejar en manos de la mera voluntad de

¹⁵ Por el módulo semanal opta el *Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center*, que remite en todo lo demás a la legislación vigente (art.15).

la empresa la decisión de este trascendental aspecto del trabajo a tiempo parcial que es la distribución en cada momento de la jornada, lo que ocurre en algún caso, como se verá.

En este sentido, siguen remitiendo al contrato para consignar la distribución de las horas pactadas, por ejemplo, el *Convenio colectivo de TM Resources, SL* (art.12); el *Convenio colectivo de Ticketbis, SL* (art.12); el *Convenio colectivo de las industrias del frío industrial* [art.11.4 a)]; el *VI Convenio colectivo de Unión de Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, Grupo Técnico SA, Trípode SA y Coidec, SA* (art.12); el *III Convenio colectivo del Grupo de Empresas VIPS* (art.12); o el *Convenio colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería 2016-2018* aunque este último alude a su distribución «de manera orientativa», remitiendo a su vez al acuerdo con el trabajador para ampliar el número de horas complementarias o alterar el módulo para su distribución (art.26); mientras que el *XVIII Convenio colectivo general de la industria química*, tras exigir que el contrato consigne la distribución de la jornada diaria, semanal, mensual o anual, introduce la salvedad de que la distribución del tiempo de trabajo se haya acordado entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores (art.13.2); lo mismo que el *Convenio colectivo de Múltiples Transportes Envases de España, SL* (art.3.2.1); que el *Convenio Colectivo del Sector para la Industria del Metal del Principado de Asturias* [Disposición adicional segunda B)]; y que el *Convenio colectivo estatal de perfumería y afines* (art.12.2). Por su parte, el *Convenio colectivo de Mediapost Spain, SL* y el *III Convenio colectivo de Mediapost Spain, SL para los centros de trabajo de Madrid, Barcelona, Zaragoza, Málaga, Murcia, Alicante y Vizcaya* se refieren a que la distribución se llevará a cabo «en los términos previstos en el presente convenio» (art.192).

Una muestra de la posibilidad de superponer parcialidad y distribución irregular (M^a J. López Álvarez, 2015, pp.97 y ss.) se puede encontrar en el *Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías*, que admite que en los contratos a tiempo parcial el horario pueda variar según los días a lo largo del año (art.18.2.2); mientras que el *Convenio colectivo del sector ocio educativo y animación sociocultural* aplica el principio de proporcionalidad a la propia distribución irregular de la jornada ordinaria (art.49). Y el *Convenio colectivo del Grupo de empresas Muerde la Pasta* que alude al establecimiento en los contratos a tiempo parcial de una «jornada anual con carácter rotativo y flexible» (arts.31 y 32), «con el fin de que los trabajadores conozcan con la suficiente antelación cuál va a ser la distribución de su jornada semanalmente, indicándose en el horario días y horas de trabajo asignadas a cada empleado», con el visado de algún miembro del comité de empresa o representante legal de los trabajadores (art.22).

El *Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente, zona 5, Levante* dispone que el contrato fijará los días y

horarios iniciales de prestación de las horas ordinarias contratadas, que se podrán ir modificando con un preaviso al trabajador de cinco días; y, una vez fijados los horarios de prestación de horas diarias, estos tendrán una duración mínima de una semana laboral. El *Convenio colectivo del Grupo Champion* (*Supermercados Champion, SA* y *Grupo Supeco-Maxor, SL* dice que «en los contratos a tiempo parcial se indicará el Grupo profesional del trabajador y los momentos del día o días en los que la prestación de trabajo es exigible» (art.10.2); y en el *Convenio colectivo del grupo de empresas Dia SA y Twins Alimentación SA* se reitera que la jornada de trabajo diaria, semanal, mensual y anual, así como el porcentaje de esta sobre la jornada ordinaria establecida en el mismo convenio, deberá figurar en el contrato de trabajo (ar.14). También exigen que la distribución se establezca en contrato el *III Convenio colectivo del Grupo Zena* (art.12), y el *Convenio colectivo estatal de grandes almacenes*, que remite a su vez a los criterios de distribución que estén previstos en el propio convenio (art.9.A.2), y que permite que por acuerdo con los representantes de los trabajadores se pueda exceptuar a los trabajadores a tiempo parcial que prestan servicios en las líneas de caja de la adscripción a los cuadros horarios previstos en el convenio, sin perjuicio de que deban conocer sus horarios mensuales al menos con diez días naturales de antelación al inicio de cada mes (art.27).

Específicamente en relación con las horas complementarias, el *Convenio colectivo de Prosegur BPO España, SL* dispone que su distribución y forma de realización se atenga a lo que se establezca en el propio pacto (art.25). Y en el *XV Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal* se insiste en que la distribución y forma de realización de las horas complementarias se ajuste a lo establecido al respecto en cada contrato de trabajo, donde se establecerá asimismo la anticipación con la cual el trabajador deberá conocer el día y la hora de realización de las mismas, sin sujeción a ningún período mínimo preestablecido [art.17.3 b)], lo cual no deja de suscitar fundadas dudas de legalidad. De otro lado, el *XX Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas de España, SA, Operadora, S. Unipersonal*, que dedica toda su Parte Segunda a regular la figura de los «trabajadores fijos a tiempo parcial», dispone que «dada la naturaleza de este tipo de contrato» —y también de las propias horas complementarias— se puedan prestar servicios de modo discontinuo, pudiendo no tener actividad todas las semanas del año¹⁶, y alterarse la distribución de la jornada semanal en función de las cargas de trabajo; a ello se añade, específicamente para las horas comple-

¹⁶ Si bien se regula como garantía *ad personam* que los antiguos «trabajadores fijos de actividad continuada», que quedan ahora encuadrados en el colectivo de «fijos a tiempo parcial», mantengan la garantía de trabajo todas las semanas del año, con una jornada mínima semanal igual o superior a 12 horas y no superior al 90% de la jornada anual efectiva de trabajo en cómputo semanal pactada en cada momento; y con una jornada mínima anual del 56,25% de la jornada anual efectiva establecida en cada momento en el Convenio para los fijos a tiempo completo. (1.712 horas anuales de trabajo efectivo en la actualidad); que será del 73% para quienes presten servicios en los aeropuertos de Madrid y Barcelona [disposición transitoria tercera].

mentarias, que «dada la dificultad de determinar a priori su ejecución», las mismas se realicen en función de las necesidades de la empresa y de acuerdo con la carga de trabajo¹⁷.

Otra opción bastante extendida es la fijación de «franjas horarias» en las cuales puedan exigirse la prestación de servicios en jornada ordinaria u horas complementarias, pudiendo servir como tales las de los turnos establecidos con carácter general en toda la empresa [*Convenio colectivo estatal de Grandes Almacenes* (art.9)]; o limitando esa franja a ciclos de ocho horas, doce en los casos de días o temporadas concretos en los que la jornada sea partida o no inferior al 80% de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable [*Convenio colectivo de Mediapost Spain, SL* (art.19.2)]; lo mismo, más aludiendo al preaviso legal, en el *III Convenio colectivo de Mediapost Spain, SL para los centros de trabajo de Madrid, Barcelona, Zaragoza, Málaga, Murcia, Alicante y Vizcaya*. Con algo más de concreción, el *Convenio colectivo del Grupo Pastificio* se limita a señalar que en los contratos a tiempo parcial la fijación de la jornada se llevará a cabo mediante «Franjas Horarias de Referencia», que «serán los momentos en los que la Dirección podrá planificar la jornada de los empleados a tiempo parcial de conformidad con lo establecido en el art.19 de este convenio colectivo» [art.12 b)].

A todo ello se suman reglas particulares para las horas complementarias, al margen de las analizadas en relación con el preaviso necesario (apartado 3.6). En primer lugar, las que atribuyen márgenes de libertad al empresario para su concreción, como hace el *Convenio colectivo de ELA Hiermor Asociados, SLU*, a lo largo del trimestre, y según necesidades del servicio (art.17); amplía al semestre el módulo temporal para la planificación de la distribución de las horas complementarias pactadas el *Convenio colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería 2016-2018* (art.26). El *Convenio colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios* encomienda a la empresa la fijación de los horarios de los trabajadores a tiempo parcial, en el mes anterior a la prestación del trabajo, preavisando con tres días sobre la forma de realizar las horas complementarias, «mediante aviso en su puesto de trabajo» —añade no sin cierta oscuridad—, y exponiéndolo en el tablón de anuncios del centro de trabajo (lo que obliga en todo caso al trabajador o trabajadora a estar pendiente y presente en dicho centro) [art.32]. En algunos sectores de actividad, la propia naturaleza de los servicios parece justificar dosis similares de discrecionalidad empresarial para programar la realización de las horas complementarias, como es el caso del *III Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos*, en el que ello

¹⁷ Sobre una regulación similar contenida en el *Convenio Colectivo de Swissport Handling para Madrid y Lanzarote*, la STS de 18 de mayo de 2016 (Rec.140/15) salva su validez siempre y cuando se interpreten este tipo de previsiones sobre la base de la existencia de un pacto escrito individual de cada trabajador asumiendo la realización de las horas complementarias.

se suma a la naturaleza propia de esas horas y a la «dificultad de determinar a priori su ejecución», por lo que las mismas se realizarán en función de las necesidades de la empresa de acuerdo con la carga de trabajo [art.22.2 e)]. Por si eso fuera poco, el convenio prevé la posible variación de la jornada en caso de cambios en la programación de vuelos, haciendo uso de las horas complementarias, con un preaviso de tres días, salvo que se dieran necesidades imprevistas que impidieran cumplir dicho plazo, informando de ello a la representación de los trabajadores. Y también por mutuo acuerdo. También se refiere a la variación de la jornada y el horario por mutuo acuerdo, o «conforme se establece en la normativa legal vigente» el *II Convenio colectivo que regula las relaciones laborales de las empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional* (art.15). Y el *Convenio colectivo de Easyjet Handling Spain, Sucursal en España*. Está claro que las necesidades del tráfico aéreo motivan y seguramente justifican este tipo de medidas; y, en cualquier caso, requieren de un tratamiento en la negociación colectiva particular.

Una previsión bastante frecuente es que la prestación de las horas complementarias vaya «unida al inicio o fin de la jornada ordinaria», que se repite en efecto con cierta frecuencia, aun con algunas especificaciones añadidas sobre trabajo en días no programados, jornadas mínimas e interrupciones o descansos, con el fin último de que la totalidad de la jornada tenga continuidad [*Convenio colectivo estatal de Grandes Almacenes*, que no obstante añade una condición adicional conforme a la cual «sólo será exigible la realización de horas complementarias en días en los que no esté planificada jornada ordinaria para un mínimo de cuatro horas continuadas...» (art.9); el *VI Convenio colectivo de Unión de Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, Grupo Técnico SA, Trípode SA y Coidec, SA*, que prevé una sola interrupción si la jornada es superior a seis horas (art.12); en parecidos términos el *Convenio colectivo de Ticketbis, SL*, que añade que la interrupción no será nunca mayor de dos horas y media (art.12); o el *III Convenio colectivo del Grupo Zena*, que también matiza y completa esta previsión previendo la realización de esas horas en días en que no se hubiese programado ya trabajo, respetando en todo caso el descanso semanal, y con un preaviso de 72 horas (art.12); también con alguna especificación, el *Convenio colectivo de Lidl Supermercados, SAU*, que dispone que si se tratara de trabajadores con una jornada inferior a cinco días a la semana, la exigencia de prestación en un día no previsto de trabajo sólo sea posible por un mínimo de cuatro horas, respetando a su vez los dos días de descanso de promedio (art.10.2.2); la genérica exigencia de unidad o continuidad o en días no programados, también en el *Convenio colectivo del Grupo Pastificio* (art.12); el *Convenio colectivo de TM Resources, SL* (art.12); *Convenio colectivo de Burgercampo, SL* [art.12 a); y el *Convenio colectivo del grupo de empresas Dia SA y Twins Alimentación SA* (art.14); «a continuación de la jornada diariamente pactada» dice el *Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva* (art.17.3)].

La regulación de las interrupciones constituye un aspecto de la ordenación del tiempo en el trabajo a tiempo parcial caracterizada, como ya se ha podido comprobar, por un elevado índice de dispersión, variedad y prolijidad; aunque quizá la línea de regulación que puede inducirse —y que ya está, como también se ha dicho, en la normativa legal— es el intento de limitarlas con el fin ya repetido de procurar continuidad y evitar la dispersión de las jornadas de los trabajadores a tiempo parcial. Así, en muchos casos se reitera la limitación a una sola interrupción, si la jornada supera las seis horas, y no por más de dos horas y media [*Convenio colectivo de TM Resources, SL* (art.12)]; o si la jornada es superior a cuatro horas [*Convenio colectivo estatal de Grandes Almacenes*, que limita a su vez la duración de la interrupción a un máximo de cuatro horas (art.9)]. En otros casos se establece un máximo de dos interrupciones, cuando la jornada de los trabajadores a tiempo completo sea partida [*Convenio colectivo del Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU* (art.20); y *Convenio colectivo de Swissport Spain, SA* (Disposición adicional cuarta, sobre organización del trabajo en las terminales de carga)]. Quizá quepa incluir aquí la exigencia de que las horas diarias e prestación de servicios se puedan distribuir en dos turnos de trabajo, pero continuados [*Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente, zona 5, Levante* (art.12.A.4)].

Una regulación un tanto más prolija se contiene en el *Convenio colectivo de Easyjet Handling Spain, Sucursal en España*, que dispone un mínimo de jornada de trabajo efectivo para los contratos indefinidos a tiempo parcial del 50% de la jornada completa; la fijación de horarios y turnos en función de las necesidades productivas de la empresa, con propósito de mantener una cierta estabilidad; la posibilidad de distribución de la jornada diaria en uno o dos períodos horarios; la eventual obligatoriedad para los trabajadores cuya jornada diaria sobrepase las cinco horas de desarrollarla en dos períodos horarios, con duración mínima de dos horas, y una interrupción no inferior a una hora ni superior a cinco. Todo ello en atención a las necesidades del servicio (art.18.2). E igualmente en el *Convenio colectivo de Enercon Windenergy Spain, SL*, que exige la presencia de los trabajadores a tiempo parcial entre las 9:30 y las 12:30 horas; descansar al menos media hora entre las 12:30 y las 14:00 horas cuando se opte por alargar la jornada más allá de las 14:00 horas; la asimilación en cuanto a la presencia obligatoria a los trabajadores a tiempo completo cuando el trabajador a tiempo parcial se someta a una jornada irregular que implique trabajar en ese mismo régimen de jornada; o la posibilidad de que se fijen horarios de presencia obligatoria diferentes por razones organizativas o productivas.

Algunos convenios, en fin, se ocupan de disponer de manera expresa algo relativo a los tiempos de descanso de los trabajadores a tiempo parcial. Ya se ha mencionado a estos efectos el *III Convenio colectivo del Grupo Zena* (art.12); pero se pueden añadir el *Convenio colectivo de las industrias del frío industrial* (11 f); el *Convenio colectivo de Servicios Integrales de Fincas*

Urbanas de Madrid, SL (art.13); y el *Convenio colectivo de Marc Clear, SL* (art.11.4); el *Convenio colectivo de Expertus Multiservicios, SA, para los centros de trabajo de Madrid y Barcelona* (art.14.1); y el *Convenio colectivo de Ursula Consulting, SLU* (art.14), que prevén que la distribución de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial se lleve a cabo de forma que se les asegure un descanso semanal de día y medio consecutivo, o conforme a los demás trabajadores. En este último sentido, el *Convenio colectivo de Centro Farmacéutico, SL* (art.14). Y al día y medio se refiere expresamente el *Convenio colectivo de Próxima Servicios Empresariales, SL* (art.15.1). Quizá quepa incluir aquí también al *Convenio colectivo marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo*, que con carácter general afirma que «todos los trabajadores y trabajadoras afectados por el presente convenio disfrutarán de dos días de descanso semanal continuados e ininterrumpidos», con la lógica salvedad de los trabajadores a tiempo parcial contratados específicamente para prestar servicios en fines de semana o festivos (art.43). También el *Convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad para el periodo julio 2015-2016* prevé con carácter general que se respete en los cuadrantes anuales la libranza de un fin de semana ininterrumpido de 48 horas cuyo cómputo se inicie a la hora de finalización del servicio del viernes [art.41.2 c)]. Y, con algún matiz, el *Convenio colectivo de Compañía Logística Acotral, SA y Acotral Distribuciones Canarias, SL*, que en el caso de contratos cuyo porcentaje de jornada parcial sea igual o superior al 50% de la completa, y que permitan el cómputo de jornada mensual, llevarán anudados los límites de jornada diaria y semanal y demás descansos comunes al resto de trabajadores [art.20 a)].

Por ir concluyendo, hay que subrayar que resulta problemática una cláusula que también se repite en algunos convenios, según la cual la jornada inicialmente pactada podrá ampliarse temporalmente cuando se produzcan circunstancias que permitirían recurrir a la contratación temporal. Esta cláusula, que se incluye en el *Convenio colectivo estatal de Grandes Almacenes* (art.9.A.3) fue anulada por considerarse vulneradora de la legalidad, al atribuir a la mera voluntad empresarial la posibilidad de ampliación, por STS de 12 de mayo de 2015 (Rec.153/14)¹⁸. Con toda probabilidad, y aunque no se hayan promovido procesos de impugnación de esos otros convenios —al menos que se sepa—, la misma consideración deberían merecer las cláusulas homólogas que, incluso con la misma literalidad, reproducen algunos convenios colectivos [*Convenio colectivo de TM Resources, SL* (art.12); *Convenio colectivo de Ticketbis, SL* (art.12); y *VI Convenio colectivo de Unión de*

¹⁸ No es la primera vez que la aplicación práctica del modelo de ordenación de la jornada del Convenio colectivo de Grandes Almacenes suscita problemas, como prueban las STS de 13 de marzo de 2014 (Rec.80/13), asunto Carrefour, reiterando doctrina de las SSTs de 5 de noviembre de 2013 (Rec. 66/13), asunto Ikea y 11 de diciembre de 2013 (Rec. 40/13), asunto Alcampo, en relación con el trabajo en domingos y festivos; y la STS de 25 de mayo de 2015 (Rec.307/13), sobre una alteración de la jornada introducida en la empresa El Corte Inglés.

Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, Grupo Técnico SA, Trípode SA y Coidec, SA (art.12)]. Podrían suscitar algún reparo similar regulaciones como la contenida en el art.31 del *Convenio colectivo del Grupo de empresas Muerde la Pasta* y en el art.19 del *III Convenio colectivo del Grupo de Empresas VIPs*, donde se hace referencia a los «cambios en el horario individualmente adjudicado por causas organizativas imprevisibles», que dicen se efectuarán preferentemente con personal voluntario y que no podrán superar un máximo de 45 horas al trimestre para los trabajadores a tiempo completo, el tiempo proporcional para los contratados a tiempo parcial. Incluso los procedimientos modificativos regulados convencionalmente como alternativa al mecanismo del art.41.4 ET deben respetar algún tipo de interlocución con la representación de los trabajadores y no venir atribuidos a la mera facultad unilateral de la empresa.

Y, por fin, por su complejidad y especificidad, se menciona aparte la regulación que sobre la jornada y el tiempo de trabajo de los «trabajadores fijos a parcial» se contiene en el *XX Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas de España, SA, Operadora, S. Unipersonal*, que prevé, entre otras medidas, la posible distribución del tiempo de trabajo en uno o dos períodos; esta última modalidad que podrá implantarse obligatoriamente por la compañía para los trabajadores que tengan una jornada diaria igual o superior a cinco horas, en períodos de un mínimo de dos horas, con una interrupción que no será inferior a una hora ni superior a cinco, y dentro de la franja horaria de 5:00 a 24:00 h. Este convenio contempla asimismo la posibilidad de alterar la jornada y horario previstos haciendo uso de las horas complementarias en casos de cambios de programación de vuelos y de carga de trabajo, sin necesidad de respetar el preaviso de tres días en casos imprevistos; o que incluso puede producirse por mutuo acuerdo. Se dispone, por fin, que los trabajadores fijos a tiempo parcial que trabajen cinco días o menos a la semana, y presten servicios en días festivos, perciban el plus de festividad y la parte proporcional de los festivos establecidos en el art.76 del convenio. Y también en función de que se supere o no ese umbral de los cinco días de trabajo a la semana a lo largo de todo el año se devengarán las vacaciones como si se tratara de fijos de actividad continuada a tiempo completo, o proporcionalmente. Para los aeropuertos de Madrid y Barcelona se establecen, además, ciertas salvedades y reglas particulares.

En el *Convenio colectivo de Swissport Spain, SA*, que respecto de la ordenación de los horarios de los trabajadores a tiempo parcial contiene las siguientes pautas:

- Planificación semanal (con siete días de antelación se publicarán los días de trabajo, horarios de entrada de cada trabajador y duración diaria de su jornada)
- Posibilidad de introducir cambios por la Dirección de la empresa en los días de descanso, horario de entrada y jornada diaria [cuatro días

de descanso al mes, preavisando don dos días de antelación al trabajador, y que se compensarán en las cuatro semanas siguientes al día inicialmente programado como de descanso; cambios de los horarios de entrada seis días al mes, preavisando con cuatro días de antelación; y seis días al mes cambios en la duración diaria de la jornada, preavisándose con una antelación de cuatro horas (sic.).]

- Publicación de horarios de trabajo para los trabajadores indefinidos a tiempo parcial (en función de las cargas de trabajo de cada aeropuerto; con antelación de diez días naturales a su entrada en vigor).
- Reprogramación en caso de asistencia a consulta médica (para el personal a tiempo parcial en un día que no tuviera turno asignado).

3.8. Obligaciones de registro y documentación

Las obligaciones de registro y documentación —ahora, como ya se dijo al comienzo, aún más reforzadas¹⁹— aparecen vinculadas en la normativa legal al control mismo de los límites de la jornada del trabajador a tiempo parcial, que sumando las horas inicialmente pactadas más las complementarias de ambos tipos —las acordadas y las aceptadas voluntariamente, en su caso— no podrá exceder del límite legal de la definición misma del tipo contractual [art.12.4 c) 3º ET]; para lo cual se le exige al empresario el registro diario y la totalización mensual con entrega al trabajador de la pertinente copia junto con el recibo de salarios en la que figuren el total de horas mensuales realizadas, incluidas las complementarias, que habrán de aparecer igualmente en el recibo de salarios y en los documentos de cotización [art.12.5 i) ET]. Toda la documentación correspondiente deberá ser conservada por el empresario durante un período mínimo de cuatro años [art.12.4 c) 4º y 5º ET]. Conviene subrayar que el incumplimiento por el empresario de estas obligaciones constituye de por sí infracción sancionable —la Inspección, además, la considera infracción grave ex art.7.5 LISOS, por entender que no se trata de una infracción meramente formal o documental, sino de una vulneración de las exigencias legales sobre tiempo de trabajo y límites de jornada—; y además desencadena la conversión del contrato en a tiempo completo, salvo que se acredite el carácter parcial de los servicios²⁰. Tal y como se ocupan de recordar algunos convenios, como el *Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad* (art.17.2).

En la negociación colectiva estas obligaciones aparecen, no obstante, relacionadas mucho más directamente con la retribución de las horas com-

¹⁹ Como consecuencia de la ya citada Instrucción 1/2015 de la Inspección de Trabajo, y del consiguiente Plan de acción para el control de las jornadas en los contratos a tiempo parcial.

²⁰ En el año de campaña de control de las jornadas parciales la Inspección ha podido detectar que dos de cada tres contratos a tiempo parcial se acaban transformando en contratos a tiempo completo a resultas de estos incumplimientos.

plementarias, lo que no deja de tener su lógica, no sólo por lo que al respecto dispone el ya citado art.12.5 i) ET, sino porque la copia resumen que ha de entregarse junto con el recibo salarial²¹ preconstituye la única o la más cualificada prueba con que el trabajador podrá contar para, en su caso, reclamar el abono de las horas realizadas a lo largo del mes. Por esta razón trataremos ambas cuestiones en este apartado de manera conjunta, la retribución de las horas complementarias, y las obligaciones documentales y de registro que incumben al empresario.

A este respecto puede resultar de sumo interés la SAN de 19 de febrero de 2016 (Proced.383/15), que reitera doctrina contenida en la precedente SAN de 4 de diciembre de 2015 (Proced.301/2015), y declara que la empresa está obligada a implantar un sistema fiable de registro diario de la jornada —diferente de los habituales cuadrantes de trabajo—, donde se reflejen las horas realmente trabajadas cada día; pues es el único medio para controlar el tiempo efectivo de trabajo, si el mismo se corresponde con el tipo de contrato y lo que en él se haya consignado sobre el número de horas, y si se realizan o no horas de exceso, en principio, extraordinarias. Pero, con toda probabilidad y quizá con mayor motivo, lo mismo resulta aplicable a las horas efectivas realizadas por los trabajadores con contrato a tiempo parcial, también las complementarias del tipo que sean.

Sobre la retribución de las horas complementarias existe práctica uniformidad en la negociación analizada en recoger el criterio legal sobre el abono de las efectivamente realizadas al precio de la hora ordinaria, en algunos casos añadiendo la previsión que también lleva a cabo el art.12.5 i) ET sobre su cómputo a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y períodos de carencia y bases reguladoras de las prestaciones [*Convenio colectivo de Marc Clear, SL* (art.17); *Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente, zona 5, Levante* (art.12.A.4); *Convenio colectivo de las industrias del frío industrial*; el *Convenio colectivo de Compañía Logística Acotral, SA y Acotral Distribuciones Canarias, SL*, con alusión a la retribución equivalente a las horas extras; *VI Convenio colectivo de Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas, SAU* (art.4); *Convenio colectivo de Easyjet Handling Spain, Sucursal en España* [art.18.2 b) 9]; *III Convenio colectivo del Grupo de empresas Rodilla* (art.12); *Convenio colectivo de Noroto, SAU* (art.13); *Convenio colectivo del Grupo de empresas Muerde la Pasta* (art.22); y el *Convenio colectivo de Aunar Group 2009, SL*].

²¹ Aunque el art.12.5 i) ET al referirse a las horas complementarias sólo aluda a su constancia en el recibo de salarios y documentos de cotización, el reforzamiento ya aludido de este tipo de obligaciones con el fin de facilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo ha dado lugar al diseño de dos tipos diferentes de plantillas de control horario, las que se aplican a los trabajadores a tiempo completo y las que cubren los trabajadores a tiempo parcial, donde se desglosan las horas ordinarias y las complementarias efectivamente realizadas.

En cuanto a las obligaciones de registro y documentación estrictamente consideradas, lo cierto es que, con escasas variantes, los convenios reproducen igualmente, con mayor o menor fidelidad, lo que se dispone ya en la norma legal, refiriéndose tanto al registro diario y mensual de todas las horas, como a su reflejo en el recibo de salarios y documentos de cotización [*Convenio colectivo del Grupo de empresas Muerde la Pasta* (art.22); *Convenio colectivo de las industrias del frío industrial* [art.11.4 h)]; *Convenio colectivo de Compañía Logística Acotral, SA y Acotral Distribuciones Canarias, SL*; *Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad* (art.17); *VI Convenio colectivo de Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas, SAU* [art.4 e)]; *Convenio colectivo de Easyjet Handling Spain, Sucursal en España* [art.18.2 b) 9)]; *Convenio colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios*, que añade la obligación empresarial de conservar los resúmenes mensuales durante un período mínimo de cuatro años; y el *XX Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas de España, SA, Operadora, S. Unipersonal* que declara que «se dará cumplimiento, de conformidad con las previsiones legales vigentes en cada momento, a las obligaciones de comunicación y desglose de las horas complementarias»].

Al margen de estas obligaciones que en realidad vienen impuestas por ley, algún convenio añade alguna obligación empresarial con esta misma orientación. Por ejemplo, el *III Convenio colectivo del Grupo de empresas Rodilla*, en el que se prevé que el trabajador pueda solicitar en cualquier momento a la empresa que le informe del número de horas complementarias realizadas hasta ese momento; y que trimestralmente la empresa remita a cada centro de trabajo un informe en el que figuren las horas complementarias realizadas por cada trabajador y el número de horas máximo que figuran en su respectivo pacto; además de contemplar la creación de una comisión de seguimiento de composición paritaria de la jornada a tiempo parcial, que analizará semestralmente la aplicación de la figura del tiempo parcial en el grupo de empresas (art.12). Y, desde otro punto de vista no menos interesante, el *Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva*, que tiene en cuenta que la prestación de un colectivo importante de trabajadores se realiza en centros de trabajo de terceros —empresas comitentes o usuarias—, por lo que prevé que se establezcan en cada empresa o centro de trabajo sistemas de registro diario de las horas trabajadas (art.25).

3.9. Algunas pautas de interés en relación con la conciliación

La interrelación existente entre la ordenación del tiempo de trabajo y la organización doméstica y vital de las personas es algo sobre lo que no es menester ahora insistir. Lo que se pretende en este momento es destacar algunos contenidos de los convenios revisados —además de los que ya se han podido mencionar— cuyo enfoque, en relación con el tratamiento del trabajo

a tiempo parcial, es precisamente el de la repercusión de esa forma de trabajo en las instituciones de conciliación.

Un primer bloque de regulaciones convencionales son las que atribuyen al empresario facultades para adaptar su organización a las situaciones que resultan del ejercicio de derechos de conciliación por los trabajadores de su plantilla, paradigma de lo cual es la cláusula que se contiene en el *V Convenio colectivo de Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU* (art.48), el *IV Convenio colectivo de Iberdrola Inmobiliaria, SAU* (art.37) y el *VI Convenio colectivo de Iberdrola Grupo* (art.75), que bajo la rúbrica exacta de «adecuación de la organización empresarial por el ejercicio de los derechos de conciliación laboral y familiar» viene a contemplar la posibilidad de celebración de contratos de trabajo de interinidad, a tiempo completo o parcial, con el fin de sustituir a los trabajadores que se encuentren ejercitando derechos de conciliación [la excedencia regulada en el convenio, la suspensión del contrato por las causas enumeradas en el art.45.1 d) ET o la reducción de la jornada de trabajo].

El contrato de interinidad a tiempo parcial es justamente la figura de la que se ocupan otros convenios con esta misma finalidad de conciliación²², para la sustitución de quienes se encuentren en uso de alguna de las facultades que les confiere la normativa legal y que determinan, bien la suspensión del contrato, bien la reducción de la jornada laboral. Así, el *Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos* admite la posibilidad de incluir una cláusula en el contrato del interino por la que el trabajador acepta expresamente de forma voluntaria la novación o conversión de su contrato de tiempo completo en tiempo parcial con un mínimo del 50% de la jornada, cuando se produzca la reincorporación de alguno de los trabajadores a los que sustituye [art.23.4 b)]. Habrá que entenderlo referido a los interinos que estén sustituyendo a varios trabajadores que se hayan acogido a la reducción de la jornada por guarda legal. Esta previsión se repite en el *Convenio estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías* [art.18.5 d)].

Con un desarrollo algo mayor, el *IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa Resolución de 27 de enero de 2014, de la Dirección General de Empleo*, que en anteriores versiones ya mostró su sensibilidad ante este tipo de cuestiones, regula una serie de medidas que pretenden facilitar el ejercicio de los derechos vinculados a la protección del embarazo, la maternidad y la paternidad, y de minimizar las repercusiones que ello pudiera tener sobre el resto de trabajadores (art.51). En concreto, y siempre que ello sea posible,

²² En concordancia con lo dispuesto en los arts.4.3 y 5.2 b) *RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada*; y el *RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural*.

la formación de contratos a tiempo parcial o puesta a disposición a través de ETTs para sustituir a los ausentes; en caso contrario, la realización de convenios especiales con estas últimas o con el Servicio Público de Empleo Estatal para que tengan a disposición de Endesa un pool de trabajadores de los distintos puestos de trabajo a turno que puedan estar disponibles para incorporarse allí donde fueran necesarios; y la preparación de trabajadores de unidades menos críticas para que puedan sustituir al personal a turno.

El segundo bloque de convenios aglutina medidas referidas ya a las propias modalidades de ejercicio de los derechos de conciliación. Por ejemplo, cuando se admite la posibilidad de disfrute del permiso de lactancia en jornada parcial, con la consiguiente prolongación de su duración, en el *III Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado* [art.47 j)], y en el *Convenio colectivo estatal de acción e intervención social 2015-2017* (art.30); o cuando, con carácter más general, se contempla que la empresa estudie la posibilidad de ofertar al personal de estructura la conversión de sus contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial con fines de conciliación (Disposición final cuarta del *V Acuerdo marco del Grupo ArcelorMittal en España*); o cuando se extiende a los trabajadores a tiempo parcial la opción por acogerse al horario flexible [*VII Convenio colectivo de Volkswagen Finance, SA, Establecimiento Financiero de Crédito* (art.7.3)]. O, en fin, aunque se escape un poco al contenido y finalidad de este estudio, el interesante e innovador modelo de gestión de la concreción horaria en casos de reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares que introduce el *Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías* (art.42), que, en el marco de las Comisiones creadas para la evaluación y seguimiento de los Planes de Igualdad, contempla la propuesta de fórmulas como la concentración de la reducción de la jornada en días completos continuados, uniendo las vacaciones al período de disfrute de aquella; la fijación de una jornada semanal de veinte a veinticuatro horas, con un incremento salarial, y debiendo prestarse al menos un día a la semana la jornada completa, coincidiendo con el día de mayor actividad.

3.10. Teletrabajo parcial

Para concluir, y aunque se trate nuevamente de un asunto con sustantividad propia, no se ha querido dejar de aludir aquí al creciente interés que para la negociación colectiva despierta el teletrabajo. Que, además, en la mayor parte de los casos se articula en realidad como un complemento de una reducción de jornada, como un teletrabajo parcial.

El sistema más elaborado es el de los convenios de las empresas del Grupo Repsol, empezando por el *VIII Acuerdo marco del Grupo Repsol*, cuyo art.19 incorpora un «Acuerdo de implantación progresiva de teletraba-

jo», que se dice alcanzado el 8 de mayo de 2009 al amparo de lo previsto en el Acuerdo Marco Europeo en materia de teletrabajo el 16 de julio de 2002 e inspirado en sus principios, y suscrito por la Dirección de la Empresa y los sindicatos más representativos, CCOO y UGT, a propuesta de la Mesa Técnica de Igualdad del Grupo Repsol. En el Acuerdo se empieza por definir y establecer cinco modalidades del teletrabajo (1 día/ semana; 2 días/ semana; 3 días/ semana; 20% de la jornada; y 2 tardes/ semana y la jornada del viernes); determinar los requisitos básicos para poder «teletrabajar», admitiendo la compatibilidad entre la reducción de jornada y el teletrabajo de día completo y con la modalidad del 20% diario, salvo que la reducción sea igual o superior a un tercio; fijar requisitos técnicos y especiales, obligaciones y derechos de la persona que teletrabaje y mecanismos de seguimiento. El *X Convenio colectivo de Repsol Petróleo, SA* (art.92) y el *XIII Convenio colectivo de Repsol Química, SA* recogen en efecto el modelo de teletrabajo del Acuerdo Marco; mientras que el *V Convenio colectivo de Repsol, SA* regula el teletrabajo parcial (art.15.7.2); y el *XI Convenio colectivo de Repsol Petróleo, SA -Refino-* (art.89), el *IX Convenio colectivo de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA* (art.37.3.1); y el *Convenio colectivo de Repsol Lubricantes y Especialidades, SA* posibilitan la compatibilidad entre el teletrabajo con el disfrute del permiso por maternidad a tiempo parcial al 50% en las últimas cuatro semanas.

Por fin, se refiere al teletrabajo el *Convenio colectivo de Thales España GRP, SAU*, que contempla la posible realización en el domicilio de jornadas completas o parciales, sin que ello pueda afectar a las actividades que habrán de desarrollarse en cumplimiento de las funciones propias del puesto de trabajo (art.36).

Convendría que los convenios colectivos que en futuro aborden la realización o potenciación del teletrabajo tuvieran en cuenta que la opción de pasar a desarrollar esta modalidad de la prestación constituye una verdadera novación contractual, que requiere, en congruencia con esa configuración jurídica, la voluntad expresa del trabajador[STS de 11 de abril de 2005 (Rec.143/04)], no pudiendo ser impuesta unilateralmente por el empresario, probablemente, ni siquiera cuando tal opción esté prevista en convenio.

4. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN FINAL

1. Sobre la ordenación general del trabajo a tiempo parcial en los convenios colectivos

Primera: el trabajo a tiempo parcial es una materia abundantemente tratada en la negociación colectiva.

Segunda: la negociación colectiva asume el reto de configurar esta forma de trabajo como mecanismo alternativo a la contratación temporal y a las

horas extras; y de estimular este tipo de contratación y mejorar su calidad, procurando propiciar la prolongación o ampliación de las jornadas, la consolidación de estas últimas y el acceso preferente de los trabajadores a tiempo parcial a empleos a tiempo completo.

Tercera: la negociación avanza discreta pero firmemente en la consideración de la perspectiva de género y en el tratamiento de cuestiones relativas a la conciliación familiar, poniéndolas asimismo en conexión con el trabajo a tiempo parcial. Paradójicamente, algunos convenios de sectores feminizados apenas le prestan atención.

Cuarta: los convenios detallan las repercusiones del principio de igualdad de trato y del de proporcionalidad en la fijación de las condiciones de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial; en relación con el segundo de esos principios rectores con algunas disparidades de criterio, y referencia expresa al cómputo del período de prueba.

2. Específicamente, sobre la regulación convencional del tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial

Primera: es frecuente que los convenios contemplen mecanismos de garantía de ocupación y empleo de calidad para los trabajadores a tiempo parcial, por medio de cláusulas que fijan umbrales de jornada mínima, o la continuidad de la jornada y el no fraccionamiento excesivo de la misma, en función del montante de horas pactado.

Segunda: casi de manera generalizada los convenios optan por ampliar al máximo el porcentaje de horas complementarias y voluntarias posible; y también regulan el preaviso para su realización, en muchas ocasiones reduciéndolo prácticamente al momento inmediato anterior a la prestación del servicio. También se contempla de manera expresa la posible renuncia al pacto de horas complementarias y la imposibilidad de sancionar al trabajador si el empresario incumple sus obligaciones o el trabajador rechaza la oferta de horas adicionales.

Tercera: la regulación de la distribución de la jornada y la organización de los horarios de los trabajadores a tiempo parcial resulta extremadamente prolija, detallada y dispar, tremendamente casuística, y prácticamente imposible de reconducir a un esquema ordenador sistemático. Aunque se advierte un predominio de la remisión al contrato, la posible alteración sobrevenida de la jornada por iniciativa empresarial, y la ampliación por otras vías de las facultades empresariales de disposición de la fuerza de trabajo.

Cuarta: la negociación introduce, no obstante, medidas favorables a la continuidad de la jornada, como la ubicación de las horas complementarias al inicio o al final de la jornada pactada, o la limitación de las interrupciones (en número y duración); y regula la garantía de los tiempos de descanso de los trabajadores a tiempo parcial.

Quinta: en ocasiones, la regulación de ciertos aspectos del tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial podría resultar de dudosa legalidad (sobre todo, algunas cláusulas en las que se atribuye al empresario la libre disposición de la prestación de servicios o la alteración de las condiciones temporales de ejecución del trabajo fijadas en el contrato o en el propio convenio).

5. BIBLIOGRAFÍA

- M.I. BENAVENTE TORRES, *El trabajo a tiempo parcial*, CES-Andalucía, Sevilla, 2005
- J. CABEZA PEREIRO, *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Bomarzo, Albacete, 2013
- J. CRUZ VILLALÓN, «Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, número 130/2015, monográfico sobre el impacto de la Jurisprudencia Europea sobre las Relaciones Laborales en España, pp.13 y ss.
- J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, «Intensificación del control en materia de tiempo de trabajo: ¿Ha ido la praxis administrativa más allá de la ley?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF nº403, octubre 2016, pp.5 y ss.
- J. GARCÍA BLASCO, «El papel de la negociación colectiva en el contrato de trabajo a tiempo parcial», *RMTAS* nº 18, 1999
- J. LÓPEZ GANDÍA, «El trabajo a tiempo parcial entre flexibilidad y precariedad laboral», en J. Mª GOERLICH PESET (coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.281 y ss.
- I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, «Trabajo a tiempo parcial y modalidades de contrato a tiempo parcial», en VV.AA. (dir. J. GARCÍA MURCIA), *Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva. Estudio de los convenios colectivos de sector (1994-1996)*, CES, Madrid, 1998, pp.337 y ss.
- Mª J. LÓPEZ ÁLVAREZ, *Distribución irregular de la jornada de trabajo*, Claves Prácticas, Francis Lefebvre, Madrid, 2015
- J.F. LOUSADA AROCHENA y P. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRRAS, *El contrato de trabajo a tiempo parcial. Nuevas reglas para viejos problemas*, Tecnos, Madrid, 2015
- C. MARTÍNEZ MORENO, «¿Puede ser el contrato a tiempo parcial un verdadero instrumento de política de empleo?», *Revista Derecho Social y Empresa. Monográfico Siglo XXI: ¿Derecho del trabajo versus Derecho del Empleo?*, nº2, diciembre 2014, pp.79-114
- C. MARTÍNEZ MORENO, «Reconsiderando el sistema español de contratación laboral», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº42, febrero 2016
- J. R. MERCADER UGUINA y P. NIETO ROJAS, «La reducción de jornada por razones económicas, técnicas, organizativas o productivas», en VV.AA., *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa* (dir. y coords. J. L. MONEREO PÉREZ, J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS y L. A. TRIGUERO MARTÍNEZ, Comares, Granada, 2011

A.J. VALVERDE ASECIO, «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», en *Temas Laborales* nº124/2014, pp.13 y ss.

6. ANEXO DE CONVENIOS CONSULTADOS

1. Convenios sectoriales

Resolución de la DGE de 28 de febrero 2012, por el que se registra y publica el V Convenio colectivo del sector de la construcción (BOE 15 de marzo)

Resolución de la Dirección General de Empleo, de 20 de septiembre 2012, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos (BOE 10 de octubre)

Resolución de la DGE de 12 de julio 2012, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de *contact center* (antes *telemarketing*) (BOE 27 de julio)

Resolución de 2 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de la madera (BOE 27 de noviembre)

Resolución de 25 de abril de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del sector de las industrias lácteas y sus derivados (BOE 13 de mayo)

Resolución de 4 de julio de 2013, de la Consejería de Economía y Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo Local del sector de la Estiba y Desestiba del puerto de Avilés (BOPA 14 de agosto)

Resolución de 18 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio 2010-2015 (BOE 3 de octubre)

Resolución de 9 de octubre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por el que se registra y publica el XVII Convenio colectivo nacional de Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos (BOE 25 de octubre)

Resolución de 7 de febrero 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VI Convenio colectivo estatal de gestorías administrativas (BOE 24 de febrero)

Resolución de 14 de febrero de 2014, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de trabajo para el sector del Auto-Taxi de la Comunidad Autónoma de Andalucía 2014-2016 (BOJA 3 de marzo)

Resolución de 7 de mayo 2014, de la DGT, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo del sector Montajes y Empresas Auxiliares del Principado de Asturias (BOPA 22 de mayo)

Resolución de 5 de agosto de 2014, de la Consejería de Economía y Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo del sector Derivados del Cemento (BOPA 28 de agosto)

Resolución de 2 de septiembre 2014, de la Dirección General de Trabajo y Prevención de Riesgos, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo del sector Obradores y Fábricas de Pastelería, Confeitería y Repostería de Navarra (BO Navarra 6 de octubre)

Resolución de 19 de septiembre 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra el Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE 2 de octubre)

Resolución de 6 de octubre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica III Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos o (BOE 21 de octubre)

Resolución de 11 de diciembre 2014, de la DGE, por la que se registra y publica el Convenio colectivo básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales (BOE 26 de diciembre)

Resolución de 15 de enero de 2015, de la Consejería de Economía y Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo del sector Estiba y Desestiba del Puerto de Gijón (BOPA 28 de enero)

Resolución de 20 de enero de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las industrias de elaboración del arroz (BOE 3 de febrero)

Resolución de 6 de mayo de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (BOE 21 de mayo)

Resolución de 8 de junio 2015, de la DGE, por la que se registra y publica el Convenio colectivo marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (BOE 19 de junio)

Resolución de 22 de junio 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de acción e intervención social 2015-2017 (BOE 3 de julio)

Resolución de 3 de julio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector ocio educativo y animación sociocultural (BOE 15 de julio)

Resolución de 3 de julio 2015, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo Estatal de Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares 2014-2015-2016 (BOE 15 de julio)

Resolución de 20 de julio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 6 de agosto)

Resolución de 3 de agosto de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo para la acuicultura marina nacional (BOE 19 de agosto)

Resolución de 3 de agosto de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XVIII Convenio colectivo general de la industria química (BOE 19 de agosto)

Resolución de 7 de agosto 2015, de la DGE, por la que se registra y publica el Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 21 de agosto)

Resolución de la DGE de 4 de septiembre 2015, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad para el periodo julio 2015-2016 (BOE 18 de septiembre)

Resolución de 14 de septiembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la industria azucarera para el período 2015-2016 (BOE 25 de septiembre)

Resolución de 30 de septiembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las industrias de turrones y mazapanes (BOE 14 de octubre)

Resolución de 22 de octubre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia (BOE 5 de noviembre)

Resolución de 29 de octubre 2015, por la que se registra y publica el Convenio Tomate Fresco (Manipulado y Envasado) (BO Región de Murcia 20 de noviembre)

Resolución de 12 de noviembre de 2015, de la Consejería de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo del Sector para la Industria del Metal del Principado de Asturias (BOPA 23 de noviembre)

Resolución de 23 de noviembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo sectorial de ámbito estatal de las administraciones de loterías (BOE 7 de diciembre)

Resolución de 28 de diciembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de perfumería y afines (BOE 19 de enero)

Resolución de 19 de enero de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de jardinería para el periodo 2015-2016 (BOE 2 de febrero)

Resolución de 3 de febrero de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad (BOE 10 de febrero)

Resolución de 12 de febrero de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo marco para los establecimientos financieros de crédito para el periodo 2015-2016 (BOE 1 de marzo)

Resolución de 18 de febrero de 2016, de la Consejería de Empleo, Industria y Turismo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo del sector «Limpieza de edificios y locales del Principado de Asturias» (BOPA 4 de marzo)

Resolución de 24 de febrero de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva (BOE 22 de marzo)

Resolución de 8 de abril de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VIII Convenio colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias (2014-2016) (BOE 22 de abril)

Resolución de 15 de abril de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XV Convenio colectivo interprovincial para el comercio de flores y plantas (BOE 2 de mayo)

Resolución de 3 de mayo de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (BOE 19 de mayo)

Resolución de 1 de junio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de la banca (BOE 15 de junio)

Resolución de 19 de julio 2016, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la industria del calzado para los años 2016, 2017 y 2018 (BOE 2 de agosto)

Resolución de 29 de junio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acuerdo de modificación del XV Convenio colectivo interprovincial para el comercio de flores y plantas (BOE 14 de julio)

Resolución de 6 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo que regula las relaciones laborales de las empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional (BOE 15 de julio)

Resolución de 19 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería 2016-2018 (BOE 2 de agosto)

Resolución de 19 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 10 de agosto)

Resolución de 25 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acta de la Comisión Negociadora del Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (BOE 11 de agosto). Modifica parcialmente el convenio del metal.

2. Convenios de empresa y grupos de empresas

Resolución de 3 de noviembre 2009, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado [(BOE 12 de noviembre)

Resolución de 29 de noviembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo del Grupo de empresas AENA (Entidad Pública Empresarial AENA y Aena Aeropuertos, SA (BOE 20 de diciembre)

Resolución de 13 de mayo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski (BOE 30 de mayo)

Resolución del Delegado Territorial de Trabajo, Empleo y Políticas Sociales de Bizkaia del Departamento de Empleo y Políticas Sociales, por la que se dispone el registro, publicación y depósito del Convenio Colectivo de la empresa UTE Bilboko Lorategiak con su personal adscrito a los servicios de conservación y mantenimiento de los parques y zonas ajardinadas de Bilbao (UTE Bilboko Lorategiak) (BOB 12 de junio de 2013)

Resolución de 20 de agosto de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XV Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal.

Resolución de 9 de octubre 2013, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y Organismos Autónomos dependientes de esta (BO Castilla y León de 28 de octubre)

Resolución de 4 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Acuerdo marco del Grupo Arcelor-Mittal en España (BOE 19 de diciembre)

Resolución de 27 de enero de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (BOE 13 de febrero)

Resolución de 6 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo de Retevisión I, SAU (BOE 19 de mayo)

Resolución de 6 de mayo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XX Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas de España, SA, Operadora, S. Unipersonal (BOE 22 de mayo)

Resolución de 23 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Minas de Almadén y Arrayanes, SA (BOE 14 de enero)

Resolución de 23 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo para el grupo de empresas Maxam (BOE 14 de enero)

Resolución de 23 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución Ceuta, SLU (BOE 12 de enero)

Resolución de 20 de enero de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo marco del grupo E.ON España (BOE 30 de enero)

Resolución de 28 de enero de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el X Convenio colectivo de Vigilancia Integrada, SA. (BOE 10 de febrero)

Resolución de 13 de febrero de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de European Air Transport Leipzig GMBH, sucursal en España (BOE 26 de febrero)

Resolución de 13 de febrero de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la «Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros SA» (BOE 26 de febrero)

Resolución de 13 de febrero de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Ursula Consulting, SLU. (BOE 26 de febrero)

Resolución de 2 de marzo de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Euro Pool System España, SLU. (BOE 10 de marzo)

Resolución de 2 de marzo de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Axafone Telecomunicaciones, SL (BOE 10 de marzo)

Resolución de 12 de marzo de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Ediciones Primera Plana, SA, Logística de Medios de Catalunya, SL, Zeta Servicios y Equipos, SA (centros de trabajo de Barcelona), Zeta Gestión de Medios, SA y Grupo Zeta, SA (centros de trabajo de Barcelona) (BOE 26 de marzo)

Resolución de 17 de marzo de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Importaco Frutos Secos (BOE 2 de abril)

Resolución de 17 de marzo de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de ELA Hiermor Asociados, SLU. (BOE 31 de marzo)

Resolución de 27 de marzo de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Aunar Group 2009, SL. (BOE 13 de abril)

Resolución de 8 de abril de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del grupo de empresas de servicios del Real Automóvil Club de España (BOE 21 de abril)

Resolución de 16 de abril de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Próxima Servicios Empresariales, SL (BOE 29 de abril)

Resolución de 20 de abril de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de Mediapost Spain, SL para los centros de trabajo de Madrid, Barcelona, Zaragoza, Málaga, Murcia, Alicante y Vizcaya. (BOE 4 de mayo)

Resolución de 26 de mayo de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Burgercampo, SL (BOE 11 de junio)

Resolución de 26 de mayo de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Swissport Spain, SA. (BOE 11 de junio)

Resolución de 3 de julio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de tripulantes de cabina de pasajeros de Air Europa Líneas Aéreas, SAU (BOE 20 de julio)

Resolución de 3 de julio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Pastificio (BOE 15 de julio)

Resolución de 20 de julio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Alianzas y Subcontratas, SA. (BOE 6 de agosto)

Resolución de 28 de julio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Inaer Helicópteros, SAU (BOE 19 de agosto)

Resolución de 28 de julio de 2015, de la Consejería de Empleo, por la que se registra y publica el XX Convenio Colectivo Cementos Tudela Veguín, S.A.U., Factoría de Aboño (2014-2018) (BOPA 16 de septiembre)

Resolución de 3 de agosto de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE 19 de agosto)

Resolución de 6 de agosto de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Danone, SA (BOE 20 de agosto)

Resolución de 24 de agosto de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Groundforce (BOE 4 de septiembre)

Resolución de 14 de septiembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de SPN Empauxer, SL (BOE 25 de septiembre) [anulado por SAN de 13 de abril de 2016 (Proced.52/16)]

Resolución de 14 de septiembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VI Convenio colectivo de Iberdrola Grupo (BOE 25 de septiembre)

Resolución de 30 de septiembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Centro Farmacéutico, SL (BOE 14 de octubre)

Resolución de 22 de octubre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del grupo de empresas Redexis Gas (BOE 5 de noviembre)

Resolución de 22 de octubre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de General Óptica, SA (BOE 4 de noviembre)

Resolución de 26 de octubre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Gestilán Estaciones de Servicio, SL (BOE 6 de noviembre)

Resolución de 5 de noviembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo del Grupo de Empresas VIPS (BOE 19 de noviembre)

Resolución de 23 de noviembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Thales España GRP, SAU (BOE 9 de diciembre)

Resolución de 11 de diciembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Servicios Integrales de Fincas Urbanas de Madrid, SL. (BOE 5 de enero)

Resolución de 18 de diciembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo del Grupo de empresas Rodilla (BOE 21 de enero)

Resolución de 28 de diciembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (BOE 21 de enero)

Resolución de 28 de diciembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo de empresas Muerde la Pasta (BOE 19 de enero)

Resolución de 5 de enero de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Noroto, SAU (BOE de 21 de enero)

Resolución de 19 de enero de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa» (BOE 2 de febrero)

Resolución de 19 de enero de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de ESC Servicios Generales, SL (BOE 2 de febrero)

Resolución de 19 de enero de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Enercon Windenergy Spain, SL (BOE 2 de febrero)

Resolución de 19 de enero de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Easyjet Handling Spain, Sucursal en España (BOE 3 de febrero)

Resolución de 22 de enero de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Dealz España, SL (BOE 5 de febrero)

Resolución de 27 de enero de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VI Convenio colectivo de Unión de Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, Grupo Técnico SA, Trípode SA y Coidec, SA (BOE 10 de febrero)

Resolución de 3 de febrero de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Prosegur BPO España, SL (BOE 16 de febrero)

Resolución de 3 de febrero de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Safety-Kleen España, SA (BOE 16 de febrero)

Resolución de 19 de febrero de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo del Grupo Zena (BOE 3 de marzo)

Resolución de 17 de marzo de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Claro Sol Facilities, SLU. (BOE 13 de abril)

Resolución de 17 de marzo de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Ilunion Seguridad, SA. (BOE 5 de abril)

Resolución de 17 de marzo de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Compañía Logística Acotral, SA y Acotral Distribuciones Canarias, SL (BOE 13 de abril)

Resolución de 4 de abril de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XVI Convenio colectivo de Europcar IB, SA (BOE 21 de abril)

Resolución de 4 de abril de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo del Grupo Ortiz (BOE 21 de abril)

Resolución de 8 de abril de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Alares Social, SA (BOE 22 de abril)

Resolución de 15 de abril de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Gold Advance Investments, SL (BOE 29 de abril)

Resolución de 22 de abril de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Servigesplan, SL (BOE 5 de mayo)

Resolución de 3 de mayo de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Enagas (BOE 16 de mayo)

Resolución de 3 de mayo de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Soluciones de Externalización Hotelera, SL (BOE 16 de mayo)

Resolución de 11 de mayo de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de TM Resources, SL (BOE 23 de mayo)

Resolución de 11 de mayo de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Ticketbis, SL (BOE 23 de mayo)

Resolución de 23 de mayo de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo de Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU (BOE 6 de junio)

Resolución de 23 de mayo de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la Compañía Española de Petróleos, SAU (CEPSA), para las refinerías de San Roque (Cádiz) y de Santa Cruz de Tenerife (BOE 7 de junio)

Resolución de 27 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por el que se registra y publica el VIII Acuerdo marco del Grupo Repsol (BOE 12 de agosto)

Resolución de 26 de mayo de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el X Convenio colectivo de Repsol Petróleo, SA (BOE 11 de junio)

Resolución de 27 de junio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IX Convenio colectivo de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA (BOE 12 de julio)

Resolución de 19 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 2 de agosto)

Resolución de 20 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XIII Convenio colectivo de Repsol Química, SA (BOE 11 de agosto)

Resolución de 25 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el X Convenio colectivo de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA (BOE 12 de agosto)

Resolución de 25 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XI Convenio colectivo de Repsol Petróleo, SA —Refino— (BOE 12 de agosto)

Resolución de 2 de agosto de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo de Repsol, SA (BOE 13 de agosto)

Resolución de 6 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de ISS Facility Services Multiservicios Integrales, SL (BOE 15 de julio)

Resolución de 19 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Aldeas Infantiles SOS de España (BOE de 10 de agosto)

Resolución de 19 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de la Fundación Secretariado Gitano (BOE 2 de agosto)

Resolución de 19 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente, zona 5, Levante (BOE 2 de agosto)

Resolución de 25 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Vestas Eólica, SAU. (BOE 12 de agosto)

Resolución de 22 de agosto de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del grupo de empresas Día SA y Twins Alimentación SA (BOE 2 de septiembre)

Resolución de 23 de agosto de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Expertus Multiservicios, SA, para los centros de trabajo de Madrid y Barcelona (BOE 2 de septiembre)

Resolución de 24 de agosto de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) (BOE 6 de septiembre)

Resolución de 24 de agosto de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA (Servicio BSH al cliente, Zona 2, Norte) (BOE 8 de septiembre)

Resolución de 13 de septiembre de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA (Servicio BSH al cliente, Zona 3) (BOE 24 de septiembre)

Resolución de 2 de septiembre de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo de Volkswagen Finance, SA, Establecimiento Financiero de Crédito (BOE 15 de septiembre)

Resolución de 13 de septiembre de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Renault España, SA (BOE 28 de septiembre)

Resolución de 26 de septiembre de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Comercial Citroën, SA (BOE 7 de octubre)

Resolución de 26 de septiembre de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Vodafone España. (BOE 7 de octubre)

Tercera Ponencia

**CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO. TRATAMIENTO
EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. JURISPRUDENCIA
DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES Y DE LA UE.
APLICACIÓN EN LA EMPRESA**

VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Andalucía

SUMARIO

1.— INTRODUCCIÓN. 2.— EL TIEMPO DE TRABAJO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO DE TRABAJO. 2.1.— Los conceptos de jornada y horario. 2.2.— El tiempo de trabajo en la jurisprudencia comunitaria. 2.3.— Los desplazamientos en la jurisprudencia española. 2.4.— El derecho necesario relativo. 2.5.— La prevalencia de la negociación colectiva. 2.6.— El binomio salario/salud laboral. 3.— EL REGISTRO DE LA JORNADA. 3.1.— La reforma del Estatuto de los Trabajadores. 3.2.— Las recientes sentencias de la Audiencia Nacional. 3.3.— La carga de la prueba de las horas extraordinarias. 3.4.— El derecho de información de los representantes de los trabajadores. 3.5.— Los registros especiales. 3.6.— Las características del registro. 4.— LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 4.1.— El registro de jornada y el control horario. 4.2.— El derecho de información de los representantes de los trabajadores. 5.— EL COMETIDO DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. 5.1.— Referencia al acervo comunitario. 5.2.— La tipificación y calificación de las infracciones. 5.3.— El principio *non bis in ídem*. 5.4.— Las consecuencias de la actuación inspectora.

1. INTRODUCCIÓN

Aproximarse al estudio del tiempo de trabajo y la normativa que lo regula supone enfrentarse a un ámbito amplísimo desde cualquier óptica que se enfoque, pues el tiempo de trabajo es un aspecto nuclear de la relación laboral y de la negociación colectiva, si nos atenemos a la estricta lógica jurídico-laboral, pero también lo es desde la perspectiva de lo personal, de la vida diaria de quien presta servicios por cuenta ajena y de sus familiares e incluso destaca su influencia en cuestiones macroeconómicas como la composición del mercado de trabajo en relación con la creación, mantenimiento y reparto del empleo. Todo ello sin olvidar que el tiempo de trabajo y su otra vertiente, la del tiempo de descanso, están inextricablemente unidos a la salud laboral.

La enorme trascendencia que el tiempo de trabajo proyecta, tanto en la versión jurídica de fuente de obligaciones y derechos como en la versión sociológica de condicionante diario de la vida del trabajador y su familia, justifica la atención que se le preste desde cualquier punto de vista y en el presente caso desde la perspectiva del papel que puede desempeñar la Inspección de Trabajo y Social (en adelante ITSS) para coadyuvar en la aplicación adecuada de la normativa que lo regula. Función inspectora a la que se refiere el artículo 12.1 de la Ley 23/2015 como el cometido de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las norma legales, reglamentarias y del contenido de los acuerdos y convenios colectivos en el ámbito del sistema de relaciones laborales (letra a) o de prevención de riesgos laborales (letra b) por ejemplo, sin perjuicio de los cometidos de asistencia técnica (artículo 12.2) y los de conciliación, mediación y arbitraje (artículo 12.3).

Por razones de actualidad y por la necesidad de acotar lo inabarcable, la finalidad del artículo reside en revisar el papel de la ITSS en relación con el control del tiempo de trabajo a la luz de las resoluciones judiciales que más directamente condicionan su función, con independencia del órgano judicial que haya dictado las sentencias, si bien ya apuntamos la importancia de la interpretación del artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) realizada por la Audiencia Nacional desde diciembre de 2015.

2. EL TIEMPO DE TRABAJO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

Para acercarnos al papel de la ITSS en la aplicación de la normativa de tiempo de trabajo, conviene en primer lugar adentrarnos en el concepto de tiempo de trabajo y sus derivados básicos de jornada y horario.

2.1. Los conceptos de jornada y horario

«Tiempo de trabajo» es el título de la sección 5ª del capítulo II (contenido del contrato de trabajo) del Título I (de la relación individual de trabajo) del ET. En dicha sección no se define expresamente lo que debe entenderse por tiempo de trabajo, pero sí se desprende en qué consiste a través de la regulación de diversas materias por parte de los artículos que lo integran, dedicados a la jornada, horas extraordinarias, trabajo nocturno a turnos y ritmo de trabajo, descanso semanal, fiestas, permisos y vacaciones anuales.

En dicha sección no se menciona el horario de trabajo como concepto, en términos generales, como sí se hace en otros artículos del ET, por ejemplo en el artículo 41.1.b), en el artículo 82.3.b) o en el artículo 84.2.c) unido a la expresión «y distribución del tiempo de trabajo». La referencias que se hacen en la citada sección 5ª al horario de trabajo son al horario flexible (artículo 34.8 del ET) y a la concreción horaria de determinados permisos (artículo 37.7 y en relación con los apartados 4,5 y 6). Sin embargo sí se menciona expresamente al calendario laboral (artículo 34.6 del ET) que cuando estaba vigente el Real Decreto 2001/1983 debía comprender, además de otros contenidos, el horario de trabajo (art. 4.3). La regulación del contenido del calendario laboral desapareció en el Real Decreto 1561/1995 derogatorio del citado.

La Audiencia Nacional en Sentencia de 28 de julio de 2014 (procedimiento 143/2014) declaró que el calendario laboral que debe elaborar la empresa, en virtud de lo establecido en el artículo 34.6 del ET, sí debe incluir los horarios de trabajo. Este pronunciamiento lo hizo considerando de un lado la desaparición de toda norma legal o reglamentaria que especificase cuál había de ser el contenido del calendario laboral, y de otro lado que las sentencias del Tribunal Supremo sobre el contenido del calendario laboral se dictaron en recursos de casación en procedimientos de conflicto colectivo y no en unificación de doctrina, siendo pronunciamientos únicos sin reiteración, por lo que carecían del valor de jurisprudencia en los términos del artículo 1.6 del Código Civil. En concreto la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) de 18 de septiembre de 2000 (recurso 4240/1999) ante la falta de regulación legal y reglamentaria sobre el contenido del calendario laboral concluye que «es más que dudo-

so que el empresario esté obligado a incluir los horarios en el calendario que haya de publicar en cumplimiento del mandato del artículo 34.6 del Estatuto de los Trabajadores. Pero, en todo caso, esta obligación no puede extenderse a aquellos trabajadores y horarios que, por las características de su prestación, ya se han previsto en el convenio colectivo que realicen unas jornadas de difícil determinación». Este criterio lo siguió, por ejemplo, el TSJ de Cataluña en Sentencia de 24 de octubre de 2002 (recurso 5241/2002).

Dicha sentencia de la Audiencia Nacional de 2014 se pronuncia sobre los conceptos de jornada y de horario «que aparecen diferenciados» en el ET, y lo hace apoyándose en las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 22 de julio de 1995 (recurso 443/1995), 26 de junio de 1998 (recurso 4621/1997) y 19 de febrero de 2001 (recurso 2964/2000) que entienden que «los conceptos de jornada, sea diaria, mensual o anual, y de horario son conceptos muy próximos y vinculados entre sí, pero entre ambos es la jornada la que presenta una mayor relevancia y trascendencia, por cuanto que ella es la que determina nítidamente el número de horas que se han de trabajar, dentro del lapso temporal de que se trate; el horario es una consecuencia o derivación de la jornada, pues en él se precisa el tiempo exacto en que cada día se ha de prestar servicio teniendo siempre a la vista y como norma a respetar la duración de la jornada estatuida», concluyendo la Audiencia Nacional que «el concepto de jornada se refiere al número de horas de trabajo en un determinado período, mientras que el horario o la distribución de la jornada, se refiere a los concretos momentos (días y horas) en los que han de prestarse esas horas de trabajo... que pueden ser diferentes para cada trabajador en concreto». En lógica consecuencia, la Audiencia Nacional entendió que el número abstracto de horas que componen la jornada de trabajo ha de concretarse en una distribución u horario que incluya los días de trabajo y el horario de trabajo en cada uno de ellos, siendo el calendario el medio idóneo para ello. Y ante el silencio de la norma reglamentaria opta por llenarlo por vía interpretativa que, además, aparece reforzada porque el actual artículo 34.2 del ET regula la distribución irregular de la jornada, y si bien el diez por ciento de la jornada se podrá distribuir por el empresario de forma irregular, en defecto de pacto, con un preaviso al trabajador de al menos cinco días de antelación, «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 lo que remite al sistema de fijación anual por medio del calendario laboral».

2.2. El tiempo de trabajo en la jurisprudencia comunitaria

Volviendo a la definición de lo que es tiempo de trabajo, debemos referirnos al artículo 2.1) de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo

y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Dicho artículo establece que tiempo de trabajo es «todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales», añadiendo en el apartado 2) del mismo artículo que período de descanso es «todo período que no sea tiempo de trabajo».

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) (Sala Cuarta) en Sentencia de 9 de julio de 2015 (asunto C-87/14) declara en sus apartados 20 y 21 que según reiterada jurisprudencia se considera tiempo de trabajo «el período que el trabajador permanece en el centro de trabajo...en función de la obligación que tiene 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 éste para poder realizar de manera inmediata las prestaciones adecuadas en caso de necesidad».

En cuanto a los pronunciamientos del TJUE sobre tiempo de trabajo es obligado detenerse en la Sentencia de 10 de septiembre de 2015 (Sala Tercera), asunto C-2666/14, en el caso de la Federación de Servicios privados del sindicato Comisiones Obreras contra Tyco Integrated Security, S.L. y Tyco Integrated File & Security Corporation Servicios, S.A. (en adelante Tyco).

Se trata de una sentencia en la que la petición de decisión prejudicial, formulada por la Audiencia Nacional, tiene precisamente por objeto la interpretación del citado artículo 2.1) de la Directiva 2003/88/CE, que define el concepto jurídico tiempo de trabajo. Según el apartado 2 de la sentencia la petición se da en el marco de un litigio entre el sindicato y empresas mencionados «en relación con la negativa de estas últimas a considerar que el tiempo que dedican sus trabajadores a los desplazamientos diarios entre sus domicilio y los centros del primer y último cliente que les asigna su empresario (en lo sucesivo «tiempo de desplazamiento domicilio-clientes») constituye «tiempo de trabajo», en el sentido del artículo 2, punto 1 de dicha Directiva».

Hay que tener en cuenta que la forma de computar el tiempo de trabajo en el ET está regulada en su artículo 34.5 mediante la fórmula de que «tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo».

En el caso que nos ocupa Tyco carece de centro de trabajo en las distintas provincias donde despliega su actividad y los trabajadores técnicos prestan sus servicios en domicilios y establecimientos industriales y comerciales ubicados en la zona territorial a la que están adscritos,

desplazándose con un vehículo de la empresa por la ruta diaria que le comunica la empresa el día anterior mediante un teléfono móvil. La distancia desde el domicilio hasta el lugar de trabajo es muy variable, siendo a veces superior a 100 kilómetros.

La empresa calcula la jornada diaria de trabajo desde la llegada al centro del primer cliente del día hasta la hora de salida del centro del último cliente del día, no computando el tiempo de desplazamiento domicilio-clientes como tiempo de trabajo.

La Audiencia Nacional destaca que la solución del artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores trae su causa en que «el trabajador es libre para elegir el lugar de su domicilio. Por tanto, es el trabajador mismo quien decide, en la medida de sus posibilidades, la distancia mayor o menor que separa su lugar de trabajo de su domicilio» y que el sistema de información al trabajador de la ruta del día siguiente unas horas antes del inicio de la jornada supone que «los trabajadores ya no tienen la opción de adaptar su vida privada y su lugar de residencia en función de la cercanía al centro de trabajo, puesto que ese centro varía cada día».

Por otra parte la Audiencia Nacional considera que la Directiva 2003/88/CE contempla sólo la posibilidad de que el tiempo sea calificado como de trabajo o de descanso, y el tiempo de desplazamiento domicilio-clientes «no puede considerarse período de descanso, habida cuenta, en particular del objetivo de garantizar la salud y seguridad de los trabajadores» que persigue la Directiva. Sin embargo la Audiencia Nacional tampoco considera que los mencionados desplazamientos se correspondan con «un tiempo en que los trabajadores estén estrictamente a disposición del empresario para que éste les pueda encomendar alguna tarea distinta del propio desplazamiento».

La cuestión prejudicial tiene por tanto la finalidad de conocer si el tiempo de desplazamiento domicilio-clientes constituye tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva 2003/88/CE. Para ello el TJUE parte de que ha declarado reiteradamente que el concepto de tiempo de trabajo en la Directiva «se concibe en contraposición al de período de descanso, al excluirse mutuamente ambos» y que «la mencionada Directiva no contempla una categoría intermedia entre los períodos de trabajo y los de descanso».

Para llegar a una conclusión el TJUE analiza los tres elementos constitutivos del concepto de tiempo de trabajo según se define en el artículo 2.1 de la Directiva de referencia, el elemento de la funcionalidad también denominado criterio profesional, el elemento de la disponibilidad también conocido como el criterio de autoridad y el elemento de la permanencia también calificado por la doctrina como criterio espacial. La concurrencia de estos tres elementos permite calificar el lapso temporal estudiado como tiempo de trabajo o en caso contrario como tiempo de descanso.

En cuanto al primer elemento relativo a que el trabajador debe estar en ejercicio de su actividad o funciones (funcionalidad o criterio profesional) el TJUE, aceptando la argumentación del Abogado General, entiende que los desplazamientos domicilio-clientes «son el instrumento necesario para ejecutar prestaciones técnicas por parte de los trabajadores en los centros de estos clientes», siendo menoscabado el objetivo de protección de la seguridad y salud de los trabajadores si solo se considera tiempo de trabajo el «destinado al ejercicio de la actividad de instalación y mantenimiento de sistemas de seguridad», es decir del tiempo invertido en los centros de los clientes. El TJUE equipara el desplazamiento inicial y final desde un hipotético centro de trabajo de la empresa al realizado desde el domicilio porque la empresa ha decidido en su propio interés organizativo no disponer de centro de trabajo en el área territorial asignada a cada trabajador afectado, concluyendo que durante los desplazamientos domicilio-clientes los trabajadores «están en el ejercicio de su actividad o de sus funciones».

Respecto del segundo elemento según el cual el trabajador debe estar a disposición del empresario durante ese tiempo (disponibilidad o criterio de autoridad), el TJUE utiliza para determinar su existencia tres factores. En primer lugar si «el trabajador está obligado a estar físicamente presente en el lugar que determine el empresario», en segundo lugar si el trabajador está «en una situación en la que esté obligado jurídicamente obedecer las instrucciones de su empresario y a ejercer su actividad por cuenta de este», pudiendo perfeccionarse el contenido de este segundo factor con el concepto de inmediatez: si el trabajador puede «realizar de manera inmediata las prestaciones adecuadas en caso de necesidad», finalmente, en tercer lugar, contemplando la disposición del trabajador desde una perspectiva negativa se tiene en cuenta si existe la posibilidad de que el trabajador gestione su tiempo «con menos limitaciones y se dedique a sus asuntos personales». El TJUE reconociendo que durante los desplazamientos los trabajadores gozan de cierta libertad «de la que no disponen durante el tiempo en el que llevan a cabo una intervención en el centro de un cliente», vuelve a equiparar la citada libertad como equivalente a la que tendrían si partiera el desplazamiento desde un hipotético centro de trabajo que la empresa no tiene por decisión propia, «siempre que lleguen al cliente a la hora acordada por el empresario». Valorando estas premisas en el caso concreto el TJUE entiende que la modificación del punto de origen del desplazamiento, de centro de trabajo de la empresa, como es lo habitual, a realizarlo desde el domicilio en el caso de trabajadores sin centro de trabajo de la empresa, no es una modificación que por sí misma afecte «a la naturaleza jurídica de la obligación que recae sobre estos trabajadores de obedecer las instrucciones de su empresario... que puede cambiar el orden de los clientes o anular o añadir una cita». Sencillamente «lo único que ha cambiado es el punto de partida del trayecto hacia el centro del cliente». Por lo tanto en este caso acontecen los dos primeros factores. En cuanto al tercer factor, el TJUE entiende que también acontece pues durante el desplazamiento domicilio-cliente «estos trabajadores care-

cen de la posibilidad de disponer libremente de su tiempo y dedicarse a sus asuntos personales, de modo que están a disposición de sus empresario». Este planteamiento conduce a interrogarse por el control de la razonabilidad del tiempo ocupado en dichos desplazamientos, a lo que el TJUE responde que la empresas disponen de suficientes medios de control, siendo contrario al objetivo de protección de la seguridad y salud que la carga suplementaria del control recaiga en su totalidad sobre los trabajadores cuando es la propia empresa la que decide sobre la organización del trabajo, en concreto carecer de centros de trabajo propios en cada área territorial.

En cuanto al tercer elemento según el cual el trabajador debe permanecer en el trabajo en el período considerado (permanencia o criterio espacial) el TJUE, tomando como referencia de nuevo las conclusiones del Abogado General, mantiene que siendo «los desplazamientos consustanciales a la condición de trabajador que carece de centro de trabajo fijo o habitual, el centro de trabajo de estos trabajadores no puede reducirse a los lugares de intervención física de estos trabajadores en los centros de los clientes de su empresario». Este argumento se consolida con el hecho de que ante el cambio diario del lugar de trabajo, los trabajadores «perdieron la posibilidad de determinar libremente la distancia» de su domicilio al centro de trabajo, debiendo asumir el empresario el coste de su decisión organizativa. La consecuencia de lo expuesto es que durante los desplazamientos domicilio-clientes, los trabajadores permanecen en el trabajo en los términos del artículo 2.1 de la Directiva.

En la trascendente sentencia que nos ocupa, al considerar que los trabajadores sin centro de trabajo habitual y lugar de trabajo cambiante diariamente, comienzan y finalizan su jornada en su domicilio, supone equiparar en estos casos el domicilio del trabajador a la expresión «puesto de trabajo» en la dicción del artículo 34.5 del ET, lo que a su vez plantea el interrogante de si la legislación española es acorde con la Directiva 2003/88/CE, cuestión sobre la que no se pronuncia la Sentencia de 10 de diciembre de 2015 del TJUE. Por otra parte la comparación entre el concepto de tiempo de trabajo bajo la fórmula de su definición como hace la Directiva, con la delimitación de lo que es tiempo de trabajo mediante el establecimiento de su cómputo como es la fórmula utilizada por el ET, pone de manifiesto las dificultades de esta última fórmula por lo reduccionista del concepto de puesto de trabajo, en particular en lo que se refiere al registro de la jornada o demostración de la realizada a efectos de la comprobación que pueda llevar a cabo la ITSS en materia de excesos de jornada y descansos.

2.3. Los desplazamientos en la jurisprudencia española

Este tema de los desplazamientos como tiempo de trabajo ha sido abordado de forma tangencial por el Tribunal Supremo, debiendo citarse

la Sentencia de 24 de junio de 1992 (recurso 2010/1991), la Sentencia de 18 de septiembre de 2000 (recurso 1696/1999), y la Sentencia de 24 de septiembre de 2009 (recurso 2033/2008). En el primer caso, refiriéndose a la actividad empresarial de telefonía, el TS declara que existe un verdadero y real trabajo efectivo cuando «el horario se anticipa para el trabajador a fin de realizar la actividad concreta ordenada en un determinado lugar «fuera de la jornada laboral», ya porque ésta se prolonga «por desplazamiento desde el centro de trabajo al lugar en que se efectúe el mismo»». En el segundo caso, relativo a un vigilante de seguridad y al desplazamiento y tiempo invertido diariamente por el trabajador en la recogida y que entrega del arma de fuego utiliza en su trabajo, el TS lo califica de tiempo de trabajo «porque tales desplazamientos no son los propios de ida y vuelta al trabajo desde el domicilio o residencia del trabajador, sino que están determinados por un deber impuesto por la empresa en atención a necesidades o conveniencias del servicio». En el tercer caso, el de un vigilante de seguridad y el tiempo empleado en recoger el uniforme en lugar distinto al del trabajo, el TS adopta la misma postura citando a las dos sentencias anteriores. En definitiva, en los tres casos se cumplen los tres elementos constitutivos de la definición que da el artículo 2.1 de la Directiva, el de la funcionalidad por cuanto los desplazamientos son el instrumento necesario para desarrollar la prestación laboral, el de la disponibilidad porque los desplazamientos obedecen a instrucciones del empresario y durante el tiempo invertido los trabajadores no pueden dedicarse a sus asuntos personales, y en tercer lugar el de la permanencia por cuanto el desplazamiento no es del domicilio al lugar de trabajo sino un desplazamiento previo al inicio teórico de la jornada realizado al lugar ordenado por la empresa por conveniencia de la organización de la actividad empresarial, que no puede afectar a la reducción del tiempo de descanso desde la perspectiva de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores.

2.4. El derecho necesario relativo

Como cierre de esta aproximación al concepto de tiempo de trabajo y los elementos que lo integran (jornada, horario, calendario laboral, descanso, etc.) resulta conveniente recordar que en esta materia nos movemos en el ámbito del derecho necesario relativo o bajo el principio de norma mínima. El TS en Sentencia de 16 de abril de 2014 (recurso 183/2013), analizando la aplicación del artículo 34.2 del ET en cuanto al preaviso en los casos de distribución irregular de la jornada, cita a las Sentencias de 25 de enero de 2011 (recurso 216/2009) y de 23 de abril de 2009 (recurso 44/2007) dictadas ambas en relación con el artículo 37.3 del ET y los permisos remunerados, para declarar que no son normas de derecho necesario absoluto sino de derecho necesario relativo que «per-

mite su mejora pero no su empeoramiento —en ambos casos desde el punto de vista del trabajador», encontrándonos ante normas imperativas «hacia abajo» y dispositivas «hacia arriba», es decir «lo que la doctrina ha calificado como principio de norma mínima... por eso a diferencia de lo que ocurre cuando lo que aplicamos es el principio de norma más favorable (de acuerdo con el último inciso del artículo 3.3 del ET) no procede, en absoluto, la comparación global entre la norma legal que contiene esos mínimos...con la norma convencional que regula los diferentes aspectos concernidos por esos mínimos».

En la introducción del presente artículo ya apuntábamos que son varios los campos implicados por la regulación del tiempo de trabajo y ello supone la aparición de tensiones entre los mismos. Veamos algunos ejemplos para comprender mejor las dificultades a las que se enfrenta la ITSS en su cometido de vigilancia y exigencia del cumplimiento de lo establecido en las fuentes del derecho del ámbito social.

2.5. La prevalencia de la negociación colectiva

Hemos mencionado la trascendencia del tiempo de trabajo en la relación laboral y en la negociación colectiva. Un ejemplo de las posibles tensiones entre ambas radica en que «los temas de jornada y horario constituyen condiciones de trabajo que afectan profundamente al régimen de vida de los trabajadores y por lo tanto constituyen una de las materias más sensibles sobre las que se impone la necesidad de la negociación» tal y como ha declarado el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) en Sentencias de 28 de febrero de 2007 (recurso 184/2005) y 28 de septiembre de 2009 (recurso 146/2008).

Conviene a la materia que nos ocupa conocer un caso sobre el que se pronunció el Tribunal Constitucional, entrando más en detalle sobre este asunto. Un sindicato formuló una demanda contra una entidad financiera a través del procedimiento de conflicto colectivo. El asunto versaba sobre la validez de los acuerdos individuales de varios trabajadores, a través de la aceptación voluntaria de las medidas propuestas por la empresa en materia de horario, una vez que la empresa no había llegado a un acuerdo en la materia con los representantes de los trabajadores, modificando para esos trabajadores el convenio colectivo. El Sindicato entiende que este tipo de acuerdos vulnera el derecho a la negociación colectiva, integrante del más amplio derecho de libertad sindical. En concreto mantiene que se vulnera el artículo 41 del ET.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, en Sentencia de 10 de diciembre de 2002 entendió que no era aplicable al supuesto el procedimiento de conflicto colectivo «dado que se trata de una cuestión que afecta directamente a legítimos intereses individuales

de los trabajadores, cuya vida —de trabajo y de fuera del trabajo— podría verse alterada como consecuencia de un proceso en el que no han sido partes ni han tenido por tanto la oportunidad de ser oídos». De esta forma el Tribunal intenta salvaguardar lo que considera intereses estrictamente individuales a través de la tutela judicial efectiva de los afectados, seguramente condicionada por la trascendencia personal de la materia: el horario de trabajo. Sin embargo obvió la competencia en la materia de la negociación colectiva en la versión prevista para la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de julio de 2003 confirmó el criterio del Tribunal Superior de Justicia sobre la inaplicación del artículo 41 del ET «por no tratarse de una modificación peyorativa... sino de un “pacto novatorio” entre la empresa y los trabajadores que resulta más favorable para éstos». En definitiva se vuelve a incidir argumentalmente en lo que es más conveniente a los trabajadores, seguramente por las consecuencias sociales del horario, en vez de entrar a valorar la competencia en materia de regulación de esta condición de trabajo cuando afecta a un colectivo de trabajadores.

El sindicato recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional que se lo otorgó en Sentencia número 238/2005 de 26 de septiembre.

Es fundamental cómo el Tribunal Constitucional resta valor a los posibles beneficios para los trabajadores del nuevo horario frente a la dimensión constitucional del caso y la vulneración del derecho a la negociación colectiva. Así, en el Fundamento Jurídico 7, mantiene que no resulta relevante la pretendida voluntariedad para los trabajadores de la oferta empresarial «ni que las nuevas medidas fueran o no más favorables para quienes las aceptaran, sino que tales medidas, por su trascendencia, importancia y significado» evitaran la intervención de los representantes sindicales o vaciaran sustancialmente de contenido efectivo al convenio colectivo (citando STC 208/1993, de 28 de junio y STC 225/2001, de 26 de noviembre).

La cuestión de fondo, como se indica en el Fundamento Jurídico 3, no es si se trata de una mejora del horario desde la perspectiva individual de cada trabajador que aceptó voluntariamente las medidas propuestas por la empresa, sino «la afectación del derecho de negociación colectiva y, a través de él, del derecho de libertad sindical por actuaciones empresariales dirigidas a obtener a través de la autonomía individual el establecimiento de condiciones de trabajo para un conjunto de trabajadores de la empresa que modifican las previstas en el convenio colectivo de aplicación».

Finalmente, hay que tener presente también la función de la duración de la jornada a efectos de flexibilidad interna de las empresas, apareciendo en la negociación colectiva conceptos novedosos como la «jornada de

referencia» en vez de la «jornada ordinaria» o «jornada máxima». Como nos recuerda la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de julio de 2014 (recurso 137/2014) «la duración de la jornada se encomienda por el legislador a la negociación colectiva, cuya finalidad, de acuerdo con la exposición de motivos de la ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral... consiste en fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa, de manera que la adaptabilidad de las empresas a las circunstancias sobrevenidas del mercado, se constituye en el primer objetivo de la reforma, que incentiva la promoción de medidas de flexibilidad interna». Dentro de este marco es perfectamente legal que los negociadores de un convenio colectivo fijen una jornada de referencia si «han precisado de manera pormenorizada y transparente en qué supuestos puede incrementarse o disminuirse a jornada de referencia» estableciendo, en definitiva «la posibilidad de alterar la jornada del convenio, mediante la introducción anticipada del mecanismo previsto en el artículo 82.3 del ET» (inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo).

2.6. El binomio salario/salud laboral

Lo que hemos denominado «tensiones» se ponen de manifiesto cuando se contempla el tiempo de trabajo desde distintas perspectivas, por ejemplo como una condición de trabajo vinculada al salario o a la salud laboral o a los derechos de información de los representantes de los trabajadores, tres aspectos que tienen indudable importancia en la labor de la ITSS. El salario en su perspectiva de derecho individual y en su vertiente pública del sostenimiento del Sistema de Seguridad Social a través de las cotizaciones correspondientes, la salud laboral desde el prisma del encargo constitucional a los poderes públicos de velar por ella, el derecho de información de los representantes en su faceta de cooperar en la garantías de un sistema apoyado en los sujetos colectivos.

Pues bien, ya podemos hacer alguna afirmación que a lo largo de las siguientes páginas intentará ser defendida con distintas argumentaciones que entren en el detalle, y consiste en llamar la atención sobre el registro de la jornada como medio probatorio que despliega sus consecuencias en los aspectos apuntados (salario, cotizaciones de Seguridad Social, salud laboral, derechos de información de los representantes) en el sentido de que la obligación de su establecimiento, llevanza y custodia puede verse definida de forma distinta según el enfoque con el que se analice el artículo 35.5 del ET.

La gran mayoría de las resoluciones judiciales, en términos generales, contemplan la obligación de registro de la jornada como una consecuencia de que se hayan realizado horas extraordinarias, cuya existencia ha

de ser probada previamente bien en concreto bien con carácter general, como luego veremos. Pero el elemento común a dichas resoluciones y que, en mi opinión, condiciona sus pronunciamientos es que se dictan en procedimientos que versan sobre reclamaciones de cantidad, sobre salario. Contemplan la realización de las horas extraordinarias no como una fórmula de exceso de la jornada ordinaria y afectación del tiempo de descanso sino como la causa de una parte del salario. De tal forma que los trabajadores plantean demandas ante la jurisdicción de lo social en reclamación de cantidad no en reclamación de una adecuada prevención de riesgos laborales. Este planteamiento hace que al revisar la prueba del origen de lo reclamado se acuda al principio de que corresponde al actor la carga de la prueba de lo alegado (artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), de tal manera que ese importante principio procesal llega a condicionar el cumplimiento de una obligación que, para otros, establece la ley de forma autónoma e independiente y que hay que cumplir en todo caso, pues el registro de la jornada va más allá de constituir una prueba con consecuencias salariales.

Esta doble visión: salarial y de salud laboral, también podemos encontrarla en la Constitución española (en adelante CE). El artículo 35 de la CE, en el marco de los derechos y deberes de los ciudadanos, conecta el derecho al trabajo con el derecho a una remuneración suficiente, sin embargo el artículo 40 de la CE, en el contexto de los principios rectores de la política social y económica, encomienda a los poderes públicos tanto velar por la seguridad e higiene en el trabajo como garantizar el descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas.

Esta doble perspectiva del tiempo de trabajo, como fuente generadora de salario y como factor de riesgo laboral que necesita de su limitación a través de su ordenación, debe repercutir en la consideración hacia la obligación de registro de la jornada de trabajo, de tal manera que un solo enfoque, el salarial, no vincule ni condicione al otro gran ámbito de lo social: la seguridad y salud en el trabajo.

El ejemplo más patente que avala este planteamiento lo tenemos en la ya citada Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, cuyo artículo 1.1 determina como objetivo de la Directiva establecer «las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo», aplicándose según el artículo 1.2 a los períodos mínimos de descanso diario, semanal, vacaciones anuales, pausas y duración máxima del trabajo semanal, trabajo nocturno, por turnos y ritmo de trabajo. Se trata de una Directiva cuyo ámbito de aplicación es sumamente amplio y utiliza como referente, con la que guarda sistematicidad, a la denominada Directiva Marco en materia de seguridad y salud laboral, la Directiva 89/391/CEE (ver apartados 21 y 26 de la Sentencia del TJUE, Sala segunda, de 14 de octubre de 2010, asunto C-428/09).

El considerando cuarto de la Directiva 2003/88/CE afirma con rotundidad que «la mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de los trabajadores en el trabajo representa un objetivo que no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico». Esta declaración es de extrema importancia para dilucidar si cuando hablamos de tiempo de trabajo lo hacemos en términos salariales o en términos de salud laboral o en ambos, pues al abrir nuestra visión y el objeto de la actuación de la ITSS, podemos entender mejor la finalidad del registro de jornada en nuestras empresas.

La tensión que anunciamos entre salario y salud laboral tiene reflejo, por ejemplo, en la Sentencia del TJUE que más arriba estudiamos, la Sentencia de 10 de septiembre de 2015 (Sala Tercera), asunto C-2666/14, cuando después de concluir que el tiempo invertido en el desplazamiento de los trabajadores que carecen de centro de trabajo fijo o habitual desde su domicilio hasta el centro de los clientes y viceversa ha de calificarse como tiempo de trabajo, entiende en el apartado 47 de la sentencia que «no puede poner en tela de juicio esta conclusión la alegación...según la cual llevaría un incremento de costes inevitable» para la empresa pues esta «sigue siendo libre para determinar la retribución del tiempo de desplazamiento domicilio-clientes», y tras recordar que se desprende de la jurisprudencia del TJUE que salvo en materia de vacaciones retribuidas, la Directiva 2003/88/CE se limita a regular algunos aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y que no se aplica a la retribución de los trabajadores, termina por afirmar en el apartado 49 de la sentencia que «el método de remuneración de los trabajadores que se encuentran en una situación como la controvertida en el litigio principal no se regula en esta Directiva, sino en las disposiciones de Derecho nacional pertinentes».

3. EL REGISTRO DE LA JORNADA

3.1. La reforma del Estatuto de los Trabajadores

El artículo 35 del ET, dedicado a las horas extraordinarias, establece en su apartado 5 que «a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente». Por otro lado, la redacción original contenida en el ET, versión de la Ley 8/1980 de 10 de marzo, es que «la realización de horas extraordinarias se registrará día a día y se totalizarán semanalmente, entregando copia del resumen semanal al trabajador en el parte correspondiente». Es decir que mientras en la redacción original lo que se registraban eran las horas extraordinarias, en la redacción actual lo que se registra es la jornada. La primera consecuencia es que en la redacción original si no se realizaban horas

extraordinarias no se podían registrar, no se podía llevar registro alguno, mientras que según la redacción actual siempre es posible el registro porque el objeto del mismo es la jornada no las horas extraordinarias, aunque la finalidad última sea el conocimiento del adecuado cómputo de estas últimas.

La interpretación y aplicación de este artículo es fundamental tanto para las dos partes de la relación laboral, trabajador y empresario, como para los representantes de los trabajadores y, por supuesto, para la ITSS en su cometido de vigilancia de la normativa del tiempo de trabajo.

Aspectos tales como el ámbito al que se contrae, si solo afecta a las obligaciones en materia de horas extraordinarias o puede tener trascendencia en el control del tiempo de trabajo considerado en su conjunto, su capacidad como medio probatorio, su exigencia en todo caso o condicionada a la realización de exceso de jornada, los requisitos del registro, la calificación de su incumplimiento, etc. son fuente permanente de conflictos y de resoluciones judiciales que intentaremos abordar a continuación.

La redacción actual del artículo 35.5 del ET se arrastra desde la Ley 11/1994, de 19 de mayo, y es significativa la opinión que le merece al orden jurisdiccional contencioso-administrativo al estudiar un recurso de 1998 mediante Sentencia del TSJ de Andalucía de 11 de abril de 2001 (recurso 1454/1998) cuando dice que «...siempre se sintió la necesidad de preconstituir la prueba respecto a las horas extraordinarias, ya que, la falta de registro hacía prácticamente imposible para el trabajador cumplir en juicio con la carga de probar las horas extraordinarias». Para ello, según la sentencia, en la redacción original del artículo 35.5 del ET se preveía un registro de horas extraordinarias pero la Ley 11/1994 lo cambió a un registro diario jornada, con la finalidad de que no se pudiera eludir la obligación de registrar las horas extraordinarias simplemente negando su existencia». Este es el motivo, insiste la sentencia citada, de que la reforma de 1994 establezca «ahora una obligación de registrar la jornada diaria (haya horas extraordinarias o no)», concluyendo que «en definitiva, la flexibilidad que introduce la reforma, exigía esta nueva regulación del mecanismo de control».

Llamamos la atención sobre esta sentencia porque en ella confluyen determinadas circunstancias que pueden explicar los pronunciamientos judiciales actuales. En primer lugar el orden jurisdiccional al que pertenece es el contencioso-administrativo, el mismo que dictó la Sentencia del TS de 5 de junio de 1989 (RJ\1989\4315), que considera que no hay obligación de registro o control de las horas extraordinarias por resultar innecesario al no quedar «acreditada la efectiva prestación de horas extraordinarias», y que luego es citada en muchas ocasiones por el orden jurisdiccional social para mantener la misma postura pese a la modificación legal operada en el ET. Así ocurre por ejemplo con otra Sentencia de referencia, la dictada por el TS, Sala de lo Social, de 11 de diciembre de

2003 (recurso 63/2003), si bien referida a la obligación de informar a los representantes de los trabajadores en la materia. En segundo lugar porque se trata de una sentencia que fundamenta el cambio de criterio en cuanto a la obligación, en todo caso, del registro del tiempo de trabajo, en virtud de una modificación legislativa que fortalece el mecanismo registral ante la mayor flexibilidad en la realización y compensación de los excesos de jornada (por ejemplo eliminando los límites diarios y mensuales para la realización de horas extraordinarias o estableciendo la compensación por descanso en los cuatro meses siguientes).

Este planteamiento se refleja en el orden contencioso-administrativo, por ejemplo en Sentencias del TSJ de Andalucía de 6 de noviembre de 2006 (recurso 2046/2001) y 27 de noviembre de 2006 (recurso 220/1999). En el primer caso se declara que lo que ha de computarse previo registro diario es la jornada completa de cada trabajador con el fin de que posteriormente «se pueda saber —deducida la compensación con descansos— si se hacen o no horas extras y, en todo caso, si se superan o no los topes legales». Por su parte la segunda sentencia citada declara que la referencia del artículo 35.5 del ET al cómputo de las horas extraordinarias no permite concluir que solo cuando existan horas extraordinarias hay que registrar las ordinarias pues es necesario previamente y en todo caso conocer la jornada ordinaria para conocer la existencia de aquellas. Y en segundo lugar se afirma que la finalidad de la norma es que «los trabajadores puedan conocer la totalidad de las horas trabajadas a fin de poder determinar si el cómputo total así como el concepto aplicado, ordinarias y extraordinarias, es ajustado a la realidad del trabajo realizado así como a los límites legales».

La contemplación de las consecuencias del cambio normativo de 1994, al pasar de registrarse las horas extraordinarias a registrarse la jornada, tiene su importante e indudable reflejo en el orden jurisdiccional social. Siguiendo esta línea argumental es necesario acudir a la Sentencia del TSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 13 de marzo de 2006 (recurso 292/2006), que alude a que no se puede acudir a la doctrina jurisprudencial citada por el recurrente porque es anterior a la Ley 11/1994 «a partir de la cual la obligación de registro y totalización dejó de referirse solamente a las horas extraordinarias y pasó a referirse a toda la jornada realizada por cada trabajador, aun cuando la finalidad de tal registro sea el cómputo de las horas extraordinarias realizadas».

Tras esta afirmación, la sentencia citada se introduce en el estudio de las consecuencias de la modificación legal, calificándola de «lógica y coherente con el resto de la reforma practicada en materia de jornada por dicha Ley, porque las horas extraordinarias no son solamente las que se llevan a cabo fuera del horario establecido, sino también las que superan los límites de jornada, que no se expresan solo ni necesariamente en términos diarios, sino que incluso la citada Ley 11/1994 abrió la puerta a su

anualización, siendo por tanto obvio que hasta que no finalice el período de cómputo de cada concreto límite no podrá saberse en todo caso con seguridad si existen horas extraordinarias y cuántas, siendo necesario para ello restar del total de horas trabajadas durante el período el número de horas que forman la jornada máxima del período. El registro, por tanto, ha de referirse a la totalidad de las horas trabajadas y no solamente a las horas extraordinarias, porque este último registro sería incoherente con el sistema descrito».

3.2. Las recientes sentencias de la Audiencia Nacional

Este argumento, relativo a la necesidad de conocer la jornada completa incluyendo las horas ordinarias para saber si se han realizado horas extraordinarias (que arranca, como hemos visto, de la necesidad de cambiar la fórmula de registro del tiempo de trabajo ante la flexibilidad en la distribución del mismo y su régimen de descansos compensatorios), tiene también su reflejo en las recientes sentencias de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015 (recurso 301/2015), de 19 de febrero de 2016 (recurso 383/2015) y de 6 de mayo de 2016 (procedimiento 59/2016) cuando afirman que «los resúmenes diarios, referidos en el art. 35.5ET, no tienen que reflejar 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 ordinaria», afirmando que el registro de la jornada diaria es una herramienta legal 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, provocaríamos 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 en cómputo anual, siendo esta la razón por la que, sin el registro diario de la jornada, sea imposible controlar la realización de horas extraordinarias». Como aspecto complementario indicaremos que en la segunda sentencia de las tres citadas de la Audiencia Nacional, la de 19 de febrero de 2016, la recurrente se opuso a la demanda alegando, entre otras cuestiones, que «en cuanto a los antecedentes históricos, en la exposición de motivos de la Ley 11/94 no hay referencia alguna a la creación de un registro General y obligatorio de la jornada, se realicen o no horas extraordinarias».

En definitiva, la crítica a que el registro de jornada está regulado en el artículo 35 del ET dedicado a las horas extraordinarias y que según la dicción del mismo se establece a efectos del cómputo de estas últimas,

ha conducido en muchas resoluciones judiciales a la conclusión de que si no existen horas extraordinarias no es necesario el registro. Este planteamiento es erróneo por dos motivos, el primero cuantitativo o de cálculo y el segundo, ya apuntado, por la prevalencia de aspectos procesales de la carga de la prueba.

La deficiencia de este planteamiento desde el enfoque práctico de cálculo de las horas extraordinarias realizadas, reside en que no se pueden conocer estas últimas de forma inmediata, pues según el artículo 35.1 del ET son horas extraordinarias las que se realicen sobre la duración máxima de la jornada de trabajo y esta última se prevé en el artículo 34.1 del ET en cómputo anual. De otra parte el límite de horas extraordinarias tiene una referencia anual (artículo 35.2 del ET), sin que se computen como tales las que se descansen dentro de los cuatro meses siguientes a su realización. Por estas razones la Sentencia citada de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015 expresa que «en efecto, los resúmenes diarios, referidos en el art. 35.5 ET, no tienen que reflejar 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 ordinaria».

3.3. La carga de la prueba de las horas extraordinarias

El segundo motivo que hemos apuntado para considerar erróneo el planteamiento de la necesidad de la existencia de horas extraordinarias como condición para la obligación del registro de jornada, reside en entender que el actor que alegue la existencia de horas extraordinarias habrá de probarlas, en aplicación del principio procesal previsto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que no se puede subvertir este principio sobre la carga probatoria haciéndolo descansar sobre la obligación empresarial del registro de jornada. Sin embargo ambas obligaciones, la de probar lo alegado y la de registrar la jornada, no son excluyentes.

A nuestro juicio la obligación de registro de la jornada, en los términos del artículo 35.5 del ET, es exigible en todo caso y su incumplimiento podrá influir en el reparto de la carga de la prueba en caso de reclamación salarial por la realización de exceso de jornada no abonada, pero no supondrá, como dijimos más arriba, una inversión de la carga de la prueba. La jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de pasar a exigir al trabajador demandante una prueba de las horas extraordinarias realizadas, hora a hora y día a día, de manera estricta y detallada (SSTS de 5 de julio de 1988, 26 de junio de 1990, 11 de junio de 1993) a considerar que «dicha exigencia cede ante el habitual desarrollo de una jornada uniforme superior a la ordi-

naria», siendo lógico que «ante la demostración de la realización de una jornada habitual superior a la ordinaria, se grave al empresario incumplidor con las consecuencias de la ausencia de prueba» por no haber realizado el registro del artículo 35.5 del ET (SSTS de 10 de abril de 1990, 21 de enero de 1991 y 22 de diciembre de 1992). Dicha evolución jurisprudencial se recoge en numerosas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, entre las que destacamos por su cercanía temporal la Sentencia del TSJ de Extremadura de 5 de mayo de 2016 (recurso 18/2016) o la Sentencia del TSJ de Galicia de 24 de mayo de 2016 (recurso 634/2016), que añade que el incumplimiento empresarial de la obligación del artículo 35.5 del ET impidió al trabajador haber discutido sobre la jornada en el momento de producirse la entrega de la copia de su resumen y por ello «parece proporcionado y razonable que el trabajador pueda recurrir a la testifical de otros trabajadores incluso con reclamaciones análoga a la presente para probar el exceso de jornada». No obstante la cercanía en el tiempo de las sentencias mencionadas, se pueden citar muchas otras anteriores en el tiempo, por ejemplo la Sentencia del TSJ de Asturias de 23 de octubre de 2009 (recurso 2120/2009) o la Sentencia del TSJ de Cataluña de 3 de octubre de 2008 (recurso 8892/2007) que ya entonces declaraba que «la más reciente doctrina viene entendiendo que la carga de probar las horas extra no es utilizable como un medio de defensa protector de la actitud meramente pasiva de la empresa, máxime si se ha incumplido» la obligación legal del artículo 35.5 del ET, siendo «la actividad probatoria de la empresa...exigible además de por aplicación del citado precepto, por el hecho de que es quien mejor dispone de los datos y elementos de convicción conducentes a la concreta determinación de las jornadas efectuadas y sus posibles excesos».

Para cerrar este asunto de la carga de la prueba y la evolución jurisprudencial hacia la mayor responsabilidad e implicación en la materia por parte de las empresas, ha de citarse al TS cuando hace hincapié no ya solo en la prueba del número de horas extraordinarias sino en las circunstancias en que estas se realizaron. Así la Sentencia del TS de 22 de julio de 2014 (recurso 2129/2013) se pronuncia en el sentido de que del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «se desprende que si bien con carácter general, corresponde a la parte demandante la carga de la prueba de la realización de las horas extraordinarias, para la determinación de las circunstancias en que aquellas se prestaron... debe acudirse a la regla de la facilidad de la carga probatoria que corresponde a la empresa, toda vez que viene obligada a llevar su registro». Esta posición tiene su reflejo, por ejemplo, en la Sentencia del TSJ de Andalucía de 5 de mayo de 2016 (recurso 1481/2015) cuando señala que «el horario en que tales horas extraordinarias se realizaron, en aplicación de lo dispuesto en el art. 217.7 LEC, correspondía su acreditación al empresario que tiene la facilidad y disponibilidad probatoria atendiendo a su obligación establecida en el art. 35.5ET». Finalmente ha de aludirse al Fundamento quinto en su apartado 2 de la Sentencia del TS de 11 de diciembre de 2003 (recurso 63/2003)

que indica que «la previsión contenida en el artículo 35.5 ET tiene por objeto procurar al trabajador un medio de prueba documental, que facilite la acreditación, de otra parte siempre difícil, de la realización de horas extraordinarias, cuya probanza le incumbe».

3.4. El derecho de información de los representantes de los trabajadores

Sin embargo, hay resistencias a entender que obligaciones empresariales en la materia no deben estar condicionadas a la previa existencia de las horas extraordinarias. Me refiero en este caso al derecho de información de los representantes de los trabajadores. Así por ejemplo la Sentencia del TS de 18 de junio de 2013 (recurso 99/2012) parte de los hechos de que no ha quedado acreditado que los trabajadores afectados «hayan superado la jornada anual pactada» en convenio colectivo y de que no se ha «acreditado que dichos trabajadores hayan reclamado compensación alguna con causa a la superación de la jornada antedicha» para concluir que, en consecuencia, «la empresa demandada no ha infringido los preceptos...referentes al derecho de información» del sindicato recurrente.

Deteniéndonos en el derecho de información de los representantes de los trabajadores hay que reconocer que su regulación, además de combinar el nivel reglamentario con el legal, encierra dos obligaciones: una final, que es informar de las horas extraordinarias realizadas y otra instrumental, que consiste en determinar cómo se cumplimenta ese deber de información. Así la disposición adicional tercera del Real Decreto 1561/1995 establece en su apartado b) que «los representantes de los trabajadores tendrán 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».

La cuestión central que abordan la mayoría de las resoluciones judiciales en la materia reside en dejar de lado la obligación instrumental para centrarse en la final, de tal forma que si no se han realizado horas extraordinarias carecería de sentido informar sobre las mismas y, en consecuencia, decae también la obligación instrumental de entrega de la copia de los resúmenes del registro de jornada de los trabajadores. Sin embargo se puede mantener, como ocurre con la obligación prevista en el artículo 35.5 del ET, que la obligación instrumental hay que cumplirla en todo caso, considerando que los resúmenes de jornada tendrán una periodicidad máxima mensual mientras que los excesos de jornada tienen un período de cuatro meses para su compensación por descanso y un período anual de referencia para saber si se ha superado la jornada máxima. La confrontación de la documentación de entrega mensual con períodos de

tiempo superiores, los de descanso compensatorio y el anual de cómputo de la jornada ordinaria, son los que permitirán a los representantes de los trabajadores realizar su labor de vigilancia del cumplimiento de las normas laborales prevista en general por el artículo 64.7.a) del ET y en particular en lo que se refiere a la realización de las horas extraordinarias por la disposición adicional 3ª del Real Decreto 1561/1995. El razonamiento expuesto es similar al que defiende la aplicación del artículo 35.5 del ET para todas las empresas y que se refleja, como veremos, en la ya apuntada y trascendente Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015. Llegado este punto, parece conveniente conocer el discurrir de las principales resoluciones judiciales sobre la materia.

El TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en Sentencia de 5 de julio de 1989, dictada en relación con un asunto originado por un acta de infracción por vulneración del artículo 35.5 del ET, se pronuncia en el Fundamento cuarto en el sentido de que «no acreditada la efectiva prestación de horas extraordinarias según resulta de todo punto necesario, caen consiguientemente por su base las infracciones imputadas por no llevar el registro o control de aquéllas, y no dar a los trabajadores copia del resumen mensual, innecesarias tanto aquella llevanza como esta entrega, por cuanto no se realizaban, ni eran, por tanto, retribuidas». La importancia de esta sentencia radica en que luego es citada por el TS (Sala de lo Social) en la Sentencia de referencia en la materia de 11 de diciembre de 2003 (recurso 63/2003) para afirmar, con apoyo en la misma, que el cumplimiento estricto de lo ordenado por la disposición adicional 3ª del Real Decreto 1561/1995 implica que la comunicación del empresario a los representantes de los trabajadores «habrá de realizarse en los supuestos de realización de horas extraordinarias». Lo que obvia la sentencia de 2003 es que el pronunciamiento de la sentencia de 1989 se produce sobre una regulación de las horas extraordinarias contenida en la redacción inicial del ET, sin considerar que la reforma de 1994 supone una flexibilización en la materia que implica la necesidad de cumplir con la que hemos denominado obligación instrumental de periodicidad mensual, como requisito para llegar a la determinación de la existencia de horas extraordinarias, aun en el caso de que estas no fueran computables para el límite máximo en virtud de su compensación por descanso prevista en el artículo 35.2 del ET. Esta problemática de la convivencia de los distintos períodos de referencia en la materia (mensual, cuatro meses y anual) fue abordada por el TS en Sentencia de 25 de abril de 2006 (recurso 147/2005) en la que no comparte los argumentos de la sentencia recurrida que seguía el planteamiento de que sin acreditación de superación de la jornada anual no existía obligación de información. Por el contrario la Sentencia de 2006 razona en torno a que la compensación por descanso en períodos de referencia superior al mes convierte la inicial condición de horas extraordinarias en la posterior de no superación de la jornada máxima pactada. Ello supone que si la obligación de información es mensual (en este caso en

virtud de la negociación colectiva) y «como normalmente no se conocerá la naturaleza final de las horas que en ese tiempo de actividad (el mes) resulten finalmente extraordinarias, esa obligación se proyectará sobre los excesos de jornada de los que resulte la necesidad de compensarlos con descansos».

Tras la sentencia de 1989 corresponde citar la dictada por el TS (Sala de lo Social) el 11 de marzo de 1999 (recurso 3301/1998) de la cual destacan dos argumentos. De un lado que el derecho de información recogido en el Real Decreto 1561/1995 se refiere a las horas extraordinarias realizadas «pero no extiende la garantía a un conocimiento anticipado de las horas extraordinarias programadas, cuya realización práctica puede incluso ser desconocida por la empresa hasta su puesta en práctica». De otro lado indica que el artículo 35.5 del ET «no reconoce derecho de información en favor de los representantes de los trabajadores, pues a lo único que obliga es a registrar la jornada de cada trabajador día a día y a entregar copia del resumen al trabajador, pero no a sus representantes». Se trae a colación esta sentencia porque junto a la de 1989 es empleada por la referida sentencia de 2003 para «delimitar el alcance y contenido de este específico derecho de información, que se inscribe dentro de las facultades de vigilancia del comité».

En definitiva la citada sentencia del TS de 11 de diciembre de 2003, al apoyarse en las sentencias referidas de 1989 y 1998 viene a concluir que la obligación de registro de la jornada y entrega de documentación al respecto tiene al trabajador como «primer y principal destinatario», mientras que la obligación de información con los representantes legales de los trabajadores es una obligación reglamentaria que se refiere a las horas extras realizadas y, en consecuencia, su no realización implica que no se entregue la documentación prevista en el artículo 35.5 del ET para los trabajadores individualmente considerados. Un ejemplo de la plasmación de esta decisión en el ámbito de los TSJ lo encontramos en la Sentencia del TSJ de Cataluña de 10 de octubre de 2006 (recurso 632/2005).

A nuestro juicio es muy importante señalar que la STS de 11 de diciembre de 2003 supone acabar con lo que podríamos denominar el primer intento de la Audiencia Nacional por reconocer el derecho de información de los representantes de los trabajadores, mediante la consideración de estos como destinatarios en todo caso de la entrega de documentación prevista en el artículo 35.5 del ET. En este caso la STS de 2003 casa la Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2003 que declaraba el derecho del comité de empresa a «recibir copia del informe mensual que por cada trabajador la empresa debe realizar y entregar a cada empleado afectado donde conste día a día su jornada diaria con indicación de las horas trabajadas, a efectos del cómputo total de las horas extraordinarias (y ello con independencia de que en el cómputo total de jornada estas horas puedan considerarse ordinarias o extraordinarias)».

El segundo intento, siguiendo los términos empleados en el párrafo anterior, se contiene en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015, seguida, en el mismo sentido, de las sentencias de 19 de febrero y 6 de mayo de 2016. La Audiencia Nacional se muestra más moderada en cuanto al derecho de información, pero afirma que «el presupuesto para que la empresa esté obligada a cumplir esta obligación informativa, es que esté obligada, a su vez, a efectuar el registro diario de la jornada para cumplimentar la entrega de los resúmenes reiterados a cada trabajador.- Si no fuera así, sería evidente la falta de acción, puesto que si no hay registro de jornada, ni se entregan resúmenes diarios sobre la misma, no habría nada que informar a los representantes de los trabajadores. Por consiguiente una vez estimada la primera pretensión de la demanda, se hace evidente que los representantes de los trabajadores tienen acción para reclamar el cumplimiento de los deberes informativos, contenidos en la DA 3ª del RD 1561/1995». Lo que hace la Audiencia Nacional con este razonamiento es evitar repetir toda la argumentación sobre el contenido del registro de jornada y no del registro de las horas extraordinarias, así como el porqué de la cadencia temporal diaria prevista en el artículo 35.5 del ET «como único medio para constatar si se superaron o no los límites de la jornada ordinaria». De tal manera que si es obligatorio siempre el registro de jornada, también siempre se puede cumplir lo que hemos llamado la obligación instrumental de la disposición adicional 3ª del Real Decreto 1561/1995. Esta conclusión queda avalada por el último párrafo del apartado de los fundamentos de derecho cuando la Audiencia Nacional estima la pretensión formulada en los términos de que la empresa «proceda a dar traslado, a la representación legal de los trabajadores, de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual» pues entiende expresamente que la obligación reglamentaria hay que cumplirla «de conformidad con lo dispuesto en el art. 3.1.a del ET» a través de «cumplimentar mensualmente la información, requerida» por el Real Decreto 1561/1995, llamando así la atención sobre el reglamento como fuente de la relación laboral.

3.5. Los registros especiales

Tras esta aproximación al asunto de cuándo y para qué debe existir el registro del tiempo de trabajo, hay que abordar el argumento de que el citado registro solo es exigible cuando existan horas extraordinarias, sin importar el registro de la jornada ordinaria, atendiendo al criterio de la voluntad del legislador o al canon hermenéutico de la sistematicidad. Así se argumenta que si se hubiera querido que el registro del artículo 35.5 del ET se implantara siempre, incluyendo a todos los trabajadores y reflejando la jornada ordinaria, por una parte se debería haber establecido la obligación en el artículo 34 del ET, referido a la jornada, y por otra no

tiene sentido que aparezcan otras obligaciones legales o reglamentarias de registro de tiempo de trabajo, que podríamos calificar de especiales en cuanto afectan a distintos supuestos laborales, ya que su funcionalidad y finalidad ya estarían cubiertas por el registro del artículo 35.5 del ET.

Merece la pena detenerse en este último argumento para conocer cuáles son esas obligaciones registrales del tiempo de trabajo distintas de la establecida en el artículo 35.5 del ET y si está justificada su existencia, guardando en este último caso la sistematicidad aparentemente alterada.

Cuatro son los casos a los que nos vamos a referir, el contrato a tiempo parcial, los trabajadores móviles en el transporte por carretera, el trabajo en la marina mercante y los servicios de interoperabilidad transfronteriza en el transporte ferroviario. Mientras que el primer caso, el trabajo a tiempo parcial, se recoge en el ET tras la reforma operada en el mismo por el Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, los otros tres supuestos se regulan en el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, que regula las jornadas especiales de trabajo y es vehículo de trasposición de las Directivas en la materia.

El artículo 12.4.c) del ET establece que «la jornada de los trabajadores a tiempo parcial se registrará día a día y se totalizará mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto las ordinarias como las complementarias. El empresario deberá conservar los resúmenes mensuales de los registros de jornada durante un período mínimo de cuatro años. En caso de incumplimiento de las referidas obligaciones de registro, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios».

En el caso expuesto de registro de jornada en los contratos a tiempo parcial queda plenamente justificada su regulación específica y diferenciada por varias razones. En primer lugar, y con carácter principal, se establece legalmente una presunción *iuris tantum* en caso de incumplimiento de las obligaciones registrales, la de considerar el contrato celebrado a jornada completa. Esta presunción, de graves consecuencias para la empresa desde la perspectiva de sus obligaciones salariales y de Seguridad Social, era necesario establecerla expresamente, pues el incumplimiento de la obligación común de registro de jornada del artículo 35.5 del ET no produce efecto alguno de esta naturaleza. Incluso las resoluciones judiciales le niegan a tal incumplimiento que se produzca una inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que si no existe el registro de jornada sería al empresario al que correspondería probar que no se han realizado horas extraordinarias frente a una reclamación basada en la mera declaración de un trabajador. Así el TSJ de La Rioja, en Sentencia de 23 de abril de 2015 (recurso 84/2015), indica expresamente que «no puede deducirse que el contenido del artículo 35.5 del ET suponga una

especial inversión de la carga de la prueba en materia de las horas extraordinarias discutidas, pues, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, la obligación de la empresa...de registrar y totalizar las horas extraordinarias, así como de facilitar el resumen correspondiente al trabajador, no implica que por alegarlas,...haya que admitir como ciertas las que se reclaman en la demanda. Para ello es precisa la existencia de un indicio objetivo referente a la realización de horas extra». En el mismo sentido se manifestó la Sentencia del TSJ de Andalucía de 7 de julio de 2004 (recurso 4466/2003) indicando que «tampoco puede pretender el recurrente que el incumplimiento de la obligación que impone el artículo 35.5 del ET... justifique por sí solo la realización de las horas extraordinarias reclamadas, la falta de registro de jornada no supone necesariamente la existencia de excesos horarios cuya acreditación exige que el trabajador aporte indicios probatorios suficientes». La confirmación de que era necesaria una reforma legal que determinara la presunción del trabajo a tiempo completo, en caso de incumplimiento de registro de jornada, la encontramos en la Sentencia del TSJ de Andalucía de 11 de diciembre de 2014 (recurso 2027/2014) que entiende que la presunción referida no es aplicable a un contrato celebrado en agosto de 2013, no estando en vigor la reforma del artículo 12 del ET realizada por el Real Decreto-Ley 16/2013. En segundo término, la flexibilidad con que se dota al trabajo a tiempo parcial a través de la prolongación de la jornada mediante los dos tipos de horas complementarias, las pactadas y las voluntarias, aconsejaban dejar constancia de que el registro de la jornada debía incluir expresamente a las horas complementarias de manera diferenciada de las horas ordinarias.

Por otra parte, los otros tres tipos de registro de jornada regulados por el RD 1561/1995 obedecen a sucesivas reformas del mismo ocasionadas por la necesaria trasposición de Directivas, dos de las cuales con origen en un acuerdo entre los interlocutores sociales. Para tener una visión completa de estas reformas reglamentarias hay que partir del artículo 14 de la Directiva 2003/88/CE según el cual «las disposiciones de la presente Directiva no se aplicarán en la medida en que otros instrumentos comunitarios contengan prescripciones más específicas en materia de ordenación de tiempo de trabajo en lo referente a determinadas ocupaciones o actividades profesionales».

El artículo 10.bis.5 del RD 1561/1995 establece, en relación con los trabajadores móviles en los transportes por carretera, que «el empresario será responsable de llevar un registro del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles. Este registro se conservará, al menos, durante tres años después de que finalice el período considerado. El empresario estará obligado a facilitar a los trabajadores móviles que así lo soliciten una copia del registro de las horas trabajadas». Este artículo fue añadido mediante la reforma realizada en virtud del Real Decreto 902/2007, que incorpora al derecho español la Directiva 2002/15/CE, del Parlamento Europeo y

del Consejo, de 11 de marzo de 2002 relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera. La Directiva 2003/88/CE incluye en su ámbito de aplicación al sector de transportes por carretera. No obstante dicha inclusión, prevalecen sobre las de esta Directiva las normas específicas establecidas en el Reglamento (CE) número 561/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 3821/85/CEE y (CE) núm. 2135/98/CE del Consejo y se deroga el Reglamento 3820/85/CEE del Consejo, así como en la Directiva 2002/15/CE.

El artículo 18 bis.2 del RD 1561/1995 respecto del tiempo de trabajo en la marina mercante establece que «deberán llevarse a bordo registros individuales para cada trabajador de las horas diarias de trabajo o de las horas diarias de descanso, en los que figuren los datos contenidos en el modelo que se incluye en el anexo II del presente Real Decreto, redactados en el idioma común de trabajo a bordo y en inglés. Los modelos de registros le serán facilitados al trabajador por el capitán o por una persona autorizada por éste. Los registros serán cumplimentados diariamente por el trabajador y firmados semanalmente por el capitán, o por una persona autorizada por éste, y por el propio trabajador, a quien se entregará mensualmente una copia de su registro. Los registros estarán sujetos a las funciones de vigilancia y exigencia del cumplimiento de la legislación laboral que corresponden a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social».

Este artículo fue añadido por el Real Decreto 285/2002, así como la actuación especial de la ITSS en la Disposición Adicional 5ª, que traspone la Directiva 1999/63/CE. Haciendo uso de las posibilidades que el Tratado de la Comunidad Europea reconoce al diálogo social, los interlocutores sociales europeos del sector de la marina mercante, la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST), firmaron el 30 de septiembre de 1998 un Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente del mar. Meses después, respondiendo a la petición conjunta de tales organizaciones, el Consejo de la Unión Europea adoptó la Directiva 1999/63/CE, de 21 de junio, cuyo objeto es dar aplicación al citado Acuerdo. La obligación se recoge en la cláusula octava del Acuerdo.

En tercer lugar indicamos que la disposición adicional séptima del RD 1561/1995, en su apartado 9, establece que «toda empresa ferroviaria que realice servicios de interoperabilidad transfronteriza deberá disponer de un registro en el que se recojan las horas diarias de trabajo y de descanso de los trabajadores móviles con el fin de asegurar el cumplimiento de esta disposición. La empresa deberá conservar este registro, al menos, durante tres años y lo tendrá a disposición de los trabajadores y de la autoridad laboral así como los elementos que justifiquen las horas

reales de trabajo». Esta disposición adicional séptima del Real Decreto 1561/1995 se añadió en virtud del Real Decreto 1579/2008. El 27 de enero de 2004 la Comunidad de Ferrocarriles Europeos (CER) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) alcanzaron un acuerdo sobre determinados aspectos de las condiciones de prestación de servicio de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza y solicitaron su aplicación en base a una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión Europea, conforme a lo previsto en el artículo 139 del Tratado CE. La Directiva 2005/47/CE del Consejo, de 18 de julio de 2005, relativa al acuerdo entre la Comunidad de Ferrocarriles Europeos (CER) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) sobre determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario, aplica el citado Acuerdo y le otorga la fuerza propia de las Directivas. La Directiva 2003/88/CE se sigue aplicando a los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza, excepción hecha de las medidas más específicas contenidas en la Directiva 2005/47/CE y en el Acuerdo que figura anexo a la misma. Es la cláusula octava la que se transpone y bajo el título de «control» lo que pretende es establecer un mecanismo para asegurar el cumplimiento del acuerdo.

En atención a lo expuesto se puede concluir que el registro de jornada a que alude el artículo 35.5 del ET guarda coherencia con la regulación de otros preceptos sobre registro de jornada en determinados supuestos, pues mientras el primero lo podemos calificar de necesario para todos los trabajadores y obligatorio para las empresas, los otros cuatro supuestos tienen una justificación bien por el establecimiento de una presunción legal y particularidades de su contenido en el caso del contrato a tiempo parcial, bien porque sean la consecuencia de la obligada trasposición de Directivas para determinadas categorías de trabajadores.

3.6. Las características del registro

En cuanto a las características y contenido del registro de la jornada, las resoluciones judiciales suelen ventilar aspectos concretos desde el enfoque probatorio sin que suelen entrar en las condiciones generales que debe reunir el mencionado registro. No obstante, aunque de forma sucinta, es conveniente introducir alguna referencia al asunto en la medida que ilustra hasta qué punto puede la ITSS exigir el modo del cumplimiento de la obligación. Algunas características de la obligación del registro de jornada son las siguientes:

- a) El sistema de registro es de libre configuración por la empresa. Según la citada Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015 el registro diario de jornada «podrá instru-

mentarse de múltiples maneras». En este sentido, si bien referido al registro en el caso de los contratos a tiempo parcial, la Dirección General de Empleo en consulta de 28 de enero de 2015 indica que «la norma no establece una forma específica para el registro diario de la jornada, por lo que se entiende que será válido cualquier sistema o medio que permita registrar de modo permanente y objetivo la jornada de los trabajadores, con sus respectivas horas de entrada y salida, siempre que permita acreditar el cumplimiento de tal obligación, en su caso, ante la ITSS, y que permita efectuar la totalización mensual de la jornada y la entrega a los trabajadores de la copia del resumen mensual de la jornada».

- b) El sistema de registro no puede generar indefensión por falta de la información exigible. La citada sentencia califica al registro de «herramienta de modernización de las relaciones laborales, que se generalizó en las grandes empresas en el siglo XX... y su negación coloca a los trabajadores en situación de indefensión» en cuanto «requisito constitutivo para controlar los excesos de jornada».
- c) No es óbice que existan horarios múltiples ni horarios flexibles para su implantación. Según la sentencia indicada, no exonera a la empresa de la obligación de registro diario de la jornada «el que existan múltiples horarios, algunos de los cuales se ejecutan de modo flexible, puesto que dicha complejidad exige aún más, si cabe, el registro diario de jornada» como único modo de comprobación de la posible superación de la jornada ordinaria.
- d) No es impedimento la realización de la jornada fuera del centro de trabajo. La Sentencia referida de la Audiencia Nacional, de 4 de diciembre de 2015, indica que «es irrelevante también, que algunos de los trabajadores no realicen su jornada total o parcialmente en los locales de la empresa, puesto que dicha circunstancia obliga, con mayor razón, a que la empresa contribuya a la transparencia de su prestación, evitando desbordamientos de la jornada pactada, que nunca podrían acreditarse».
- e) No todos los sistemas de control del tiempo de trabajo que el empresario establece al amparo del artículo 20.3 del ET, con la finalidad de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, contienen los requisitos que los hagan equiparables al registro de jornada del artículo 35.5 del ET. En concreto, según la misma sentencia, no es suficiente que la empresa controle «pormenorizadamente las ausencias de sus trabajadores, quienes están obligados a reportar en la Intranet cualquier ausencia que les impida la realización de la

jornada pactada», pues de esta manera la empresa se asegura el cumplimiento de la obligación en materia de jornada de los trabajadores, pero impide a estos y a sus representantes comprobar si realizan horas extraordinarias a través del conocimiento de la jornada efectiva que realizan.

- f) No es suficiente con registrar solo los excesos de jornada. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de mayo de 2016, citada anteriormente, declara contrarias a Derecho las Instrucciones sobre el registro de jornada publicadas por la empresa, según las cuales «la hoja de registro de jornada no es un control horario de entrada y de salida, en ella se registrarán los excesos sobre la jornada ordinaria establecida. En caso de no existir prolongación de jornada, no será necesario cumplimentar la hoja de registro, debe haber un mínimo de una prolongación, en el período mensual, para su cumplimentación».
- g) El sistema de registro puede ser distinto para determinados grupos de trabajadores. La sentencia del TSJ de Cataluña de 10 de octubre de 2006 (recurso 632/2005) entiende que la empresa no tiene la obligación de organizar un sistema de control horario idéntico para todos los trabajadores. Ante una situación en la que un determinado colectivo de trabajadores estaban exentos de fichar mediante tarjeta, el Tribunal declara que no se puede «condenar a la empresa a organizar el fichaje de todos los trabajadores... pues la organización corresponde al propio empresario en tanto no haya vulneración de la legalidad. Es posible también que, sea en el marco del convenio, sea en el marco de la autonomía individual, haya trabajadores que por determinadas cuestiones como, en este caso, tener mando o ser cargos de confianza estén excluidos del marcaje horario». El Tribunal se pronuncia en el sentido de que dicha exclusión no es discriminatoria «pues la discriminación ha de partir de una situación de igualdad y de trato desigual injustificado que aquí no se ha probado».
- h) El registro debe contemplar las circunstancias en que se realiza la jornada, en particular el horario. Ya indicamos más arriba que la Sentencia del TSJ de Andalucía de 5 de mayo de 2016 (recurso 1481/2015) mantiene que «el horario en que tales horas extraordinarias se realizaron, en aplicación de lo dispuesto en el art. 217.7 LEC, correspondía su acreditación al empresario que tiene la facilidad y disponibilidad probatoria atendiendo a su obligación establecida en el art. 35.5ET». En este sentido la también citada Sentencia del TS de 22 de julio de 2014.
- i) La conservación de los datos del registro de jornada debe ser al menos de un año. Aunque esta afirmación se realiza con base

en la sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de julio de 2005 (recurso 41/2005) que aborda lo acordado en un pacto resultado de la negociación colectiva, sin embargo tiene sentido para el régimen legal ordinario, por cuanto el artículo 34.1 del ET se refiere a la jornada ordinaria en cómputo anual y el artículo 35.1 del ET califica de horas extraordinarias las que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo. Recordamos aquí que cuando tratamos de los registros especiales se establecía la conservación de la documentación durante 4 años en supuesto de los contratos a tiempo parcial, durante 3 años en el caso de los trabajadores móviles del transporte por carretera, y también durante 3 años en el supuesto de servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario. En todo caso, si el registro de la jornada tiene una importancia probatoria considerable, parece aconsejable que el empresario mantenga sus datos durante 4 años, puesto que ese plazo cubriría el general de prescripción de las acciones derivadas del contrato de trabajo según el cómputo del artículo 59.2 del ET, el de las infracciones en el orden social según el artículo 4 de la Ley de Infracciones en el Orden Social, Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000 (en adelante LISOS) y el previsto en el artículo 24.1 de la Ley General de Seguridad Social, Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015 (en adelante LGSS) para las deudas en materia de Seguridad Social.

4. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A continuación se expondrán algunas conclusiones sobre cómo recoge la negociación colectiva la obligación del registro de la jornada del artículo 35.5 del ET y el derecho de información en materia de horas extraordinarias a que se refiere disposición adicional 3ª del Real Decreto 1561/1995. Para llegar a tales conclusiones se han revisado, sin ningún afán exhaustivo y sin el sustento de una metodología científica, más de novecientos convenios colectivos publicados en los años 2014, 2015 y 2016.

Se puede partir de que, en general, son los convenios colectivos de sector los que hacen mención a las obligaciones de registro de jornada y derechos de información de los representantes de los trabajadores, tomando como referencia lo establecido por la normativa legal o reglamentaria aunque no esté vigente, mientras que los convenios colectivos de empresa se dedican a regular el control horario y la concreción de cómo ha de informarse a los representantes de los trabajadores de tal control horario, si bien la mayoría de convenios colectivos de empresa que regulan la materia son pertenecientes al sector servicios y mayoritariamente a la Administración local.

4.1. El registro de jornada y el control horario

En esta breve referencia a la negociación colectiva se hace necesario generalizar, a pesar de lo poco correcto que resulta, para poder tratar la materia que nos ocupa de forma manejable.

Dentro de los capítulos dedicados a la jornada o al tiempo de trabajo, o insertado entre los artículos que se refieren a este último, se aborda en los convenios colectivos (en adelante CC) de empresa el control de presencia o control horario, de tal forma que el enfoque que se le da al procedimiento en virtud del cual se conoce la jornada diaria que realizan los trabajadores no es el del artículo 35.5 del ET sino el del artículo 20.3 del ET, según el cual el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales. Esto significa que la constancia de cuál es el tiempo de trabajo invertido por cada trabajador no se realiza a través de un registro pensado para que los trabajadores dispongan de un mecanismo probatorio habitual, con idéntica función a la que realiza el recibo de pago de salarios, sino que se obtiene mediante un procedimiento de control empresarial para verificar la regularidad en el cumplimiento de la prestación contractual por parte del trabajador. Como la finalidad de los artículos 20.3 y 35.5 del ET es distinta, puede ocurrir que los sistemas de control horario o de presencia organizados por la empresa en función del artículo 20.3 del ET no reúnan los requisitos del artículo 35.5 del ET. En definitiva, no todos los medios de control horario pueden servir simultáneamente como registro de jornada diaria y entrega a los trabajadores afectados del resumen en el recibo correspondiente.

Algunos objetivos del control horario que se mencionan expresamente en el texto del CC responden a un interés distinto al derivado del artículo 35.5 del ET, como por ejemplo:

- Reducir el absentismo.
- Gestionar las ausencias y la falta de puntualidad.
- Controlar el acceso a las instalaciones del centro de trabajo
- Servir de medio de prueba con fines disciplinarios.
- Motivos de seguridad.
- Poder implantar el horario flexible.
- Garantizar que se realiza la jornada en los tiempos adecuados.
- Como medio para saber las horas de trabajo efectivo de cada trabajador y su presencia efectiva o no en el recinto de la planta ante una situación de emergencia.

En cuanto a las fórmulas para organizar el control horario se suele reconocer el derecho de la empresa a adoptar el que considere conveniente, siendo la finalidad del mismo que la empresa pueda comprobar la previsión

establecida en el artículo 34.5 del ET: que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo. Algunas referencias expresas al método de control horario o de presencia contenidas en los CC son las siguientes:

- Pantallas de control de presencia instaladas en cada puesto de trabajo.
- Sistemas mecánicos, electrónicos, informáticos o mediante firmas.
- Tarjeta magnética con su fotografía, nombre y apellidos y número de empleado...conforme a las normas internas sobre control de presencia y accesos.
- Relojes de control horario u otros medios informáticos o telemáticos que se consideren adecuados.
- El fichaje del control de presencia para los teletrabajadores a tiempo completo de su jornada, se efectuará desde el ordenador instalado en el domicilio del empleado, a través del portal de empleado en la intranet.
- Libro de control horario con la firma de cada trabajador de puño y letra.
- Proporcionar a su superior inmediato una relación mensual del horario realizado cada día del mes con su firma. El impreso se visa por el superior inmediato y se remite a RRHH.
- El propio ordenador del puesto de trabajo cuando se encuentre conectado en red con el sistema empresarial de aplicaciones.

En cuanto al acceso del trabajador al sistema de control horario no suele contemplarse ni tampoco hacerse referencia a la entrega de un resumen del registro porque nos encontramos en el ámbito del control empresarial. No obstante sí se encuentran regulaciones como las siguientes:

- Cuando finalice el mes en curso se entregará a cada trabajador la información resumen obtenida de los marcapjes del reloj de fichar.
- Todos los trabajadores tendrán acceso, previa petición expresa, al reporte de sus fichajes individuales.
- Los trabajadores podrán solicitar mensualmente su respectivo listado de fichajes.
- El sistema del control horario garantizará al personal trabajador el conocimiento del saldo diario y quincenal.

4.2. El derecho de información de los representantes de los trabajadores

En cuanto al derecho de información sobre las horas extraordinarias de los representantes legales de los trabajadores, establecido en la disposición adicional 3ª del Real Decreto 1561/1995, nos encontramos con la siguiente diferencia: de un lado los CC de empresa suelen hacer referencia a la información que debe suministrarse en atención al sistema de control horario o de presencia que previamente ha regulado, y de otro lado los CC de sector repro-

ducen en muchas ocasiones lo establecido por la normativa legal o reglamentaria no vigente, por lo que se concluye que en un importante porcentaje deberían actualizarse. Veamos los dos fenómenos por separado.

En los CC de empresa, donde ya hemos visto que priman las referencias al control horario o control de presencia, podemos encontrar regulaciones del siguiente tenor:

- El comité de empresa tendrá acceso, cuando lo estime conveniente, y previa autorización del trabajador correspondiente, al examen del sistema de control de presencia, no siendo necesaria autorización para el conocimiento global del horario efectuado.
- El comité de empresa tendrá una copia de la asistencia en soporte digital de todos los trabajadores que integran la plantilla.
- La empresa pondrá a disposición del comité de empresa el control de fichaje o presencia de los empleados que pudiera solicitar, haciendo uso de este derecho cuando a su juicio no se esté respetando lo pactado en cuestión de horario y jornada.
- La información recogida en los medios de control de presencia estará a disposición de la representación de los trabajadores cuando haya reclamación de alguna persona.
- La empresa facilitará mensualmente a la representación legal de los trabajadores un informe con los registros horarios procedentes del control.
- Se informará mensualmente del resultado de los controles establecidos en el reloj horario.
- El comité de empresa será informado trimestralmente del resultado de las incidencias referidas al control en el reloj horario, siempre cumpliendo la LOPD vigente.

En cuanto a los CC de sector, que en algunos casos se limitan a reproducir la normativa vigente en materia de registro de jornada y derecho de información de los representantes de los trabajadores, se dedican, sin embargo, mucho más a este segundo aspecto, seguramente motivado por la gran importancia que tuvo en su momento la participación de los representantes de los trabajadores en relación con las horas extraordinarias estructurales y su cotización reducida a la Seguridad Social. Podemos decir que los CC de sector contienen todavía redacciones que provienen de la siguiente normativa derogada o no aplicable:

- a) La redacción original del ET que alude al registro semanal de las horas extraordinarias.
- b) Lo dispuesto por el artículo 41 del Real Decreto 2001/1983, derogado por el Real Decreto 1561/1995, según el cual «la realización de horas extraordinarias no precisa de autorización administrativa, si bien deberá comunicarse mensualmente a la Autoridad Laboral las horas extraordinarias realizadas. Esta información deberá ser suministrada, asimismo, a los representantes de los trabajadores».

- c) Lo establecido por la Orden Ministerial de 1 de marzo de 1983, dictada en desarrollo del Real Decreto 92/1983, sobre cotización a la Seguridad Social de las horas extraordinarias estructurales que, tras definirse en CC, deben ser determinadas por acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, así como deben ser comunicadas a la Administración pública con la conformidad antedicha.

Como ya hemos apuntado, la cotización a la Seguridad Social de forma reducida de un subtipo de horas extraordinarias a las que se denominó estructurales, que desde 1998 dejó de recogerse en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado (la última que lo establece es la Ley 12/1996), unido a la dinámica de la reiteración de anteriores redacciones, han hecho posible que en los CC de sector, fundamentalmente, se recojan regulaciones como las que se citan a continuación:

- La realización de horas extraordinarias se registrará día a día y se totalizará semanalmente. Se comunicará mensualmente a la Autoridad Laboral las horas extraordinarias, suministrando dicha información a la representación de los trabajadores.
- La realización de horas extraordinarias se registrará día a día y se totalizará semanalmente, entregando copia del resumen semanal al trabajador en el parte correspondiente.
- La empresa informará periódicamente al comité de empresa, delegados de personal y delegados sindicales, sobre el número de horas extraordinarias realizadas, especificando las causas y, en su caso, la distribución por secciones. Asimismo, en función de esta información y de los criterios señalados, la empresa y los representantes de los trabajadores determinarán el carácter y naturaleza de las horas extraordinarias. La expresión «periódicamente» se sustituye en algunos CC por «mensualmente».
- Mensualmente se notificará a la Autoridad Laboral conjuntamente por la empresa y los representantes de los trabajadores, en su caso, las horas extraordinarias realizadas con la calificación correspondiente a efectos de dar cumplimiento a lo establecido en la normativa vigente sobre cotización a la Seguridad Social.
- Por las empresas, se dispondrá de un registro de horas extraordinarias que se actualizará día a día y estará a disposición de los representantes de los trabajadores y de la Autoridad laboral.

5. EL COMETIDO DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

En el apartado introductorio hice mención a la Ley 23/2015 y a la función inspectora a la que se refiere su artículo 12.1 como el cometido de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias

y del contenido de los acuerdos y convenios colectivos, sin perjuicio de los cometidos de asistencia técnica (artículo 12.2) y los de conciliación, mediación y arbitraje (artículo 12.3).

En este trabajo no se pretende abordar la metodología inspectora para el cumplimiento de dicho cometido. Tal metodología se contiene de forma directa o indirecta en las instrucciones, criterios técnicos u operativos emanados de la Dirección General de la ITSS, en el contexto del artículo 47.5 del Real Decreto 138/2000. Las referencias a estos instrumentos administrativos se entienden siempre bajo el principio de que la Administración carece de competencia para realizar interpretaciones legales de carácter vinculante, competencia que corresponde en exclusividad a los órganos jurisdiccionales. Dejando clara esta premisa, también aludiremos a los informes y consultas no vinculantes evacuados por la Dirección General de Empleo en el ejercicio de las competencias y funciones que le vienen atribuidas en el artículo 3 del Real Decreto 343/2012.

5.1. Referencia al acervo comunitario

Antes de entrar en algunos pormenores de nuestro ordenamiento jurídico, su interpretación y aplicación, resulta ilustrativo detenernos brevemente en la perspectiva del acervo jurídico comunitario.

La ya aludida Directiva 2003/88/CE establece la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, encomendando a los Estados miembros, en su artículo 6, que adopten «las medidas necesarias para que, en función de las necesidades de protección de la seguridad y salud de los trabajadores» se limite la duración del tiempo de trabajo semanal (apartado a) y que la «duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de 7 días». Por su parte el artículo 22 de la Directiva admite que un Estado miembro no aplique el artículo 6, «a condición de que adopte las medidas necesarias para garantizar que: a)...b)...c) el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo; d) los registros mencionados se pongan a disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir, por razones de seguridad y/o salud de los trabajadores, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal». Esta excepción se permite «siempre que respete los principios generales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores».

No corresponde aquí el estudio de la legislación española sustantiva en relación con la citada Directiva, aunque sí destacaremos la referencia del artículo 34.1 del ET a la duración máxima de la jornada ordinaria de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, o del artículo 35.4 ET a la voluntariedad o pacto en cuanto a la realización de horas extraordinarias. Sin embargo, sí se pretende destacar la importancia que la

Directiva otorga a la existencia de un registro de tiempo de trabajo para situaciones excepcionales y el papel atribuido a la Administración en la materia, y lo haremos a la luz de la Sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013 (asunto C-342/12).

La petición de decisión prejudicial que origina la sentencia tiene por objeto la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos en relación con la solicitud formulada por los Inspectores de trabajo de Portugal, dependientes de la Autoridad para las Condiciones de Trabajo (ACT), al objeto de acceder al registro de los tiempos de trabajo en una empresa. El supuesto de hecho, resumidamente, consiste en que en el centro de trabajo no existía ningún registro accesible del tiempo de trabajo para su consulta inmediata, en el que constasen los períodos de trabajo diarios, los descansos diarios y semanales o el cómputo de las horas de trabajo diarias y semanales, tal y como exige la legislación portuguesa, quedando la consulta del registro del tiempo de trabajo excluida para los trabajadores, pudiendo proporcionar únicamente la información la estructura central de recursos humanos sita, presumiblemente, en el Reino Unido. Se impuso una sanción administrativa a la empresa porque no se había permitido a la ACT la consulta inmediata en el centro de trabajo del registro del tiempo de trabajo para comprobar la conformidad de la organización de la actividad empresarial con la normativa en esta materia.

Lo que se aborda en la sentencia es si los datos del registro del tiempo de trabajo tienen la condición de datos personales sobre los que pesa la obligación del Estado miembro de prever medidas para su protección. El Tribunal portugués se pregunta si, en el caso de que no se hayan adoptado esas medidas y ante el sistema de acceso restringido a los datos, no automático para la autoridad nacional competente para la supervisión de las condiciones de trabajo, se aplica el principio de primacía del Derecho de la Unión y no se podría sancionar a la empresa.

Este asunto nos interesa porque se abordan temas como el contenido del registro del tiempo de trabajo, la protección de datos personales, las facultades del sistema de inspección de trabajo, entre otros.

La primera conclusión del TJUE es que los datos que figuran en un registro de tiempo de trabajo «que incluye la indicación de las horas en que cada trabajador inicia y finaliza la jornada, así como de las pausas o períodos de descanso correspondientes queda comprendido en el concepto de “datos personales”» a efectos de la Directiva 95/46/CE «dado que se trata de “información sobre una persona física identificada o identificable”».

La segunda conclusión que alcanza el TJUE es que la Directiva 95/46/CE «sí exige a los Estados miembros la adopción de una medida de Derecho interno» que establezca la adopción de medidas técnicas y de organi-

zación para la protección de datos personales, pero «no impone a los Estados miembros» la adopción de estas medidas, cuya obligación «incumbe únicamente al responsable del tratamiento, que en el presente caso es el empresario».

La tercera conclusión reflejada en la sentencia es que la regulación contenida en la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que esta no se opone a una normativa nacional «que impone la obligación de poner a disposición de la autoridad nacional competente para la supervisión de las condiciones de trabajo el registro del tiempo de trabajo, de forma que se permita su consulta inmediata, siempre que esta obligación sea necesaria» para el cumplimiento de la misión de supervisión indicada. El TJUE remite al Tribunal nacional el examen de si es necesaria la consulta inmediata. A este respecto la citada sentencia recoge en su apartado 41 la argumentación esgrimida por la Comisión Europea que, partiendo de que la Directiva 2003/88/CE no exige expresamente una normativa de supervisión como la discutida, mantiene que sí caben las medidas de supervisión como «medidas necesarias» para la consecución de los objetivos de esta Directiva, argumentando que «la obligación del empleador de permitir la consulta inmediata del registro del tiempo de trabajo podría evitar cualquier posibilidad de alteración de los datos en el intervalo que media entre la visita de inspección... y el control efectivo de tales datos».

En la misma línea de lo expuesto, la Dirección General de la ITSS mantiene en la Instrucción 3/2016, sobre la intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias, varios criterios de actuación inspectora como los siguientes:

- Que «la comprobación de la existencia del registro deber poder realizarse en el centro de trabajo, lo que evita la posibilidad de la creación posterior, manipulación o alteración de los registros».
- Que «el registro de la jornada deberá ser diario e incluir el horario concreto de entrada y salida respecto de cada trabajador, con el fin de determinar las horas realmente realizadas cada día por cada uno de ellos, no siendo aceptable para la acreditación de su cumplimiento la exhibición del horario general en la empresa o los cuadrantes horarios elaborados para determinados periodos, pues estos se formulan *ex ante* y determinarán la previsión de trabajo para dicho periodo pero no las horas efectivamente trabajadas en el mismo».

A este respecto cabe también recordar que el artículo 13.3.a) de la Ley 23/2015 faculta a los inspectores de Trabajo y Seguridad Social, en el ejercicio de sus funciones, para «examinar en el centro o lugar de trabajo todo tipo de documentación con trascendencia en la verificación del cumplimiento de la legislación del orden social, tales como...registros», y que el artículo 16.11 establece que «la obtención de datos de carácter personal no recabados del interesado por los funcionarios de la Inspección en el ejer-

cicio de sus competencias, no requerirá la información expresa e inequívoca a los interesados prevista en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal».

5.2. La tipificación y calificación de las infracciones

Con independencia de que las facultades de los inspectores de Trabajo y Seguridad Social reguladas en el artículo 13 de la Ley 23/2015 sirvan al propósito de comprobar hechos y conductas subsumibles en tipos infractores, en la materia que estamos estudiando resulta esencial para el desarrollo de la función encomendada a la ITSS el cumplimiento de la obligación del registro de jornada prevista en el artículo 35.5 del ET. La importancia del registro de la jornada reside en que proyecta sus efectos más allá de la correcta retribución y cotización a la Seguridad Social, abarcando aspectos de las condiciones de trabajo con repercusión en la salud laboral de los trabajadores o en la conciliación de la vida familiar y laboral.

En el sentido expuesto las tres recientes y ya comentadas Sentencias de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015 y de 19 de febrero y 6 de mayo de 2016, después de recoger en los hechos probados actuaciones inspectoras de una decena de Inspecciones Provinciales y de estudiar el contenido de la obligación de registro del artículo 35.5 del ET, concluyen «inequívocamente que los Inspectores de Trabajo no pueden controlar si se superan o no los límites de la jornada ordinaria, si no existe el registro de jornada diaria regulado en el artículo 35.5 del ET, cuya finalidad es registrar la jornada diaria por esa razón, tal y como mantiene la jurisprudencia». El registro de jornada previsto en el artículo 35.5 del ET se convierte así en un instrumento previsto por la ley como garantía y presunción para empresarios y trabajadores de que el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso se encuentran dentro de los límites legales y convencionales.

Debido a la finalidad apuntada del registro de jornada, lo lógico es que la ITSS se dirija en primer lugar a verificar su existencia, contenido y llevanza, cuando su actuación esté relacionada con la ordenación del tiempo de trabajo en la empresa. Sin embargo el control de la ITSS sobre esta cuestión plantea algunos puntos conflictivos que pasamos a abordar a continuación.

El artículo 7.5 de la LISOS tipifica como infracción grave en materia de relaciones laborales «la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Esta-

tuto de los Trabajadores». Por su parte el artículo 6.6 de la LISOS tipifica como infracción leve en materia de relaciones laborales «cualesquiera otros incumplimientos que afecten a obligaciones meramente formales o documentales».

La cuestión reside en subsumir el hecho comprobado, la ausencia de registro de jornada comprobado por la ITSS, en el supuesto de hecho de alguno de los dos tipos infractores referidos. Se trata de saber si el incumplimiento del artículo 35.5 del ET, por omisión del registro de jornada o por su organización o llevanza de forma que no reúna alguno de los requisitos esenciales del mismo, da lugar a una infracción grave o a una infracción leve.

La respuesta de las resoluciones judiciales sigue la misma evolución que la expuesta más arriba en relación con la necesidad o no de realización de horas extraordinarias como requisito previo para la obligación de registro prevista en el artículo 35.5 del ET. Artículo del ET inicialmente circunscrito al registro de horas extraordinarias y a partir de la reforma de 1994 destinado al registro de la jornada diaria, si bien «a efectos del cómputo de horas extraordinarias».

Inicialmente el TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en Sentencias de 2 y 5 de junio de 1989 mantuvo que «al no acreditarse la realización de horas extraordinarias...resulta improcedente la sanción», que «no acreditada la efectiva prestación de horas extraordinarias...caen consiguientemente por su base las infracciones imputadas por no llevar el registro o control de aquéllas». En este mismo sentido, por ejemplo, la Sentencia del TSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de junio de 2001 (recurso 133/2000) y la Sentencia del TSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 de septiembre de 2002 (recurso 7292/1998).

El siguiente paso es que, admitiendo que la obligación de registro prevista en el artículo 35.5 del ET es una obligación autónoma, independientemente de que se hagan horas extraordinarias o no, dicha obligación tiene suficiente trascendencia o especialidad para que su incumplimiento ocasione una infracción tipificada como grave. La Sentencia del TSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de abril de 2001 (recurso 1454/1998) declara que no se «trataría de una mera infracción de obligaciones formales» pues la ley tipifica «como infracción grave diversos incumplimientos de obligaciones formales, por el especial peligro que implican para la garantía de los derechos de los trabajadores. Por tanto, aun admitiendo que pudiera existir un concurso de leyes...habría que resolverse aplicando la norma principal o especial», que en este caso «es tipificar como infracción grave la transgresión de lo dispuesto en los artículos 34 a 38 del Estatuto». La Sentencia del TSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de septiembre de 2002 (recurso

968/1998) expone que el control de las horas extraordinarias previsto en el artículo 35.5 del ET «solo es posible mediante el registro de la jornada, se realicen o no horas extraordinarias...siendo evidente que la falta de registro impide todo control», y en atención a tal argumento recoge en su fundamento quinto que «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 formales, sino una trasgresión de normas en materia de jornada 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 actual artículo 7.5 de la LISOS. En el mismo sentido expuesto se manifiesta la Dirección General de Trabajo en informe de 26 de febrero de 2010. De un lado sigue el criterio de la aplicación preferente de la norma especial cuando mantiene que el incumplimiento del artículo 35.5 del ET «está encuadrado explícitamente en el tipo previsto en el artículo 7.5 LISOS, que —además— comprende, con carácter general, los incumplimientos a lo previsto en los artículos 34 a 38 del ET», donde queda incluida la obligación de registro de la jornada. De otro lado resalta la importancia del registro al entender que el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 35.5 ET «no puede constituir un incumplimiento de una obligación meramente formal (art. 6.6 LISOS, infracción de carácter leve)» reiterando los argumentos más arriba expuestos contenidos en la Sentencia del TSJ de Andalucía de 19 de septiembre de 2002.

Pese a la evolución expuesta es posible encontrarse en la actualidad sentencias firmes de Juzgados de lo Social que combinan ambos criterios, el inicial de que no existe la obligación de registro cuando no se realicen horas extraordinarias con el de la gravedad de la infracción cometida, considerando que la infracción es leve cuando no se realicen horas extraordinarias. A nuestro juicio tal conclusión es errónea porque no tiene en cuenta que el contenido de la obligación de registro es en relación con la jornada ni que el límite de horas extraordinarias es anual, así como tampoco el resto de argumentos que constan en las sentencias estudiadas a lo largo del artículo, que no se reproducen de nuevo para evitar caer en reiteración. Ejemplos de lo expuesto son las Sentencias del Juzgado de lo Social nº 3 de Cádiz de 1 y 29 de octubre de 2015 (procedimientos 239/15 y 36/15) según las cuales «a falta de pruebas que constaten inexactitud en el cómputo y retribución del tiempo de prestación de servicios, la conducta queda como un mero incumplimiento en la documentación, tipo este que es el previsto como infracción leve en el artículo 6 de la LISOS», o las Sentencias del Juzgado de lo Social nº 1 de Granada de 15 de marzo y 6 de abril de 2016 (esta última en autos 225/15) según las cuales «una vez que no consta que efectivamente se realizasen horas extras, no existe obligación para el empresario de llevar registro horario. Es más, en el caso de que se considerase que existe infracción, la misma debería encuadrarse en el artículo 6.6 LISOS como infracción leve...ya que la falta de registro

por sí misma solamente conllevaría una infracción formal, no material, pues no consta que realmente haya habido irregularidades en relación con la jornada».

Por otro lado el artículo 7.7 de la LISOS tipifica como infracción grave «la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos». El punto conflictivo radica en determinar si existe infracción ante la ausencia de registro del artículo 35.5 del ET y, por tanto, es posible proponer dos sanciones por la comisión de dos infracciones, una tipificada en el artículo 7.5 de la LISOS y otra tipificada en el citado artículo 7.7 de la LISOS, pues el derecho de información de los representantes de los trabajadores se cumplimenta, como se analizó más arriba, a través de la entrega de la copia de los resúmenes que se obtienen del registro (disposición adicional 3ª del Real Decreto 1561/1995).

La Dirección General de Trabajo en informe de 26 de febrero de 2010 entiende que «si no se ha realizado en registro de la jornada de cada trabajador a efectos del cómputo de las horas extraordinarias, incumpliendo así el artículo 35.5 ET, difícilmente se podrá informar a los representantes de los trabajadores de las horas extra realizadas...Estamos ante una situación en la que del incumplimiento de una obligación (registro de jornada) se deriva el incumplimiento de otra (informar a los representantes de los trabajadores)» lo que «implicaría una duplicidad de sanciones por el mismo hecho». La solución, según el citado informe, consiste en aplicar lo dispuesto en el artículo 4.4 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, conforme al cual en defecto de regulación específica cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida.

No obstante lo expuesto, se ha dictado alguna sentencia en la que admite la doble imposición de sanción por la comisión de las dos infracciones, la tipificada en el artículo 7.5 y la tipificada en el artículo 7.7, ambos de la LISOS. En este sentido la Sentencia del TSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de noviembre de 2006 (recurso 220/1999).

5.3. El principio *non bis in idem*

El tiempo de trabajo, en los términos de su regulación en los artículos 34 a 38 del ET, ha de considerarse como una condición de trabajo que concierne a cada trabajador de forma individual, de tal manera que los incumplimientos empresariales en la materia se cometen desde el

momento que quede afectado por ellos un trabajador. Si a esto se le suma que a lo largo del tiempo, incluso acotado a un año, se pueden superar varias veces los límites legales, por ejemplo de horas extraordinarias, referidos a un mismo trabajador a diferentes trabajadores e incluso al mismo o diferentes centros de trabajo, nos encontramos con una variada gama de supuestos de hecho que pueden constituir una infracción administrativa, la del reiterado artículo 7.5 de la LISOS. La cuestión reside en saber cómo se aplica el principio *non bis in idem* recogido en el artículo 3.1 de la LISOS y, más en concreto, en el artículo 7.4 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, según el cual no cabe una nueva sanción cuando concorra identidad de sujeto, de hechos y de fundamento.

Para resolver esta situación conflictiva nos apoyamos en el informe de la Dirección General de Empleo de 24 de julio de 2014 que, centrado en la superación del límite de horas extraordinarias, mantiene los siguientes criterios:

- a) Aunque el incumplimiento respecto de un solo trabajador «por sí solo daría lugar a que la empresa incurriera en el tipo sancionador previsto», esto no implica que exista una infracción por cada trabajador afectado, pues no está previsto así por la LISOS que, en cambio, sí lo hace para otros casos (por ejemplo alta en Seguridad Social, en fraude de prestaciones, etc.). «Por ello respecto de la transgresión de los límites del tiempo de trabajo no se entenderá cometida una infracción por cada trabajador afectado, sino que, en relación con el artículo 7.5 citado, el número de trabajadores habrá de tenerse en cuenta tan solo para la graduación de la sanción».
- b) En cuanto a la identidad del sujeto, que impediría varias sanciones a una empresa, se mantiene el criterio de considerar que para que exista dicha identidad, la transgresión «tendrá que haber sido cometida por el mismo empresario y referida al mismo centro de trabajo, pues cada centro de trabajo es una unidad productiva con organización específica (art. 1.5 ET) y si la transgresión se da en un centro distinto afectará a otra unidad productiva con organización específica, concurriendo por tanto un elemento de diferencia, no de identidad».
- c) Por lo que respecta al momento en que se comete la infracción y teniendo en consideración que el límite en materia de horas extraordinarias se establece en atención al año natural (artículo 35.2 ET), este se convierte en periodo de referencia «no solo en relación con cada uno de los trabajadores (a efectos de determinar si se han superado o no las ochenta horas extraordinarias) sino también, y conjuntamente, en relación con el sujeto potencialmente infractor (considerando... cada centro de trabajo)».

5.4. Las consecuencias de la actuación inspectora

La Dirección General de la ITSS parte de que «la vigilancia y control de las reglas y límites sobre jornada máxima y horas extraordinarias es tarea esencial de la Inspección y seguramente una de las razones principales de su creación», afirmando que «esta labor, hoy en día, sigue revistiendo importancia capital». Las razones que esgrime, entre otras, se indican a continuación. De un lado las abundantes normas sobre flexibilidad horaria, con su correspondiente repercusión en la negociación colectiva, nacidas para dar respuesta a la adaptabilidad de las empresas a las necesidades de producción y del mercado, cuya invocación no puede perjudicar los derechos de los trabajadores ni el necesario equilibrio entre la prestación laboral y la empresarial en el contrato de trabajo. De otro lado las exigencias relacionadas con la conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo retribuido: el tiempo de trabajo de exceso puede producir consecuencias negativas en la vida de las personas, tanto en su faceta individual como en la colectiva, familiar o social. Finalmente la creación de empleo y la disminución del desempleo se ven menoscabados por la realización irregular de horas extraordinarias. Este planteamiento, por coherencia con la situación actual, ha dado lugar a la Instrucción 3/2016 sobre la intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias, cuyo preámbulo recoge los citados argumentos y conclusiones.

La actuación inspectora en materia de registro de jornada y horas extraordinarias, con independencia de cuál sea el origen de la misma entre los distintos supuestos previstos en el artículo 20.3 de la Ley 23/2015, puede finalizar comprobando alguno de los siguientes hechos, entre otros:

- a) Superación del límite máximo anual de horas extraordinarias, habiendo cumplido la empresa su obligación de registro de jornada diaria. Existe infracción grave tipificada en el artículo 7.5 de la LISOS.
- b) Ausencia del registro de jornada diaria o llevanza inadecuada del mismo o no entrega de la documentación correspondiente. Existe infracción grave tipificada en el artículo 7.5 de la LISOS.
- c) Ausencia del registro de jornada diaria pero con prolongaciones de jornada o realización de horas extraordinarias. Aparte de la infracción del apartado b), puede existir una infracción grave tipificada en el artículo 7.5 de la LISOS por superación de la jornada máxima de trabajo.
- d) Ausencia del registro de jornada diaria, con realización de horas extraordinarias no retribuidas ni compensadas con tiempo de descanso retribuido. Además de las infracciones de los apartados b) y c), existe una infracción muy grave tipificada en el artículo 8.1 de la LISOS por impago de salarios.
- e) Ausencia del registro de la jornada diaria, con realización de horas extraordinarias retribuidas de manera irregular, sin hacerlo constar

en el recibo de pago de salarios, existirá, además de lo expuesto, infracción grave tipificada por el artículo 7.3 de la LISOS por no consignar en el recibo de salarios las cantidades realmente abonadas al trabajador.

- f) Deficiente cotización a la Seguridad Social, procediendo la liquidación de cuotas respecto de las cantidades abonadas por horas extraordinarias no cotizadas y respecto de las cantidades no abonadas por horas extraordinarias realizadas.
- g) Deficiente cotización a la Seguridad Social en caso de que la remuneración correspondiente a horas extraordinarias se produce bajo conceptos salariales diferentes. Además de la correspondiente comunicación a la Tesorería General de la Seguridad Social, procede la liquidación de cuotas por falta de cotización adicional de las horas extraordinarias derivadas de la superación del tope de cotización en contingencias comunes, en función de las circunstancias concretas del supuesto. También en algunos casos se podría cometer la infracción muy grave tipificada en el artículo 23.1.e) de la LISOS por incrementar indebidamente la base de cotización del trabajador de forma que provoque un aumento en las prestaciones que procedan.
- h) Ausencia de información a los representantes de los trabajadores de las horas extraordinaria realizadas. Existe infracción grave tipificada en el artículo 7.7 de la LISOS.

Esta obra recoge las ponencias e intervenciones de la XXIX Jornada anual de estudio de la negociación colectiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, que se celebró en el Ministerio de Empleo y Seguridad Social el 10 de noviembre de 2016. La primera parte de la Jornada se dedicó a la valoración de la aplicación efectiva del III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015-2017 y la segunda al análisis del tiempo de trabajo, su regulación, tratamiento en la negociación colectiva y control.

ISBN 84-8417-526-1



9 788484 175261