

# EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Comisión Consultiva Nacional  
de Convenios Colectivos

José María Goerlich Peset  
(Coordinador)



**INFORMES  
Y ESTUDIOS**  
RELACIONES  
LABORALES



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE TRABAJO  
E INMIGRACIÓN

NIPO ELECTRÓNICO:  
790-08-147-3



MINISTERIO DE TRABAJO  
E INMIGRACIÓN

**Subdirección General de Información  
Administrativa y Publicaciones**

RET. 08-2251

El tiempo de trabajo  
en la negociación colectiva

COLECCIÓN INFORMES Y ESTUDIOS  
Serie Relaciones Laborales      Núm. 86

# El tiempo de trabajo en la negociación colectiva

## **Coordinador**

José María Goerlich Peset  
*Catedrático*

## **Autores**

José María Goerlich Peset  
Remedios Roqueta Buj  
*Catedráticos*

Fernando Fita Ortega  
María Amparo García Rubio  
Juan Antonio Altés Tárrega  
Luis Enrique Nores Torres  
*Profesores titulares*

*Departamento de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social  
Universidad de Valencia*

Catálogo general de publicaciones oficiales  
<http://www.060.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 Trabajo e Inmigración**  
**Subdirección General de Información**  
**Administrativa y Publicaciones**

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: [sgpublic@mtin.es](mailto:sgpublic@mtin.es)

Internet: [www.mtin.es](http://www.mtin.es)

NIPO: 790-08-066-3 y NIPO electrónico: 790-08-147-3

ISBN: 978-84-8417-309-0

Depósito legal: BI-2280-08

Imprime: GRAFO, S.A.

## ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
PRESENTACIÓN .....	15
<b>Introducción: TIEMPO DE TRABAJO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA ..</b>	<b>17</b>
1. La ordenación del tiempo de trabajo: aspectos generales .....	17
1.1. Los intereses en juego y su evolución .....	17
1.2. Ley y negociación colectiva en la regulación del tiempo de trabajo: metodología del informe .....	21
1.3. Tiempo de trabajo y estructura de la negociación colectiva: las indicaciones legales .....	23
2. La estructura de la negociación colectiva sobre tiempo de trabajo .....	26
2.1. La estructuración de la negociación sobre tiempo de trabajo en los acuerdos interprofesionales .....	26
2.2. La estructuración de la negociación por convenios y acuerdos sectoriales de ámbito estatal .....	28
A) El silencio sobre la negociación acerca del tiempo de trabajo	29
B) La distribución de competencias negociales en materia de tiempo de trabajo .....	30
C) Tipología de las normas de distribución de competencias: los problemas de legalidad .....	33
2.3. Estructuración de la contratación colectiva y niveles inferiores de negociación .....	34
A) La situación en los convenios autonómicos y provinciales ....	34
B) La situación en los convenios de empresa .....	35
2.4. Negociación territorial y determinación de las condiciones vinculadas al tiempo de trabajo en las empresas: el papel de los acuerdos de empresa y la autonomía individual .....	35



A) Acuerdos de empresa y tiempo de trabajo.....	36
B) La remisión a la autonomía individual .....	39
<b>Capítulo I: LA JORNADA DE TRABAJO Y SU DETERMINACIÓN .....</b>	<b>47</b>
1. La duración de la jornada .....	48
1.1. La duración de la jornada en los diferentes módulos temporales.....	48
A) La duración de la jornada diaria .....	49
B) La duración de la jornada semanal .....	53
C) La duración de la jornada en módulos superiores al semanal e inferiores al anual .....	54
D) La duración de la jornada anual .....	55
1.2. La reducción de la duración de la jornada .....	61
A) Reducción de la jornada sin reducción salarial .....	61
B) Reducción de la jornada y del salario .....	63
2. La distribución de la jornada ordinaria .....	64
2.1. Distribución regular e irregular .....	64
2.2. Distribución rígida y flexible .....	70
3. El cómputo de la jornada.....	76
3.1. El criterio temporal como elemento de cómputo de la jornada ....	80
3.2. El criterio material como elemento de cómputo de la jornada.....	82
A) Tiempo de presencia o a disposición por circunstancias ajenas a la actividad laboral .....	82
B) Tiempo de presencia o a disposición por circunstancias propias de la actividad laboral .....	83
a) El tiempo de presencia .....	84
4. Determinación de la jornada de trabajo en modalidades contractuales y contratos temporales .....	87
4.1. El contrato para la formación: el <i>quantum</i> de la formación teórica .....	87
4.2. Determinación de la jornada en el trabajo a tiempo parcial.....	88
<b>Capítulo II: LOS DESCANSOS «INTRA-JORNADA» E «INTER-JORNADAS» .....</b>	<b>103</b>
1. El descanso «intra-jornada» .....	103
1.1. El descanso en jornadas continuadas previsto en el art. 34.4 ET..	104
A) Cuantificación .....	104
B) Consideración .....	106
C) Otros aspectos.....	106
1.2. El descanso en la jornada partida .....	109
1.3. Otros descansos, pausas o interrupciones «intra-jornada» .....	110
2. El descanso «inter-jornadas» .....	111
2.1. El papel asignado a la negociación colectiva en su regulación ....	111
2.2. El papel desarrollado por la negociación colectiva en su regulación .....	113
2.3. Un problema específico: la relación entre el descanso diario y el semanal .....	113

<b>Capítulo III: EL DESCANSO SEMANAL</b> .....	125
1. La duración del descanso semanal .....	125
1.1. Los mínimos «cuantitativos» .....	125
1.2. Los mínimos cualitativos .....	126
2. La concreción del momento de disfrute .....	127
2.1. Las cláusulas que concretan el momento de disfrute .....	128
2.2. Las cláusulas que limitan la discrecionalidad en la concreción .....	128
2.3. Las cláusulas que compensan el trabajo en sábado, domingo y/o festivo .....	128
3. La posible acumulación del descanso .....	129
3.1. Las vías para imponer la acumulación .....	130
3.2. Los límites a la articulación del descanso acumulado .....	130
 <b>Capítulo IV: EL HORARIO: FIJACIÓN Y MODIFICACIÓN.             EL CALENDARIO</b> .....	 143
1. El horario: concepto y fijación .....	143
1.1. Horario rígido-horario flexible .....	145
1.2. Jornada partida-jornada continua .....	148
1.3. Jornada intensiva.....	150
2. Modificación del horario .....	151
2.1. Modificación automática por cambio normativo .....	151
2.2. Modificación a instancias del empresario .....	151
A) Modificaciones no sustanciales .....	152
B) Modificaciones sustanciales .....	153
C) Intervención del convenio colectivo respecto del procedimiento de modificación a seguir .....	153
2.3. Modificación a instancias del trabajador .....	158
3. El calendario laboral .....	159
3.1. Concepto y régimen jurídico .....	159
3.2. La elaboración del calendario laboral .....	159
3.3. La modificación del calendario laboral.....	161
3.4. El contenido del calendario laboral .....	162
3.5. La publicación del calendario .....	164
4. Determinación del horario en modalidades contractuales y contratos temporales.....	165
4.1. Distribución de prestación laboral y formación teórica en el contrato para la formación .....	165
4.2. La distribución del horario en el trabajo a tiempo parcial .....	166
 <b>Capítulo V: HORARIOS ESPECIALES</b> .....	 191
1. Trabajo a turnos .....	191
1.1. La implantación del trabajo a turnos .....	191
1.2. La adscripción de los trabajadores a los distintos turnos .....	193
1.3. Garantía de la cobertura del puesto de trabajo en el régimen de trabajo a turnos.....	196

1.4. Tutela específica de los trabajadores en régimen de trabajo a turnos .....	197
2. Trabajo nocturno y trabajadores nocturnos .....	198
2.1. Trabajo nocturno .....	198
2.2. Trabajadores nocturnos .....	201
<b>Capítulo VI: AMPLIACIÓN DE JORNADA: HORAS EXTRAORDINARIAS Y HORAS COMPLEMENTARIAS ..</b>	<b>213</b>
1. El papel de la autonomía colectiva en la regulación de las horas extraordinarias: su alcance y contenido como objeto de estudio .....	213
2. Concepto de horas extraordinarias .....	215
2.1. Jornada ordinaria <i>versus</i> jornada extraordinaria: fuente de determinación .....	216
2.2. La duración y distribución de la jornada ordinaria como criterios determinantes de las horas extraordinarias .....	219
A) Determinación de las horas extraordinarias en atención a los límites y posibilidades de distribución de la jornada anual ....	219
B) Determinación de las horas extraordinarias en atención a los límites y posibilidades de distribución de la jornada diaria ....	222
C) Determinación de las horas extraordinarias en atención al trabajo realizado en días de descanso .....	223
3. Tipología de las horas extraordinarias .....	224
3.1. Las horas extraordinarias por fuerza mayor .....	225
3.2. Las horas extraordinarias comunes: su división en habituales y estructurales .....	227
3.3. Ajustes y desajustes de la negociación colectiva respecto a la clasificación de las horas extraordinarias .....	230
4. Régimen de voluntariedad u obligatoriedad de las horas extraordinarias .....	233
5. Límites subjetivos en la realización de horas extraordinarias .....	236
5.1. Los trabajadores menores .....	237
5.2. Los trabajadores a tiempo parcial .....	237
5.3. Los trabajadores nocturnos .....	238
5.4. Otras restricciones subjetivas de origen reglamentario .....	240
5.5. Otras restricciones subjetivas de origen convencional .....	242
6. Límites objetivos a las horas extraordinarias y compromisos de fomento del empleo .....	242
7. Límites cuantitativos en la realización de horas extraordinarias .....	245
7.1. Máximos a la jornada extraordinaria .....	245
A) Previsiones generales .....	245
a) Topes normativos directos e indirectos .....	245
b) Naturaleza jurídica de los topes legales y facultades de actuación de la negociación colectiva .....	247
B) Previsiones específicas para determinados vínculos contractuales .....	248
C) La habilitación gubernativa de reducción .....	249
7.2. Criterios de cómputo del número de horas extraordinarias realizadas .....	250

A) La exclusión de las horas extraordinarias por fuerza mayor ..	250
B) La exclusión de las horas extraordinarias compensadas en plazo con descanso .....	251
C) Prolongaciones de jornada excluidas del régimen de las horas extraordinarias .....	254
a) Actividades de puesta en marcha y cierre del trabajo: tratamiento convencional y reglas de cómputo sobre otras ampliaciones de jornada .....	254
b) El «tiempo de presencia»: los distintos supuestos de disponibilidad del trabajador .....	257
8. La retribución de las horas extraordinarias .....	259
8.1. Fórmulas retributivas .....	261
8.2. Alcance de la retribución económica .....	263
8.3. Alcance del descanso y de la compensación mixta .....	265
9. El control sobre las horas extraordinarias .....	269
9.1. Control del trabajador individual .....	269
9.2. Control de los representantes de los trabajadores .....	271
9.3. Control administrativo .....	275
10. Las horas complementarias en el trabajo a tiempo parcial .....	275
10.1. La ampliación de la jornada a tiempo parcial: horas complementarias; criterios convencionales.....	276
10.2. Las garantías de la exigencia de horas complementarias.....	277
<b>Capítulo VII: LAS VACACIONES .....</b>	<b>323</b>
1. La duración de las vacaciones .....	324
1.1. El carácter mínimo de la duración.....	324
A) Las mejoras directas .....	324
B) Las mejoras indirectas .....	325
1.2. El devengo anual de las vacaciones.....	325
A) El significado de la anualidad: la fijación del período de devengo y los intentos por solucionar los problemas derivados .....	326
B) Los períodos computables.....	328
2. La fijación del período de disfrute .....	328
2.1. El sistema de fijación y la solución de discrepancias .....	328
A) El sistema de fijación .....	329
B) La solución de discrepancias.....	329
2.2. Los límites .....	330
A) La fragmentación .....	331
B) La época de disfrute .....	332
C) La caducidad del derecho .....	332
D) Los turnos de disfrute y las preferencias de elección .....	334
3. El carácter retribuido de las vacaciones .....	334
3.1. El alcance de la retribución .....	334
3.2. El momento del pago .....	336
3.3. Las compensaciones económicas: compensaciones prohibidas y admitidas .....	336
3.4. Las bolsas de vacaciones.....	337

4. La incidencia de la incapacidad temporal y la maternidad .....	337
4.1. La incidencia de estas situaciones en relación con el devengo ....	337
4.2. La incidencia de estas situaciones en relación con el disfrute .....	338
A) La incidencia de la incapacidad temporal .....	338
B) La incidencia de la maternidad .....	339
<b>Capítulo VIII: PERMISOS Y LICENCIAS .....</b>	<b>369</b>
1. Permiso de matrimonio .....	371
1.1. La duración del permiso de matrimonio .....	372
1.2. Reglas de disfrute .....	372
1.3. Extensión del permiso a otras situaciones de convivencia distintas al matrimonio: las parejas de hecho. ....	372
A) Inclusiones.....	373
B) Limitaciones al disfrute .....	374
2. Traslado del domicilio habitual.....	375
3. Cumplimiento de un deber inexcusable .....	375
3.1. Identificación de los supuestos incluidos en el permiso.....	376
3.2. Concreción legal de la duración y retribución del permiso.....	378
3.3. Concreción convencional del permiso .....	378
4. Realización de funciones sindicales .....	379
5. Permisos por estudios .....	379
5.1. Permisos para concurrir a exámenes .....	380
5.2. Adaptaciones de jornada por estudios.....	382
6. Otros permisos legales y su reflejo en la normativa convencional. ....	382
6.1. Permisos retribuidos relacionados con la movilidad del trabajador. ....	382
6.2. El permiso para la búsqueda de un empleo como consecuencia de un despido objetivo. ....	383
7. Otros permisos establecidos en la normativa convencional. ....	383
7.1. Permisos para ceremonias y eventos. ....	383
A) Matrimonio de familiares .....	383
B) Otras ceremonias y eventos.....	384
7.2. Permiso por asuntos propios o de libre disposición. ....	384
A) La duración del permiso .....	384
B) Reglas de disfrute .....	385
7.3. Licencias para la obtención y renovación de permisos y licencias y otras gestiones. ....	385
<b>Capítulo IX: TIEMPO DE TRABAJO Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL .....</b>	<b>405</b>
1. Permisos por enfermedad y fallecimiento de familiares .....	406
1.1. Familiares incluidos .....	406
A) El alcance de la afinidad .....	407
B) La protección del cónyuge del trabajador .....	407
C) La extensión del permiso a las uniones de hecho. ....	408
a) Los familiares de las parejas de hecho como sujetos protegidos. ....	408

b) Otras circunstancias relativas a la extensión de los permisos a las parejas de hecho. ....	409
1.2. Concreción de los supuestos. ....	410
A) Enfermedad grave y hospitalización. ....	410
B) Hospitalización e intervención quirúrgica sin hospitalización	412
1.3. Los permisos familiares en la negociación colectiva. ....	412
A) Normativa convencional sobre la duración inicial del permiso	412
a) Mejoras globales del contenido del Estatuto de los Trabajadores. ....	413
b) Mejoras parciales ....	413
c) Mejoras y ausencias.....	413
d) Mejoras y empeoramientos. ....	414
B) Normativa convencional sobre la duración ampliada del permiso en caso de desplazamiento. ....	414
a) Cláusulas convencionales que omiten el derecho a la ampliación del permiso por desplazamiento. ....	415
b) Cláusulas convencionales que empeoran el régimen previsto legalmente.....	415
c) Reglas convencionales para la articulación del derecho a la ampliación del permiso por desplazamiento. ....	416
C) Otras situaciones protegidas.....	417
a) Inclusión de otros sujetos. ....	417
b) Inclusión de otras situaciones. ....	418
D) Las consultas médicas.....	418
a) Consultas del trabajador. ....	418
b) Consultas médicas referidas a otros familiares. ....	420
1.4. Articulación del disfrute. ....	420
A) Comienzo ....	420
B) Ampliaciones en la duración del permiso. ....	421
C) Fraccionamiento del disfrute. ....	421
D) Concurrencia de hechos causantes.....	422
2. El permiso para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto. ....	422
3. El permiso por nacimiento de hijo.....	423
3.1. La extensión subjetiva del permiso: sujetos causantes y sujetos titulares ....	423
3.2. La regulación del permiso en la negociación colectiva ....	424
A) Las actuaciones convencionales de mejora. ....	424
B) Reglas de articulación y distribución de los permisos.....	425
4. La hospitalización del recién nacido ....	425
5. La jornada de trabajo y las interrupciones del contrato por parto o adopción y paternidad. ....	426
5.1. La suspensión parcial del contrato. ....	426
5.2. Otras cláusulas convencionales relacionadas con la maternidad. ....	428
6. Permiso por lactancia ....	428
6.1. La acumulación del permiso vía negociación colectiva. ....	429
6.2. Otras actuaciones negociales en relación con el permiso de lactancia. ....	430

7. Guarda legal y cuidado directo de familiares .....	431
7.1. Las mejoras convencionales y su absorción por el cambio normativo.....	432
7.2. Otras cláusulas convencionales en relación con la reducción de jornada por guarda legal y cuidado de familiares. ....	433
8. Reducción de jornada por violencia de género .....	434
REFLEXIONES FINALES .....	473
ANEXO: Relación de convenios colectivos utilizados.....	479
Convenios de ámbito estatal.....	479
Convenios de ámbito autonómico y provincial .....	483
Convenios de empresa .....	489

## PRESENTACIÓN

La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos acordó encargarse de la realización del estudio que ahora se presenta a D. José María Goerlich Peset, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de la Universidad de Valencia.

El presente estudio se ha realizado conforme a la propuesta hecha por la Comisión, y su lectura permite conocer el resultado de la investigación realizada por sus autores acerca del estado de la situación actual en materia de tiempo de trabajo en la Negociación Colectiva, relatando inicialmente lo acontecido en materia normativa en cuanto al tiempo de trabajo en nuestra reciente historia laboral, que tiene su máxima expresión en el Estatuto de los Trabajadores, así como la influencia que han tenido en esta materia los procesos de concertación social del período 1980-2008, para entrar a analizar posteriormente el tratamiento de esta materia en la negociación colectiva, a través de múltiples aspectos, como son los relativos a la jornada de trabajo y a su determinación, descansos «intra-jornada» e «inter-jornada», descanso semanal, horario y calendario, horarios especiales, ampliación de jornada con respecto a las horas extraordinarias y horas complementarias, vacaciones, permisos y licencias, y, finalmente, el tiempo de trabajo y la conciliación de la vida laboral.

Aspecto a destacar en este estudio es la amplia muestra de convenios colectivos analizados para la realización del mismo, que se aproxima a los 400, y la extensa tipología de los convenios estudiados (de carácter estatal, sectoriales autonómicos y provinciales y de empresa).

Finalmente, sólo cabe agradecer a los autores el trabajo desarrollado en la elaboración de este trabajo, y al Ministerio de Trabajo e Inmigración la fi-



nanciación y publicación de esta nueva iniciativa de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, en su condición de Observatorio de la Negociación Colectiva, atribuido por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, en línea con la Declaración para el Diálogo Social de 8 de julio de 2004, firmada por el Gobierno, CEOE, CEPYME, CC.OO. y UGT.

Madrid, octubre de 2008

TOMÁS SALA FRANCO  
*Presidente de la CCNCC*

# INTRODUCCIÓN

## TIEMPO DE TRABAJO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

*José M.<sup>a</sup> Goerlich Peset*

### 1. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO: ASPECTOS GENERALES

#### 1.1. Los intereses en juego y su evolución

Que el tiempo de trabajo tiene una importancia crucial en la ordenación de las relaciones laborales es algo que no admite discusión ni requiere una extensa demostración. La evidencia resulta, sobre todo, del hecho de haber sido uno de los primeros terrenos al que se ha referido la intervención normativa estatal que, con el paso del tiempo, se ha convertido en lo que hoy conocemos como Derecho del Trabajo. Sin ánimo de entrar en detalles al respecto, conviene recordar cómo las normas sobre limitación de jornada de ciertos colectivos, las llamadas capas débiles del mercado de trabajo, han sido, junto con las relativas a la prohibición de ciertas actividades para esos mismos colectivos, las primeras que el Estado ha puesto en marcha para la tutela de la clase trabajadora. Y esta idea es predicable tanto de nuestro Ordenamiento como de las experiencias de nuestro entorno y de la propia regulación internacional del trabajo<sup>1</sup>.

La necesidad de limitar la jornada de trabajo ha aparecido, desde la fase fundacional a la que nos referimos como una exigencia esencial para la tutela de la persona del trabajador. Sólo a su través es posible defenderla frente a la extenuación propia de los sistemas anteriores de explotación de la mano de obra. Del mismo modo, mediante la paralela garantía de tiempos de descanso diario, semanal o anual, se abre la posibilidad de permitirle la recuperación de la capacidad física que el trabajo consume. Este primer interés protegido por la disciplina del tiempo de trabajo, a pesar de remontarse a la etapa fundacional del ordenamiento laboral, no ha perdido vigencia. Son mues-

tras de ello, por supuesto, la imposición al legislador de la realización de una política de jornada y descanso, vinculada topográficamente a la de seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE), o el desarrollo que la regulación europea del tiempo de trabajo ha adquirido en estrecha vinculación genética con las reglas sobre seguridad y salud. La Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (que deroga y refunde las anteriores Directivas 93/104/CE y 2000/34/CE) continúa, en este sentido, haciendo referencia en su preámbulo a las normas de los Tratados constitutivos y del derecho derivado relativas a la protección de la salud y seguridad de los trabajadores.

Pero, por supuesto, la protección física de la persona del trabajador no es el único interés que se suscita a propósito de la ordenación del tiempo de trabajo. Por el contrario, la evolución del Ordenamiento laboral a lo largo de su existencia muestra la aparición de otros diferentes, referidos a veces a los trabajadores y en otras ocasiones a los empresarios. A su vez todos los intereses que se entrecruzan en el tema que nos ocupa se mueven en planos distintos: miran en algunos casos al problema del *quantum* del tiempo de trabajo y en otros se refieren a los problemas vinculados a la distribución de la jornada. Es por ello por lo que la doctrina, al analizar el sentido que la regulación del tiempo de la prestación tiene en el contrato de trabajo, se ha referido a su carácter «polivalente» o a su «función poliédrica»<sup>2</sup>.

No hace falta, por supuesto, hacer un gran esfuerzo para identificar estos intereses en juego: los sucesivos acuerdos interconfederales sobre negociación colectiva, como hemos de ver de inmediato, nos permiten identificarlos con facilidad.

**a)** La cantidad de tiempo de trabajo que cabe exigir continúa, desde luego, siendo un problema esencial, tanto para las empresas acreedoras como para los trabajadores deudores e, incluso, si se nos apura, para el conjunto del sistema social. Desde el punto de vista empresarial, la cuestión de la jornada máxima tiene evidentes repercusiones en relación con los costes del factor trabajo. De hecho, si en la negociación interconfederal de los años 80 su determinación ha sido cuestión esencial junto con la de los topes de crecimiento salarial, en la más reciente, aunque ya no aparece como objeto directo de negociación, resulta ser otro de los factores a considerar en relación con los criterios en materia salarial<sup>3</sup>. Por otro lado, que la misma sea relativamente uniforme dentro del mercado aparece como factor de primer orden en la ordenación de la competencia interempresarial.

Por lo que se refiere a los trabajadores, las políticas de limitación de jornada tienen valor en sí mismas y también, en una dimensión que trasciende los intereses individuales, por lo que se refiere a sus posibles efectos en relación con el reparto del empleo disponible. Por supuesto, desde el primer punto de vista, una política ambiciosa de limitación de jornada permite aumentar las finalidades que tradicionalmente le han correspondido: sí, como hemos visto, ésta se ha asociado en la primera fase de la evolución jurídico-laboral a la tutela de la capacidad física del trabajador, a medida que ha avanzado la reducción de jornada se ha vinculado más bien al desarrollo in-

tegral de su persona, mediante la garantía de períodos de descanso adecuados que, además de permitirle la recuperación de aquella, garanticen a los trabajadores tiempo libre suficiente para atender su vida privada y familiar.

Desde un punto de vista más general, y dentro de las coordenadas de la crisis del empleo que se ha abierto a mediados de los 70 y que cíclicamente reaparece en el marco de las economías occidentales, la limitación de la jornada aparece como posible instrumento de la política de empleo. Una sencilla operación aritmética permite sostener que una reducción generalizada del tope máximo del tiempo de trabajo ha de conducir a una creación de puestos de trabajo en cantidad proporcional a la de horas de trabajo expulsadas del sistema. No es por ello de extrañar que con independencia de la realidad de tal aproximación aritmética, la temática sea un lugar común en la negociación interconfederal de los últimos treinta años<sup>4</sup>.

**b)** Junto a estos intereses de orden cuantitativo, existen otros de naturaleza cualitativa que no se relacionan tanto con la determinación de la jornada máxima sino con su distribución en el tiempo. De nuevo encontramos en este terreno intereses contrapuestos, es decir que pueden ser referidos tanto a los trabajadores como a los empresarios. Del lado de los primeros, se hace cada vez más evidente que la tutela de los intereses relacionados con la conciliación de la vida laboral y la privada o familiar no depende sólo de la limitación de la jornada máxima sino que se relaciona también con la distribución del tiempo de trabajo. La posibilidad de una dedicación temporal flexible, adaptable a las necesidades sociales que se generan en el tiempo libre, aparece de este modo como elemento esencial de las políticas del tiempo de trabajo.

Por lo que se refiere a los empresarios, las transformaciones del sistema económico y productivo hacen pasar las exigencias de flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo a un primer plano. Cabe apuntar en esta línea que en las primeras fases del desarrollo del sistema jurídico-laboral la prevalencia del sector industrial más tradicional, permitía una organización del trabajo sumamente uniforme en el que el problema fundamental era cuantitativo. Por el contrario, a medida que tal sector ha ido perdiendo relevancia y el sistema productivo se ha ido «terciarizando», las necesidades vinculadas a la utilización flexible del tiempo de trabajo han ido creciendo. Es más, en la medida en que las exigencias de la demanda han impuesto una producción industrial a la carta y la incorporación de nuevas tecnologías ha permitido un ajuste fino entre producción y demanda, estas mismas necesidades se han extendido al sector industrial.

**c)** La evolución de la realidad jurídica parece mostrar, en fin, una tendencia en la que los aspectos cuantitativos de la jornada parecen tener una importancia relativa puesto que aparecen estancados y en la que los relacionados con la distribución del tiempo de trabajo adquieren paulatinamente importancia. El análisis de la evolución de las normas legales que en los últimos treinta años se han referido a estas cuestiones así como el contenido de las diferentes experiencias de negociación interconfederal que se han desarrollado en paralelo permiten llegar a esta conclusión.

De entrada, las cuestiones vinculadas a la jornada máxima legal han presentado un elevado nivel de estabilidad. Es cierto que la versión original del Estatuto de los Trabajadores de 1980 (Ley 8/1980, de 10 de marzo) fue objeto de una relativamente rápida revisión para rebajar la inicialmente establecida: si en 1980 la jornada máxima legal había quedado fijada en «cuarenta y tres horas semanales de trabajo efectivo en jornada partida y de cuarenta y dos horas semanales de trabajo efectivo en jornada continuada» (art. 34.2 ET-1980), fue rebajada por la Ley 4/1983, de 29 de junio, a las 40 horas semanales. Pero, desde entonces, la norma ha permanecido inalterada, sobreviviendo incluso a la gran reforma laboral de 1994, sin que se detecte en nuestro sistema tampoco la existencia de un debate al estilo del que se ha desarrollado en otros países de nuestro entorno respecto a la posibilidad de proceder a ulteriores reducciones por vía legal. De hecho, concertación y negociación interconfederal no han hecho referencia directa a este problema desde 1983 cuando el Acuerdo Interconfederal estableció los criterios para calcular la nueva jornada máxima legal en términos anuales.

Por supuesto, esto no quiere decir que no existan inquietudes sobre el particular. La regulación legal de la jornada no es sino el suelo a partir del cual la negociación colectiva puede operar, introduciendo jornadas más favorables para los trabajadores (cfr. art. 34.1 ET). De hecho, como se verá en su momento, lo normal es que la misma se mueva en esta línea. Y, por supuesto, las tendencias en este terreno son sumamente relevantes: como ya se ha indicado, los acuerdos interconfederales obligan a tomar en consideración la jornada efectiva para calcular los costes de personal a efectos de aplicar los criterios indicativos que en ellos se pergeñan. En otro orden de consideraciones, y como también se ha indicado, la preocupación por el empleo ha hecho que existan políticas activas, tanto estatales como pactadas, dirigidas a evitar desviaciones cuantitativas que dificulten la creación de puestos de trabajo: el tratamiento de las horas extraordinarias, tanto en la legislación como en los acuerdos interconfederales, es una buena muestra de ello.

En este contexto, lo que se quiere resaltar no es tanto que la reducción de la jornada no sea una cuestión que preocupa sino que, desde 1983, se han incorporado con fuerza a las normas legales y a la negociación interconfederal las cuestiones vinculadas a la distribución del tiempo de trabajo. Y ello tanto desde el punto de vista de la flexibilidad demandada por las empresas como desde la perspectiva vinculada a las expectativas de los trabajadores. Aunque esta última aparece de forma más tardía y fragmentaria, no puede negarse que lo hace como una tendencia contundente de la normativa estatal, al menos a juzgar por el número de intervenciones legislativas relacionadas con el aumento de las facultades de trabajadores y trabajadoras en el terreno de la conciliación de la vida laboral y familiar<sup>5</sup>.

Por lo que se refiere a la primera brilla con luz propia la gran reforma estatutaria de 1994, introducida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, cuyas soluciones se encuentran en gran medida incorporadas al vigente texto refundido del ET-1995. Esta última circunstancia permite obviar ahora toda referencia a su contenido, sin perjuicio, por supuesto de las de carácter general que se harán en el epígrafe siguiente y las más concretas que se desarrollarán

a lo largo del trabajo que sigue. Lo único que interesa señalar ahora es que el *leit motiv* de esta norma fue muy claro. Como explicitaba su Exposición de Motivos, lo que la Ley 11/1994 buscaba era «una adecuación flexible de la gestión de los recursos humanos en la empresa, tanto a la situación económica de la misma como a los cambios del mercado en el que opera». Esta idea general, llevada al terreno de la ordenación del tiempo de trabajo propiciaba sustanciales cambios: se produjo en efecto una reordenación «de la regulación de la jornada de trabajo estableciendo los límites y garantías (en materia de jornada, descansos, trabajo nocturno o a turnos, etc.) que, por razones de salud y seguridad o por objetivos de política de empleo, resultan indisponibles, y fijando, en lo demás, un marco de reglas de juego en el que la negociación de las partes pueda libremente desarrollarse con objeto de hacer compatibles las necesidades organizativas de la empresa y los intereses y aspiraciones de los individuos».

Y esta misma evolución cabe en fin encontrarla en la negociación interconfederal. Si los acuerdos interconfederales de los años 80 han hecho particular hincapié en los aspectos cuantitativos de la jornada (determinación, reparto de empleo mediante la proscripción de horas extraordinarias), los que se han sucedido desde 1997 y, sobre todo, desde 2001 mantienen una atención muy limitada a tal tipo de cuestiones y se centran fundamentalmente en las cuestiones relacionadas con la distribución flexible del tiempo de trabajo. Y ello tanto por lo que se refiere a la flexibilidad demandada por las empresas como respecto de la que constituye aspiración de los trabajadores. Desde 2001, en efecto, ambos temas están muy presentes puesto que se hace referencia a la necesidad de que los convenios colectivos aborden «la gestión del tiempo de trabajo; la duración y redistribución de la jornada, incluso su cómputo anual y su distribución flexible; la limitación de las horas extraordinarias que no sean estrictamente necesarias; la utilización de sistemas flexibles de jornada, acompañada de los correspondientes procesos de negociación y de las condiciones para su realización, con el objetivo compartido de conciliar las necesidades de las empresas con las de los trabajadores y trabajadoras»<sup>6</sup>.

## **1.2. Ley y negociación colectiva en la regulación del tiempo de trabajo; metodología del informe**

La irrupción de las cuestiones vinculadas a adaptabilidad y flexibilidad como preocupación prioritaria dentro de la ordenación del tiempo de trabajo ha producido, desde luego, una alteración de las relaciones que tradicionalmente se han establecido entre las normas estatales y las pactadas en la ordenación de las relaciones laborales, en general, y de la jornada de trabajo, en particular y por lo que aquí interesa. La propia frase de la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994 que se ha transcrito al final del apartado anterior nos permite adivinarlo. Y con facilidad se demuestra procediendo a una rápida comparación de las versiones de los artículos del Estatuto referidos al tiempo de trabajo, anteriores y posteriores a 1994.

**a)** Por lo que se refiere a la ordenación del tiempo de trabajo, la regulación estatutaria de 1980 era un claro ejemplo del modelo clásico de relaciones entre las normas estatales y los convenios colectivos. Y ello, en diferentes sentidos. De entrada, las normas estatales ocupaban un amplio espacio normativo. El número de preceptos legales es igual al que ocupan a la actualidad. No obstante, debe recordarse que el nivel legal venía complementado por otro de carácter reglamentario (RD 2001/1983, de 28 de julio), cuya extensión era superior a la que tiene el actualmente en vigor (RD 1561/1995, de 21 de septiembre). De otra parte, el contenido de las normas legales uniformizaba las cuestiones rmas adoptaban. En fin, y sobre todo, como lógica consecuencia de lo uno y lo otro, la normativa estatal confinaba a la negociación colectiva a un único papel: el de mejora de las reglas establecidas por las normas legales y/o reglamentarias. El principio de norma mínima operaba de este modo en la práctica totalidad de las cuestiones relacionadas con la ordenación del tiempo de trabajo.

El panorama actualmente en vigor, resultante en lo fundamental de la reforma introducida en 1994, dista mucho del que acaba de ser descrito<sup>7</sup>. Aparte del ya indicado repliegue «cuantitativo» de las normas estatales, las mismas han cambiado su textura. Ciertamente continúan existiendo mínimos, pero, por regla general, han rebajado su intensidad: no se trata solo de que algunos se hayan reducido desde la perspectiva de la cantidad —como en el caso de los mínimo retributivos por horas extraordinarias (cfr. art. 35.1 ET) o por nocturnidad (art. 36.2 ET) tras la desaparición de los recargos mínimos existentes con anterioridad—, también han variado su sentido uniformizador al abrirse la posibilidad de que se contabilicen de una manera flexible: la transformación de la jornada de cuarenta horas semanales en un promedio en cómputo anual (art. 34.1 ET), las reglas sobre límites de las horas extraordinarias o respecto a las formas para su compensación (art. 35.2 ET) o la posibilidad de cómputo en períodos más amplios de los descansos se mueven en este terreno (art. 37.1). Por otro lado, y sobre todo, los mínimos dejan de serlo en muchos casos para la autonomía colectiva —manteniendo su condición solo para la individual—: normas tradicionalmente inderogables para los convenios o acuerdos colectivos pasan a ser disponibles para ellos. Se prevé la posibilidad de que la jornada se distribuya irregularmente, lógica consecuencia de la nueva concepción de la misma como período, o se permite que el límite tradicional a la prestación diaria de servicios sea objeto de negociación colectiva siempre que se respete el descanso diario...

**b)** A la postre, las posibilidades de convenios colectivos y acuerdos de empresa se han incrementado extraordinariamente en el intento de que la ordenación del tiempo de trabajo —y más en general la del conjunto de las condiciones de trabajo— presente un elevado margen de flexibilidad, de adaptabilidad a las necesidades de las empresas. Por ello tiene sumo interés el intento de describir sistemáticamente las tendencias existentes en la negociación colectiva respecto a aquella. Esto es lo que pretende el informe que sigue que intenta ser representativo del estado de la negociación sobre el particular que nos interesa. A estos efectos, conviene precisar cuáles son los cri-

terios que se han seguido a la hora de separar los convenios que han sido objeto de atención.

Tres son las ideas que se han utilizado en esta tarea. En primer lugar, salvo error u omisión, se ha analizado la totalidad de la negociación de ámbito sectorial estatal. En segundo lugar, se han seleccionado ámbitos de la negociación sectorial de ámbito territorial limitado –fundamentalmente, aunque no sólo, de carácter provincial– en atención a la importancia del sector de que se trate así como de la variedad de los problemas que la ordenación del tiempo de trabajo puede presentar en ellos. De cada uno de estos sectores se ha realizado, después, un muestreo limitado, aunque, a nuestro juicio, suficientemente amplio. La selección de convenios de empresa ha seguido este mismo criterio. A la postre, la muestra, que se expone con detalle en el anexo del informe, es bastante amplia, tanto en el terreno cuantitativo como en el plano cualitativo.

### **1.3. Tiempo de trabajo y estructura de la negociación colectiva: las indicaciones legales**

Entrando ya en su análisis, lo primero que cabe resaltar es que tan interesante como interrogarse respecto a los respectivos papeles de la ley y la negociación colectiva en la ordenación del tiempo de trabajo es preguntarse acerca del que corresponde a los distintos niveles en los que ésta puede desarrollarse. Se trata, desde este segundo de punto de vista, de saber qué funciones corresponden a cada uno de los posibles ámbitos de negociación colectiva en la determinación de la disciplina de la jornada: si existen o no materias que resultan más apropiadas para los convenios o acuerdos empresariales o para los que se negocian en ámbitos superiores; y, en su caso, si en este segundo terreno debe producirse algún tipo de distribución competencial entre los convenios estatales y los de ámbito inferior, sobre todo, los provinciales aunque también los autonómicos.

Desde la perspectiva legal, las indicaciones sobre esta cuestión parecen apuntar hacia un escenario de indiferencia sobre el particular. Esta conclusión se alcanza tanto si nos fijamos en las normas generales sobre negociación colectiva (a) como si nos centramos en las alusiones que a negociación y convenios se realizan en la regulación estatutaria de la jornada de trabajo (b). No obstante, es probable que en una lectura más detenida quepa advertir algunas orientaciones implícitas respecto a los niveles en los que las cuestiones deben ser negociadas (c).

a) Desde luego, las reglas generales que el ET establece en materia de negociación colectiva podrían conducir a entender que este tipo de preguntas carece de sentido. Si, de un lado, las partes negociadoras establecen libremente las unidades en las que ejercitan su poder de autorregulación (cfr. art. 83.1 ET) y, de otro, se consagra expresamente el principio de libre fijación de contenidos convencionales (cfr. art. 85.1 ET), parece claro que las cuestiones sobre tiempo de trabajo, determinación y distribución, pueden ser



afrontadas en cualquiera de los ámbitos de negociación reconocidos por el propio Estatuto.

Esta impresión vendría confirmada por la disciplina de la concurrencia de convenios colectivos. En efecto, si desde la reforma del mercado de trabajo de 1994 el párrafo 3º del art. 84 ET prevé la posible reserva de algunas materias a favor de los ámbitos superiores de negociación supraempresarial, lo cierto es que ninguno de los aspectos relacionados con la jornada de trabajo aparece incluido en el listado. Dejamos por ahora apuntada la existencia de este precepto, sobre el que volveremos con algo más de detalle en el apartado siguiente.

**b)** Tampoco en las alusiones a la negociación o a los convenios que se establecen en la regulación estatutaria de la jornada de trabajo se advierte predilección alguna a favor de determinados ámbitos de negociación. Como es sabido, en las materias en las que la ley abre espacios a los convenios, mediante la dispositivización de los propios preceptos, ocasionalmente muestra su predilección por los de cierto ámbito normalmente más amplio. Esta predilección se manifiesta, en ocasiones, reservando en exclusiva la facultad de desplazar los mandatos legales a los convenios de un cierto ámbito. Tal ocurre, por ejemplo, en relación con la estructuración de la negociación mediante el establecimiento de criterios de concurrencia alternativos a los del art. 84 ET que, de acuerdo con el art. 83.2 ET, queda reservada a los convenios de ámbito estatal o autonómico. En otros casos, se muestra a través de la jerarquización de los niveles de negociación: se asigna preferencia para la función a los negociados en ciertas unidades y sólo, en defecto de ellos, se abre a los demás. Es lo que ocurre en relación con las reglas sobre contratación laboral, en las que se da prioridad a los convenios sectoriales de ámbito estatal y, sólo en su defecto, pueden asumir la competencia los de ámbito inferior –requiriéndose a veces que tengan la condición de supraempresariales (cfr. art. 11.1.b] u 11.2.b] o 15.1.a] ET) y, otras veces, no (cfr., por ejemplo, las diferentes referencias contenidas en art. 12 ET o el art. 15.1.b] ET)–.

En otros muchos casos, sin embargo, la apertura de espacios a la negociación colectiva es indiferenciada, remitiéndose la ley genéricamente a ésta (véase, entre otros, art. 22 ET) o, sin ulteriores especificaciones en cuanto a su ámbito, al convenio (v.gr. art. 15.1.b], últ. párrafo, ET) o a los convenios colectivos (cfr., por ejemplo, art. 14.1 ET). Esto es precisamente lo que ocurre con las remisiones a la autonomía colectiva que protagonizan las reglas sobre tiempo de trabajo contenidas en la Sección 5ª del Cap. II, Título I, ET. Se remite a los «convenios colectivos», sin ulteriores precisiones, la determinación de la jornada de trabajo (art. 34.1 ET), se les autoriza para establecer sistemas de descanso alternativo al legalmente establecido (art. 2 RD 1591/1995, de 21 de septiembre, aplicable por la remisión del art. 37.1 ET) o se les encomienda la fijación del calendario de vacaciones (art. 38.2 ET). Se faculta al «convenio colectivo», de nuevo sin especificar ámbito ninguno, para introducir su distribución irregular (art. 34.2 ET), para posibilitar trabajar por encima del máximo diario legal (art. 34.3 ET) o para fijar los sistemas de compensación de las horas extraordinarias (art. 35.1 ET) o la duración del

período vacacional (art. 38.1 ET). En la misma línea, en fin, es la «negociación colectiva» la competente para fijar la retribución del trabajo nocturno (art. 36.2 ET).

A la postre, pues, la conclusión que cabría extraer de la lectura de estos preceptos es bastante clara: en relación con el tiempo de trabajo no parece existir un diseño legal de las funciones reguladoras que deben ser asumidas por la autonomía colectiva en los distintos ámbitos o niveles en los que se manifiesta.

c) Con todo, no puede descartarse la existencia de algunas orientaciones legales en relación con el tema que nos ocupa. Aunque son sumamente genéricas y, en cuanto tales, no unívocas, se orientan en una doble dirección. La primera, de sentido centralizador, se refiere a los aspectos cuantitativos del tiempo de trabajo; la segunda, que se mueve en dirección opuesta, a los vinculados a su distribución.

Tal se advierte, de algún modo, en las reglas generales contenidas en el art. 34 ET y, sobre todo, en las contenidas en el art. 41 ET. Por lo que se refiere a las primeras, cabe observar como la duración de la jornada compete a los convenios colectivos en sentido estricto (apartado 1), mientras que diferentes aspectos vinculados a su distribución se encomienda no sólo a los convenios sino que, en defecto de los mismos, pueden ser regulados por acuerdo de empresa (cfr. apartados 2 y 3). En todo caso, la dialéctica centralización/descentralización se advierte, con mucha mayor nitidez, en el art. 41.2 ET. En efecto, la jornada fijada en el convenio resulta ser inmodificable por acuerdo de empresa, al encontrarse en la letra a) del apartado anterior. Por el contrario, otros aspectos vinculados a la distribución del tiempo de trabajo (horario, régimen de trabajo a turnos) sí pueden serlo en el ámbito de la empresa.

Las razones de esta diferenciación enlazan acaso con las exigencias de la competencia en el mercado. Los aspectos cuantitativos se dejarán al margen de la decisión empresarial, al objeto de que el coste del trabajo sea necesariamente igual en todo el ámbito del convenio. Por contra, la apertura de márgenes de flexibilidad en la empresa, iguales para todos, posibilita la mejor adaptación a las exigencias del mercado.

En todo caso, se trata de indicaciones cuya repercusión real sobre el tema que nos interesa es limitada. Con independencia de que la filosofía que parece inspirarlas pueda ser razonable, lo cierto es que en la práctica son escasamente contundentes. De entrada, su plano de acción es exclusivamente el de las relaciones entre la negociación supraempresarial y la que se desarrolla en las empresas o centro de trabajo. En consecuencia, nada dice respecto de las que se establecen entre los diversos niveles de aquella. Por otro lado, y sobre todo, aparte el caso del art. 41.2 ET, la predilección que en ciertos temas se manifiesta a favor del nivel empresarial no es, ni mucho menos, absoluta puesto que sólo actúa «en defecto» de otras disposiciones establecidas en el convenio colectivo. Por eso, si se ha de indagar sobre la estructuración de la negociación en relación con el tiempo del trabajo, lo decisivo es el análisis de campo a desarrollar en dos fases: una, de carácter preliminar, respecto a las previsiones eventualmente establecidas en la negociación inter-

confederal y otra vinculada al estado real de la negociación colectiva en nuestro sistema.

## 2. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SOBRE TIEMPO DE TRABAJO

### 2.1. La estructuración de la negociación sobre tiempo de trabajo en los acuerdos interprofesionales

Las diferentes experiencias de negociación interconfederal que se han sucedido en nuestro país desde la década de los 80 pueden agruparse, desde la perspectiva que aquí interesa, en tres momentos diferentes. Existe, en efecto, unidad en cuanto a las estipulaciones referidas a estructura de la negociación y tiempo de trabajo en tres grupos distintos. Al primero pertenecen los acuerdos de la década de los 80, el segundo incluye únicamente el AINC de 1997 y, en el tercero, se encuentran los AINC que se han sucedido desde 2001.

a) Los acuerdos de los años 80 se sitúan en una perspectiva centralizadora. Si nos fijamos en las prescripciones del Acuerdo Marco Interconfederal de 1980, la advertimos en dos manifestaciones diferentes. La primera se encuentra en el hecho de que el propio Acuerdo interconfederal asume la regulación de algunas cuestiones vinculadas a la jornada, señaladamente las de carácter cuantitativo. En este sentido, el apartado VI AMI establecía una jornada máxima aplicable al conjunto de la negociación colectiva, por debajo de la legalmente fijada en aquel momento. Y, por su parte, el siguiente apartado VII contenía, «ante la grave situación de paro existente», una declaración sobre la «conveniencia de reducir al mínimo indispensable las horas extraordinarias» previendo algunas medidas al respecto.

En segundo lugar, el apartado IX del AMI, dedicado a la «contratación colectiva», detectaba el problema de la «atomización de las unidades de negociación». Y, aparte otras medidas en los ámbitos empresariales e infraempresariales, propugnaba la prevalencia de la «unidad sectorial de ámbito nacional» como centro del sistema y como vehículo de racionalización de la estructura. Ciertamente, esta idea presentaba matices. El texto del AMI contiene en este punto alusiones al «respeto a la voluntad de las partes de cada unidad de contratación» o, entre otros, al principio de autonomía colectiva. Con todo, es a la unidad sectorial a la que le compete el establecimiento de un marco para la negociación dentro del ámbito. Desde la perspectiva del contenido, se les encomienda que intente «agotar las materias que por su propia naturaleza puedan ser objeto de negociación sectorializada y específicamente aquellas encargadas de configurar un marco de condiciones sociolaborales que, sin dificultades económicas o de costo, pueda ser implantado para la totalidad de los trabajadores de un sector o rama de producción». Por el contrario, han de dejar al margen «aquellas materias que por su complejidad no pudiesen adoptarse acuerdos o compromisos que racional-

mente pudieran vincular a todos los trabajadores y Empresas». Pero, en este terreno, se les encomienda la facultad de dilucidar las unidades en las que se debían producir los acuerdos y los sistemas conforme a los cuales los mismos se debían integrar en un conjunto articulado.

Estas consideraciones están presentes en los demás acuerdos interconfederales de este primer grupo. Dejando al margen el ANE, los posteriores Acuerdo Interconfederal de 1983 y Acuerdo económico y social para 1985 y 1986 reproducen la fijación de la jornada máxima en el nivel central<sup>8</sup> y las medidas de lucha contra las horas extraordinarias<sup>9</sup> así como la tendencial prevalencia del convenio sectorial de ámbito estatal en la fijación de la estructura de la negociación y en el agotamiento de los contenidos<sup>10</sup>. Se detecta no obstante un nuevo interés por los aspectos de distribución del tiempo de trabajo manifestados en el expreso reconocimiento de la posible distribución irregular de la jornada en el primero de ellos, hasta en períodos trimestrales<sup>11</sup>.

**b)** La concurrencia de dos líneas, una centralizadora relacionada con los aspectos cuantitativos del tiempo de trabajo y otra de sentido contrario en el terreno de su distribución, se advierte con total nitidez en la posterior experiencia de negociación interconfederal, integrada por el Acuerdo interconfederal de negociación colectiva de 28 abril de 1997 (BOE de 6 de junio). En efecto, tras un largo paréntesis en el que concertación y negociación de este ámbito o desaparecen o se centran en aspectos concretos, el AINC de 1997 retoma el objetivo de la dirección del conjunto de la negociación colectiva. Y en esta línea, no puede obviar las cuestiones vinculadas con el tiempo de trabajo.

Merece la pena reproducir las normas dedicadas a esta materia puesto que, a pesar de que, como hemos de ver, los acuerdos interconfederales posteriores se mueven en una línea diferente, el diseño trazado por el AINC de 1997 parece continuar animando todavía las tendencias de nuestra negociación colectiva. Las disposiciones sobre el particular, contenidas en el apartado IV, parten de una afirmación genérica sobre las competencias del convenio de sector, que recuerda bastante las descritas más arriba. Se afirma, en efecto, que «un hipotético convenio colectivo de sector debería agotar las materias reservadas a dicho ámbito por el art. 84 ET, así como otras, siempre que de común acuerdo ambas partes estimen necesario reservar al ámbito nacional o de rama de actividad la regulación laboral de cuestiones remitidas a la negociación en ámbitos inferiores».

Sin embargo, con posterioridad, y por lo que aquí interesa, se concreta adicionalmente el papel de los diferentes ámbitos de negociación por lo que se refiere al tiempo de trabajo. Tal es el sentido del número 5º del indicado apartado. «Un convenio colectivo nacional de rama de actividad debería fijar la jornada máxima efectiva de trabajo en el cómputo que acuerden las partes y los criterios de su distribución en el sector correspondiente, reenviando a ámbitos inferiores el establecimiento de compromisos o estipulaciones que pudieran establecer la distribución irregular o no de la jornada, los períodos de descanso, vacaciones –fraccionadas o no–, supuestos de

jornadas especiales, en su caso, etc. así como otras disposiciones que son propias de ámbitos menores de negociación, a fin de ajustar el uso y administración de la jornada efectiva de trabajo». Por otra parte, y por lo que se refiere al trabajo extraordinario, se continúa considerando que la realización de horas extraordinarias que no sean estrictamente necesarias «perjudica claramente la creación de empleo». Por ello, los convenios nacionales deben avanzar en línea hacia su supresión y a la compensación por tiempo, mientras que, «en los ámbitos inferiores de negociación se podrán establecer los criterios de su compensación, cuantía y distribución, y, en su caso, alternativas negociadas para su realización que contribuyan a hacerlas innecesarias».

c) En cuanto al último grupo de acuerdos interconfederales, los negociados desde 2001 hasta la fecha, lo cierto es que, de su tenor literal, no cabe advertir la existencia de orientaciones específicas en cuanto a la competencia de los distintos ámbitos de negociación en relación con el tiempo de trabajo. Como ya hemos visto, en ellos se encuentran presentes las diferentes cuestiones que, desde el punto de vista político-jurídico, plantea el tiempo de trabajo. Sin embargo, las disposiciones sobre estructuración de la negociación son sustancialmente formales y abren la posibilidad de muy diferentes combinaciones.

En efecto, centrándonos en la última experiencia, el Acuerdo Interconfederal de negociación colectiva para 2007 (firmado el 6 de febrero y publicado en el BOE de 24 siguiente, y prorrogado para 2008), observamos que su capítulo X que las organizaciones firmantes se limitan a «recomendar, en relación con la articulación y vertebración de la negociación colectiva, que los negociadores en sus ámbitos y con pleno respeto a la autonomía de las partes procedan» a «analizar la estructura de la negociación colectiva del sector correspondiente, estatal o de ámbito inferior, así como la articulación de materias entre los distintos ámbitos negociales» y a «adoptar las decisiones que correspondan respecto al ámbito apropiado para el tratamiento de las materias que integran el convenio colectivo, de forma tal que una posible articulación de las mismas incida en una mejor aplicación y eficacia de lo pactado»<sup>12</sup>.

## **2.2. La estructuración de la negociación por convenios y acuerdos sectoriales de ámbito estatal**

Con independencia, pues, del influjo que puedan desplegar los criterios que se han manejado históricamente respecto a la estructuración de la negociación sobre tiempo de trabajo, lo cierto es que, desde 2001, los sucesivos AINC no establecen criterios orientativos de fondo sobre el particular. Por tanto, cualquier análisis sobre la cuestión debe partir de las decisiones que tomen los convenios colectivos ordinarios. A este tema se dedican las consideraciones que siguen, comenzando por el análisis de los convenios sectoriales de ámbito estatal.

El análisis de la muestra elegida permite dividirlos en dos grandes grupos: en el primero, se incluyen los convenios que nada establecen sobre el particular que nos ocupa; en el segundo, aquellos que intentan efectivamente estructurar la negociación del respectivo sector en relación con los aspectos temporales de la prestación laboral.

### A) *El silencio sobre la negociación acerca del tiempo de trabajo*

Cuando se alude a la existencia de silencio, no se hace referencia a los convenios sectoriales estatales que nada dicen sobre su articulación con otros niveles de negociación –que integran un grupo ciertamente numeroso–, sino a aquellos que, estableciendo disposiciones al respecto, no mencionan específicamente la temática del tiempo de trabajo, en ninguna de sus vertientes. Existe, en definitiva, alguna disposición que regula la estructura de la negociación, pero, normalmente, la misma es de ámbito general, sin referirse específicamente a materias concretas –o, excepcionalmente, se refiere a algunas entre las que no se encuentran las que nos interesan–.

A su vez, dentro de este grupo, cabe encontrar varios modelos:

a) En el primero, se detecta el interés del convenio estatal de reservarse el conjunto de la regulación, excluyendo la negociación en ámbitos inferiores. Lógicamente, en la medida en que este tipo de previsiones colisiona con las normas legales que disciplinan la concurrencia de negociación (cfr. art. 84 ET, sobre cuya interpretación y los problemas que plantea volveremos después [*infra*, C]), este tipo de cláusulas son relativamente poco frecuentes<sup>13</sup> y, en ocasiones, se presentan evolucionadas en una dirección que puede hacerlas aparentemente más aceptables.

De un lado, en alguna ocasión se las transforma en cláusulas obligacionales, esto es, en compromisos de las partes firmantes de no negociar en otros ámbitos<sup>14</sup>. Más frecuente es, de otra parte, limitar la posible negociación en ámbitos inferiores mediante la previsión de que el conjunto del convenio estatal resulta ser de carácter mínimo: aunque ello no excluye la posible existencia de convenios inferiores, limita sus posibilidades al tener que respetar éstos los mínimos preestablecidos en el ámbito estatal –que, además, suele reservarse la negociación sobre las materias legalmente prevenidas en el párrafo 3º del art. 84 ET–<sup>15</sup>. Es claro, eso sí, que este tipo de cláusulas sólo tiene sentido limitador cuando el convenio sectorial contiene un tratamiento completo de las condiciones de trabajo y no cuando, como ocurre en algunos casos, regula solo algunas cuestiones<sup>16</sup>.

Si, como veremos después, el primer sistema no plantea reparos de legalidad, el segundo es mucho más discutible puesto que el segundo párrafo del art. 84 ET no condiciona la posible licitud de la llamada concurrencia descentralizadora a la superación de los estándares normativos del convenio territorial superior. Acaso por ello en algún caso la previsión del carácter mínimo se reserva precisamente para los convenios que no pueden recurrir a la misma –esto es, los de carácter empresarial–<sup>17</sup>.

**b)** Más frecuente que el intento de cerrar la negociación en ámbitos inferiores, es el reconocimiento de su posibilidad. Son distintos los sistemas que se encuentran y que la abren con mayor o menor generosidad. En algunos casos, se reconoce de manera muy amplia, admitiéndose cualquier pacto a nivel inferior, con independencia de cuál sea éste. Ello se consigue bien mediante su directa admisión<sup>18</sup> bien a través del establecimiento del carácter supletorio del convenio estatal<sup>19</sup> –posibilidad esta que se asocia en ocasiones a los acuerdos que en su día cubrieron los vacíos dejados por la derogación de ordenanzas y reglamentaciones<sup>20</sup>–, bien, en fin, mediante una combinación de ambas ideas<sup>21</sup>.

Lo más normal es, sin embargo, que el convenio sectorial no renuncie a conformar la realidad negociadora dentro de su ámbito funcional. En este segundo supuesto, y según los casos, el acuerdo estatal establece precisas orientaciones territoriales<sup>22</sup> o reconoce en ámbitos inferiores la posibilidad de desarrollar una actividad negocial dirigida a la adaptación o adecuación de las reglas establecidas por aquél<sup>23</sup> o a la celebración de «pactos de acomodación» de ellas<sup>24</sup>. Es importante señalar que en un relativamente importante número de supuestos, esta facultad se reconoce precisa y exclusivamente para los convenios de empresa o para los acuerdos alcanzados en este mismo ámbito<sup>25</sup>; y que, en algún caso, esta posibilidad concierne precisamente a los aspectos relacionados con la distribución del tiempo de trabajo<sup>26</sup>. Aunque el cierre de las unidades intermedias que subyace a este tipo de decisiones resulta discutible en términos legales –como luego se verá–, lo cierto es que implica una voluntad de deferir al ámbito empresarial el ajuste fino de las condiciones de trabajo.

### ***B) La distribución de competencias negociales en materia de tiempo de trabajo***

Un buen número de convenios y acuerdos sectoriales, entre los que se encuentran, sin duda, los correspondientes a algunos de los sectores más relevantes en nuestro sistema de relaciones laborales, no solo establecen criterios respecto a la estructura que debe tener la contratación colectiva en el respectivo ámbito sino que además, por lo que aquí interesa, se refieren específicamente a las materias relacionadas con el tiempo de trabajo. Aunque las posibilidades de proceder a esa articulación son en teoría variadísimas, en la práctica los convenios estudiados pueden ser reconducidos a los siguientes modelos.

**a)** Un primer modelo, en el que no se incluyen muchos convenios, parece partir de la reserva prácticamente absoluta del tiempo de trabajo a favor del ámbito estatal. De un lado, ello se consigue mediante cláusulas genéricas que resaltan la competencia exclusiva estatal en materia de «jornada». Ello, junto con otros datos, permite pensar en una concentración de las facultades reguladoras en el ámbito estatal<sup>27</sup>. Una variante de esta posibilidad, más matizada, aparece cuando idéntica finalidad centralizadora se intenta alcanzar



mediante la técnica de los mínimos. Es claro, sin embargo, que este tipo de planteamientos sí admite la existencia de convenios de ámbito inferior, por más que los mismos tengan limitados sus posibles contenidos<sup>28</sup>.

Existen, de otro lado, algunos casos en los que la centralización del tiempo de trabajo se cohonestaba con la apertura de aspectos marginales a la negociación de ámbito inferior. Una cláusula que se repite con cierta frecuencia es, en este sentido, la que autoriza a negociar a nivel inferior, señaladamente autonómico, las cuestiones vinculadas al calendario laboral<sup>29</sup>.

b) La segunda posibilidad organizativa se basa en la reserva para el convenio de ámbito estatal de los aspectos cuantitativos del tiempo de trabajo, admitiéndose que los aspectos cualitativos –atinentes, esto es, a su distribución–, o derivados –relacionados, por ejemplo, con la retribución– sean objeto de tratamiento en ámbitos inferiores.

Ciertamente, los enunciados concretos que admite este criterio son muy variados –encontrándose incluso algunas desviaciones–. A veces, los convenios sectoriales son sumamente detallados respecto a las materias que son objeto de reserva en el ámbito sectorial estatal. Y, en paralelo, lo son también respecto a las materias que pueden abordarse en ámbitos inferiores. En otras ocasiones, sin embargo, se manejan en términos sumamente genéricos sobre el particular.

Lo primero se detecta en algunos sectores muy significativos. En el de la construcción, por ejemplo, el convenio estatal –que se autoasigna la prioridad aplicativa– procede a reservarse, entre otras que aquí no interesan, las siguientes materias: «jornada anual y descansos», «vacaciones anuales», «licencias y permisos» y «horas extraordinarias». Por su parte, a la negociación de ámbito inferior le corresponde «calendarios provinciales y locales que concreten la distribución de la jornada anual de trabajo efectivo» así como lo que resulte de remisiones expresas. Esta remisión de competencias, en función probablemente de la tradición del sector, se realiza a veces a la negociación provincial o, en su caso, autonómico<sup>30</sup> y en otros casos a la de carácter empresarial<sup>31</sup> o, incluso, a una y otra<sup>32</sup>.

Cabe señalar que el listado de materias reservadas al nivel superior admite matices. Muchas veces es solo parcialmente coincidente con el que se acaba de exponer. Se encuentran supuestos en los que se incluyen en el listado de materias reservadas al nivel estatal «jornada máxima», «delimitación de horas extraordinarias» y «permisos, licencias, excedencias»<sup>33</sup>.

Por último, como se ha anunciado, existen casos en los que la reserva para la negociación estatal se limita al parámetro cuantitativo esencial: la jornada máxima. A su vez, la referencia a esta realidad se produce de diferentes maneras. Enunciando las formulaciones por orden decreciente de precisión, encontramos las siguientes: «estructura y duración máxima de la jornada anual»<sup>34</sup>, «jornada máxima efectiva de trabajo»<sup>35</sup>, «jornada de trabajo efectivo anual»<sup>36</sup>, «jornada máxima anual»<sup>37</sup>, «jornada anual»<sup>38</sup>, «jornada máxima y su regulación básica»<sup>39</sup> o «jornada laboral máxima»<sup>40</sup>. Ocasionalmente esta última posibilidad se lleva a su extremo, reservando al nivel estatal de manera genérica la «jornada laboral». Sin embargo, ello no supone la



exclusión de los ámbitos inferiores puesto que la lectura del conjunto del articulado permite darles cabida<sup>41</sup>.

Algunas de estas cláusulas, leídas aisladamente, podrían dar la impresión de que el convenio estatal se reserva la totalidad de la disciplina sobre tiempo de trabajo. Sin embargo, del conjunto de la regulación se desprende que no es tal el designio. A veces esto se advierte implícitamente<sup>42</sup>. Y, en otros casos, como ocurre en algún sector importante (v.gr. el de la madera), aunque la reserva esté formulada de forma genérica, se añade en un segundo momento expresamente una serie de matices que permiten interpretar que el designio convencional es limitar solo la determinación de la jornada en sentido estricto, abriendo los restantes temas cuantitativos o cualitativos a los convenios inferiores<sup>43</sup>.

c) El tercer modelo es una variante del anterior puesto que la reserva de los aspectos cuantitativos va acompañada de la de algunos de los aspectos cualitativos de mayor interés, señaladamente los relacionados con la distribución irregular de jornada. De esta manera, junto con cláusulas que recuerdan inequívocamente a las reservas que se acaban de describir, los convenios prevén otras referidas a la distribución del tiempo de trabajo.

De nuevo, las posibles formulaciones son variadas, puesto que no coinciden, ni a la hora de determinar los aspectos cuantitativos que se reservan al nivel estatal ni tampoco, con claridad, en aquellos extremos relacionados con la distribución del tiempo de trabajo que quedan también en manos de aquel ámbito. En algún caso, la disposición recuerda a la del sector de la construcción que se ha descrito, si bien el listado de materias de carácter cuantitativo se completa con la referencia a la distribución irregular de la jornada<sup>44</sup>. En otros casos, sin embargo, la formulación es mucho más imprecisa, limitándose a la contraposición entre una expresión amplia de carácter cuantitativo –del tipo «jornada máxima anual» o similar– con otra que hace referencia a su distribución. Tal ocurre en el sector químico<sup>45</sup> y en algún otro<sup>46</sup>.

d) Por último, algunos convenios estatales se salen de las tendencias anteriores, reenviando a la negociación inferior las cuestiones vinculadas a los aspectos cuantitativos, junto con las vinculadas a la distribución del tiempo del trabajo –si bien para estas últimas se salvaguarda la competencia estatal respecto a los aspectos generales–. Es el caso, aunque no sólo, del metal. En el acuerdo de este sector dedicado solo a los aspectos estructurales se incluye entre las cuestiones objeto de negociación estatal «en materia de ordenación de jornada» los «criterios generales sobre ordenación y cómputo de la jornada anual», los «criterios generales de limitación de las horas extraordinarias y sistemas de compensación en su caso», así como los «criterios generales para la regulación de las jornadas irregulares, cláusulas de disponibilidad, flexibilidad, etc». En cuanto a las que directamente se reservan a los niveles inferiores, se incluyen «Duración. Jornada anual. Descansos. Vacaciones u permisos. Horas extraordinarias, su retribución o compensación. Turnicidad. Trabajo nocturno. Calendario laboral. Horario flexible e irregular. Permisos, licencias»<sup>47</sup>.

**C) Tipología de las normas de distribución de competencias: los problemas de legalidad**

Otro aspecto que ha de ser considerado hace referencia a la tipología de las normas de distribución de competencias que han sido estudiadas en el apartado anterior. Existen distintas posibilidades que, lógicamente no presentan la misma contundencia **(a)**. Y ello tanto por que el diseño de las partes sea precisamente este como por el hecho de que las mismas deben ser puestas en relación con la normativa legal en materia de estructura de negociación (arts. 83 y 84 ET) que condiciona su validez o, al menos, su real eficacia **(b)**.

**a)** Por lo que se refiere a la tipología de las normas, las posibilidades son las siguientes. En primer término, lo más frecuente es que las mismas se basen en el esquema de la reserva competencial. La idea es, entonces, que las materias reservadas no puedan ser objeto de negociación en niveles inferiores. Se trata de un modelo que se encuentra presente en sectores importantes (construcción<sup>48</sup>, madera<sup>49</sup>, metal<sup>50</sup>, química<sup>51</sup>) y en otros más<sup>52</sup>. Una segunda posibilidad parte de la base del carácter mínimo de la disciplina de las materias que nos ocupan: no se excluye, en este caso, la negociación en ámbitos inferiores, pero queda condicionada a la mejora de los estándares normativos establecidos en el ámbito estatal<sup>53</sup>. Por último, y de forma muy excepcional, existen supuestos en los que la libertad de negociación en ámbitos inferiores no queda condicionada al autoasignarse eficacia supletoria la pactada en el ámbito superior.

**b)** Como se ha anticipado, los diferentes tipos de norma deben hacer las cuentas con las normas legales que condicionan la estructura negociada contenidas en los arts. 83 y 84 ET. A este respecto, parece claro que las disposiciones de ámbito estatal que reservan a este ámbito cuestiones vinculadas al tiempo de trabajo no son aptas para incidir desde la perspectiva jurídica en lo que ocurra en la negociación territorial de ámbito inferior: al no encontrarse esta materia recogida en el listado de las exceptuadas por el tercer párrafo del art. 84 ET de la concurrencia conflictiva descentralizadora admitida en el segundo, las disposiciones de reserva del convenio superior resultan inidóneas para incidir válidamente en las decisiones que se adopten en ámbitos autonómicos, provinciales o locales –siempre que sean superiores a la empresa–. La doctrina del TS sentada en relación con convenios estatales de sectores destacados permite llegar a esta conclusión con toda facilidad<sup>54</sup>. No parece descabellado aventurar que esta misma solución se ha de extender a los casos en los que el convenio estatal condiciona la negociación mediante el establecimiento de mínimos, puesto que la regla del art. 84.2 ET no hace ninguna distinción en función del sentido de la posible concurrencia conflictiva.

Ello explica que en los sectores en los que la negociación colectiva se articula en un ámbito estatal y otro territorial –normalmente, provincial–, a diferencia de lo que ocurre en aquellos en los que aquel se articula con el nivel

empresarial<sup>55</sup>, las cláusulas de reserva de materias a favor del primero vayan derivando hacia el terreno de la eficacia obligacional<sup>56</sup>. Estas últimas sí que superan con facilidad el test de legalidad.

### **2.3. Estructuración de la contratación colectiva y niveles inferiores de negociación**

Resulta interesante también analizar si las previsiones existentes en el ámbito estatal se corresponden con el desarrollo de la negociación en los ámbitos inferiores.

#### ***A) La situación en los convenios autonómicos y provinciales***

Por lo que se refiere, en primer lugar, a los convenios provinciales y autonómicos parece existir un grado razonable de aceptación de las decisiones adoptadas en los niveles superiores.

a) Se detecta, en primer término, un grupo de convenios que guardan silencio sobre la cuestión que nos ocupa. Por supuesto, existen convenios territoriales que guardan absoluto silencio sobre el particular y por tanto no contienen cláusula alguna referida a la articulación de la negociación<sup>57</sup>. Esta primera opción puede ser interpretada tanto en el sentido de que, en el sector de que se trata, no existen problemas de articulación de las unidades negociadoras superiores o inferiores como en el de que se acepta el juego de lo que resulte de la aplicación de las normas legales al respecto así como de las eventualmente existentes en los acuerdos sectoriales.

b) Un segundo grupo de convenios sí que establece algún tipo de cláusula referida al tema que nos ocupa, y que, por tanto, intenta dar solución a este tipo de problemas. Esta segunda posibilidad no cuenta con un tratamiento unitario. Se advierten, por el contrario, soluciones diferentes. De entrada, existen convenios territoriales que intentan asumir el papel central en el ámbito de que se trate. La pretensión es cerrar la unidad a la aplicación de otros convenios diferentes, tanto de ámbito superior como inferior<sup>58</sup>. Lo más normal en este terreno es, sin embargo, proceder a un cierre relativo puesto que suele hacerse salvedad de los tratamientos más favorables que pueden establecerse en el convenio estatal<sup>59</sup> o en unidades inferiores<sup>60</sup>.

c) Pero también se detecta un nutrido grupo de supuestos en los que los convenios territoriales proceden a la recepción de los criterios que se han pactado a nivel superior<sup>61</sup>, reconociendo, a veces, que en caso de conflicto prevalece lo de rango superior, fórmula técnicamente incorrecta de asignar la preferencia al convenio estatal<sup>62</sup>. Incluso se observa algún caso en el que los negociadores anticipan la eventual entrada en vigor de un convenio de estas características, previéndose la adhesión<sup>63</sup>. En la mayor parte de los ca-

sos, esta solución se formula de manera general, sin abordar específicamente el tema del tiempo de trabajo. Ello no obstante, en algún caso concreto, se recoge referencia expresa a las previsiones al respecto establecidas en el convenio estatal<sup>64</sup>.

Es verdad que también existen muchos casos en los que, en sectores en los que se cuenta con un convenio estatal, los convenios territoriales inferiores proceden a autoasignarse preferencia aplicativa –lo que es posible, salvo en las materias de posible reserva contenidas en el párrafo tercero del art. 84 ET–, entendiendo que la aplicación del convenio estatal es supletoria<sup>65</sup>. Pero no lo es menos que muchos de estos casos se explican porque el propio designio de la articulación llevada a cabo en el ámbito estatal lo posibilita. No debe entenderse, en otras palabras, que este tipo de planteamientos suponga necesariamente el desconocimiento de las previsiones del nivel superior.

### ***B) La situación en los convenios de empresa***

Conviene señalar, por lo que se refiere a la negociación de ámbito empresarial, la existencia de una situación similar a la que acaba de ser descrita. La inmensa mayoría de los convenios de empresa consultados no hacen referencia al problema que nos ocupa –lo que, como en el caso anterior, puede interpretarse en la línea de la inexistencia de problemas de concurrencia pero, sobre todo, en la aceptación de las reglas legales y/o convencionales sobre el particular–. Algunos convenios muestran, sin embargo, interés en convertirse en el único referente dentro de la respectiva unidad de negociación<sup>66</sup>, cosa que, obviamente, solo será posible en caso de que no exista solución pactada a nivel superior conforme al art. 83.2 ET. Y se detecta asimismo, en un tercer grupo de convenios, la existencia de explícitas recepciones respecto a los convenios superiores y, en todo caso, respecto a los acuerdos de carácter estatal<sup>67</sup>.

## **2.4. Negociación territorial y determinación de las condiciones vinculadas al tiempo de trabajo en las empresas: el papel de los acuerdos de empresa y la autonomía individual**

Como se ha indicado más arriba, la lógica del sistema legal y en gran medida también de los grandes intentos de racionalización de los criterios de determinación de las condiciones vinculadas al tiempo de trabajo apunta a una división funcional de competencias en la que ciertos aspectos, fundamentalmente cuantitativos, corresponden a la negociación colectiva más centralizada mientras que otros, por lo general de carácter cualitativo –vinculados, esto es, a la distribución del tiempo de trabajo– se concretan en niveles más descentralizados y, sobre todo, en el terreno de la empresa.

Ciertamente, se detectan situaciones concretas que se separan de esta previsión. Cabe señalar en este sentido la existencia de específicas cláusulas convencionales contenidas en convenios territoriales que miran a excluir la

posibilidad de alcanzar acuerdos de ámbito empresarial en punto a ciertas cuestiones sensibles de tiempo de trabajo en el sector de que se trate. Es importante destacar asimismo que es esta una solución de carácter marcadamente excepcional. El único caso detectado se refiere a la cuestión del descanso semanal en el sector de panadería y ni siquiera se observa en la mayoría de convenios provinciales de este ámbito funcional que han sido objeto de análisis<sup>68</sup>.

Mucho más frecuente es, en segundo lugar, condicionar limitadamente la determinación en el ámbito de la empresa de condiciones respecto al tiempo de trabajo por la vía del criterio de la mayor favorabilidad. Como hemos visto más arriba existen ejemplos de cierre de la unidad de negociación que se expresan mediante cláusulas de carácter general de cierre de la unidad por parte del convenio sectorial. Y también como en muchos casos tal cierre es más aparente que real en la medida en que el criterio de favorabilidad suele utilizarse como criterio de articulación incluso en estos casos lo que permite la posibilidad de que en el terreno empresarial se desarrolle cierta tarea de determinación de condiciones de trabajo, aun con el límite de la favorabilidad.

En este mismo orden de consideraciones, son frecuentísimos los convenios territoriales cuyos contenidos deben ser entendidos sin perjuicio de la continuidad de la aplicación de los pactos o situaciones vigentes en la empresa en el momento de la entrada en vigor de aquellos siempre que contengan previsiones más favorables para los trabajadores. En muchos casos se trata de cláusulas de estilo de carácter general<sup>69</sup>, pero en otros casos se refieren específicamente a las condiciones salariales y de tiempo de trabajo<sup>70</sup> —o se establece solo para estas últimas cuando se procede a su regulación<sup>71</sup>—.

Por último, también existen sistemas más abiertos y que, por tanto, posibilitan una mayor libertad a la hora de fijar las condiciones temporales de la prestación en el ámbito de la empresa. Se trata de los casos en los que la regulación de una parte de las mismas se reenvía a éste nivel. En algunos supuestos, ello se desarrolla mediante remisiones a la negociación formal en este ámbito. Existen, además, otros supuestos. De entrada, el sistema de mayor éxito es, sin duda, la remisión a la determinación de las condiciones a la negociación informal mediante acuerdos de empresa —que eventualmente aparecen junto a remisiones a la negociación formal<sup>72</sup>— (A). No puede olvidarse, sin embargo, el posible, aunque por ahora formalmente marginal, juego que puede desarrollar la autonomía individual (B).

### **A) Acuerdos de empresa y tiempo de trabajo**

La presencia de los acuerdos de empresa en la regulación del tiempo de trabajo es muy frecuente. No podía ser de otra manera en la medida en que la propia legislación sobre jornada los utiliza como técnica que posibilita la adaptabilidad de sus preceptos a las necesidades de las empresas. Por eso, aparecen con mucha frecuencia en la negociación colectiva.

No resulta posible hacer un análisis detallado del concreto papel que juegan los acuerdos de empresa en las distintas facetas de la ordenación del

tiempo de trabajo. Es ésta una tarea que se acomete al afrontarlas en los capítulos siguientes. En esta sede lo que procede es desarrollar un análisis de alcance general sobre esta figura. A este respecto, cabe hacer las consideraciones que siguen.

a) Como se acaba de indicar, la figura del acuerdo de empresa posibilita la adaptabilidad de los contenidos del convenio colectivo a la realidad de las empresas afectadas por aquel. Por eso, parece lógico pensar que su lugar normal de aparición será la contratación de carácter territorial, tanto de ámbito estatal como de nivel autonómico o provincial. Desde luego, esto es cierto: la remisión de aspectos a los acuerdos de empresa se produce fundamentalmente en los convenios de sector, sobre todo en los autonómicos y provinciales. Cabe destacar, sin embargo, que se detecta su existencia en el terreno de los propios convenios que se negocian en el ámbito empresarial.

Esporádicamente esto se relaciona con la selección de un ámbito peculiar de grupo de empresas. Entonces el convenio de grupo posibilita la posterior concreción de algunas materias en acuerdos alcanzados en el ámbito de las empresas que lo componen<sup>73</sup>. Pero en la mayor parte de los casos es la negociación empresarial propiamente dicha la que posibilita que ciertas tareas se concreten por acuerdos de centro de trabajo. Por supuesto, las remisiones no son tan frecuentes como en la negociación de sector. Ciertamente, en el ámbito empresarial, la figura del acuerdo de empresa no parece tan necesaria en la medida en que las exigencias específicas de cada centro de trabajo pueden ser atendidas por el propio convenio de empresa. De hecho, se detectan supuestos en los que es éste el que diversifica el tratamiento de los diferentes centros<sup>74</sup>.

No obstante, se encuentran también casos en los que el convenio empresarial, en vez de proceder de este modo, reenvía la cuestión a la negociación informal de centro de trabajo. Esto ocurre, como es lógico, en áreas temáticas similares a las que caracterizan a las remisiones desarrolladas por los convenios sectoriales<sup>75</sup>. Y, como en estos, se detectan, ocasionalmente, competencias de control sobre el desarrollo de la negociación informal de empresa<sup>76</sup>.

b) Desde el punto de vista temático, se advierten ocasionalmente remisiones en bloque del conjunto de la temática de la distribución del tiempo de trabajo, limitándose el convenio a delimitar la jornada máxima anual<sup>77</sup>. Lo más normal es, sin embargo, la apertura de espacios concretos, aunque se haga varias veces a lo largo del articulado del convenio. Los temas afectados así como las facetas de los mismos que se reenvían a los acuerdos de empresa son por supuesto variados. Cabe con todo enumerar distintas áreas temáticas, que abarcan la mayor parte de los aspectos cualitativos del tiempo de trabajo: la distribución de la jornada y calendario<sup>78</sup> –con particular atención, por supuesto, a las cuestiones vinculadas a la distribución irregular<sup>79</sup>–, selección y disciplina tipo de horario desarrollado en la empresa (jornada continuada, horario flexible, turnos, etc.)<sup>80</sup>, compensación de horas extraordinarias<sup>81</sup>, concreción del descanso semanal y cuestiones vinculadas a los días

festivos<sup>82</sup> o a las vacaciones<sup>83</sup>, tratamiento de los excesos de jornada por disminución derivada de los pactos alcanzados en el convenio colectivo o de otras circunstancias<sup>84</sup>...

c) Desde el punto de vista tipológico, se advierten tres grandes modelos de acuerdo de empresa, en función de la relación que establecen con el convenio colectivo que se remite a ellos. Rara vez se detectan remisiones específicas a los acuerdos de mejora de las condiciones convencionales<sup>85</sup> en la medida en que su existencia es siempre posible conforme a las reglas generales. En este contexto, los dos modelos más frecuentes son los acuerdos que podríamos denominar complementarios, cuya misión es concretar la falta de previsiones del convenio sobre un cierto punto, y los modificatorios, cuya virtualidad principal es posibilitar la alteración de una solución establecida en el convenio colectivo.

La principal virtualidad de los primeros es, probablemente, reservar al ámbito colectivo la tarea de que se trate, de manera que impiden el ejercicio de la autonomía individual o de potestades organizativas empresariales –al menos, de entrada, sin haber apurado las posibilidades de alcanzar un acuerdo–. De hecho, en la materia en la que menudean este tipo de acuerdos, la determinación del horario de trabajo, la negociación colectiva podría elegir –y elige– otras soluciones diferentes como son la determinación unilateral por la empresa, previas o no consultas con la representación de los trabajadores<sup>86</sup>.

Por lo que se refiere a los acuerdos de carácter modificatorio, admiten variedades muy diferentes. Normalmente, el convenio establece una cierta solución, abriendo la posibilidad de que la misma sea alterada a nivel de empresa. Los ejemplos más normales se relacionan con la distribución irregular de la jornada y el establecimiento de sistemas alternativos a los pactados en el convenio para el disfrute de los descansos.

El reenvío al acuerdo de empresa tiene mayores o menores condicionantes según los casos. A veces, la libertad del acuerdo de empresa es total. Otra vez el convenio le establece límites. Estos son, en algunos casos, de carácter numérico, respecto a la posible intensidad de la modificación o al período o momentos en el que puede producirse<sup>87</sup>, coincidiendo o no con los límites legales de los que a veces se autoriza la transgresión y otras veces no. En otros, aunque normalmente nada se dice sobre el particular, el convenio establece condicionantes causales para la suscripción de un acuerdo de empresa<sup>88</sup>.

Por último a veces el reenvío es solo para la remoción de los límites legales, sobre los que el convenio no se pronuncia: en lugar de ejercitar las posibilidades derogatorias que la ley le asigna, se remite la competencia al acuerdo de empresa –a quien el ET sólo se la asigna a falta de convenio<sup>89</sup>–

d) Por último, por lo que se refiere al régimen jurídico de los acuerdos de empresa, aunque no es frecuentísimo encontrar pactos al respecto, sí puede reseñarse alguna idea respecto a los vinculados a la determinación del tiempo de trabajo. De entrada, en punto a legitimación, no son infrecuentes

los convenios que, a falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores, permiten que la negociación se desarrolle directamente con los trabajadores afectados<sup>90</sup>. Este tipo de cláusulas, aunque permite salir del problema derivado de la inexistencia de órganos representativos abre otras cuestiones puesto que suponen perder el carácter colectivo del acuerdo sustituido por un ejercicio más o menos extenso de la autonomía individual. Por eso son de destacar aquellas estipulaciones que establecen una garantía adicional –por ejemplo, exigen que se alcance el acuerdo mayoritario<sup>91</sup> o evitan la posibilidad de acuerdos individuales llamando a la negociación al sindicato más representativo<sup>92</sup>–.

En otro orden de consideraciones, interesa asimismo resaltar cómo no es infrecuente, aunque no se prevé tanto como sería deseable, el establecimiento de mecanismos que permitan salir del *impasse* negociador derivado del acuerdo de empresa. Aparte otras soluciones menos creativas<sup>93</sup>, el mecanismo más extendido suele ser la posibilidad de que la falta de acuerdo sea integrada por la actuación de la comisión paritaria del convenio territorial del que el acuerdo de empresa trae causa<sup>94</sup>.

Menos frecuentes aún son los convenios que asignan a la comisión paritaria facultades de control de los acuerdos de empresa suscritos en el ámbito de aplicación del convenio de que se trate. Se sujeta en algunos casos a ratificación por su parte de lo negociado a nivel de empresa<sup>95</sup>, aunque en algún supuesto lo único que se establece es una obligación de mera notificación<sup>96</sup>.

## **B) La remisión a la autonomía individual**

Por lo que se refiere, por último, a la posibilidad de que las funciones que se han predicado de los acuerdos de empresa sean explorados por la autonomía individual, mediante específicos pactos contractuales, no aparece muy explorada en relación con el tiempo de trabajo. Por supuesto que, conforme a las reglas generales, los acuerdos individuales que mejoren las condiciones convencionales –o las establecidas en los acuerdos de empresa– han de ser admitidos. En este contexto, la cuestión se limita a saber si existen supuestos en los que se abren al contrato individual posibilidades de actuación más intensas, mediante el desplazamiento del contenido del convenio colectivo o a través de la integración en aquellos temas en los que el convenio se abstenga de establecer una regulación detallada reenviándola al pacto individual.

Sobre este particular, la respuesta es la siguiente. Desde una perspectiva cualitativa, las previsiones de los convenios colectivos al respecto son muy similares a las que se han analizado cuando se han estudiado los acuerdos de empresa: las áreas temáticas de remisión son similares así como la presencia de posibles acuerdos individuales tanto complementarias como derogatorias. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los acuerdos de empresa, los supuestos de reenvío a la autonomía individual son claramente marginales<sup>97</sup>.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que esta aproximación es exclusivamente formal, relacionada, esto es, con los convenios que se remiten ex-



presamente a ella. Otra cosa es que, materialmente, el contenido de la disciplina convencional pueda dejarle espacios crecientes al no cerrar el régimen jurídico de algunas instituciones.

## Notas

<sup>1</sup> Véase, para una rápida aproximación, RAMM, T., «El *laissez-faire* y la protección de los trabajadores por parte del Estado», en HEPPLÉ, B. (comp.), *La formación del Derecho del Trabajo en Europa* (1986), Madrid (MTSS), 1994, pp. 99 ss.

<sup>2</sup> La primera expresión se encuentra en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva», RL 1999-I, pp. 318 ss. La segunda, en TUDELA CAMBRONERO, G., y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *Tiempo de trabajo y flexibilidad*, Madrid (Fundación alternativas), 2005, pp. 7 ss. Véase además, entre otros, MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, Madrid (CES), 2005, pp. 1 ss.

<sup>3</sup> La determinación de la jornada era, desde luego, contenido de la negociación interconfederal de los años 80 (cfr. cl. VI AMI-1980 o art. 6.a] AI 1983). Los acuerdos más recientes no se ocupan directamente de la cuestión, si bien mantienen su carácter central para la negociación que ordenan a través de la idea de atención a los costes laborales unitarios a los que se alude desde el AINC-2003. Por ejemplo, en el AINC-2007, cap. VI, al referirse a los criterios en materia salarial, en punto a «otros aspectos a considerar» se alude no sólo los directamente salariales sino los «costes laborales no salariales» y «los aspectos que afectan al grado y utilización del factor trabajo» entre los que se incluyen los aspectos vinculados al tiempo de trabajo.

<sup>4</sup> Con independencia de otras instituciones, la cuestión más relacionada se encuentra en el tratamiento de las horas extraordinarias. De hecho la limitación de las horas extraordinarias ha estado presente desde el AMI-1980 (ap. VII) hasta la actualidad. Y si bien en el momento presente no se detecta el intenso esfuerzo regulador que caracteriza la negociación interconfederal de los años 80 (cfr. por ejemplo art. 8 AINC 1985-1986 integrado en el AES), continúa asignándose como objetivo a la negociación ordinaria «la limitación de las horas extraordinarias que no sean estrictamente necesarias» (cap. V.3 AINC 2007, que reitera cláusulas idénticas de los AINC anteriores).

<sup>5</sup> En esta línea de tendencia se integran las sucesivas reformas del art. 37 ET tanto en materia de permisos retribuidos como de adaptaciones o reducciones de jornada (cfr. las modificaciones introducidas por Leyes 31/1995, de 8 de noviembre, 39/1999, de 5 de noviembre o 12/2001, de 9 de julio). La tendencia se cierra, por ahora, con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que, además de volver a modificar el indicado precepto estatutario, abre nuevos temas: aparte la cuestión de las relaciones entre vacaciones y maternidad (art. 38.3.II ET), es preciso destacar la regla del art. 34.8 ET en relación con el criterio general de adaptación de jornada y horario, en los términos previstos por la negociación colectiva, a las necesidades del trabajador en punto a adaptación de su vida personal, familiar y laboral.

<sup>6</sup> Cap. V.3 AINC 2007, que recoge ideas presentes desde 2001 en los sucesivos AINC. Cabe igualmente aludir, desde la perspectiva de los trabajadores, a las estipulaciones en relación con la conciliación de la vida laboral y familiar que también hacen referencia a las cuestiones vinculadas a la distribución del tiempo de trabajo (cfr. Cap. VI AINCV 2007, que también recoge ideas presentes en la negociación interconfederal desde 2001).

<sup>7</sup> Para un análisis en esta clave, véase, por todos, MONREAL, *La jornada de trabajo* cit., donde se encontrará un análisis detallado de las cuestiones que se exponen a continuación. Véase también ESCUDERO, «Significación del tiempo de trabajo», pp. 314 ss. Los cambios a que se hace referencia habían sido anticipados por la reflexión doctrinal (cfr. ALARCÓN CARACUEL, M.R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid [Tecnos], 1988, pp. 152 ss.) y por las propias fricciones interpretativas entre la literalidad de las leyes y los desarrollos convencionales que se detectaban en la jurisprudencia (cfr. MONREAL, *La jornada de trabajo* cit., p. 12).

<sup>8</sup> Art. 6 Acuerdo Interconfederal de 1983 (publicado en el BOE de 1 de marzo)

<sup>9</sup> Art. 8 Acuerdo Económico y Social para 1985 y 1986 (publicado en el BOE de 10 de octubre de 1984).

<sup>10</sup> Arts. 7 ss. AI y 10 ss. AES.

<sup>11</sup> Letra d) art. 6 AI.

<sup>12</sup> Véase en la misma línea AINC-2005 (de 4 de marzo de 2005 y publicado en el BOE del siguiente 16), que fue prorrogado para 2006 (acuerdo de 26 de enero publicado el siguiente 10 de febrero).

<sup>13</sup> Anexo 17 <26<; art. 5 <39<; art. 5 <74<; art. 6 <86<, art. 9 <88<, art. 7 <116<, art. 7 <117<.

<sup>14</sup> Cfr. cláusula obligacional <91<.

<sup>15</sup> Se sitúan muy claramente en esta línea art. 7 <87<. La regla general, establecida en el apartado 2, es que todo lo regulado en el convenio tiene carácter de mínimo salvo expresa remisión, que determinará de que se trate. Las materias previstas en el art. 84.3 ET quedan cerradas a los ámbitos inferiores. Reglas similares se encuentran en algún sector afín (art. 7 <109<) pero también en otros convenios (art. 1 <55<, art. 6 <50<, art. 6 <71<, art. 3 <98<). Cabría traer también a colación art. 4 <59<, si bien es probable que no involucre los aspectos del tiempo de trabajo puesto que el carácter mínimo se postula solo del salario.

<sup>16</sup> Como sucede, por ejemplo, con art. 17 <84<.

<sup>17</sup> Art. 5 <105<.

<sup>18</sup> Art. 1 <4< que se autotitula Acuerdo Marco y prevé su aplicación cuando no haya nada, permitiendo que las unidades inferiores, con total libertad, establezcan sus propios convenios renunciando a las ventajosas de 83 y 84 ET.

<sup>19</sup> Art. 4 <82<.

<sup>20</sup> Puede citarse disp. derogatoria <5< respecto a los convenios de ámbito inferior, en relación con la desaparición de las ordenanzas. Véase también art. 1 <20<.

<sup>21</sup> Tal es el caso del art. 6 <34< que parte del respeto a las reglas vigentes en unidades inferiores, sin perjuicio de prever aplicación supletoria para lo no previsto en convenios de empresa. También en art. 5 <47<.

<sup>22</sup> A favor, por ejemplo, de la negociación autonómica (cfr. art. 1 <54<).

<sup>23</sup> Algunos convenios reproducen las reglas legales sobre concurrencia entre convenios, sin perjuicio de que en los ámbitos inferiores puedan «adaptarse o adecuarse a las especificidades de cada caso las condiciones generales aquí pactadas» (art. 2 <65<; art. 6 <7<; art. 5 <73<).

<sup>24</sup> Es el caso del art. 7 <29< que, tras reconocer e los convenios de ámbito inferior ya vigentes, alude al «derecho de efectuar pactos de acomodación» en estos mismos ámbitos.

<sup>25</sup> Las posibilidades son varias. A veces se excluye la negociación territorial de ámbito inferior al estatal, admitiendo solo la posibilidad de convenios de empresa (art. 6 <81<; véase también art. 4 <49<). En otros casos, lo que se hace es excluir la posibilidad de que aparezcan convenios concurrentes reconociéndose, sin embargo, la posibilidad de acuerdos de empresa. En este sentido, art. 2 <35<: compromiso de no negociar, y de oponerse a deliberar en todo ámbito inferior «lo que no impide acuerdos de carácter peculiar a que puedan llegar las empresas con los representantes sindicales de los trabajadores». El mismo convenio insiste en la idea en art. 41. Véase también acuerdo 5 <16<: aunque parte del compromiso de no abrir unidades de negociación en ámbitos inferiores, reconoce también que «todas aquellas materias que no hayan sido declaradas indisponibles por la ley o por el convenio colectivo, podrán ser objeto de regulación entre la Dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores en el centro de trabajo o por acuerdo individual» con los límites del propio convenio y la ley.

<sup>26</sup> De hecho, alguno de los convenios que han sido objeto de consideración en el apartado anterior –y cuyas reglas generales miran precisamente a la restricción de negociaciones en ámbitos inferiores– parten de la posibilidad de adaptación en el empresarial de aspectos vinculados al tiempo del trabajo. Es el caso del convenio <109< que respeta las jornadas preexistentes (art. 45.2), abriendo un derecho de opción mediante acuerdo de empresa, para acomodarse a las

reglas del convenio estatal (disp. ad. 1ª) y permite distribuciones horarias diferentes a las previstas en el convenio estatal (art. 45.8).

<sup>27</sup> Tal ocurre en el ámbito de derivados del cemento en el que se prevé la competencia exclusiva para negociación sectorial estatal «jornada» (art. 2 <48<), con renuncia a utilizar las facultades del art. 84 (art. 3) y asignando prioridad al convenio superior en caso de concurrencia. Dado que jornada se entiende en sentido bastante amplio en la regulación, se entiende la afirmación del texto. En otros casos, la reserva se extiende a «jornada y vacaciones» (arts. 1 <30<, 1 <31<, 1 <33<, 5 <53< o 1 <58<).

<sup>28</sup> Es el caso del sector del bingo. El art. 2 <19< asigna al acuerdo eficacia de convenio marco y sus arts. 7 a 9 trazan un ambicioso modelo de relaciones entre convenio estatal marco y convenios autonómicos (o provinciales residuales) que aparecen como segundo nivel. Existe un elenco de materias reservadas al nivel estatal (título II). La jornada y todos sus aspectos están sin embargo en título III que, conforme al art. 8.3.b) tiene el carácter de «mínimo indisponible en todo el territorio del estado» de modo que «los convenios sectoriales de ámbito inferior podrán desarrollar y mejorar la regulación contenida en el mismo» y, además, tienen eficacia subsidiaria para los aspectos que no se regulan.

<sup>29</sup> Un caso claro es el del sector de telemarketing (<113<). Aunque presenta un claro ánimo de cerrar la negociación en niveles inferiores, considera «de interés» que se aborde en el ámbito autonómico, entre otras, «las materias relativas a calendario laboral» (art. 4). Véase también en este último sentido arts. 6 <50< y <71<.

<sup>30</sup> Art. 10.1ª y 3ª <42< y art. 10 <60<.

<sup>31</sup> Art. 4 <100<.

<sup>32</sup> Arts. 3 <6< y 26 <116<.

<sup>33</sup> Art. 3 <101<. Un caso peculiar se encuentra en art. 11 <9< que «olvida» reservar los aspectos cuantitativos al convenio inferior, aunque luego parte de esta idea puesto que encomienda a los convenios inferiores la fijación de los «calendarios provinciales y locales que concretan la distribución de la jornada anual de trabajo efectivo».

<sup>34</sup> Art. 1.4 <52<.

<sup>35</sup> Art. 10 <60<.

<sup>36</sup> Art. 2 <3<.

<sup>37</sup> Art. 6 <79<. O «jornada laboral anual máxima» (art. 13 <2<).

<sup>38</sup> Art. 4 <83<.

<sup>39</sup> Art. 4 <72<.

<sup>40</sup> Art. 7 <1<.

<sup>41</sup> Art. 6 <62<.

<sup>42</sup> Tal ocurre en <62<, citado en una nota anterior. A pesar de su genérica declaración se advierte que la reserva se refiere solo a las normas básicas del acuerdo estatal, siendo posible su concreción y desarrollo por las inferiores. Asimismo, la reserva es tan drástica que requiere ciertos matices en la forma de entrar en vigor (cfr. art. 21 <62<, sobre carácter paulatino en los ámbitos ocupados por convenio provincial). Igual, y más claramente, en el convenio <55< cuyo art. 10 cierra la negociación inferior por la vía de los mínimos pero que admite después pactos derogatorios en el nivel inferior (cfr. arts. 21, 23 o 25, respecto a distintos aspectos del tiempo de trabajo).

<sup>43</sup> Aunque se reserva al convenio estatal la jornada anual, se reenvía a los convenios inferiores, el «calendario de distribución de la jornada anual de trabajo efectivo», las «horas extraordinarias» y las «vacaciones y descansos» (Art. 4 <83<). Cabe traer también a colación <3< pues, a pesar de reservar trabajo efectivo anual, vemos después en art. 15 que los espacios al alcance de la negociación inferior son abundantes. Los aspectos de distribución de jornada se pueden desarrollar en el centro de trabajo y también cabe que las partes firmantes del convenio puedan negociar en ámbitos superiores a la empresa «negociar acuerdos en materia de distribución de jornada, horario y descansos».

<sup>44</sup> Se trata del sector de yeso, cal y escayolas (<64<). La distribución de materias (art. 4) implica que se reservan para el convenio estatal, entre otras, el régimen de distribución irregular

de jornada (sin perjuicio de la adaptación de la misma a los ámbitos inferiores), las horas extraordinarias (normas generales) y la duración máxima de la jornada anual. Y se asigna carácter mínimo a la regulación estatal sobre régimen de descanso y duración de las vacaciones anuales y licencias y permisos, y suspensiones del contrato de trabajo.

Muy parecidas son las disposiciones contenidas en art. 8 <45>. Se prevé: un ámbito de reserva para el convenio estatal con inclusión, entre otras, de «duración máxima de la jornada anual, régimen de distribución irregular de jornada (sin perjuicio de la adaptación de la misma a los ámbitos inferiores), horas extraordinarias (normas generales)» y un ámbito de establecimiento de mínimos: entre otras, «régimen de descanso y duración de las vacaciones anuales, licencias y permisos y suspensiones del contrato de trabajo».

<sup>45</sup> Art. 1.2 <102> en relación con convenios supraempresarial de ámbito geográfico o funcional menor al estatal, el apartado 3 procede a reservar materias al nivel estatal. Entre ellas la letra b) «jornada máxima anual y su distribución».

<sup>46</sup> El art. 8 <12> admite que existan convenios de ámbito inferior, siempre que se sean más favorables; pero no pueden negociarse en ámbitos inferiores ni los «criterios generales sobre la ordenación y el cómputo de la jornada» ni la «delimitación de las horas extraordinarias y regulación de jornadas irregulares».

<sup>47</sup> Art. 11.2 <89>.

<sup>48</sup> El convenio general (<42>) tiene la prioridad aplicativa. Es cierto que ello se afirma, sin perjuicio de las previsiones del ET (art. 6), pero se prevé una renuncia a la regla del art. 84.2 ET (art. 7.2)–. Es claro el interés (general no sólo respecto a tiempo de trabajo) de cerrar con las normas que se establecen la estructura negocial como demuestra el art. 4 sobre «cobertura negocial».

<sup>49</sup> Art. 4 <83>.

<sup>50</sup> Art. 11.2 <89>.

<sup>51</sup> Art. 1.3.b) <102>.

<sup>52</sup> Por lo demás, las fórmulas son variadas. A veces la reserva tiene vocación absoluta, existiendo la voluntad de no promover negociaciones en ámbitos inferiores y, para el caso de que ello se produzca, reservando al convenio superior las materias que nos ocupan y asignándole prioridad aplicativa (Art. 7 <1>). En <48> la competencia exclusiva para negociación sectorial estatal «jornada» (art. 2) va acompañada de la renuncia a utilizar las facultades del art. 84 (art. 3) y a la asignación de prioridad al convenio superior en caso de concurrencia. En otros casos, no se advierte tanto recelo respecto a la negociación de ámbitos inferiores distribuyéndose las materias entre unos y otros (art. 1.4 <52>; art. 4 <72>) o permitiendo que, en las materias no expresamente reservadas, se negocie en aquellos de acuerdo con el criterio de favorabilidad. Se admite entonces que existan convenios de ámbito inferior, siempre que sean más favorables; pero no pueden negociarse en ámbitos inferiores, entre otras, ciertas materias vinculadas al tiempo de trabajo (art. 8 <12>; art. 4 <64>; art. 3 <101>). Se detectan igualmente casos en los que se combinan la técnica de la reserva de unas materias con la supletoriedad de otras. Según el art. 6 <93> el convenio estatal posee eficacia directa para unas materias e indirecta para otras. La directa supone que el convenio estatal se reserva. La indirecta que establece una regulación pero que puede ser desplazada a nivel inferior. Entre estas materias el apartado 2 incluye, entre otras, «jornada anual, horario de trabajo y vacaciones». En las materias de eficacia indirecta, el convenio estatal actúa como supletorio (art. 7). Además, la distribución de la jornada se reenvía a convenios inferiores (art. 25). Luego, las vacaciones se configuran como mínimo (art. 26), lo cual ocurrirá en todo caso. Incluso coexisten ocasionalmente tres técnicas: reserva de parte de la materia, carácter mínimo, carácter disponible/eficacia supletoria (art. 8 <45>).

<sup>53</sup> Un buen ejemplo en <19>, cuyo art. 2 asigna eficacia de convenio marco y cuyos arts. 7 a 9 trazan un ambicioso modelo de relaciones entre convenio estatal marco y convenios autonómicos (o provinciales residuales) que aparecen como segundo nivel. Existe un elenco de materias reservadas al nivel estatal (título II). La jornada y todos sus aspectos están sin embargo en título III que, conforme al art. 8.3.b) tiene el carácter de «mínimo indisponible en todo el territorio del estado» de modo que «los convenios sectoriales de ámbito inferior podrán desarrollar y mejorar la regulación contenida en el mismo» y, además, tienen eficacia subsidiaria para los as-

pectos que no se regulan. Véanse además el caso de la ciertamente confusa cláusula contenida en art. 2 <3>. Igualmente, art. 12 <9>.

<sup>54</sup> Véanse por ejemplo SSTs de 3 de noviembre de 2000, rec. 1554/2000, 26 de enero de 2004, rec. 21/2003 (madera), 1 de junio de 2005, rec. 100/2004 (construcción).

<sup>55</sup> La diferencia de tratamiento se advierte en los arts. 1 <30>, 1 <31>, 1 <33>, 5 <53> o 1 <58>. Aunque para los niveles territoriales, los acuerdos reproducen el contenido del art. 84.3 ET como materia reservada al nivel estatal, respecto de los empresariales proceden a excluir también la negociación sobre «jornada y vacaciones».

<sup>56</sup> Tal ocurre, por ejemplo, en art. 4 <83> o 4 <113>. Véase también art. 5 <53>.

<sup>57</sup> Por ejemplo, <120>, <127>, <141>, <146>, <147>, <275>.

<sup>58</sup> Ocasionalmente, el cierre de la unidad se pretende completo. Tal es el caso de los puestos en que se establecen compromisos, con base en art. 84 ET, de no promover negociaciones que pudieran suponer modificación total o parcial del convenio: DA 1ª <281>. En otros casos el convenio territorial se asigna la preferencia aplicativa (art. 7 <272>) aunque a veces la vigencia efectiva de este criterio se dilata para permitir la expiración de los convenios concurrentes (art. 7 <181>). Se llega incluso a prever el procedimiento para hacer efectiva la primacía del convenio territorial frente a las unidades inferiores mediante una cláusula de adhesión de modo que las empresas del sector con convenio propio, siempre que lo acuerde su comisión paritaria, se acojan al convenio sectorial con carácter subsidiario (art. 2 <286>)

<sup>59</sup> Se excluye la aplicación del convenio superior, salvo que en su conjunto sea más favorable: art. 4 <287>, 4 <294>, 1.4 <295>.

<sup>60</sup> Art. 6 <279>, art. 3 <280>. Véase también art. 6 <299>.

<sup>61</sup> Para construcción, en línea con directrices del convenio general, véanse art. 1 <194>; 4 <195>, 8 <197>, 8 <198>, 10 <201>; 4 <202>; 6 <203>, 10 <204>, 4 <206>, 7 16 <208>. No es el único sector (art. 8 <123>).

<sup>62</sup> Art. 5 <140>.

<sup>63</sup> Art. 4 <298>.

<sup>64</sup> Art. 15 <242>.

<sup>65</sup> Véanse en esta línea: arts. 6 <130>, 9 <134>, 2 <137>, 5 <144>, 7 <154>, 5 7 <156>, 7 <157>, 7 <205>, 3 <240>, DF <251> y art. 8 <256>.

<sup>66</sup> Art. 11 <365>; cl. adicional III <381>, arts. 5 <351>, 7 <333>. Ocasionalmente este planteamiento se relaciona con la necesidad de armonizar las condiciones de trabajo al conjunto de la geografía nacional, evitando la aplicación de los convenios provinciales (art. 8 <354>).

<sup>67</sup> Arts. 6 <345>, 6 <346>, 7 <347>, 7 <348>, 7 <349>, 1 <361>, DF 1ª <362>.

<sup>68</sup> Las previsiones en concreto postulan la indisponibilidad a efectos de los arts. 83 y 84 de lo establecido en el art. sobre descanso semanal y festivos (art. 25 <287>) y comoquiera que se suspende la tradicional prohibición se establecen reglas para asegurar que tampoco por vía individual se burle el régimen jurídico (art. 28 <287>). Véase también la primera idea en art. 15 <289>.

<sup>69</sup> Véanse, entre otros muchos, arts. 3 <119>, 7 <122>; 6 <123>, 7 <124>, 8 <130>, 9 <136>, 3 <138>, 5 <139>, 4 <140>, 4 <143>, 3 <144>, 8 <145>, 12 <270>, 10 <272>, 6 <273>, 4.2 <274>, 5 <278>, 4 <281>, 6 <282>, 6 <289>, 6 <297>.

<sup>70</sup> Arts. 7 <148>, 4 <150>, DT 1ª <276>.

<sup>71</sup> Por ejemplo, arts. 6 <153>, 28.a) 7 <154>, 8 <196>, 33.4. <198>, 28 <209>, 7 <285>; 22 <287>; 15 <289>

<sup>72</sup> Arts. 32 y 33 <6>.

<sup>73</sup> Véanse ap. II.3 <301>, art. 3 <332>. Los indicados convenios actúan como acuerdos-marco, reproduciendo esquemas típicos de los convenios de sector. Se observa la centralización de aspectos cuantitativos (Vacaciones, Jornada de trabajo, Clasificaciones de horas extraordinarias), siendo posible negociar lo demás a nivel de centro.

<sup>74</sup> Tal es el caso normalmente en el terreno del horario. Véanse, por ejemplo, art. 57

<304< o Anexo VI <383<. A veces, se procede reconociendo facultades empresariales en este terreno (por ejemplo, art. 21 <393<).

<sup>75</sup> Determinación de calendario (art. 8 <356<), posible estudio centro por centro de un la implantación de un cierto tipo de horario (la jornada continuada: art. 18.6 <354<), posible distribución irregular de la jornada (arts. 25 <389<, 23 <392<), concreción de los descansos (art. 12 <329<) o de los puentes (art. 17 <309<), y sistemas de concreción de la compensación de los excesos de jornada (arts. 17 <309< y 24 <364<).

<sup>76</sup> Ocasionalmente se establecen requisitos adicionales de carácter material (que se trate de materias que tengan interés específico en el centro de que se trate) y procedimental (que se produzca la ratificación del acuerdo de centro por la comisión paritaria): cl. adic. 1ª <381<. En otros casos, lo negociado a nivel de centro debe ser objeto de ratificación por el comité intercentros (art. 11 <380<) o debe ser objeto de tratamiento en una específica comisión paritaria existente a nivel de empresa llamada comisión de jornada (art. 53 <344<).

<sup>77</sup> Así art. 4 <277< fija la jornada anual y después art. 5 prevé «se respetará el sistema de horarios y turnos que las empresas tengan establecidos con su personal. Cualquier modificación ... se ajustará a la normativa vigente». Lo primero también en art. 28 <265<.

<sup>78</sup> Por ejemplo, arts. 32 <6<, 21 <134<, 11 <144<, 46 <195<, 51.2 <202<, 70 <203<, 16 <207<, 25 <208<, 35.2 <198<, 7 <280<, 30 <182<, 15 <122<; art. 20 <123<; art. 24 <287<.

<sup>79</sup> arts. 23 <123<, 19 <124<, 20 <128<, 20 <135<, 18 <139<, 25 <156<, 16 <158<, 6 <185<, 17 <199<, 28 <209<, 9 <227<, 9 <231<, 11 <237<, 21 <240<, 12 y 28.4 <269<, 20.2 <270<, 22 <278<, 28.a) 7 <154<, 8 <196<, 18 <253<, 24 <261<, 11 <225<, 12 <228<, 24 <170<, 9 <219<, 30 <182<, 57.3, 4 <204<, 47 <258<.

<sup>80</sup> Por ejemplo, arts. 3 <168<, 18 <184<, 17 <148<, 28 <130<, 28 <209<, 18.4 <253<.

<sup>81</sup> Por ejemplo, art. 34 <6<.

<sup>82</sup> Arts. 25 <121<, 25 <124<, 22 <128<, 29 <130< 16 <131<, 8.3 <150<, 29 <209<, 27 <124<, 32 <130<

<sup>83</sup> Por ejemplo, arts. 56 <9< o 12 <150<.

<sup>84</sup> Por ejemplo, arts. 53 <9<, 9.2 <238<, 3 <241<, 17 <252<.

<sup>85</sup> Sólo como matiz a las ocasionales cláusulas de cierre de la negociación de empresa, afectante «régimen retributivo y jornada laboral». Estos no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores al mismo... pero solo cuando tal negociación «suponga una menor retribución en proporción a la jornada anual pactada» (art. 3 <131<). Por tanto, sí que cabe negociación para fijar cosas más favorables.

<sup>86</sup> En el primer sentido, por ejemplo, arts. 16 <157<, 14 <187<, o 6 <200<. En el segundo, por ejemplo, arts. 20 <128<, 15.6ª <129<, 31 <130<, 15 <131<.

<sup>87</sup> Por ejemplo, art. 18 <139<, 21 <240<, 12 y 28.4 <269<, 22 <278<, 28.a) 7 <154<, 8 <196<, 18 <253<, 24 <261<, 11 <225<, 12 <228<, 24 <170<, 9 <219<. También quedan sujetos a límites el desarrollo a realizar mediante un acuerdo complementario: arts. 30 <182<, 7 <280<.

<sup>88</sup> Por ejemplo, art. 18 <184<, 20 <135< (con referencia a las «necesidades del servicio»), 47 <258< («causas económicas, técnicas, organizativas y de producción»).

<sup>89</sup> Véanse, por ejemplo, arts. 23 <123< o 20.2 <270<.

<sup>90</sup> Arts. 18 <184<, 11 <237<, 9.2 <238<, 12 y 28.4 <269<, 22 <278<, 18 <289<.

<sup>91</sup> Por ejemplo, art. 25 <121<.

<sup>92</sup> Por ejemplo, art. 24 <261<.

<sup>93</sup> Por ejemplo, reenviar el tema al procedimiento del art. 41 ET: art. 12 <138<.

<sup>94</sup> Arts. 30 <182<, 35.2 <198<, 57.3 y 4 <204<, 3 <241<, 17 <292<.

<sup>95</sup> Por ejemplo, arts. 18 <139<, art. 18 <253<, art. 3 <168<.

<sup>96</sup> Art. 24 <170<.

<sup>97</sup> Se detectan remisiones a acuerdos individuales en relación con la distribución de la jornada, distinta a la prevista en el convenio (art. 5 <295<, 11.3 <368<), alterar las condiciones del disfrute de la compensación de horas extra (art. 12 <281<) o del trabajo en festivos (art. 25bis <170<, 24 c) y d) <264<, 9 <283<), del sistema de cómputo del descanso semanal alternativos previsto en el convenio (art. 25 <170<, 8 <285<, art. 20 <324<, 29 <328<), la fijación de períodos vacacionales alternativos (art. 22 <281<) o la variación de criterios sobre determinación de las vacaciones (art. 12 <150<), la supresión de ciertas garantías en relación con las horas complementarias (art. 40 <157<), la variación de las decisiones tomadas a nivel colectivo para la compensación de los excesos de jornada (art. 5 <251<) o la selección entre los diversos sistemas que en aquel se establecen (art. 17 <292<, 8 <356<), la determinación de la compensación por uso empresarial de las bolsas de horas (art. 17 <259<, 29 <263<, 27.4 <265<)...

## Capítulo I

### LA JORNADA DE TRABAJO Y SU DETERMINACIÓN

*Remedios Roqueta Buj*

Por jornada de trabajo se entiende el tiempo que en cada día, semana, año o parámetro temporal de que se trate, se dedica por el trabajador a la ejecución del contrato de trabajo. Como ALONSO OLEA señalara en su día, lo que el trabajador debe al empresario no es realmente tiempo de trabajo, sino el trabajo prestado durante un cierto tiempo. Se presupone que la jornada se invierte en un trabajo efectivo y real y, en tal sentido, la jornada es la primera aproximación para medir la prestación que el trabajador debe al empresario<sup>98</sup>.

La jornada de trabajo ofrece dos vertientes: una cuantitativa y otra cualitativa. La primera hace referencia a la duración de la jornada, esto es, a las horas de trabajo que se corresponden con el salario. La segunda, en cambio, alude a la distribución del total de las horas de trabajo que el empresario tiene a su disposición. Ambas vertientes están indisolublemente unidas, pues pueden considerarse planos interdependientes entre sí<sup>99</sup>.

La negociación colectiva se ocupa de ambas vertientes, atendiendo a un complejo equilibrio de funciones, de suerte que puede hablarse de un sentido polivalente de las normas convencionales sobre el tiempo de trabajo<sup>100</sup>. De un lado, las cláusulas convencionales que se ocupan de la duración de la jornada tienen por finalidad esencial proteger a los trabajadores, al establecer límites a la duración del trabajo y al garantizar los descansos de los mismos, lo que guarda una relación directa con el derecho a la salud de tal colectivo. De otro lado, las cláusulas convencionales que abordan la distribución de la jornada de trabajo tienden claramente a satisfacer los intereses empresariales, al establecer fórmulas de ordenación flexible del tiempo de trabajo que se ajusten a la organización de los sistemas productivos en aras a una mayor productividad y competitividad de las empresas. Ambos aspectos están presentes en la negociación colectiva, pero indudablemente en el momento presente es la distribución del tiempo de trabajo la que adquiere por sí



misma el protagonismo. Lo que se explica por el mayor poder regulador de que disponen en la actualidad los agentes sociales a la hora de establecer fórmulas que favorezcan la adaptabilidad de la ordenación del tiempo de trabajo a las especiales características de los diferentes sectores y empresas.

## 1. LA DURACIÓN DE LA JORNADA

### 1.1. La duración de la jornada en los diferentes módulos temporales

En cuanto a la jornada de trabajo, hay que diferenciar entre la duración de la jornada y el módulo temporal para computar dicha jornada<sup>101</sup>. En efecto, el trabajo se determina por referencia a la duración de la jornada, pero también es necesario fijar los módulos temporales en que se debe prestar la cantidad o duración del tiempo de trabajo debido por el trabajador. La razón de ello es doble<sup>102</sup>: en primer lugar, al ser la prestación laboral de carácter continuado y duradero y no de ejecución instantánea y periódica, se precisa para cumplir con el requisito de determinación, prefiar los parámetros temporales en los que se sitúa el trabajo; en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, se debe acotar la disponibilidad del trabajador, pues, de lo contrario, se produciría una prestación sin límites, lo que supondría una extralimitación del objeto contractual al trascender a tiempos del trabajador no implicados en el negocio jurídico; el empresario podría disponer del tiempo libre del trabajador y de su vida privada. En fin, por jornada se entiende el tiempo que el trabajador debe a la empresa en un marco temporal concreto o específico<sup>103</sup>.

El art. 34 del ET establece la duración de la jornada laboral en tres módulos diferentes: el diario, el semanal y el anual. Y lo hace a través de normas de diferente naturaleza que abren distintas opciones a los interlocutores sociales para que diseñen el régimen jurídico del cumplimiento de la prestación de trabajo que más y mejor se ajuste a las características de los diferentes entornos productivos. En particular, los convenios colectivos, con base a lo dispuesto en los apartados 1º y 2º del antecitado precepto legal, pueden sustituir el módulo semanal por otro superior (por ejemplo, bimensual, mensual, bimensual, etc.). Además, no están obligados a contener la jornada real de los trabajadores, y más concretamente las horas por días durante el año laboral. Como señala la STS de 14 de febrero de 2007 (Rec. núm. 93/2006), el art. 34 del ET «tras establecer que “la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo”, determina, que la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en computo anual», o dicho de otro modo, al módulo diario tradicional del cómputo diario de la jornada laboral, el precepto adiciona otros dos módulos, el semanal y el anual, por lo que «la opción por un módulo anual y la confección de un Calendario Laboral sin que en el mismo conste la jornada diaria, como aquí acontece, sea respetuosa con las señaladas previsiones del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores»<sup>104</sup>. Y, en este sentido, hay que indicar que

cuanto mayor sea el módulo temporal empleado por la autonomía colectiva para distribuir la jornada de trabajo, mayor será el margen de maniobra de las empresas a la hora de distribuir el tiempo de trabajo ordinario y menor la necesidad de recurrir al trabajo extraordinario<sup>105</sup>. Pues bien, los convenios colectivos sectoriales estatales y autonómicos suelen limitarse a fijar la jornada anual, remitiéndose en su caso a los convenios o pactos de ámbito inferior para que distribuyan la jornada. En la negociación colectiva sectorial de ámbito provincial, se combinan los módulos anual y semanal. Al nivel supraempresarial, los agentes sociales suelen omitir la duración de la jornada diaria. En cambio, la tendencia principal de la negociación colectiva de ámbito empresarial es programar regímenes distributivos clásicos, normalmente a través de la fijación de la jornada semanal y preferentemente del tiempo de trabajo diario. Por lo demás, hay que indicar que en todos los ámbitos funcionales va ganando terreno el pacto de jornadas máximas en módulos superiores al semanal pero inferiores al anual, por ejemplo módulos mensuales o bimensuales.

#### **A) *La duración de la jornada diaria***

El art. 34.3 del ET establece que «el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas» (párrafo segundo) y que «los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos» (párrafo tercero). Se trata de una norma de naturaleza dispositiva o supletoria que expresa una regulación normal y directamente aplicable al tiempo que permite que la autonomía colectiva fije otra regulación distinta independientemente de que la misma resulte más o menos favorable para el trabajador. De este modo, la negociación colectiva puede disponer de la duración máxima del trabajo diario de los trabajadores mayores de dieciocho años y eliminarla, lo que se muestra como una de las principales manifestaciones de la flexibilidad laboral en materia de tiempo de trabajo<sup>106</sup>. En tal supuesto, la jornada diaria quedará limitada indirectamente por el descanso mínimo de doce horas que debe existir en todo caso entre el final de una jornada y el inicio de la siguiente (art. 34.3.1º ET) y que tiene carácter imperativo<sup>107</sup>. El descanso entre jornadas «vela por la salud del trabajador y por que éste disponga de un tiempo mínimo libre, para atender sus necesidades personales»<sup>108</sup>. Como señala la STS de 8 de junio de 2001 (Rec. núm. 4257/2000), no se puede negar que el artículo 34.3.1º del ET y la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, que regula determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, «están presididos por unos principios que actúan, en general, en forma de mínimos, estableciendo limitaciones en la jornada de trabajo y garantizando unos descansos inexcusables, sin perjuicio

de su regulación concreta en la negociación colectiva, pactos específicos o contrato de trabajo, pero siempre sometidos a aquellos límites indispensables». En definitiva, lo que persiguen una y otra norma –Estatuto de los Trabajadores y Directiva– es «velar por la salud del trabajador {...} mediante la concesión de un período de descanso que se considera necesario para el restablecimiento físico y psíquico del trabajador». Por lo demás, la regla que establece el art. 34.3.2º del ET sólo puede ser desplazada por una regulación de fuente colectiva, ya sea un convenio colectivo o un pacto subsidiario de empresa o de centro de trabajo<sup>109</sup>. En consecuencia, en ausencia de las expresiones de la autonomía colectiva a que se ha hecho referencia, se mantiene la duración de la jornada diaria en las nueve horas con el carácter de límite infranqueable como jornada ordinaria de trabajo, sin que esté a disposición del empresario el establecimiento de jornadas concentradas en pocos días prescindiendo de tal límite<sup>110</sup>.

En la negociación colectiva se constatan dos grandes tendencias a la hora de abordar la jornada diaria:

**1.ª)** La negociación colectiva puede fijar la jornada diaria. Ésta, a su vez, puede mantenerse dentro de los límites que establece el art. 34.3.2º y 3º del ET **(a)** o no **(b)**.

**a)** La autonomía colectiva suele detallar con precisión extrema la duración de la jornada diaria a los niveles de centro de trabajo, de empresa, grupo de empresas o, incluso, sectorial. En este sentido, es pauta común que los convenios colectivos fijen una jornada diaria fija, inferior o igual a nueve horas<sup>111</sup>. Esta jornada puede ser la misma todos los días de la semana y/o del año y también puede variar a lo largo de la semana o del año (por ejemplo, de invierno a verano)<sup>112</sup>. En este último supuesto, si durante los meses para los que se ha dispuesto una jornada inferior se realiza el mismo número de horas que están previstas para el resto del año, se incurrirá en un exceso sobre la jornada ordinaria que tendrá el carácter de extraordinario<sup>113</sup>. La autonomía colectiva también puede fijar una jornada diaria fija y plasmarla por ejemplo en el horario<sup>114</sup>. Igualmente, los convenios colectivos pueden asentar una jornada diaria máxima, inferior (7 u 8 horas, por ejemplo) o igual a nueve horas<sup>115</sup>. En la misma línea, los agentes sociales pueden instaurar la jornada semanal y los días semanales hábiles para el trabajo<sup>116</sup>, la jornada anual y los días semanales hábiles para el trabajo<sup>117</sup>, la jornada anual y el número de días laborales anuales<sup>118</sup>, la jornada anual, el número de días laborales anuales y la jornada diaria<sup>119</sup>, o, en fin, la jornada anual y un número mínimo y máximo de días efectivos de trabajo<sup>120</sup>, acotando por esta vía la duración máxima del trabajo diario. Otros convenios colectivos establecen la jornada semanal y nada más<sup>121</sup>, en cuyo caso los empresarios podrán distribuirla desigualmente entre los distintos días de la semana, pero de forma que las jornadas diarias ordinarias no excedan en ningún caso de nueve. Finalmente, algunos pactos fijan la jornada anual y remiten su distribución a los acuerdos de empresa, pero imponiéndoles límites en cuanto a la duración máxima (por ejemplo 9 horas) o a la

duración máxima y mínima de la jornada diaria (por ejemplo, 9 y 7 horas, ó 9 y 4,5 horas, respectivamente)<sup>122</sup>. En todos los supuestos en los que un convenio colectivo plasma un régimen de la jornada diario completo o sin fisuras y no da entrada expresa al pacto de empresa subsidiario, éste no tiene cabida, pues la propia autosuficiencia de la regulación convencional impide que el pacto de empresa lo modifique<sup>123</sup>.

b) Una segunda tendencia consiste en permitir jornadas ordinarias de más de nueve horas diarias. Así, algunos convenios colectivos admiten una distribución irregular de la jornada semanal si media el visto bueno del trabajador y también del comité de empresa o cuando las necesidades de la empresa lo requieran, debiéndose informar a la representación de los trabajadores, siendo dable entender que entre las diversas posibilidades de distribución irregular de la jornada semanal que podrían pactarse o, en su caso, establecerse se contiene la que se acaba de señalar, máxime cuando el convenio previene que la jornada diaria queda limitada por el descanso ínter jornadas<sup>124</sup>. Asimismo, hay convenios que fijan la jornada semanal y disponen que la consideración de extraordinarias queda reservada para las horas que excedan tal jornada, lo que permite interpretar que la intención de los agentes sociales es habilitar la existencia de jornadas diarias de más de nueve horas en concepto ordinario siempre que se cumpla con el descanso entre jornadas<sup>125</sup>. Otros convenios colectivos, preferentemente de ámbito sectorial, programan la jornada en ciclos superiores a la semana permitiendo que la jornada pueda exceder de nueve horas al día. Así se pueden traer a colación los siguientes ejemplos: convenios que establecen la jornada en cómputo bisemanal y remiten su distribución a la empresa, respetando el descanso mínimo entre jornadas y el descanso mínimo semanal<sup>126</sup>; convenios que fijan la jornada en cómputo trimestral y permiten ampliar la jornada diaria hasta doce horas si existe acuerdo con los representantes del personal y, si no existen estos últimos, con el trabajador<sup>127</sup>; convenios que prevén la planificación trimestral de la jornada anual y autorizan jornadas diarias de trabajo de hasta diez horas<sup>128</sup>; y convenios que establecen la jornada en cómputo cuatrimestral y permiten superar las nueve horas diarias<sup>129</sup>. En ninguno de estos casos opera el límite de las nueve horas diarias de trabajo efectivo a que se refiere el art. 34.3.2º del ET, de suerte que si la empresa respeta la jornada del trabajador, tanto en computo anual como bisemanal, trimestral o cuatrimestral, si se realizan más de nueve horas diarias, ninguna de ellas debe ser considerada como hora extraordinaria<sup>130</sup>. En la misma línea, hay convenios colectivos que remiten al acuerdo de empresa o al empresario la distribución irregular de la jornada anual y autorizan una jornada diaria por encima de nueve horas<sup>131</sup>. En estos casos, las horas que sobrepasan las nueve horas diarias son compensadas por tiempo de descanso en otro momento del año y no tienen la consideración de extraordinarias<sup>132</sup>. En algunos casos se habilita la existencia de jornadas diarias de hasta doce horas en concepto ordinario<sup>133</sup>, si bien dicha posibilidad se suele condicionar a que exista acuerdo con los representantes legales de los trabajadores y en defecto de éstos, con los propios trabajadores, y en otros se limitan las facultades de la empresa, estable-

ciendo una jornada diaria máxima, por ejemplo, de diez horas, o una jornada semanal máxima, verbigracia de 45 horas<sup>134</sup>.

Finalmente, existen convenios colectivos que disponen regímenes distributivos flexibles de la jornada laboral que permiten al empresario ampliar la jornada diaria tipo o estándar superando el tope de las nueve horas ordinarias de trabajo efectivo. Entre los convenios que introducen mecanismos flexibilizadores, unos contemplan la división modular de la jornada anual y otros no. Los primeros suelen ser de ámbito empresarial y fijan jornadas ordinarias bisemanales, trisemanales, mensuales o trimestrales, y permiten al empresario ampliar la jornada diaria sin superar las 9 horas y 30 minutos, las diez horas o las once horas diarias, o sin superar las nueve horas de trabajo efectivo al día o las 45 horas de trabajo efectivo a la semana. En alguna ocasión se exige que el exceso de horas sobre la jornada diaria habitual sea realizado al final o al inicio de la misma. Los convenios que introducen mecanismos flexibilizadores sin contemplar la división modular de la jornada anual, por lo general, suelen prever una bolsa de horas flexibles de cómputo anual (por ejemplo, de 60 ó 100 horas) para distribuir a lo largo del año en función de las necesidades de la empresa, sin sobrepasar las diez o las cuarenta horas semanales, o respetando tan sólo el descanso ínter jornadas. En alguna ocasión, los agentes sociales precisan que tales horas flexibles nunca serán en domingo, festivo o día de libranza, excepto en circunstancias especiales que la empresa deberá justificar y comunicar al trabajador con la suficiente antelación. También hay convenios colectivos que limitan la jornada flexible a un período determinado. Así, por ejemplo, existen convenios que establecen que dicha jornada no podrá superar un período continuado de cuatro semanas por cada trabajador y sin sobrepasar las 10 horas diarias y las 44 horas semanales.

2.<sup>a</sup>) En cuanto a los convenios colectivos que no fijan la jornada diaria, los hay que se limitan a señalar la jornada semanal y/o la jornada anual y nada más<sup>135</sup>. Como quiera que en estos supuestos se puede negociar un pacto de empresa o, en su caso, de centro de trabajo para plasmar la distribución de dicha jornada, de la propia literalidad de los convenios, que sólo establecen la jornada en cómputo semanal y/o anual, es posible inferir que el pacto subsidiario puede desplazar la regla del art. 34.3.2º del ET<sup>136</sup>. Igual conclusión cabe mantener en relación con aquellos convenios colectivos que implantan la jornada semanal y remiten su distribución diaria al acuerdo empresarial con los representantes de los trabajadores o que establecen la jornada máxima anual y permiten su distribución irregular si media el visto bueno de tales representantes<sup>137</sup>. Ahora bien, si el convenio o, en su defecto, el pacto subsidiario no disponen de la duración máxima legal del trabajo diario, éste deviene aplicable y todos los días se trabajarán como mucho nueve horas. Ni el pacto contractual ni el empresario podrán en ausencia de intervención convencional fijar jornadas diarias de más de nueve horas. Y ello es así incluso en aquellos casos en que el convenio autoriza al empresario o a la autonomía individual a distribuir irregularmente la jornada anual. Como señala la STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 1997, una cosa es que el convenio colectivo

permita en ciertas circunstancias la distribución irregular de la jornada de trabajo, y otra, bien dispar, que ello comporte una autorización para que la duración máxima de la diaria rebase las nueve horas<sup>138</sup>.

### **B) La duración de la jornada semanal**

La jornada máxima ordinaria, según reza el art. 34.1 del ET, «será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo», sin que pueda exceder «de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual». Como señala MONREAL BRINGSVAERD, este precepto posee una doble naturaleza jurídica de cara a la autonomía colectiva: norma mínima cuando cuantifica la jornada, y norma *half mandatory* o supletoria cuando la distribuye<sup>139</sup>. De un lado, fija una jornada máxima de cuarenta horas semanales de promedio en cómputo anual, de suerte que la negociación colectiva sólo puede regular este extremo en beneficio del trabajador reduciendo la jornada legal y, si fija una jornada mayor que la legal, la correspondiente cláusula convencional deberá tenerse por inexistente y quedará sustituida automáticamente por la jornada máxima establecida en el precepto legal. De otro lado, éste fija una distribución de la jornada en cuarenta horas todas las semanas al tiempo que permite a la autonomía colectiva sustituir el módulo semanal por otro, menor o mayor, siempre que la nueva distribución no implique superar la jornada máxima anual y se respeten los descansos diario, ínter jornadas y semanal, las fiestas laborales y las vacaciones anuales. En definitiva, el módulo semanal no es imperativo<sup>140</sup>.

Las fórmulas convencionales sobre este particular difieren, a saber:

a) La jornada semanal aparece como pauta general en la negociación colectiva sectorial de ámbito provincial y en menor medida en la negociación colectiva de ámbito de empresa, aunque cada vez va ganando terreno en todos los ámbitos funcionales, el pacto de jornadas máximas en módulos superiores al semanal pero inferiores al anual. También son cada vez más frecuentes los convenios de sector que confirman la jornada semanal y permiten negociar la distribución irregular de la jornada anual por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores o que fijan la jornada anual y remiten su distribución al pacto de empresa o de centro de trabajo<sup>141</sup>. Otros convenios establecen la jornada semanal y su equivalente en cómputo anual o la jornada anual y nada más<sup>142</sup>. En tales supuestos, parece clara la voluntad de los negociadores del convenio de no cerrar la posibilidad a que exista una distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Por ello, aunque no se de entrada expresa al pacto de empresa o de centro de trabajo subsidiario, éste podrá sustituir el módulo semanal por otro superior. Ahora bien, si ni el convenio ni el pacto subsidiario de empresa o, en su caso, de centro de trabajo, disponen de la distribución de la jornada en cuarenta horas todas las semanas, ésta deviene aplicable y todas las semanas se trabajarán como mucho cuarenta horas. En ausencia de intervención convencional, el pacto contractual no podrá fijar jornadas semanales de más de cuarenta horas. En ocasio-

nes, sin embargo, la autonomía colectiva remite la distribución irregular de la jornada anual a la autonomía individual e, incluso, al empresario<sup>143</sup>.

b) En cuanto a los convenios colectivos que toman como referente el módulo semanal, la jornada de cuarenta horas aparece como pauta general<sup>144</sup>, si bien va ganando terreno la jornada de 35, 36, 37,5, 38,5, 39 ó 39,5 horas de trabajo efectivo<sup>145</sup>. En tales supuestos, si se realiza una jornada semanal superior a la establecida en el correspondiente convenio colectivo, el exceso tendrá la consideración de extraordinario<sup>146</sup>. En algunas ocasiones, la jornada semanal varía en función de si se trata de período de invierno o de verano, o de temporada alta o baja<sup>147</sup>. De este modo, si durante los meses de verano o de temporada baja que tienen asignada una jornada reducida se rebasa ésta, tal exceso tendrá también el carácter de extraordinario<sup>148</sup>. Algunos convenios reducen la jornada semanal para los trabajadores que desarrollan actividades peligrosas o nocivas o jornada nocturna o que eventualmente pueden prestar servicios los sábados por la tarde<sup>149</sup>. Otros disponen jornadas semanales dispares para los trabajadores que prestan servicios en régimen de jornada partida y para los que trabajan en régimen de jornada continua. Por último, hay que señalar que existen convenios que establecen la jornada semanal máxima, por ejemplo de 40 ó 35 horas<sup>150</sup>.

### ***C) La duración de la jornada en módulos superiores al semanal e inferiores al anual***

Algunos convenios colectivos, preferentemente de ámbito sectorial, dividen la jornada anual en módulos superiores al semanal pero inferiores al anual. Éstos fijan jornadas ordinarias en módulos bisemanales, mensuales o trimestrales. Así, encontramos jornadas bisemanales (por ejemplo, de 53,5 horas), mensuales (por ejemplo, de 156 ó 160 horas, o de 162 horas y 33 minutos), bimensuales o trimestrales (por ejemplo, de 438 horas y 45 minutos o de 448 horas)<sup>151</sup>. En otras ocasiones, esta programación se lleva a cabo por medio de pactos de empresa o de centro de trabajo concluidos en el marco de convenios colectivos que establecen la jornada anual y permiten su distribución irregular por acuerdo de la empresa y de los representantes de los trabajadores<sup>152</sup>. Pues bien, en todos estos supuestos en los que un convenio colectivo o un pacto subsidiario de empresa o de centro de trabajo impone el cómputo de la jornada anual en módulos superiores al semanal, todo tiempo de trabajo prestado fuera del módulo convencionalmente establecido para delimitar la jornada ordinaria será extraordinario, aunque la jornada no experimente un aumento en cómputo anual<sup>153</sup>. Como subraya la STSJ del Principado de Asturias de 5 de diciembre de 2003 (Rec. núm. 2164/2002), si el convenio colectivo impone el cómputo cuatrisesemanal de la jornada, las horas extraordinarias deben fijarse dentro de él y «no cabe {...} esperar a fin de año para tal concreción ante la clara previsión convencional». Pero esta programación convencional implica la posibilidad de trabajar unas semanas más de cuarenta horas –o jornada inferior pactada– y otras menos con tal de



que ello no suponga una vulneración de la jornada modular convencionalmente establecida<sup>154</sup>. Además, si esta medida se combina con la supresión del límite de la jornada ordinaria diaria, las empresas pueden aprovechar mejor sus recursos humanos y evitar que se genere una gran cantidad de horas extraordinarias con el consiguiente ahorro en los gastos de personal<sup>155</sup>. Ahora bien, este sistema de distribución de la jornada ordinaria que permite concentrar el tiempo de trabajo en un número de días inferior al fijado como regla general, puede redundar negativamente sobre los pluses salariales que se perciben por día efectivamente trabajado<sup>156</sup>. Por ello, los sujetos negociadores deberían pactar otro régimen para la percepción de tales complementos salariales que tuviera en cuenta tal circunstancia. En esta línea, algunos convenios colectivos establecen que la distribución irregular de la jornada de trabajo no afectará a la retribución y cotización a la Seguridad Social del trabajador<sup>157</sup>.

#### ***D) La duración de la jornada anual***

El art. 34.1 del ET, como se ha visto, permite la anualización del tiempo de trabajo, abriéndose así importantes posibilidades para la negociación colectiva. La tendencia principal de la autonomía colectiva, sobre todo a nivel sectorial, es fijar directamente una jornada en cómputo anual y remitir su distribución a los convenios o pactos colectivos de ámbito inferior, a la autonomía individual y/o al empresario. De este modo, éstos especificarán las horas de trabajo que el trabajador debe al empresario en cada momento sin sobrepasar en ningún caso la jornada anual convencionalmente establecida<sup>158</sup>, pues el tiempo trabajado por encima de la misma será extraordinario<sup>159</sup>.

La duración de la jornada anual es muy dispar en la negociación colectiva y suele oscilar entre mil setecientas y mil ochocientas horas<sup>160</sup>. Teniendo en cuenta que una jornada semanal de cuarenta horas todas las semanas equivale a mil ochocientas veintiséis horas al año, es evidente que la autonomía colectiva como regla general reduce la jornada legal<sup>161</sup>. Por lo demás, los convenios suelen contemplar una reducción de jornada igual para todos los trabajadores. Pero, en ocasiones, sólo reducen la jornada o establecen jornadas especialmente reducidas para ciertos trabajadores, a saber: los que trabajan en régimen de jornada continuada<sup>162</sup>; los que prestan servicios en los turnos cuarto y quinto, por el hecho de que su prestación de trabajo es de mayor penosidad al circunscribirse únicamente a sábados, domingos, festivos<sup>163</sup> y vacaciones, esto es, a los días del año en que el resto de trabajadores, familiares y amigos disfrutan con carácter general de descanso<sup>164</sup>; a los adscritos permanentemente al turno de noche o que prestan sus servicios en régimen de trabajo nocturno<sup>165</sup>, en cuyo caso la doctrina judicial descarta la posibilidad de acudir a una aplicación proporcional compensatoria de las horas nocturnas realizadas por los trabajadores que prestan servicios, con más o menos habitualidad, o esporádicamente en el turno de noche<sup>166</sup>; o, en fin, a los que optan por acumular los festivos<sup>167</sup>. En definitiva, los convenios



colectivos contemplan reducciones de jornada para compensar de alguna forma lo gravoso que resulta para estos trabajadores estar adscritos de forma exclusiva a una jornada de trabajo atípica y con un ciclo manifiestamente contrario al que siguen las personas de su entorno familiar y laboral.

En otro orden de consideraciones, hay que señalar que son pocos los convenios que establecen criterios de proporcionalidad en relación con los trabajadores temporales que no desarrollan su actividad todos los días del año natural<sup>168</sup>. En cualquier caso, es evidente que a estos trabajadores también les tiene que aprovechar la reducción de la jornada en cómputo anual, pues lo contrario atentaría contra el principio de igualdad de trato y no discriminación de los trabajadores temporales respecto de los trabajadores con contrato de duración indefinida recogido en el art. 15.6 del ET. En consecuencia, para determinar la jornada anual ordinaria de este colectivo habrá que buscar la proporción existente entre la jornada anual prevista para todo el año y la que corresponde al período trabajado<sup>169</sup>. En cuanto a los efectos que la reducción de la jornada anual ordinaria produce sobre los contratos de trabajo a tiempo parcial en vigor al tiempo de concertarse los convenios colectivos, éstos pueden disponer que esa merma repercuta de manera proporcional sobre la jornada de los trabajadores a tiempo parcial o que ésta permanezca invariable y se reajuste su salario, incrementándolo en la misma proporción en que se reduce la jornada anual<sup>170</sup>. Si el convenio no ha previsto la forma de repercutir en los trabajadores a tiempo parcial la reducción de la jornada máxima anual, la práctica judicial interpreta que la voluntad de la autonomía colectiva es que la empresa les mantenga la misma jornada anual que tenían, con lo que la repercusión que para ellos va a traer consigo la reducción de la jornada máxima anual del convenio se concretará en un mayor salario, a consecuencia de la mejor proporción que supone su propia jornada en comparación con la menor duración de la jornada a tiempo completo<sup>171</sup>. Lo que no quiere decir que esa reducción de la jornada máxima no pueda repercutir en una disminución de la que efectúan los trabajadores a tiempo parcial, pero no ya por disposición del convenio, sino como fruto de la voluntad de la autonomía individual<sup>172</sup>. En efecto, las partes del contrato de trabajo pueden estipular la jornada de trabajo no en un número fijo de horas de trabajo, sino por referencia a la jornada máxima que pueda establecer el convenio colectivo como jornada a tiempo completo, a razón de un específico porcentaje de la que pueda venir fijada en éste en cada momento. En tal supuesto, la reducción de la jornada tomada como punto de referencia traerá consigo una rebaja en la que ha de realizar el trabajador a tiempo parcial, pero no como resultado de la voluntad de la autonomía colectiva, sino de la voluntad de las partes del contrato de trabajo, que han decidido que la jornada a tiempo parcial evolucione al ritmo en que lo haga la jornada máxima del convenio<sup>173</sup>.

Además, es bastante habitual que los convenios colectivos fijen la jornada máxima ordinaria y mantengan la vigencia de las jornadas más reducidas de que puedan venir disfrutando tanto los trabajadores de una concreta empresa o centro de trabajo, como algunas de las empresas incardinadas en un determinado sector de actividad<sup>174</sup>. De esta forma, se garantiza el respeto a

las condiciones más beneficiosas en materia de jornada de trabajo que estén pactadas en las empresas a la entrada en vigor de la norma paccionada<sup>175</sup>. Además, si la plantilla viene disfrutando de una jornada inferior, distinta a la establecida en el convenio colectivo, y se ha venido respetando por la empresa dicha reducción sin aparecer documentada ni pactada a nivel colectivo para período concreto, se estará ante la existencia de una condición más beneficiosa de origen contractual, de suerte que, si la empresa pretende ajustar la jornada a lo dispuesto en el convenio colectivo, nos encontraremos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que requiere el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 41 del ET<sup>176</sup>. Lo que no obstará a que dicha condición más beneficiosa de origen contractual pueda ser compensada o neutralizada con una reducción de la jornada operada por la norma convencional. Ahora bien, según la STS de 4 de abril de 2007 (Recud. núm. 5/2006), aunque el disfrute de un día de libranza más al mes supone trabajar menos, en puridad no es lo mismo que la reducción de la jornada de trabajo. Por ello, instaurada la señalada condición por las especiales circunstancias de la UVI y los requerimientos sin duda distintos que en cuanto a tareas se exigen de los enfermeros integrantes de dicha unidad, «este “status” no puede modificarse de forma unilateral por la empresa sobre la base de una reducción de jornada que se aplica a toda la plantilla». En fin, dada la singularidad en el presente caso de la «condición», «ésta persiste y es intangible por la sola voluntad empresarial, por lo que en definitiva, no acordada la compensación con los titulares de la condición, su supresión deviene ilícita».

Por lo demás, hay convenios colectivos que aclaran que la jornada anual prevista incluye el descuento de las horas que se corresponden con vacaciones, festivos, días reservados al descanso semanal y, en su caso, otros días que el convenio colectivo declara como no laborables<sup>177</sup>.

Como la jornada anual en muchas ocasiones es sensiblemente inferior a la que resultaría de saturar la jornada diaria y/o semanal establecida con carácter general en el convenio, se producen las «horas de reajuste» u «horas de exceso», esto es, las horas de descanso o de tiempo libre que compensan el desajuste entre tales jornadas. Y tal desajuste se va incrementando año tras año como consecuencia de la reducción del tiempo de trabajo en cómputo anual que operan los sucesivos convenios colectivos. Por ello, cada vez es más frecuente que éstos, sobre todo al nivel de empresa, establezcan un sistema específico para operar la reducción horaria que las empresas están obligadas a practicar. A tales efectos, disponen que la misma tiene que ser aplicada por las empresas previo acuerdo con los representantes de los trabajadores, con los representantes de los trabajadores o con los trabajadores, o con los trabajadores<sup>178</sup>. También es frecuente prevenir que la reducción de jornada debe disfrutarse de manera continuada o mediante días de descanso a designar en parte por el trabajador y en parte por la dirección de la empresa. Excepcionalmente, algún convenio dispone que la jornada de trabajo efectiva no puede consistir en una reducción de jornada por minutos diarios, de forma que se haga imperceptible dicha reducción<sup>179</sup>. Por lo general, se dispone que la reducción íntegra de la jornada anual se aplicará a períodos de descanso que se deberán concretar en ho-

ras o jornadas completas o en medias jornadas, en jornadas completas o en fracciones de hora o superior, en jornadas completas y, si todavía hubiera exceso de horas de trabajo, éstas se podrán compensar retributivamente o mediante descanso inferior a la jornada, o en fracciones mínimas de una hora<sup>180</sup>. En alguna ocasión, se prevé que el disfrute de tales días de descanso coincida con los períodos de descanso o con las vacaciones del personal<sup>181</sup>. Otras veces, por el contrario, se preceptúa que la reducción de la jornada pactada no supondrá necesariamente una disminución del número de días de trabajo en la empresa<sup>182</sup> o que el tiempo de descanso no puede ser acumulado a las vacaciones ni disfrutado en períodos de especial actividad empresarial<sup>183</sup>. En otro orden de consideraciones, para la concesión de los días de descanso de libre elección del trabajador se suele exigir que éste preavise a la empresa con una antelación mínima a la fecha del disfrute, por ejemplo, de 72 horas o de 7 días<sup>184</sup>. En fin, a veces se establecen los denominados días inhábiles de convenio<sup>185</sup>.

Por último, algunos convenios colectivos simplemente sientan una pauta de actuación posible que exige la voluntad concorde de la empresa y del órgano de representación de los trabajadores en la distribución de la reducción de la jornada anual o remiten tal distribución al empresario. En tales supuestos, la práctica judicial considera acertado el atraso y adelanto en escasos minutos de las horas de entrada y salida, respectivamente, para adecuar la duración de la jornada diaria a la disminución de la jornada anual pactada colectivamente, mediante la distribución de dicha reducción. En este sentido, la STSJ de la Comunidad de Madrid de 20 de septiembre de 2004 (Rec. núm. 3747/2004) afirma lo siguiente: «Es cierto que la fórmula elegida por la recurrente conlleva una mínima disminución de la jornada diaria de trabajo efectivo, mas ello es lógico si se tiene en cuenta que la aminoración operada equivale al 0,338 por 100 de la jornada anual vigente en 2003. Por supuesto que la aplicación conjunta de tal merma del tiempo de trabajo efectivo facilitaría que el personal afectado pudiese apreciar más intensamente la mejora obtenida como fruto de la autonomía colectiva, mas ello no es razón suficiente que permita imponer su tesis a la hora de repartir tan repetida disminución de jornada cuando, en todo caso, su cómputo tiene que ser anual, a lo que se añade que los criterios que en esta materia rigen, según la propia norma pactada, son los de rentabilidad y favorecimiento de las necesidades estacionales de la producción, tal y como preceptúa el párrafo segundo del artículo 48 del Convenio Colectivo. Y evidentemente, trabajar más días, sobre todo, cuando el proceso productivo es continuo, facilita la posición competitiva de la empresa en el mercado, a lo que, sin duda, contribuye la distribución en todos los días de labor del año de la reducción de jornada que los negociadores del Convenio Colectivo pactaron en su día, en lugar de concentrar las seis horas de merma en otro día más de libranza». En cambio, cuando la reducción de la jornada se opera manteniendo los horarios de entrada y salida y prolongando en escasos minutos el tiempo de descanso para el bocadillo, se considera que ello implica una extensión desmesurada y sin base alguna de la interpretación de lo convenido por las partes. En efecto, como señala la STSJ de la Comunidad Foral de Navarra de 31 de octubre de

1995, no es ilógico deducir que «un incremento del tiempo de descanso en la forma operada por la empresa lleva aparejado el mantenimiento de la misma jornada laboral, haciendo ilusoria su efectiva reducción en las 9 horas pactadas, pues para que la reducción de la jornada obtenga verdadera efectividad resulta preciso que la misma se traduzca en un aumento del tiempo libre del trabajador, no en un aumento del tiempo de presencia en el período de descanso que no es ajeno a la jornada sin que la empresa pueda, unilateralmente, provocar un aumento en el tiempo de descanso sin computarlo como trabajo efectivo, {...} y ello por cuanto del precepto convencional cuestionado no se deduce implícitamente, como entiende la empresa, que ésta pueda hacer efectiva la reducción de la jornada en la forma que tenga por conveniente, pues ello provocaría una alteración del horario de trabajo, y la propia naturaleza que ostenta el tiempo de trabajo efectivo aboca a que la efectiva reducción de la jornada lleve como corolario la libre disposición por el trabajador del tiempo reducido».

Si el convenio colectivo de referencia no contiene regla alguna de tiempo y forma para operar la reducción horaria que la empresa está obligada a respetar, cualquier sistema razonable es válido para cumplir el pacto de reducción, salvo prácticas abusivas por parte de la empresa como sería el aminsonar los períodos de descanso diario en fracción de tiempo de tan escasa entidad que no podría ser apreciada por los trabajadores<sup>186</sup>. De esta forma, no se considera arbitrario ni omnímmodo el que la empresa para reducir cuatro horas de jornada anual amplíe los tiempos de reposo dentro de la jornada diaria<sup>187</sup>, o que para mantener la jornada anual prevista fije una jornada laboral en sábado cuando con anterioridad dicho día ya se consideraba como laborable<sup>188</sup>, disponga el día de descanso en un día previsto como inhábil a efectos de producción<sup>189</sup>, abone como horas extraordinarias las horas de exceso de jornada que no alcanzan para un día de descanso<sup>190</sup>, o, en fin, reduzca durante 20 días, generalmente los viernes, en una hora la jornada diaria, adelantando la hora de salida<sup>191</sup>. Ahora bien, es evidente que la empresa posee esta facultad, pero no es omnímmoda, ya que deberá respetar tanto las normas de carácter necesario (fiestas, vacaciones y descansos) como las que vengan rigiendo la jornada como resultado de acuerdos entre las partes o de una voluntad unilateral de la empresa cuando en este último caso se haya incorporado al acervo contractual de los trabajadores<sup>192</sup>. Así, por ejemplo, si en el calendario laboral se elimina la mención contenida en los calendarios anteriores al disfrute de común acuerdo entre cada trabajador y su responsable de sección de las horas de reajuste y, en su lugar, se dispone que se disfrutarán con carácter general los viernes de 14 a 17 horas, ascendiendo el reajuste a practicar con cada trabajador a 138 horas, es evidente que «no se trata, en fin, de una modificación de horario insignificante o de escasa importancia, sino de una modificación sustancial». En efecto, como señala la STS de 9 de diciembre de 2003 (Rec. núm. 88/2003), «una modificación que afecta al reajuste de 138 horas en el año 2003 entre tiempo libre y tiempo de trabajo es una modificación sustancial, en el sentido de altamente significativa para los intereses de los trabajadores», ya que «se traduce en más de 17 jornadas teóricas de 8 horas de duración por trabajador; y, por benévola que

haya sido su aplicación hasta ahora, el cambio de un criterio de distribución de esta masa de horas a otro distinto y menos favorable para los trabajadores no puede calificarse de no sustancial o escasamente significativo». Igual conclusión cabe mantener cuando durante al menos catorce años los días de exceso de jornada se compensaban con descansos en las fechas elegidas por los trabajadores, siendo autorizado su disfrute a menos que, por necesidades de la empresa, no fuera posible y la empresa decide variar el sistema de disfrute, disponiendo seis días a disposición de la empresa y dos del personal<sup>193</sup>, o cuando se reduce la jornada diaria y se amplía el número de días de trabajo anual<sup>194</sup>.

En último lugar, hay ocasiones en las que, al aplicarse las reglas convencionales sobre jornada de trabajo en los distintos años, se producen ciertos desfases entre las horas totales anuales que resultan de la estricta aplicación de tales reglas y la jornada que el convenio impone en cómputo anual debido a la diferente incidencia en cada año de los sábados, domingos y festivos, dando lugar a un defecto de tiempo de trabajo. Los convenios colectivos no suelen prever tal eventualidad<sup>195</sup>, lo que plantea el problema de dilucidar qué jornada debe prevalecer. El problema puede ser resuelto mediante un pacto ad hoc entre la empresa y la representación de los trabajadores<sup>196</sup>. En ausencia de previsión convencional, cuando se pacta un módulo anual de jornada, el criterio jurisprudencial y judicial es que éste tiene primacía sobre cualquier otro modo de cálculo y ha de cumplirse el número de horas pactado, aunque ello comporte una ampliación de las horas de trabajo en el día o en la semana<sup>197</sup>. En este sentido, las SSTs de 22 de julio de 1995 (Rec. núm. 443/1995) y 19 de febrero de 2001 (Rec. núm. 2964/2000) afirman que cualquier disparidad o divergencia que surja entre la jornada y el horario convencionales «lógicamente ha de ser salvada y resuelta de modo que prevalezca y se respete la jornada establecida, aunque para ello tengan que sufrir alguna modificación o padecimiento los horarios anteriormente marcados». Sin embargo, hay que distinguir entre las condiciones de trabajo «jornada» y «horario». Como señalan las SSTs de 22 de julio de 1995 (RJ/6325) y 26 de junio de 1998 (RJ/5789), «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». Esto es, la jornada de trabajo determina el número de horas que se deben trabajar diaria, semanal, mensual, trimestral o anualmente, en función de cual sea la división modular de la jornada llevada a cabo por la autonomía colectiva, y el horario señala las horas de entrada y salida del trabajo<sup>198</sup>. Por consiguiente, y como quiera que las dos previsiones convencionales en conflicto hacen referencia a la duración de la jornada, en cómputo anual en el primer caso, y en cómputo diario e, indirectamente, semanal, en el segundo, las divergencias que entre las mismas surjan no pueden resolverse con arreglo al criterio

que sientan las SSTS de 22 de julio de 1995 (RJ/6325) y 19 de febrero de 2001 (RJ/2805)<sup>199</sup>.

Ahora bien, lo cierto es que la retribución de los trabajadores en la mayoría de los casos se establece fundamentalmente en función de la duración de la correspondiente jornada en cómputo anual, siendo tal remuneración la contraprestación al trabajo efectuado, lo que implica la necesaria equivalencia entre este trabajo y aquella remuneración, equivalencia que se rompe de alguna manera si la jornada anual se aumenta o disminuye. Por ello, y como quiera que los convenios colectivos establecen la jornada anual, sin hacer salvedad alguna, ello evidencia la necesidad de que la misma sea efectivamente respetada y cumplida por los trabajadores. Por tal causa, la empresa puede, por ejemplo, alargar en ocho minutos el tiempo de trabajo consignado en los horarios previstos en el convenio, correspondiente a cada día laborable comprendido de lunes a jueves en período de invierno<sup>200</sup>, o modificar la jornada continuada establecida, imponiendo otra jornada partida y aumentando la jornada diaria durante determinados días laborables de la semana<sup>201</sup>, máxime si la decisión empresarial cumple también con los requisitos establecidos en el art. 41 del ET y es precedida de un período de consultas con los representantes de los trabajadores<sup>202</sup>.

## 1.2. La reducción de la duración de la jornada

### A) *Reducción de la jornada sin reducción salarial*

La negociación colectiva suele reducir la jornada legal pero no el salario; reducción que debe afectar a los trabajadores en su jornada contractual<sup>203</sup>. Como regla general, la reducción de la jornada va unida a medidas de ajuste y flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo.

En el caso de que los pactos reduzcan la jornada legal, las horas trabajadas excediendo la jornada convencional pero no la máxima legal tendrán la consideración de horas extraordinarias. Como señala la STS de 18 de septiembre de 2000 (Recud. núm. 1696/1999), los cánones de la interpretación gramatical del art. 35.1 del ET y de la interpretación finalista «apuntan en el sentido indicado, ya que la idea de horas extraordinarias surge por contraposición a la de trabajo ordinario u horas ordinarias, y es más lógico referir éstas en concreto a las practicadas en las distintas empresas y sectores de actividad que al módulo legal abstracto establecido con carácter general», a lo que «debe añadirse, por vía de interpretación sistemática, que el propio legislador utiliza esta referencia de la jornada convencional o pactada, y no la de la jornada legal, en la definición del trabajo a tiempo parcial (art. 12.1 del ET), e implícitamente en la prohibición en el mismo de las horas extraordinarias (art. 12.4.b ET)» y que «la delimitación del concepto de horas extraordinarias por referencia a las horas ordinarias acordadas en convenios colectivos es también la tónica en Derecho comparado». En definitiva, lo que califica el tipo y la consideración de una hora como extraordinaria es la prolongación de la jornada por encima de la jornada ordinaria de trabajo,

siendo irrelevante que dicha jornada sea la legal o la convencional. De este modo, en los contratos a tiempo completo no está prevista legalmente la distinción entre hora extraordinaria y hora suplementaria o complementaria, que es la realizada sobre la jornada ordinaria en la empresa sin sobrepasar la máxima legal. Unas y otras quedan sometidas a un común régimen jurídico.

No obstante, en ocasiones la negociación colectiva, especialmente a nivel de empresa, establece una jornada máxima más reducida que la legal y atenúa la mejora que ello supone, estableciendo para las horas complementarias que medien entre ambos máximos –el convencional y el legal– un régimen jurídico diferente al de las horas extraordinarias<sup>204</sup>. En este supuesto no estamos ante horas extraordinarias, sino ante horas ordinarias con un régimen especial pactado en el propio convenio colectivo. Pues bien, la doctrina jurisprudencial admite la validez de este tipo de pactos. En este sentido, la STS de 20 de febrero de 2007 (Recud. núm. 3657/2007) subraya la necesidad de distinguir «dos tipos de ampliación de la jornada: las ampliaciones que superan la jornada ordinaria fijada en el convenio colectivo, pero no exceden de la jornada máxima legal y las que exceden de la jornada máxima legal»<sup>205</sup>. Para las primeras el convenio colectivo «no está vinculado por la regla del artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores, porque esta regla define “las horas extraordinarias como las que se realizan sobre la duración máxima de la jornada de trabajo”, pero “la fijación de esa jornada ordinaria es competencia del convenio colectivo que no tiene más límite que el que se deriva del respeto de la jornada máxima legal” y que tiene plena disponibilidad, respetando el salario mínimo interprofesional, para regular la retribución del tiempo del trabajo que no tenga la consideración legal de extraordinario». Por ello, el convenio colectivo «puede establecer por encima de la jornada ordinaria unas horas complementarias y excluirlas del régimen retributivo de las horas extraordinarias, siempre que la suma de estas horas ordinarias y complementarias no exceda del límite de la jornada máxima legal, a partir del cual estamos ya ante horas extraordinarias, en las que la regla del artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores es indisponible para la negociación colectiva, lo que no sucede con las horas que no exceden de ese límite, que pueden retribuirse a una tasa inferior a la prevista por el propio convenio para la hora ordinaria».

El pacto de horas complementarias aparece, con matices de distinto signo, en la negociación de ámbito empresarial. Tal es el caso de la «jornada industrial», que sobre la base de que en el calendario constan previamente programados determinados días como no laborables, se reconoce al empresario la posibilidad de ordenar el trabajo en tales días con mención expresa de que el «tiempo industrial» no es extraordinario<sup>206</sup>. Otros convenios previenen que la jornada semanal o anual puede aumentarse un máximo de horas sin que las mismas se consideren extraordinarias, o que no son extraordinarias las horas prestadas sobre la jornada efectiva de cada centro de trabajo –que se sitúa en unas 37,5 horas semanales– sin exceder la jornada legal, o contemplan una jornada anual de lunes a viernes e incorporan la obligación de trabajar un número determinado de sábados, domingos y festivos sin que ese tiempo de trabajo sea a título extraordinario<sup>207</sup>.



## **B) Reducción de la jornada y del salario**

Los agentes sociales son soberanos para pactar la jornada ordinaria que consideren más conveniente y también el correspondiente nivel salarial. Por consiguiente, pueden acordar reducciones de jornada con reducción salarial proporcional. Igualmente, pueden incrementar la jornada convencional anterior. En este sentido, la STS de 22 de diciembre de 2005 (Rec. núm. 36/2005) señala lo siguiente: «La facultad de los negociadores del Convenio es omnímoda, no quedando limitada nada más que por los mandatos de la Ley. La forzosa persistencia de condiciones más ventajosas de los convenios colectivos era un mandato legal en las Leyes de 1958 y 1973, que no fue incorporado al Estatuto de los Trabajadores. En los Convenios Colectivos negociados a su amparo {...} se pueden pactar condiciones más onerosas que las vigentes a su entrada en vigor, principio que se ha dado en denominar principio de modernidad, consagrado en el artículo 86.4 del Estatuto de los Trabajadores según el cual “el Convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a éste último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan”».

Aunque la pauta común de la negociación colectiva sea reducir la jornada de trabajo pero no el salario, existen ocasiones en la que en el marco de un expediente de regulación de empleo se acuerdan por la empresa y la representación de los trabajadores reducciones de jornada que conllevan la disminución proporcional retributiva. El hecho de promoverse un expediente de regulación de empleo para la extinción de los contratos de trabajo determina la suscripción de acuerdos de este tipo con el fin de evitar dichas extinciones. Pues bien, si el convenio colectivo sectorial de referencia prevé tal posibilidad o la empresa está sujeta a un convenio de ámbito empresarial, tal reducción no puede estimarse contraria a derecho<sup>208</sup>. Es más, y pese a que la conversión de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial tiene siempre carácter voluntario para el trabajador [art. 12.4.e) ET], de suerte que la autonomía colectiva no puede imponer la novación de los contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial, la STS de 24 de octubre de 2002 (Rec. núm. 16/2002) estima ajustado a derecho el acuerdo de empresa en el que, para solucionar el tema de la necesaria adaptación de la plantilla a los niveles de producción en cada momento, cuando éstos disminuyen, y para contribuir a la necesidad social de estabilidad y garantía de empleo, cumpliendo estrictamente los principios de causalidad, igualdad y no discriminación, pero adoptando los mecanismos de flexibilidad contractual necesarios, se estableció la fórmula de transformación de los contratos temporales en contratos fijos, si bien reconociendo a la empresa la facultad de reducir en dichos contratos la jornada hasta un 30% de la existente en la misma, con la consiguiente reducción salarial y de vacaciones. En efecto, a juicio del Tribunal Supremo, aunque las partes negociadoras del convenio no pueden modificar las modalidades de contrato laboral establecidas, con carácter legal e imperativo, en el ET, en el caso que se enjuiciaba, se daban una serie de circunstancias que permitían admitir la legalidad de la cláusula del acuerdo colectivo, a saber: «la voluntad de las partes suscriptoras de esa Cláusula con-



vencional no fue otra que la de lograr una consolidación en el empleo que, naturalmente, habría de compaginarse con las necesidades productivas de la empresa. La empresa acepta limitar el ámbito de la contratación temporal, asumiendo un contingente laboral que procede de la misma con el carácter de fijo, pero para compaginar los períodos de descenso productivo en la empresa acuerda con los Sindicatos que, en su mayoría lo aceptan, la posibilidad de reducir la jornada de esos trabajadores temporales convertidos no más allá de un 30% en esos períodos de baja productividad.» A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo sostiene que tal acuerdo no viola el principio de igualdad, pues al margen de que en el mismo «se establece que la medida de reducción de jornada contenida en el mismo se procurará que no recaiga, en exclusiva, en el colectivo de trabajadores convertidos de temporales en fijos, es de señalar que la otra alternativa de la empresa hubiese sido el mantener la contratación temporal, en los términos en los que la venía suscribiendo con anterioridad, siendo notorio que, en cambio, renuncia, en aras a la estabilidad en el empleo, a esa modalidad de contratación, pero con la inevitable contrapartida de reducción de la jornada durante determinados períodos de tiempo y en una extensión que no puede ir más allá del 30%».

Por último, hay que señalar que en sectores como el de limpieza es usual que la negociación colectiva prevea la reducción de jornada por resolución o modificación de los contratos de arrendamiento de servicio de limpieza<sup>209</sup>.

## 2. LA DISTRIBUCIÓN DE LA JORNADA ORDINARIA

Si tradicionalmente la negociación colectiva ha tratado preferentemente, cuando no exclusivamente, el aspecto cuantitativo de la jornada<sup>210</sup>, en los últimos años se advierte que sin abandonar esta fundamental función reguladora, se añade a ella una función de organización, repartición y ordenación de los tiempos de trabajo<sup>211</sup>. El objetivo que se advierte tras la literalidad de estos pactos es el de lograr una mayor flexibilidad en la utilización de la fuerza de trabajo disponible en cada momento por la empresa. Ciertamente, la negociación colectiva, por su ductilidad e intermediación al fenómeno social a disciplinar, se erige en el instrumento normativo más adecuado para organizar el tiempo de trabajo<sup>212</sup>. No obstante, como se verá, en algunos casos los agentes sociales están intensificando las vías de flexibilización de los tiempos de trabajo más allá de las estrictas previsiones legales.

La distribución de la jornada ordinaria puede ser regular o irregular, y fija o flexible.

### 2.1. Distribución regular e irregular

El grupo normativo que se ocupa de la distribución de la jornada ordinaria está formado por los apartados 1 y 2 del art. 34 del ET. El primero decreta que «la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual». Y el

segundo dispone que «mediante convenio colectivo, o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año» y que «dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en esta Ley». La literalidad de la norma legal evidencia que la calificación de la distribución de una jornada como regular o irregular depende del número de horas semanalmente prestadas, sin atender a la jornada diaria<sup>213</sup>. Así, mientras que en virtud de una distribución regular todas las semanas se trabajan cuarenta horas como mucho, con independencia de que existan jornadas diarias de más de nueve horas, la distribución irregular lleva implícitas alteraciones al alza o a la baja sobre las cuarenta horas siempre que al cabo del año el total de horas trabajadas no exceda del equivalente a cuarenta todas las semanas. El régimen legal sobre distribución de la jornada incorpora una relación de supletoriedad ley/convenio colectivo que permite a la negociación colectiva fijar una jornada semanal de más de cuarenta horas<sup>214</sup> o sustituir el módulo semanal por otro, mayor o menor, y asignarle un número de horas o jornada modular –por ejemplo 160 horas mensuales–, siempre y cuando la nueva distribución convencionalmente prevista no implique superar el producto resultante de multiplicar por 40 el número de semanas hábiles al año<sup>215</sup> y se respeten los descansos legales o pactados<sup>216</sup>. Éste es un factor de flexibilidad muy importante, que resta importancia al recurso del trabajo extraordinario<sup>217</sup>. En tales supuestos, será extraordinario el tiempo trabajado por encima de la jornada ordinaria correspondiente al módulo utilizado para programar la distribución irregular<sup>218</sup>. Así, por ejemplo, si se procede a una distribución semanal de la jornada anual «irregular» (esto es, sin que la duración de la jornada semanal ordinaria sea uniforme a lo largo del año), sólo serán horas extraordinarias las que rebasen, en una determinada semana, la duración en concreto fijada para la misma con independencia de que se superen o no las cuarenta horas semanales<sup>219</sup>. En la repartición o colación del tiempo de trabajo hay, pues, un amplio abanico de posibilidades para la autonomía colectiva, máxime si se combinan con la supresión del límite diario de trabajo ordinario establecido legalmente en nueve horas. Sin embargo, el art. 34.2 del ET, al no incorporar las causas justificativas de la distribución irregular, incorpora un evidente defecto de transposición de la Directiva 2003/88/CE, ya que, según el art. 19 de la norma europea, para que la negociación colectiva pueda programar regímenes de jornada promediables cada doce meses se precisa la concurrencia de «razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo»<sup>220</sup>. En otro orden de consideraciones, hay que señalar que en el contexto que se acaba de describir, el horario y el calendario adquieren una relevancia capital, si bien el Tribunal Supremo tiene dicho que el empresario no está obligado a incluir en el calendario el horario de los trabajadores que, por las características de su prestación laboral, ya se ha previsto en el convenio colectivo que realicen unas jornadas de difícil determinación<sup>221</sup>.

El art. 34.2 del ET autoriza expresamente a dos expresiones de la autonomía colectiva, el convenio colectivo propiamente dicho y el pacto de empresa subsidiario, para distribuir irregularmente la jornada de trabajo. De

este modo, el legislador otorga amplios espacios a los convenios colectivos y acuerdos de empresa, situando a unos y a otros en «una posición privilegiada para regular las múltiples aristas del tiempo de trabajo»<sup>222</sup>. En cualquier caso, queda claro que la referencia al convenio colectivo se extiende a todas las unidades de negociación posibles<sup>223</sup> y que el acuerdo de empresa sólo puede actuar en defecto de convenio colectivo; regla esta última que se encarga de recordar expresamente el art. 34.2 del ET. Ello no obstante, la proximidad al ámbito de la empresa de una materia como el tiempo de trabajo aconseja que sean los convenios colectivos o los acuerdos de empresa o de centro de trabajo los encargados de acomodar su distribución a las particulares necesidades de la organización productiva de las empresas<sup>224</sup>. Lo que sí parece razonable es que los convenios colectivos supraempresariales, preferentemente de ámbito sectorial, diseñen un marco general de distribución de la jornada que sirva de orientación para los convenios colectivos o acuerdos de empresa o de centro de trabajo<sup>225</sup>. El tratamiento convencional de estas cuestiones por sectores y subsectores resulta inevitable, habida cuenta las múltiples diferencias que existen entre los mismos en cuanto a su específica actividad, su dimensión, su integración o no en grupos de empresa o su ubicación geográfica, sus específicos sistemas productivos y de organización de trabajo y la existencia o no de puntas de actividad<sup>226</sup>. Como consecuencia de todo ello, cada concreto ámbito sectorial, subsectorial y de empresa tiene su propia problemática y sus peculiaridades en materia de tiempo de trabajo. En la línea indicada, algunos convenios colectivos sectoriales proceden a una distribución de temas en esta materia entre los diferentes niveles de negociación. Así, por ejemplo, el convenio del metal prevé que en el ámbito estatal se fijarán los criterios generales sobre la ordenación y cómputo de la jornada anual, jornadas irregulares y cláusulas de disponibilidad y flexibilidad, y que a los convenios de ámbitos inferiores se reserva directamente la duración de la jornada y la jornada anual, el calendario y el horario flexible e irregular<sup>227</sup>.

En defecto de intervención convencional, la distribución previa prevista en el art. 34.1.2º del ET deviene aplicable y todas las semanas se trabajarán como mucho cuarenta horas. Ni el contrato de trabajo<sup>228</sup> ni el empresario podrán programar una distribución irregular de la jornada<sup>229</sup>, si bien este último siempre dispondrá de la posibilidad de incluir en los contratos de trabajo un pacto de ejecución obligatoria de horas extraordinarias compensables con descansos en un plazo máximo de cuatro meses desde que se realizan, por lo que las horas extraordinarias realizadas ni suponen un aumento de la jornada máxima ordinaria ni conllevan una disminución del total de horas extraordinarias realizables por trabajador y año (art. 35.2.2º ET)<sup>230</sup>. Tampoco parece de recibo que el convenio colectivo contenga una autorización general a los empresarios para decidir unilateral y libremente la distribución irregular de la jornada en la empresa<sup>231</sup>.

La relación de supletoriedad ley/convenio que resulta del juego de los apartados 1.2º y 2 del art. 34 del ET abre a los agentes sociales vastas posibilidades en materia de distribución de la jornada. A la postre, una flexibilidad de esta naturaleza, en manos de los agentes sociales, permite la adecuación

del tiempo de trabajo a las necesidades de las empresas, de la actividad productiva y de los propios intereses comunes de las partes. La autonomía colectiva ha hecho uso ampliamente de las posibilidades que le ofrece el legislador y se ha dirigido a la apertura de otras formas y modos de situar el trabajo en los parámetros temporales de referencia. En principio, podemos vislumbrar dos grandes tendencias en la negociación colectiva a la hora de distribuir la jornada ordinaria de trabajo, a saber:

1.ª) Una primera gran tendencia apreciable en convenios de todos los ámbitos es confirmar la jornada semanal igual o inferior a cuarenta horas<sup>232</sup>, pudiendo incorporar los días semanales hábiles para el trabajo<sup>233</sup> y/o directamente la duración de la jornada ordinaria diaria<sup>234</sup> o de la jornada diaria máxima<sup>235</sup>. En otras ocasiones se establece la jornada diaria, y los días semanales hábiles para el trabajo, la jornada anual, los días laborales de la semana y la duración máxima de la jornada diaria, la jornada anual y el número de días laborales, la jornada anual y un número mínimo y máximo de días efectivos de trabajo al año, o la jornada anual, el número de días laborales anuales y la jornada diaria<sup>236</sup>. En supuestos como éstos, que proliferan con carácter de absoluta normalidad sobre todo a escala empresarial, pero también en la negociación sectorial de ámbito provincial, el pacto colectivo de empresa no puede apartarse de lo previsto en el convenio colectivo. Téngase en cuenta a este respecto que toda modificación de la cuantía del tiempo de trabajo diario, semanal, mensual, o de períodos más amplios prevista en convenio colectivo estatutario constituye una modificación de la vertiente cualitativa de la jornada aunque no aumente la jornada máxima ordinaria, no actuable por la vía del art. 41.2.3º del ET. Por consiguiente, si un convenio distribuye la jornada –utilizando por ejemplo el módulo semanal– el pacto subsidiario no puede intervenir para alterar esta distribución en ausencia de autorización convencional expresa –por ejemplo para fijar un módulo trimestral–. Los empresarios tampoco pueden distribuir la jornada inobservando lo dispuesto en el convenio o en el pacto de empresa.

Algunos convenios colectivos sectoriales, sin embargo, contemplan la posibilidad de que se proceda a otra distribución regular o irregular de la jornada por acuerdo de empresa<sup>237</sup> e, incluso, por decisión unilateral del empresario<sup>238</sup>. Es usual, en este sentido, que las normas convencionales permitan que los convenios o pactos de empresa de ámbito inferior o los empresarios alteren la distribución previamente efectuada<sup>239</sup>. Así, encontramos convenios que fijan una jornada semanal –entre 35 y 40 horas– y consienten que el pacto de empresa la sustituya por una distribución irregular, imponiendo en ocasiones límites a la jornada diaria –entre 9 y 10 horas–. Otros convenios establecen la jornada regular con carácter general, pero permiten que las empresas distribuyan irregularmente la jornada a lo largo del año, con la posibilidad de llegar a diez horas diarias de trabajo efectivo durante un máximo de 20, 25 ó 30 días al año, que deberán reflejarse en el calendario laboral anual, a confeccionar durante el mes de enero o durante el primer trimestre del año.

**2.ª)** Una segunda gran tendencia de la negociación colectiva es organizar regímenes distributivos irregulares, y las medidas que a tal fin se prodigan son muy variadas. En este sentido, entre los convenios que incluyen regímenes distributivos irregulares cabe diferenciar tres grupos. En primer lugar, los que dividen la jornada anual en módulos superiores al semanal (**a**). En segundo lugar, los que más que programar regímenes distributivos irregulares proporcionan pautas para que los convenios o pactos colectivos negociados en ámbitos inferiores efectúen tal programación (**b**). En tercer lugar, convenios colectivos que atribuyen a la autonomía individual o directamente al propio empresario la facultad de distribuir irregularmente la jornada de trabajo (**c**).

**a)** Los convenios que dividen la jornada anual en módulos superiores al semanal suelen ser de ámbito sectorial y fijan jornadas ordinarias, por lo general mensuales –de entre 165 y 170 horas–, pudiendo incorporar la duración máxima de la jornada diaria –por ejemplo 9 horas– o semanal –por ejemplo 48 horas– o la duración mínima y máxima de la jornada diaria –por ejemplo, 7 y 9 horas, respectivamente.<sup>240</sup> En tales casos, no se pueden compensar o nivelar los excesos de un mes con las horas no trabajadas en otros meses con el pretexto de que en cómputo anual se respeta la jornada convencional. Lo mismo cabe decir en relación con aquellos convenios que asignan un distinto número de horas a las diferentes semanas del año<sup>241</sup> o que permiten la distribución irregular de la jornada anual cada dos, tres o cuatro meses<sup>242</sup>.

**b)** Otros convenios colectivos sectoriales proporcionan pautas para programar a niveles inferiores un régimen distributivo irregular. Así, encontramos convenios que fijan la jornada anual y remiten expresamente su distribución a los convenios o pactos colectivos negociados en ámbitos inferiores<sup>243</sup>. En tales supuestos, es preciso que medie acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores para distribuir irregularmente la jornada laboral a lo largo del año<sup>244</sup>. En ocasiones, aquéllos imponen los días semanales hábiles para el trabajo –de lunes a viernes, o de lunes a sábado–, la jornada diaria máxima –8, 9 ó 10 horas–, la jornada diaria máxima –9 ó 10 horas– y mínima –por ejemplo 4 horas y media, 6 ó 7 horas–, la jornada semanal máxima –por ejemplo 45 ó 50 horas– y/o la jornada semanal máxima y mínima –por ejemplo 45 y 35 horas, respectivamente<sup>245</sup>; topes que a veces pueden modificarse dentro de determinados límites por acuerdo de empresa<sup>246</sup>.

Igualmente, hay convenios que fijan la jornada semanal y su equivalente en cómputo anual o la jornada anual y nada más<sup>247</sup>. Como señala la STS de 8 de junio de 1994 (Rec. núm. 427/1993), el contenido preceptivo absolutamente indisponible del convenio colectivo «se limita a la duración máxima de la jornada anual de trabajo, sin que este precepto impida en el ámbito de la empresa regulaciones de la distribución del tiempo de trabajo distintas a la prevista en el mismo, siempre que sean globalmente más favorables». De este modo, aunque no se llame expresamente al pacto de empresa subsidia-

rio, no se cierra la posibilidad a que éste pueda ejecutar un régimen de irregularidad de jornada. Pero en cualquiera de las hipótesis señaladas, en aquellas empresas en que no se logre el acuerdo con el órgano de representación laboral o éste no exista, no podrá programarse una distribución irregular. Algunos convenios, sin embargo, permiten que las empresas establezcan una distribución irregular de la jornada a lo largo del año si así lo acuerdan con los propios trabajadores afectados cuando no se alcance el acuerdo con los representantes de los trabajadores o éstos no existan<sup>248</sup>. Este tipo de cláusulas convencionales soslayan el juego del pacto de empresa subsidiario del convenio en materia de distribución de la jornada, y también el juego de las jornadas máximas legales de cuarenta horas semanales, que es dispositivo para la autonomía colectiva pero no para la autonomía individual.

c) El tercer grupo de convenios viene dado por los que establecen la jornada semanal y su equivalente en cómputo anual o la jornada anual y remiten su distribución al empresario, respetándose los descansos entre jornadas y semanal<sup>249</sup>. De este modo, el empresario puede implantar la distribución irregular de la jornada siempre que no se altere el número de horas pactadas anualmente y se respeten los referidos descansos, lo que no se considera modificación sustancial de las condiciones de trabajo<sup>250</sup>. Las posibilidades que ofrece la autonomía colectiva a los empresarios son muy amplias y llevadas a sus últimas consecuencias permitirían establecer jornadas de doce horas diarias, con un descanso mínimo de quince minutos al día, durante once días seguidos, con derecho a tres días de descanso a continuación (si el empresario acumula el descanso semanal en cómputo bisemanal, tal y como autoriza el art. 37.1 del ET<sup>251</sup>). Naturalmente tendría que reducirse el tiempo de trabajo en otros períodos del año para no superar el cómputo anual de las cuarenta horas semanales de promedio, pero este régimen de trabajo, en los períodos punta, sería extenuante para el trabajador<sup>252</sup>. La negociación colectiva debería establecer limitaciones a fin de prevenir estas prácticas abusivas. En fin, los agentes sociales, a quienes el poder legislativo confía la protección de los derechos e intereses de los trabajadores, eluden tal cometido y dejan en manos del empresario la determinación de un aspecto esencial del objeto del contrato de trabajo, el tiempo de trabajo, lo que se cohonestaría forzosamente con el art. 1256 del Código Civil. En otros supuestos, la intervención de la autonomía colectiva es más garantista, estableciendo límites que encauzan o delimitan la intervención del empresario. Así, se disponen los días semanales hábiles (de lunes a viernes, o de lunes a sábado), la jornada diaria máxima (9 ó 10 horas), la jornada diaria mínima y máxima (entre 5 y 9 horas, o entre 6 y 10 horas), la jornada semanal máxima (44, 45, 48 ó 50 horas), la jornada semanal mínima y máxima (entre 30 y 50 horas) y/o el número de días de trabajo o de semanas susceptibles de distribución irregular (por ejemplo, 20, 25 ó 30 jornadas ó 4 semanas al año)<sup>253</sup>. Otras veces se decreta que la introducción de una jornada irregular en los centros que no la tuvieran establecida deberá tener la consideración de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, estando sujeta por tanto a lo establecido en el art. 41 del ET<sup>254</sup>.

La distribución irregular de la jornada unida a la percepción regular del salario (el mismo importe mensual con independencia de las horas trabajadas en cada período) produce disfunciones para aquellos trabajadores que no desarrollan su actividad durante todo el año. En principio, si tal circunstancia obedece a que el trabajador se encuentra de baja por enfermedad o por maternidad, hay que señalar que en dichas situaciones el trabajador seguirá generando un excedente o déficit horario según los casos a compensar en otro momento, y ello porque durante el período en que el trabajador se encuentra de baja se mantienen vivos todos los derechos y obligaciones de la relación laboral, a excepción de la prestación efectiva de trabajo, sin que tal baja pueda por ello minorar los tiempos de descanso o de recuperación<sup>255</sup>. Si se trata de trabajadores temporales la cuestión es más compleja. La negociación colectiva, salvo contadas excepciones<sup>256</sup>, no suele establecer criterios de proporcionalidad al respecto. No obstante lo cual, para determinar la jornada anual ordinaria de este colectivo habrá que buscar la proporción existente entre la jornada anual prevista con carácter general para todo el año y la que corresponde al período trabajado por los trabajadores temporales, lo que conlleva que su horario deba incluir la concreción de los días de libranzas que permitan ajustar su horario de trabajo diario a la jornada anual proporcional<sup>257</sup>. Y, si tal ajuste no fuera posible, aquéllos tendrán derecho a disfrutar de la diferencia de jornada realizada como trabajo extraordinario<sup>258</sup>.

## **2.2. Distribución rígida y flexible**

Los empresarios en ningún caso pueden distribuir la jornada inobservando lo dispuesto en los convenios colectivos o pactos de empresa<sup>259</sup>, ni alterar la distribución previamente programada por ellos sin seguir los trámites del art. 41 del ET. No obstante, tal rigidez suele atenuarse por la propia negociación colectiva, garantizando a los empresarios importantes márgenes de flexibilidad en relación con la jornada exigible en determinadas circunstancias.

Tal posibilidad que carece de regulación legal expresa ha sido aceptada por el Tribunal Supremo. Concretamente, la STS de 15 de diciembre de 1998 (Rec. núm. 1162/1998) convalidó la pactación convencional de una jornada diaria tipo o estándar —en el caso resuelto era de 8 horas— ampliable por el empresario en función de las necesidades del funcionamiento de la empresa sin superar un determinado tope diario —en el caso resuelto eran 10 horas—, resultando de ahí un determinado número de horas flexibles —en el caso resuelto 2 al día—. A juicio del Tribunal Supremo, el art. 34.2 del ET lleva implícita la posibilidad de que la negociación colectiva introduzca sistemas distributivos elásticos o flexibles, con la consiguiente variabilidad de la jornada en atención a la decisión que en cada momento acuerde la empresa.

No obstante, hay que distinguir entre distribución irregular y flexible de la jornada, pues, si tal distinción no se tiene clara, pueden convalidarse modificaciones empresariales de la jornada previamente programada inviables con la ley en la mano. Sin embargo, distinguir entre uno y otro sistema



distributivo del tiempo de trabajo es bastante complicado, y de ello da cuenta cierta confusión reinante en parte de nuestra doctrina judicial y también en la práctica convencional<sup>260</sup>, porque ambas permiten una desigual o irregular distribución del total de las horas de trabajo a lo largo del año sin que éstas pierdan la naturaleza de ordinarias. Por ello, debe llamarse la atención de los interlocutores sociales sobre los múltiples problemas de seguridad jurídica que plantea la deficiente y excesivamente genérica redacción de muchas de las cláusulas convenidas sobre la materia y la necesidad de superarlos tratando de conseguir una mayor calidad técnica de los textos negociales<sup>261</sup>.

Terciando en esta problemática, hay que señalar que la expresión «distribución irregular» de la jornada señala la posibilidad de que las empresas programen en el calendario laboral sistemas de distribución irregular que hacen viable la existencia de semanas laborales de más de cuarenta horas. Pero, una vez reflejada dicha repartición en el calendario laboral, la alteración de la misma puede constituir una modificación sustancial a que alude el art. 41.1.a) del ET<sup>262</sup>. La «distribución flexible» de la jornada, en cambio, alude a la posibilidad de que el empresario pueda variar la jornada ordinaria de trabajo previamente fijada según las necesidades de la empresa. En tal caso, las alteraciones de la jornada previamente programada no integran ni constituyen ninguna modificación sustancial ni por ende precisan de la tramitación del procedimiento previsto en el art. 41 del ET sino que implican la utilización por el empresario de un poder o facultad plenamente amparado por la normativa convencional<sup>263</sup>. En suma, cuando las partes negociadoras diseñan un sistema de distribución flexible de la jornada ésta se configura no como algo monolítico e invariable cualesquiera que sean las circunstancias de producción, sino como algo flexible y movable que tiene en cuenta las vicisitudes empresariales y los cambios que en la oferta o en la demanda puedan producirse a lo largo del año. Lo que permite a las empresas responder con prontitud a las fluctuaciones de la demanda y a los requerimientos de la productividad sin incrementar los costes en personal.

En cualquier caso, este singular *ius variandi* empresarial ha de estar previsto en el convenio colectivo o en el pacto colectivo formalizado en unidades inferiores<sup>264</sup>. Además, tan extraordinario y excepcional *ius variandi* empresarial ha de ser interpretado en sus justos términos, lo que impide su extensión por analogía. De este modo, si el convenio colectivo permite ampliar la jornada diaria o semanal estándar, la empresa podrá ensanchar dichas jornadas, pero no reducirlas para su posterior recuperación o regularización. Así, verbigracia, si el convenio establece que las empresas dispondrán de 80 horas al año de trabajo efectivo por trabajador de libre disposición y distribución irregular, a compensar dentro del año natural y por días completos o con reducciones de jornadas, la empresa no puede anticipar el descanso para compensar una jornada irregular que aún no ha tenido lugar<sup>265</sup>. Sólo si convencionalmente se permite una distribución flexible de la jornada o se admite que pueda fijarse una jornada diaria o semanal «superior» o «inferior» a la jornada tipo o estándar, serán posibles los ajustes de la jornada realizada tanto por exceso como por defecto.



Además, como destaca la STS de 15 de diciembre de 1998 (Rec. núm. 1162/1998), el que el empresario pueda hacer uso de las horas flexibles no significa que pueda utilizarlas «a su capricho, arbitrariamente o de manera irracional, como en general, no puede hacerlo con ninguna de las facultades en que se vertebra el poder de dirección de la actividad laboral»<sup>266</sup>. La decisión empresarial de alterar la jornada de trabajo previamente fijada siempre habrá de fundarse en causas conectadas con la utilidad y necesidades del funcionamiento de la empresa, cuya concurrencia será un aspecto susceptible de someterse al control judicial, caso de discrepancia entre las partes. Por consiguiente, la decisión empresarial al respecto ha de compaginarse con las circunstancias habilitantes de la medida que en el convenio colectivo se introduzcan pues de lo contrario aquélla afectaría a lo pactado en convenio y no podría ser adoptada válidamente. Así, por ejemplo, si la circunstancia habilitante de la distribución flexible de la jornada es «la disminución de pedidos», la empresa no puede aprovecharse de la misma con el pretexto de que no se alcanzan las previsiones de producción. En definitiva, la alteración de la jornada siempre ha de estar justificada, lo que habilita el posterior control judicial de la decisión empresarial amparada en un precepto convencional. Con todo, en los convenios colectivos que instauran una repartición flexible de la jornada se advierte una casi total indefinición de las causas que, en su caso, justificarían la decisión empresarial sobre el cambio de jornada<sup>267</sup>; en algunas ocasiones se alude genéricamente a las «necesidades del servicio», a la «marcha de la producción» o a las «circunstancias de la producción/mercado» y en otras muchas ni siquiera se indica razón alguna. Además, se autoriza al empresario a utilizar las horas flexibles sin que ni tan siquiera se le exija la negociación previa con los representantes de los trabajadores acerca de la concurrencia de las mencionadas causas. Sólo de modo excepcional, se admite que se pueda ampliar el número de horas de cómputo flexible siempre que haya mutuo acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores.

En todo caso, es evidente que toda distribución flexible de la jornada debe respetar la jornada anual establecida<sup>268</sup> y los descansos mínimos aplicables<sup>269</sup>.

En cuanto a las fórmulas convencionales que incorporan sistemas distributivos elásticos o flexibles, cabe distinguir tres tendencias generales:

**1.ª)** Una primera gran tendencia apreciable en todos los ámbitos funcionales es programar regímenes distributivos clásicos y atenuar su rigidez garantizando al empresario ciertos márgenes de flexibilidad en relación con la jornada exigible en determinadas circunstancias. En los períodos de mayor volumen de trabajo, acotados generalmente por los propios convenios, se autoriza a los empresarios a establecer una distribución flexible de la jornada de trabajo o a ampliar la jornada del trabajador hasta un tope máximo diario –9, 10 ó 12 horas–, un tope máximo semanal –por ejemplo 44 ó 45 horas– o un tope máximo diario y semanal –por ejemplo 9 y 45 horas, 10 y 44 horas, ó 10 y 50 horas, respectivamente)<sup>270</sup>. Además, la autonomía colectiva, por lo general, limita el número máximo de días (por ejemplo 15,

26, 30, 40, 45, 80 ó 110) o de semanas (por ejemplo 4) que al año pueden resultar afectados por esta modificación<sup>271</sup>. De todos modos, uno y otro módulo varían mucho según los convenios de que se trate. Las horas trabajadas por encima de la jornada diaria y/o semanal estándar o tipo fuera de los indicados períodos tendrán la consideración de horas extraordinarias<sup>272</sup>. Excepcionalmente, algunos convenios fijan un máximo de horas flexibles en cómputo anual –por ejemplo, 24, 80, 100, 150 ó 200 horas– y/o en cómputo diario –por ejemplo, 2 horas– y semanal –por ejemplo, 40 horas–<sup>273</sup>, o una cuenta de horas colectiva con un saldo de 280 horas en negativo y de 200 horas en positivo<sup>274</sup>.

Infrecuentemente, se exige la conformidad de los representantes de los trabajadores y, en su defecto, de los trabajadores afectados para que la empresa pueda hacer uso de todas<sup>275</sup> o de parte de las horas de libre disposición<sup>276</sup>. En otras ocasiones, se permite ampliar la bolsa de horas flexibles por acuerdo de las partes afectadas; acuerdo que deberá alcanzarse entre la empresa y los representantes de los trabajadores (o en defecto de dicha representación, los propios trabajadores) cuando dicha ampliación afecte a más de 10 trabajadores en empresas de menos de 100, o al 10% de la plantilla en empresas de más de 100 y menos de 300 trabajadores, o a 30 trabajadores en empresas de más de 300 trabajadores<sup>277</sup>.

Ciertos convenios colectivos con buen criterio excluyen del ámbito de aplicabilidad del régimen de distribución flexible de la jornada a los trabajadores que tengan limitada su presencia por razones de seguridad, salud, cuidado de menores o de familiares, embarazo o períodos de lactancia<sup>278</sup>. Aunque en algunas ocasiones se obliga al empresario a preavisar al trabajador la variabilidad de la jornada con un plazo mínimo de 24 horas ó 2, 3, 7 u 8 días<sup>279</sup>, por lo general se obvia esta cuestión. También se suele ignorar la forma de actuar la compensación con descanso de las horas flexibles. Y, a este respecto, debe significarse que, según la Audiencia Nacional, en ausencia de previsión convencional sobre esta cuestión, corresponde al empresario decidir cuándo y cómo hacer efectivo el descanso compensatorio. Los agentes sociales, no obstante, en ocasiones exigen que la fecha del descanso sea objeto de mutuo acuerdo entre las partes, que la compensación sea efectiva en una reducción de jornada o en descansos, o en jornadas completas de descanso, y/o dentro de un plazo determinado (por ejemplo dentro del mes o de los dos, tres, cuatro o seis meses siguientes a la realización de las horas flexibles)<sup>280</sup>. No es raro, por último, hallar convenios que admiten que los descansos compensatorios puedan disfrutarse en una anualidad distinta a aquella en que se produce la distribución flexible de la jornada. Como precisa la STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 1999 (Rec. núm. 5608/1999), es obvio que el convenio colectivo está pensando exclusivamente en situaciones de incrementos de producción en las que sea necesario superar la jornada máxima de trabajo y conveniente para la empresa agotar la jornada anual de trabajo efectivo, traspasando de esta forma el descanso compensatorio a un posterior ejercicio; por lo que de ninguna forma puede entenderse que este mismo precepto permita también extender al año siguiente los efectos de una reducción de jornada en el ejercicio anterior, que precisamente cons-

tituiría el caso totalmente opuesto a la previsión convencional. Excepcionalmente algún convenio colectivo reconoce al trabajador el derecho a percibir una compensación económica, por cada hora de exceso sobre su jornada diaria normal, en concepto de flexibilidad horaria, independientemente del correspondiente descanso compensatorio<sup>281</sup>.

2.<sup>a</sup>) Una segunda gran tendencia de la negociación colectiva es dividir modularmente la jornada anual y contemplar horas flexibles. El recurso empresarial a las horas flexibles en estos casos no suele ser configurado como una medida casualizada. Los convenios permiten variaciones en la duración de la jornada diaria hasta un tope (por ejemplo 9 horas y 30 minutos, 10 ó 12 horas) y/o de la jornada semanal hasta un límite máximo (por ejemplo 45 ó 48 horas) al alza, o al alza y a la baja (por ejemplo, 9 horas diarias como máximo y 6 horas diarias como mínimo, o 46 horas semanales como máximo y 32 horas semanales como mínimo), y exigen ajustes trisemanales, mensuales, bimensuales, trimestrales o cuatrimestrales para estabilizar la jornada tipo o estándar<sup>282</sup>. De este modo, las horas trabajadas de más o de menos integran una bolsa personal del trabajador que debe regularizarse dentro del módulo temporal de referencia mediante descanso sustitutorio<sup>283</sup> o mediante la recuperación oportuna de las horas dejadas de realizar. Algún convenio colectivo, sin embargo, permite que dicho sistema de ajuste de las horas flexibles sea desplazado por el acuerdo de las partes<sup>284</sup>. Estos convenios no suelen obligar al empresario a comunicar con antelación a los trabajadores que va a hacer uso de las horas flexibles. Tampoco profundizan más en cuanto a la forma de operar los ajustes para estabilizar la jornada estándar. A veces el régimen de compensación de las horas flexibles realizadas difiere en función de que con ellas se rebase o no la jornada máxima diaria legalmente prevista, concediéndose una hora de descanso obligatorio por cada hora flexible hasta la novena hora de trabajo diario, incluida ésta, y una hora y media por cada hora flexible, desde la décima hora de trabajo diario<sup>285</sup>. Excepcionalmente, algunos convenios colectivos exigen que el exceso de horas sobre la jornada habitual sea realizado al final o al inicio de la misma, que el descanso compensatorio se concentre en días completos y/o que las fechas para su disfrute sea objeto de común acuerdo entre las partes. Tampoco faltan las ocasiones en las que el convenio colectivo reconoce al trabajador la posibilidad de optar, sin perjuicio del total cumplimiento de los excesos horarios, entre realizar dichos flecos en concepto de horas ordinarias a nivelar con descanso compensatorio en el siguiente ciclo o devengar la correspondiente retribución por horas extraordinarias<sup>286</sup>.

3.<sup>a</sup>) La tercera línea convencional consiste en introducir mecanismos flexibilizadores sin contemplar la división modular de la jornada anual. Así, algunos convenios colectivos prevén un régimen de ejecución temporal del trabajo estructurado sobre la base de determinados días de trabajo con posibilidad de disponer más días adicionales –por ejemplo 4 días al año ó 12 sábados adicionales–, que si se actúan habrán de ser objeto de compensación con descanso<sup>287</sup>. En otras ocasiones, se prevé la adscripción voluntaria de

los trabajadores a turnos rotatorios de trabajo y cambios de horario, que deberán ser preavisados por la empresa con, al menos, siete días de anticipación<sup>288</sup>. Otros convenios colectivos admiten, explícita o implícitamente, la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada anual y, además, reconocen al empresario la facultad de utilizar horas flexibles<sup>289</sup>. Infrecuentemente, algunos convenios colectivos de sector ofrecen a los empresarios una opción alternativa (la distribución irregular o flexible de la jornada de trabajo)<sup>290</sup> o condicionan esta última posibilidad al previo acuerdo con la representación de los trabajadores y, en su defecto, con los propios trabajadores<sup>291</sup>. Finalmente, existen convenios colectivos que atribuyen al empresario horas flexibles sin ceñir su utilización a la necesidad de que exista descanso compensatorio o prevén una jornada anual con previsión expresa de que la distribución irregular y flexible de la misma corresponde al empresario<sup>292</sup>. A resultas de este tipo de cláusulas convencionales, las empresas pueden utilizar las horas flexibles y decidir su compensación en cualquier momento antes de que transcurra el cómputo anual de la jornada. De este modo, aquéllas pueden utilizar las horas flexibles de forma prácticamente ilimitada, debiéndose esperar al término del cómputo anual de la jornada para tener constancia de las horas extraordinarias realizadas<sup>293</sup>. Es más, la doctrina judicial admite la posibilidad de que el sistema de compensación horaria respecto a las horas trabajadas de más y de menos no quede cerrado a 31 de diciembre de cada año, de manera que los trabajadores que a lo largo del año natural hayan trabajado de más verán compensado dicho exceso con descansos a partir del 1 de enero del año siguiente, y los trabajadores que hayan realizado menos horas de las previstas por convenio colectivo en cómputo anual, verán incrementada su jornada anual al año siguiente<sup>294</sup>. En todo caso, la posibilidad de que la jornada no realizada en el año natural se acumule a la del año siguiente ha de quedar supeditada a que con ello no se rebase la jornada máxima anual prevista en la ley. Excepcionalmente, algún convenio colectivo fija un máximo de horas flexibles en cómputo anual.

En definitiva, el establecimiento de fórmulas de flexibilización de la jornada de trabajo puede afectar de manera importante al tiempo de trabajo, pero también, indirectamente, al tiempo dedicado al desarrollo de la esfera personal, familiar o íntima del trabajador<sup>295</sup>. Es evidente, por consiguiente, la colisión entre los intereses de los empresarios y de los trabajadores; colisión que obliga a buscar soluciones conciliadoras. Siendo el tiempo de trabajo un aspecto fundamental de la prestación laboral, no puede quedar, por puras reglas civiles, al sólo arbitrio de unas de las partes, en este caso el empresario, de forma que éste no puede proceder unilateralmente y sin límite alguno a su modificación<sup>296</sup>. Por ello, y en tanto el legislador no intervenga para asegurar un mínimo de protección a los bienes jurídicos de los trabajadores implicados por este tipo de prácticas, tal y como propugna una parte de la doctrina científica<sup>297</sup>, los agentes sociales deberían imponer la necesidad empresarial de preavisar al trabajador con una antelación mínima y, en su caso, a sus representantes antes de utilizar las horas flexibles, fijar un máximo diario o semanal de las horas flexibles y, en definitiva, establecer controles por parte de los representantes de los trabajadores y procedimientos

adecuados que condicionen las decisiones empresariales a fin de evitar una unilateral imposición empresarial en materias en las que está afectada la propia organización de la vida de los trabajadores<sup>298</sup>. En esta línea, los sucesivos Acuerdos Interconfederales para la negociación colectiva señalan la necesidad de que los convenios colectivos aborden «la utilización de sistemas flexibles de jornada, acompañada de los correspondientes procesos de negociación y de las condiciones para su realización, con el objetivo compartido de conciliar las necesidades de las empresas con las de los trabajadores y trabajadoras»<sup>299</sup>.

### 3. EL CÓMPUTO DE LA JORNADA

El párrafo segundo del art. 34.1 del ET fija la duración máxima de la jornada ordinaria con referencia a las horas de «trabajo efectivo». Este término deviene, en el contexto normativo, elemento consustancial de la duración de la jornada laboral en el sentido de que las horas de trabajo computables han de ser, en todo caso, las efectivas<sup>300</sup>.

El «tiempo de trabajo efectivo» (a) se contraponen al «tiempo de descanso» (b), y por ello es necesario deslindar ambos conceptos.

a) El tiempo de trabajo efectivo es aquel que en cómputo diario, semanal o anual, dedica el trabajador a su cometido laboral. Como señala el art. 2.1 de la Directiva 2003/88/CE, tiempo de trabajo es «todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales». Además, dentro del sistema de la Directiva el tiempo de trabajo se concibe en contraposición al de período de descanso, al excluirse mutuamente ambos conceptos. No obstante, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de octubre de 2000 (TJCE 2000, 234) (Asunto SIMAP) decide que la norma europea debe interpretarse en el sentido de que es preciso considerar que un servicio de atención continuada que efectúa un médico en régimen de presencia física en el hospital constituye en su totalidad tiempo de trabajo a efectos de esta Directiva, aun cuando al interesado se le permita descansar en su lugar de trabajo durante los períodos en que no se soliciten sus servicios, de modo que ésta se opone a la normativa de un Estado miembro que califica de tiempo de descanso los períodos de inactividad del trabajador en el marco de dicho servicio de atención continuada<sup>301</sup>. Por consiguiente, para el referido Tribunal de Justicia, «la actividad de guardias de presencia, aunque pueda tener particularidades muy características que la hacen distinta de la jornada ordinaria, sin embargo debe computarse como tiempo de trabajo a todos los efectos, incluso aquellos momentos en que el médico pueda descansar, y desde luego se excluye que sea una jornada especial { ... } sino tiempo de trabajo sujeto por tanto a la duración máxima de la jornada comunitaria»<sup>302</sup>. De hecho, el trabajo en hospitales no está previsto como especial en el número 7 del artículo 34 ET y a mayor abundamiento esta disposición legal no habilita

a los convenios colectivos para crear jornadas especiales, sino al Gobierno, por lo que no cabe introducir convencionalmente «esa distinción entre «tiempo de trabajo en planta» y «tiempo de trabajo en régimen de guardia de presencia», desde el momento en que en uno y otro caso el trabajador se encuentra a disposición del empresario y en el centro de trabajo, con la particularidad de que si bien el trabajo en guardia puede ser ciertamente irregular, dependiendo de factores imprevisibles, también cabe decir que se trata de un trabajo prestado en horas y circunstancias más incómodas».

Las horas no trabajadas como consecuencia del disfrute de los permisos retribuidos previstos en la ley o en los convenios colectivos también deben computarse como horas trabajadas, ya que si la ley o el convenio establecen su carácter de retribuidos, ello determina claramente su equiparación a prestación de trabajo efectivo, pues sino el concepto «retribuido» no tendría razón de ser, siendo además de destacar que, de no ser así, podría darse el supuesto de que un trabajador que hubiere precisado hacer uso de varios de esos permisos se encontrase en la situación de no haber completado la jornada anual legal o convencional exigible, y en ese caso, el efecto tendría que ser el descuento de las horas no trabajadas<sup>303</sup>. A la hora de computar la jornada y determinar si se ha producido o no un exceso de jornada hay que estar a la suma de las horas efectivamente trabajadas y de aquellas otras en que la obligación de trabajar estuvo legalmente suspendida, como en las situaciones de incapacidad temporal en la que permanecen los trabajadores<sup>304</sup>. Tanto en uno como en otro caso deben descontarse los días en que legalmente no se trabaja como son los domingos, festivos, días de descanso y vacaciones<sup>305</sup>. Ciertamente, no tendría sentido que en los supuestos normales los períodos de descansos no se consideren como tiempo de trabajo efectivo y sí tuvieran esa consideración cuando coinciden con una situación de incapacidad temporal.

**b)** El descanso es el período o lapso de tiempo durante el que el trabajador deja de prestar servicios que puede muy bien no privar de retribución. Es el caso del descanso durante la jornada, el descanso ínter jornadas, el descanso semanal, los festivos<sup>306</sup>, las vacaciones y los descansos compensatorios. Estos descansos no son, por su propia naturaleza, tiempo de trabajo efectivo, tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo a propósito del descanso para el bocadillo, el descanso tras el servicio de guardia de presencia subsiguiente a una jornada de trabajo<sup>307</sup>, el descanso semanal obligatorio<sup>308</sup> y los descansos compensatorios.

El art. 34.4 del ET dispone que «siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un período de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos» y que «este período de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo»<sup>309</sup>. Este precepto establece un mínimo de derecho necesario en caso de jornada continuada que es el tiempo de descanso de duración no inferior a quince minutos<sup>310</sup>, cuya finalidad es la reposición de las energías físicas o psíquicas, consumidas, satisfaciendo necesidades vitales. Por consiguiente,

como señala la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 26 de junio de 1997 (Rec. núm. 3577/1996), los convenios podrán mejorar dicho descanso mínimo ampliándolo, pero no podrán reducirlo o eliminarlo, y ello por cuanto entronca con la previsión constitucional de que los poderes públicos garantizarán el descanso mínimo necesario (artículo 41 Constitución Española). El carácter imperativo de dicho precepto resulta, tanto de los términos que utiliza «siempre que» la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas «deberá establecerse» un período de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos, como de la ubicación contextual del mínimo legal que se impone, situado dentro del mismo precepto (artículo 34 ET) en el que, tras señalar que la duración de la jornada de trabajo será la pactada en convenio colectivo o en contrato de trabajo, y que de forma colectiva se podrá establecer una distribución irregular de la jornada a lo largo del año, se impone como límite dispositivo a la disponibilidad de las partes que dicha distribución «deberá respetar en todo caso» los mínimos de descanso diario y semanal previstos en esta Ley (números 2 y 3), señalando a continuación una serie de descansos mínimos, entre los que se encuentra el denominado descanso para el bocadillo. Siendo ello así, los convenios colectivos no pueden condicionar el respeto del referido descanso mínimo de 15 minutos a que exista acuerdo entre las partes, ni al cumplimiento de condición alguna. No obstante, en punto a la consideración del descanso durante la jornada continuada como tiempo de trabajo efectivo, la Ley se remite a lo «establecido» o que «se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo». Por consiguiente, este tiempo de descanso sólo computa como jornada y se considera de trabajo efectivo, cuando esté así acordado por convenio o, en su defecto, por contrato de trabajo<sup>311</sup>.

En cuanto a la regulación convencional de este extremo, hay que señalar que excepcionalmente algunos convenios, sobre todo de ámbito empresarial aunque también alguno de sector, excluyen expresamente el carácter de tiempo de trabajo efectivo a la pausa para el bocadillo<sup>312</sup>, salvo que el trabajo se realice en período nocturno<sup>313</sup>. La mayoría de convenios colectivos, sin embargo, guarda silencio sobre este particular. En cualquiera de estas hipótesis, la pausa no tiene carácter de tiempo de trabajo. Es más, de la retribución del expresado descanso en jornada continuada «no cabe, en manera alguna, inferir una tácita voluntad consensuada entre las partes en orden a la configuración como jornada efectiva de trabajo del señalado descanso»<sup>314</sup>. En definitiva, para que esto último acaezca se hace preciso «un acuerdo individual o colectivo al respecto, por así exigirlo, de modo ineludible, el mencionado artículo 34 en su párrafo 2 ET»<sup>315</sup>. A nivel sectorial, en algunas ocasiones la autonomía colectiva difiere a los convenios de empresa o a los usos y costumbres de las empresas la consideración como tiempo de trabajo efectivo del período de descanso a que tienen derecho los trabajadores cuya jornada diaria continuada exceda de seis horas<sup>316</sup>. En tales supuestos, habrá que acudir a la realidad de cada empresa para ver si existe o no acuerdo que establezca tal consideración<sup>317</sup>. En cualquier caso, aunque en el convenio sectorial no conste una previsión del estilo antes apuntado, ello no quiere decir que a nivel de empresa no se pueda acordar colectiva o individualmente que



la pausa para el bocadillo se considere tiempo de trabajo efectivo y esa posibilidad también puede derivarse del disfrute de una condición más beneficiosa por parte de los trabajadores que se incorpore al contrato de trabajo<sup>318</sup>.

Una segunda tendencia que se aprecia en la negociación colectiva de empresa y de sector, menos frecuente, que la anterior, es que se reconozca expresamente a la pausa legal o a parte de la misma el carácter de tiempo de trabajo efectivo (por ejemplo 10 minutos)<sup>319</sup>. En tal caso, el tiempo de descanso de que dispone el trabajador lo disfruta a costa del empresario, pues computa como jornada y se considera tiempo de trabajo efectivo. En consecuencia, se cuantificará la duración anual de dicho descanso y esa cuantía se deducirá de la jornada anual pactada para conocer cuál es la jornada anual real o efectiva que viene estableciendo el correspondiente convenio colectivo<sup>320</sup>. De esta forma, si la empresa considerase que el tiempo de descanso diario no es tiempo de trabajo efectivo y, por ello, hubiera impuesto al trabajador la realización de una jornada superior a la jornada máxima de trabajo pactada en el convenio, el trabajador habrá incurrido en la realización de horas extraordinarias<sup>321</sup>. Algunos convenios colectivos, además, aumentan la pausa para el bocadillo a 20, 25 ó 30 minutos, sin que ninguno de ellos pierda la consideración de tiempo de trabajo efectivo<sup>322</sup>; otros, sin embargo, condicionan el disfrute de la mejora a que en la empresa se pare para el consumo de la pausa<sup>323</sup> o a que en la empresa se trabaje por el sistema de trabajo a turnos, en cuyo caso, si en la empresa en cuestión no está implantado dicho sistema de trabajo, los trabajadores que desarrollen una jornada diaria continuada efectiva de trabajo superior a seis horas disfrutarán del descanso previsto en el art. 34.4 del ET que no tiene la consideración como tiempo de trabajo efectivo<sup>324</sup>. Por lo demás, tal mejora por lo general sólo se prevé para los supuestos en los que la jornada es continuada<sup>325</sup>, de suerte que no se beneficiarán de la misma los trabajadores que disfruten de una jornada partida, aunque se trate de una jornada partida sui generis<sup>326</sup>. En fin, hay convenios que reducen el tiempo de trabajo continuado para causar derecho a la pausa asimilada a tiempo de trabajo efectivo o que incorporan un régimen de pausas cuya duración y carácter varían en función del número de horas de trabajo ininterrumpido –por ejemplo una pausa de 30 minutos en las jornadas de 8 ó más horas que no es tiempo de trabajo efectivo y de 15 minutos en las jornadas entre 6 y 8 horas que sí lo es–<sup>327</sup>.

Por último, como señala la STS de 20 de diciembre de 1999 (Rec. núm. 2481/1999), «el descanso compensatorio, por su propia naturaleza, no es tiempo de trabajo efectivo»<sup>328</sup>. Ciertamente, «sí lo es el exceso de trabajo que supera la jornada ordinaria, tanto si se retribuye económicamente como con descansos compensatorios, y por esa razón se computa para determinar la jornada real anual y abonar el tiempo excedido», pero «de computarse también a efectos de jornada, como pretenden los actores, además del tiempo de exceso trabajado, el tiempo de descanso compensatorio que lo retribuye, se estaría sumando dos veces un único tiempo de trabajo».

La forma de computar el tiempo de trabajo, esto es, los criterios para establecer qué momentos han de ser tenidos en cuenta de cara a considerar consumido el total de horas de trabajo que el trabajador debe al empresario



es un extremo objeto de regulación legal mediante un entramado que resulta de lo dispuesto en los apartados 5 y 1.2º del art. 34 del ET. El tema, sin embargo, ha constituido fuente de agudos conflictos jurídicos, acentuados tras la implantación convencional de módulos temporales cada vez más amplios en los que situar el trabajo debido<sup>329</sup>.

Intentando fijar una serie de criterios interpretativos que colmen el lacónismo del legislador en orden al cómputo del tiempo de trabajo efectivo, cabe conferir a esta expresión un doble significado<sup>330</sup>: en primer lugar, el término posee una dimensión temporal, esto es, tiende a precisar con mayor rigor los momentos inicial y final a partir de los cuales la jornada comienza a computarse o se entiende concluida; en segundo lugar, el término «trabajo efectivo» proporciona un criterio material para medir la duración del trabajo, en cuya virtud el tiempo a incluir en la duración de la jornada es aquél durante el cual el trabajador presta trabajo efectivo.

### **3.1. El criterio temporal como elemento de cómputo de la jornada**

El art. 34.5 del ET establece que el cómputo del tiempo de trabajo debe realizarse «de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo». Es decir, la jornada de trabajo se inicia cuando el trabajador accede a su puesto de trabajo y está listo para trabajar y finaliza cuando aún está trabajando. Desde esta perspectiva, quedan eliminadas del cómputo de la jornada aquellas actividades relacionadas «ex ante» o «ex post» con la prestación laboral, pero independientes de ella. En concreto, no constituye tiempo de trabajo el que se emplea en el trayecto desde el domicilio del trabajador al centro de trabajo o viceversa<sup>331</sup>, en el cambio de ropa<sup>332</sup>, en el aseo personal, a no ser que medie una exposición a agentes biológicos (RD 664/1997) o cancerígenos (RD 665/1997)<sup>333</sup>, y en la recogida del uniforme de trabajo con que regularmente la empresa dota a los trabajadores<sup>334</sup> o de los instrumentos de trabajo<sup>335</sup>. No obstante, la naturaleza del art. 34.5 del ET es mínima, de suerte que la autonomía colectiva puede incluir estos tiempos en la jornada de trabajo.

Los convenios colectivos que abordan esta cuestión, por lo general, se limitan a transcribir o remitirse al art. 34.5 del ET, o a prevenir que el comienzo y fin de la jornada tiene lugar en el puesto de trabajo o que el trabajador deberá estar en su puesto de trabajo a la hora en punto de iniciarse la jornada<sup>336</sup>. Cuando los centros de trabajo son móviles o itinerantes, por lo general, no se computa como jornada laboral el tiempo de desplazamiento entre el lugar de residencia y el punto de trabajo hasta un tope máximo (por ejemplo, una hora y media entre ida y vuelta)<sup>337</sup>. En aquellas actividades en que es necesario trabajar provisto de vestimenta especial, generalmente se prevé que el personal debe iniciar y finalizar su jornada con ropa de trabajo<sup>338</sup>, con lo que se viene a confirmar que el tiempo invertido en cambiarse y descambiarse de ropa no computa como tiempo de trabajo. También hay convenios que contemplan el deber de uniformidad sin señalar que la perio-

dica entrega de prendas deba realizarse durante la jornada de trabajo, por lo que el tiempo invertido en recoger el uniforme de trabajo tampoco debe computarse como tiempo de trabajo<sup>339</sup>. Por el contrario, cuando los trabajadores manipulan productos animales o vegetales o sustancias tóxicas o peligrosas, los convenios colectivos sí reconocen a los trabajadores el derecho a disponer de determinados minutos para su limpieza personal antes de la comida o, en su caso, de la pausa para el bocadillo y/o de abandonar el trabajo. Por último, no se suele computar dentro de la jornada laboral el tiempo necesario para la caracterización de los actores, hasta un máximo, verbigracia, de una hora<sup>340</sup>. En cuanto a la recogida de las herramientas de trabajo, la autonomía colectiva suele disponer que las horas señaladas en los horarios como comienzo de jornada deberán ser en condiciones de realizar el trabajo efectivo, es decir, con herramientas y demás útiles, y en el puesto de trabajo<sup>341</sup>. Por el contrario, el tiempo necesario para recoger y limpiar las herramientas al finalizar la jornada se suele considerar tiempo de trabajo efectivo<sup>342</sup>.

Existen actividades en las que los trabajadores al iniciar y terminar su jornada deben acudir al taller a recoger y devolver el vehículo de la empresa, al armero para recoger y entregar las armas o, en fin, a la base para la toma y deje del servicio de transporte. Pues bien, el tiempo invertido en tales desplazamientos ha de considerarse tiempo de trabajo efectivo. En este sentido, la STS de 18 de septiembre de 2000 (Recud. núm. 1696/1999) afirma lo siguiente: «el tiempo invertido en los desplazamientos entre el depósito de armas y el centro donde presta sus servicios el vigilante de seguridad es tiempo de trabajo», ya que «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»<sup>343</sup>. En fin, como señala la STS de 24 de junio de 1992 (RJ 1992, 4669), cuando «el horario se anticipa para el trabajador a fin de realizar una actividad concreta en un determinado lugar» que no es el de trabajo el «tiempo dedicado a desplazarse desde el centro de trabajo a distinto lugar» debe considerarse o computarse como «jornada de trabajo»<sup>344</sup>. Igual conclusión cabe mantener respecto de los tiempos de toma y deje del servicio de transporte, máxime a la luz de lo dispuesto en el art. 8.1 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, por el que se regulan las jornadas especiales de trabajo<sup>345</sup>, de forma que la autonomía colectiva no puede atribuirles naturaleza de horas de presencia<sup>346</sup>.

No obstante, la STS de 12 de diciembre de 1994 (Rec. núm. 1320/1994) afirma que la jornada laboral no comprende el tiempo de desplazamiento desde los garajes al centro de trabajo «dado que el acuerdo proclamado en el Anexo III del Convenio, por el que se establecía que la jornada diaria comienza y concluye en la sede de cada centro de trabajo, es consecuencia de los acuerdos tomados libremente por las partes negociadoras del Convenio Colectivo de acuerdo con los artículos 82 y 85 del ET, y su fuerza vinculante, dadas las características especiales de la actividad de la patronal que tiene por objeto atender la red de transmisiones de las bandas de televisión, al estar sus centros de trabajo ubicados en zonas altas, aleja-

das de cascos urbanos, lo que también determinó se fijara una jornada semanal y su duración inferior a la normal y más favorable para los trabajadores, dicho acuerdo debe respetarse, sin que quepa alterarla por tener los trabajadores que acudir al taller a recoger los vehículos, ya que esta labor complementaria está compensada con el complemento salarial llamado de polivalencia». En esta línea, existen convenios colectivos que no reconocen a estos desplazamientos el carácter de tiempo de trabajo pero conceden al trabajador una compensación económica<sup>347</sup>; otros previenen que si el trabajador debe iniciar el servicio en lugar distinto del centro de trabajo sólo corre de su cuenta el tiempo de desplazamiento que supere al que habitualmente invierte en acudir al centro<sup>348</sup>.

### **3.2. El criterio material como elemento de cómputo de la jornada**

De conformidad con el art. 34.1.2º del ET, el tiempo a incluir en la duración de la jornada es aquél durante el cual el trabajador presta trabajo efectivo. En esta misma dirección, el art. 2.1 de la Directiva 2003/88/CE establece que el 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». Se incorpora así otro criterio legal, el material, como elemento de cómputo de la jornada, de suerte que, en principio, si no hay trabajo efectivo el tiempo que transcurre desde que el trabajador accede a su puesto de trabajo hasta que lo abandona no computa como tiempo trabajado. En cualquier caso, la presencia del trabajador en su puesto de trabajo origina la presunción *iuris tantum* de existencia de trabajo efectivo<sup>349</sup>.

La normativa anterior, sin embargo, no resuelve cómo incide sobre la duración de la jornada el tiempo que el trabajador permanece en su puesto de trabajo a disposición del empresario pero sin trabajar de forma efectiva; situación que puede obedecer a circunstancias ajenas a la actividad laboral o a circunstancias propias de dicha actividad.

#### ***A) Tiempo de presencia o a disposición por circunstancias ajenas a la actividad laboral***

El tiempo de presencia o a disposición por circunstancias ajenas a la actividad laboral puede obedecer a causas de fuerza mayor **(a)** o a causas imputables al empresario **(b)**.

**a)** La autonomía colectiva puede idear sistemas para recuperar el tiempo a disposición del empresario debido a causa de fuerza mayor<sup>350</sup>. Así lo viene a reconocer la STS de 22 de diciembre de 2005 (Rec. núm. 36/2005), al afirmar que tales sistemas no vulneran la Directiva 2003/88/CE ni el art. 34.5 del ET. En efecto, la Directiva exige «para la consideración de tiempo de trabajo que el trabajador se halle “en ejercicio de su actividad o de sus

funciones” y el precepto convencional que se impugna “no está referido a tiempo en que los trabajadores afectados estén en el ejercicio de su actividad o funciones sino al tiempo en que no pudieron iniciarlas o tuvieron que suspenderlas por causas meteorológicas”, y “tampoco vulnera el mandato del artículo 34.5 ET que ordena computar el tiempo de trabajo de modo que al comienzo y al fin de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo, sin referencia alguna a interrupciones por causa de fuerza mayor y no porque el empresario se retrase en darle trabajo”».

b) Si el tiempo a disposición trae causa en «impedimentos» imputables al empresario, el mismo integra el cómputo de las horas efectivas<sup>351</sup> y el trabajador «conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo» (art. 30 ET). En tales casos, por tanto, el empresario debe retribuir el tiempo no trabajado. No obstante, algunos convenios distinguen entre «tiempo de espera» y «tiempo de paro», en función de que la causa de la inactividad sea imputable a proveedores, clientes u otros agentes externos o a la empresa en exclusiva (falta de trabajo, de fluido eléctrico, de materias primas o materiales adecuados, averías imprevisibles, etc.)<sup>352</sup>. Durante los tiempos de espera, los trabajadores devengan la cantidad que les corresponde en función de su salario horario de día laborable, sin prima alguna en concepto de incentivo, y durante los tiempos de paro, además de dicho salario, la prima media que en el mes anterior hubiesen alcanzado. Pero, volviendo al tema central que nos ocupa, el empresario no puede obligar a los trabajadores a recuperar el tiempo no trabajado por impedimentos a él imputables, de forma que ese tiempo ha de ser computado como jornada normal<sup>353</sup>. Por ello, si se recuperan todas o parte de las horas perdidas, las mismas habrán de retribuirse nuevamente como horas normales y, si con ellas se superan los límites de la jornada ordinaria de trabajo, como horas extraordinarias<sup>354</sup>. Por ello, algunos convenios prevén sistemas de distribución de la jornada elásticos o flexibles que permiten al empresario modular la jornada de sus trabajadores a fin de adecuar la capacidad de producción de la empresa a los requerimientos organizativos y del mercado. Así, por ejemplo, en el sector de automoción en los últimos años se ha generalizado la necesidad de dotarse de mecanismos de corrección de los desajustes organizativos y productivos, creándose las llamadas jornadas de paro técnico constituidas por aquellos días en que, a instancia de la empresa, se reduce la jornada básica de empleo en un número máximo de días que son recuperables<sup>355</sup>.

### ***B) Tiempo de presencia o a disposición por circunstancias propias de la actividad laboral***

En cuanto a la incidencia sobre la duración de la jornada del tiempo a disposición que trae causa de circunstancias directamente relacionadas con la actividad laboral, hay que distinguir en función de si la situación de disponibilidad sobreviene al trabajador dentro o fuera de su puesto de trabajo.

### a) El tiempo de presencia

Existen actividades en las que cabe distinguir entre «tiempo de trabajo efectivo» y «tiempo de presencia». Este es el caso de los diferentes sectores del transporte. En efecto, el art. 8 del Real Decreto 1561/1995 establece que «para el cómputo de la jornada en los diferentes sectores del transporte y en el trabajo en el mar se distinguirá entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia».

El régimen jurídico aplicable a los tiempos de trabajo y de presencia es el siguiente:

1º) De conformidad con el art. 8.1 del Real Decreto 1561/1995, se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo «aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga», y tiempo de presencia «aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares». Además, se establece que los convenios colectivos «determinarán en cada caso los supuestos concretos conceptuales como tiempo de presencia». La ausencia de regulación de origen negocial en esta materia determina la directa aplicación de lo establecido en el art. 8.1 del Real Decreto 1561/1995, sin que la actuación unilateral del empresario, fijando dichos supuestos, pueda obviar ese mandato<sup>356</sup>. Según este precepto, el tiempo de conducción en toda su extensión es tiempo de trabajo, incluyendo la toma y deje del servicio o las conducciones del vehículo vacío. Y lo que caracteriza al tiempo por razones de espera es que el trabajador aunque no presta trabajo efectivo se halla a disposición de la empresa de lo que a «*contrario sensu*» y con lógico y deductivo razonar se desprende que no puede hablarse de tiempo de presencia ni valorarse como tal aquel en que el trabajador, aun desplazado, dispone de un tiempo absolutamente libre no teniendo obligación alguna para con la empresa<sup>357</sup>. Ahora bien, si ésta no acredita el abono de las correspondientes dietas para hospedaje y manutención del trabajador desplazado, la doctrina judicial concluye que los intervalos de tiempo entre las horas de conducción no son de pernoctación y descanso y que cabe conceptuarlos como tiempo de presencia, ya que el trabajador está adscrito al camión y a disposición de la empresa<sup>358</sup>.

En cualquier caso, como se ha visto, sobre la negociación colectiva recae la función de concretar tales reglas. Así, algunos convenios colectivos incluyen como horas trabajadas las correspondientes no sólo a la conducción, sino también a la vigilancia, a las labores propias de mantenimiento del vehículo (reparaciones en las que participe o colabore el propio conductor, la puesta a punto e inspección del vehículo con el límite diario de quince minutos, repostaje en ruta) y a la carga o descarga del vehículo que exija la participación activa del conductor<sup>359</sup>; otros consideran como tiempo de presen-

cia los períodos de inactividad consistentes en esperas por carga y descarga tanto en los locales como en el vehículo de la empresa<sup>360</sup>, precisan que durante las horas de espera el tiempo destinado a comidas o a cenas no se conceptúan como tiempo de trabajo, siempre que se abonen dietas de suerte que, si éstas no son abonadas, dicho tiempo –al no operar el convenio– ha de ser considerado como tiempo de presencia<sup>361</sup>, o, en fin, califican como tiempos de espera «los viajes sin conducción para la toma del servicio»<sup>362</sup>, por lo que «no cabe considerar horas de presencia –ni acceder, por tanto, a su retribución– las que reclama como segundo conductor –es decir, como “viaje sin conducción para la toma de servicio”, según el citado Convenio colectivo– por cuanto no consta que su finalidad haya sido la “toma de servicio” indispensable para conceptuar de este modo las que se realicen como segundo conductor»<sup>363</sup>. En otras ocasiones, se atribuye naturaleza de tiempo de presencia a los tiempos de toma y deje del servicio, lo que, a juicio del Tribunal Supremo, es posible por cuanto que «las funciones de toma y deje son, en definitiva, subsumibles en el concepto de horas de presencia al no corresponderse con un trabajo auxiliar, sino a viaje sin servicio, que en modo alguno puede equipararse a la “conducción en ejecución de servicio”»<sup>364</sup>.

**2º)** Las horas de presencia no computan a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, ni para el límite máximo de las horas extraordinarias, según establece el art. 8.3 del Real Decreto 1561/1995<sup>365</sup>. Como subraya la STS de 22 de diciembre de 2000 (Rec. núm. 1438/2000), siendo esta norma más beneficiosa para el empleador que gana en flexibilidad horaria y no pierde, con la necesaria y justificada realización de las horas de presencia, la posibilidad de exigencia al trabajador del cumplimiento de las correspondientes horas de trabajo efectivas ni viene tampoco obligado a computarlas ni a abonarlas como horas extraordinarias, la misma debe ser interpretada «en sus estrictos términos para no incrementar la desigualdad». Esta regla establece una fórmula de cómputo separado de las horas de presencia respecto de las horas ordinarias y extraordinarias de trabajo efectivo, lo que incide en su forma específica de retribución y en la posibilidad, expresamente prevista reglamentariamente, de que pueda pactarse «su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido», «pero no con la retribución a percibir, en todo o en parte, por horas ordinarias no realizadas por causas no imputables al trabajador». Es decir, las horas de presencia no pueden compensarse con horas de trabajo efectivo no realizadas.

**3º)** Los tiempos de presencia «no podrán exceder en ningún caso de veinte horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes y se distribuirán con arreglo a los criterios que se pacten colectivamente y respetando los períodos de descanso entre jornadas y semanal propios de cada actividad» (art. 8.3 RD 1561/1995). La negociación colectiva se limita a reproducir lo dispuesto en el precepto que se acaba de transcribir o silencia esta cuestión. No obstante, en ocasiones se limitan las horas de presencia a 20<sup>366</sup>, 12<sup>367</sup>, 10<sup>368</sup> ó 5<sup>369</sup> por semana y/o a 2 por día<sup>370</sup>. Por lo demás, la doctrina judicial se niega a considerar horas extraordinarias los excesos horarios

en los tiempos de espera<sup>371</sup> y, a mayor abundamiento, considera que el convenio que señala que «el tiempo de presencia no excederá de 40 horas bisemanales» respeta el art. 8.3 del Real Decreto 1561/1995, «siendo indiferente a estos efectos, que el cómputo de las mencionadas horas se efectúe en relación a un período temporal de referencia distinto, por cuanto, lo esencial es que el promedio semanal no supere las 20 horas»<sup>372</sup>.

4º) El art. 8.3 del Real Decreto 1561/1995 dispone que salvo que se acuerde la compensación de las horas de presencia «con períodos equivalentes de descanso retribuido, se abonarán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias». Esta norma, como subraya la STS de 20 de febrero de 2007 (Recud. núm. 3657/200), «reproduce para las horas de presencia la regla que el artículo 35.1 del ET contiene para la compensación o retribución de las horas extraordinarias, por lo que, pese a su deficiente redacción, hay que concluir que la misma se está refiriendo a las que podríamos calificar como horas de presencia en exceso o extraordinarias», esto es, las horas de presencia que, sumadas a las horas ordinarias y, en su caso, extraordinarias, excedan del límite de la jornada máxima legal, de suerte que la autonomía colectiva puede establecer un valor inferior al de la hora ordinaria para las horas de presencia que no tienen la consideración de horas de exceso o de extraordinarias en el sentido impropio antes señalado<sup>373</sup>. Ahora bien, si no existe previsión ni pacto colectivo al respecto, «una aplicación ordenada de las fuentes del derecho del trabajo consagrada en el art. 3 del Estatuto de los Trabajadores conduce a entender que habrá de estimarse aplicable lo dispuesto en el art. 8 del Real Decreto precisado»<sup>374</sup>.

Por último, aparte de que la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto tiempo de trabajo hace difícil que en la actualidad la negociación colectiva pueda distinguir entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia en cualquier ámbito de actividad<sup>375</sup>, no puede pasarse por alto el hecho de que, como subraya la STS de 21 de febrero de 2006 (Recud. núm. 3338/2004), el ET «no habilita a los Convenios Colectivos para crear esas jornadas especiales, sino al Gobierno». Por todo ello, la autonomía colectiva no puede introducir válidamente la distinción entre «tiempo de trabajo en planta» y «tiempo de trabajo en régimen de guardia de presencia»<sup>376</sup>. En esta línea, en el sector de la producción de obras audiovisuales, se suele confirmar que la jornada laboral comienza en las horas en que el actor es citado en el rodaje, con independencia de la hora en que realmente comience la grabación de su actuación o interpretación<sup>377</sup>. En el sector de la docencia, las horas de mera presencia en el centro no son consideradas como de trabajo efectivo, excepto que el trabajador tenga que permanecer en el centro por la distribución de la jornada de trabajo que realice el empresario<sup>378</sup>.

#### *b) El tiempo de localización*

El tiempo de localización es aquel en el que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, a cuyo efecto lleva un teléfono móvil o un busca, y durante dicho tiempo el trabajador puede estar y hacer lo que quie-



ra con tal de poder acudir a las llamadas o servicios si las circunstancias lo requirieren. Así, en los convenios colectivos, especialmente en los aplicables a las centrales nucleares, empresas hidroeléctricas o empresas dedicadas a la gestión de servicios públicos o a la construcción y reparación de ascensores, se suelen prever situaciones de retén o de guardias de localización<sup>379</sup>. Pues bien, como tiene declarado el Tribunal Supremo, «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»<sup>380</sup>. Es más, aunque esa disponibilidad, que no es de presencia sino localizada, debería merecer algún tipo de retribución, si el convenio de aplicación no la prevé, la práctica judicial se niega a considerarla ni a retribuir la como horas de presencia concediéndoles el mismo valor que a las horas de presencia en el centro, habida cuenta la libertad de movimiento del trabajador<sup>381</sup>. En todo caso, si se llegan a prestar los servicios durante el tiempo de disponibilidad, el tiempo trabajado sí quedará incluido en la jornada y, en su caso, originará horas extraordinarias<sup>382</sup>.

#### 4. DETERMINACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO EN MODALIDADES CONTRACTUALES Y CONTRATOS TEMPORALES (\*)

Es fácilmente predecible que la cuestión de la determinación de la jornada de trabajo tan solo plantea problemas especiales en aquellas modalidades contractuales y contratos de duración determinada en los que la especialidad se relaciona precisamente con los aspectos temporales de la prestación de trabajo, sea indirectamente, como ocurre en el contrato para la formación en relación con la distribución de la jornada entre trabajo y formación teórica, sea directamente, como acontece con el trabajo a tiempo parcial.

##### 4.1. El contrato para la formación: el *quantum* de la formación teórica

Por lo que se refiere al primero, cabe recordar que el art. 11.2.e) ET, aunque prevé que «el tiempo dedicado a la formación teórica dependerá de las características del oficio o puesto de trabajo a desempeñar y del número de horas establecido para el módulo formativo adecuado a dicho puesto u oficio», establece también que, «en ningún caso» podrá «ser inferior al 15 por 100 de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal».

Este último inciso configura, sin duda, un mínimo de derecho necesario que los convenios colectivos pueden incrementar en función de las espe-

---

(\*) Epígrafe redactado por José María Goerlich Peset. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.



cialidades del sector o de la actividad. Al respecto, conviene indicar que no se trata de tema que sea afrontado con asiduidad por los convenios colectivos que han sido objeto de análisis. La mayor parte de ellos guarda silencio al respecto o, cuando dice algo, se limita a reiterar la previsión legal<sup>383</sup>. Conviene no obstante reseñar que ocasionalmente algunos convenios amplían este mínimo alcanzando el 20 %<sup>384</sup> o, de manera todavía más esporádica, el 25<sup>385</sup>.

## 4.2. Determinación de la jornada en el trabajo a tiempo parcial

Mucho más importante en términos cuantativos es la regulación que se realiza de la determinación de la jornada en el contrato a tiempo parcial. Es lógico que así sea en la medida en que, tras la reforma de 2001, la noción de trabajo a tiempo parcial es amplísima, admitiendo tanto que la figura aparezca para reducciones de jornada muy pequeñas como para dedicaciones escasísimas (cfr. art. 12.1 ET). La acción de la negociación colectiva que, como se ha dicho, es sobre el particular relativamente extensa mira a reducir la horquilla dentro de la que puede pactarse la dedicación a tiempo parcial. En ocasiones, los convenios que se sitúan en esta línea lo hacen con la mirada puesta en el régimen legal anterior del trabajo a tiempo parcial, el establecido por el RDL 15/1998 –al que ocasionalmente el texto del convenio reenvía la regulación<sup>386</sup> o alguna de cuyas soluciones se recogen en aquel<sup>387</sup>–. No se trata, sin embargo, de una solución extendida ya que los convenios colectivos establecen soluciones muy variadas.

a) De entrada, a diferencia de lo que ocurre tradicionalmente en la legislación estatutaria –que ha tendido a fijarse en el máximo que diferencia el trabajo a tiempo parcial del prestado en dedicación completa–, los convenios colectivos establecen en ocasiones un mínimo de jornada para los trabajadores a tiempo parcial. *Grosso modo*, el mínimo viene a oscilar entre el 15 y el 50 % de la jornada establecida para los trabajadores a tiempo completo.

Interesa destacar que este mínimo aparece previsto a veces en términos absolutos, por referencia esto es al número de horas que deben hacerse al menos, o porcentuales<sup>388</sup>, en función de la relación con la jornada ordinaria. En el primer caso, es muy infrecuente el tope diario<sup>389</sup>, siendo más normales el semanal o el mensual que, a veces, funcionan como alternativos<sup>390</sup>. El sistema de fijación del mínimo no es, por supuesto, irrelevante. La utilización del primer sistema aumenta las dificultades para utilizar el contrato a tiempo parcial, sobre todo a medida que el parámetro de referencia se acorta: las posibilidades de uso flexible de la modalidad contractual son menores si el tope se fija por días, semanas o mensualmente. Por supuesto, en caso de utilización de porcentajes, y salvo que el convenio diga otra cosa, la flexibilidad será mayor.

Debe entenderse que, por debajo de tales mínimos, no es posible la contratación de los trabajadores a tiempo parcial. La restricción de facultades empresariales que esta idea comporta viene compensada ocasionalmente

por la admisión excepcional de dedicaciones inferiores. A tal efecto se abre en alguna ocasión la posibilidad de acuerdos derogatorios en el ámbito empresarial<sup>391</sup> o se establece la posibilidad de dedicaciones inferiores siempre que la dedicación horaria exigida al trabajador sea razonable<sup>392</sup>. En este último terreno, conviene señalar como en algún convenio en el que la realidad del tiempo parcial resulta importantísima (Grandes Superficies), el mínimo semanal solo resulta exigible cuando la dedicación del trabajador en el indicado marco alcanza una cierta consistencia<sup>393</sup>.

b) En cuanto a los máximos, siempre de carácter porcentual, se formulan sobre la diferencia con la jornada habitual<sup>394</sup> o, más normalmente, como tope respecto a ella<sup>395</sup>. Oscilan entre el 70 y el 90 % de la jornada máxima. Y si bien cabe detectar la influencia que en estos topes ha ejercido el contenido del derogado RDL 15/1998 –puesto que en varios convenios continúa estableciéndose el tope del 77 %–, lo cierto es que la tendencia mayoritaria se sitúa a las claras por arriba.

Es claro, por otro lado, que lo que se pretende al establecer este tipo de máximos es que, por encima de ellos, solo existan contratos a tiempo completo. Por tanto, aunque esto es explicitado excepcionalmente en los convenios colectivos, la consecuencia jurídica de sobrepasarlos es la consideración del contrato como ordinario<sup>396</sup>.

c) Conviene, por último, resaltar que, aunque no siempre van unidos, no es infrecuente que los convenios recojan tanto un mínimo de dedicación como un máximo que no se puede sobrepasar<sup>397</sup>.

## Notas

<sup>98</sup> ALONSO OLEA, M., «Jornada de trabajo y temas conexos», *R.P.S.*, núm. 141, 1984, pág. 77.

<sup>99</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva», *R.L.*, núm. 4, 1999, pág. 12.

<sup>100</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Significación del tiempo de trabajo...», cit., págs. 7-8.

<sup>101</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., «Jornada laboral y horarios de trabajo», en AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Madrid, 1977, pág. 266.

<sup>102</sup> MERINO SENOVILLA, H., «Jornada de trabajo», en AA.VV., *La reforma del mercado laboral*, coord. F. VALDÉS DAL-RÉ, Valladolid, 1994, pág. 265.

<sup>103</sup> MERINO SENOVILLA, H., «Jornada de trabajo», cit., pág. 271.

<sup>104</sup> En este mismo sentido, la STS de 30 de abril de 2001 (Rec. núm. 3215/2000) afirma lo siguiente: «Las partes negociadoras del Convenio creyeron conveniente limitarse a fijar la jornada anual y la jornada mensual. Pero nada dijeron de la diaria. Por eso resulta excesivo suplicar su actitud, mediante unos cálculos que, no solamente muestran el error de partida denunciado en el párrafo anterior, sino que implican una suplantación de quienes, en su conjunto, son los titulares de la autonomía colectiva y pueden en tal condición producir una regulación de sus intereses en la manera que tengan por conveniente. No se olvide que estamos ante un sector laboral muy característico, debido a que las empresas de seguridad privada tienen que someterse, en la organización de su trabajo, a las necesidades de aquellas entidades a que sirven, lo que influye de manera decisiva en los horarios de trabajo diario, y en lo que los interesados denomi-

nan, en su lenguaje profesional, «cuadrante» de cada operario. Los preceptos de la autonomía negocial, cuya infracción se denuncia, más bien muestran que los interesados han preferido omitir la fijación de un horario que podría dificultar su tarea habitual, y han confiado más bien en los acuerdos que, según las circunstancias de cada caso, pueden alcanzar empresas y trabajadores afectados».

<sup>105</sup> Cfr. DURÁN LÓPEZ, F., «Ordenación del tiempo de trabajo», en AA.VV., *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, Madrid, 1987, pág. 155.

<sup>106</sup> GARCÍA BLASCO, J., «Flexibilidad del tiempo de trabajo: jornadas y descansos», en AA.VV., *La Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. M. Alonso García*, Madrid, 1995, pág. 306.

<sup>107</sup> Por todos, LÓPEZ AHUMADA, *Descansos laborales y tiempo de trabajo, Régimen jurídico de los descansos diario y semanal y de los días festivos*, Madrid, 2004, págs. 33 y ss.

<sup>108</sup> STS de 15 de febrero de 1999 (Rec. núm. 2380/1998).

<sup>109</sup> STS de 15 de febrero de 1999 (Rec. núm. 2380/1998).

<sup>110</sup> RIVERO LAMAS, J., «Régimen de la jornada y de los horarios en la reforma del Estatuto de los Trabajadores», *D.L.*, núm. 47, 1995, págs. 29-30.

<sup>111</sup> Cfr. art. 3.1 <96<; art. 13 <13<; art. 20 <44<; art. 19 <125<; art. 15 <129<; art. 32 <266<; art. 12 <290<.

<sup>112</sup> Cfr. art. 20 <101<; art. 6 <185<; art. 14 <336<; art. 23 <339<; art. 57 <341<; art. 53 <344<.

<sup>113</sup> STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 6 de noviembre de 2001 (Rec. núm. 2086/2001).

<sup>114</sup> Véase por ejemplo, art. 9 <309<.

<sup>115</sup> Cfr. art. 15 <131<; art. 14 <132<; art. 53 <136<; art. 12 <180<; art. 6 <200<; art. 51 <202<; art. 24 <261<; art. 33 <343<; art. 11 <307<.

<sup>116</sup> Cfr. art. 39 <95<; art. 17 <140<; art. 16 <252<; art. 29 <263<; art. 7 <218<; art. 18 <222<; art. 10 <223<; 12 <232<; art. 56 <304<; art. 6 <306<; art. 6 <308<.

<sup>117</sup> Cfr. art. 9 <51<; art. 20 <91<.

<sup>118</sup> Cfr. art. 8 <146<; art. 8 <331<; art. 33 <333<; art. 36 <337<; art. 14 <338<; art. 20 <316<.

<sup>119</sup> Véase por ejemplo, art. 10 <7<; y art. 12 <290<.

<sup>120</sup> Cfr. art. 8 <144<.

<sup>121</sup> Cfr. art. 12 <138<; art. 5 <147<; art. 20 <123<; art. 24 <124<; art. 22 <141<; art. 15 <142<; art. 5 <147<.

<sup>122</sup> Cfr. art. 28 <64<; art. 16 <80<; art. 21 <43<; art. 23 <78<; art. 20 <128<.

<sup>123</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, Madrid, 2005, pág. 103.

<sup>124</sup> Cfr. art. 21 <15<; art. 25 <75<; art. 17 <140<; art. 9 <145<; art. 22 <221<.

<sup>125</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, cit., pág. 104.

<sup>126</sup> Cfr. art. 7 <12<.

<sup>127</sup> Cfr. art. 34 <105<.

<sup>128</sup> Cfr. art. 29 <115<.

<sup>129</sup> Cfr. art. 36 <79<.

<sup>130</sup> STSJ de Castilla y León de 22 de enero de 2001 (Rec. núm. 2398/2000).

<sup>131</sup> Cfr. art. 24 <17<; art. 30 <25<; art. 39 <45<; art. 9.1 <92<; art. 38 <94<; art. 42 <102<; art. 8 <11<; art. 25 <97<; art. 27 <36<; art. 15 <3<; art. 33 <52<; art. 26 <116<; art. 12 <228<; art. 11 <225<; art. 47 <258<.

<sup>132</sup> STSJ de Andalucía de 3 de enero de 2002 (Rec. núm. 957/2001).

- <sup>133</sup> Cfr. art. 16 <12<; art. 24 <17<; art. 20 <119<.
- <sup>134</sup> Cfr. art. 9 <28<; art. 24 <69<; art. 47 <85<; art. 26 <116<.
- <sup>135</sup> Véase por ejemplo, art. 9.1 <68<; art. 14 <76<; art. 51 <19<; art. 23 <372<.
- <sup>136</sup> GARCÍA NINET, I., «Ordenación del tiempo de trabajo», en AA.VV., *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. I., V. 2º, Edersa, Madrid, 1994, pág. 34; y MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, cit., pág. 105.
- <sup>137</sup> Véase por ejemplo, art. 28 <66<.
- <sup>138</sup> En el mismo sentido, PRADOS DE REYES, F.J., «La ordenación del tiempo de trabajo en la Reforma del Estatuto de los Trabajadores», *R.L.*, núm. 8, 1996, pág. 18.
- <sup>139</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, cit., pág. 172.
- <sup>140</sup> MERINO SENOVILLA, H., «Jornada de trabajo», cit., págs. 108 y 274.
- <sup>141</sup> Cfr. art. 7 <23<; art. 30 <24<; art. 42 <102<.
- <sup>142</sup> Véase por ejemplo, art. 23 <24<; art. 9.1 <92<; art. 16 <103<; art. 16 <104<; art. 9 <107<; art. 25 <63<; art. 31 <34<; art. 25 <35<.
- <sup>143</sup> Cfr. art. 39 <45<; art. 24 <17<.
- <sup>144</sup> Cfr. art. 14 <76<; art. 31 <96<; art. 13 <13<; art. 51 <19<; art. 21 <15<; art. 21 <121<; art. 20 <123<; art. 15 <129<; art. 15 <131<; art. 14 <132<; art. 53 <136<; art. 22 <141<; art. 6 <185<; art. 35 <198<; art. 17 <199<; art. 6 <200<; art. 16 <252<; art. 32 <266<; art. 14 <151<; art. 18 <216<; art. 22 <221<; art. 18 <222<; art. 16 <226<; art. 9 <231<; art. 12 <232<; art. 9 <305<; art. 6 <306<; art. 11 <307<; art. 7 <308<.
- <sup>145</sup> Véase por ejemplo, art. 9.1 <68<; art. 39 <95<; art. 28 <98<; art. 20 <101<; art. 20 <44<; art. 20 <135<; art. 12 <138<; art. 17 <140<; art. 12 <150<; art. 4 <288<; art. 29 <263<; art. 7 <218<; art. 17 <292<; art. 56 <304<; art. 27 <312<.
- <sup>146</sup> STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de mayo de 2001 (Rec. núm. 690/2000).
- <sup>147</sup> Cfr. art. 20 <101<; art. 14 <336<.
- <sup>148</sup> STSJ de las Islas Canarias de 2 de junio de 2006 (Rec. núm. 1506/2003) y 23 de mayo de 2006 (Rec. núm. 570/2006).
- <sup>149</sup> Véase por ejemplo, art. 20 <135<.
- <sup>150</sup> Cfr. art. 16 <1<; art. 14 <132<; art. 12 <138<; art. 7 <230<; art. 9 <238<.
- <sup>151</sup> Cfr. art. 17 <12<; art. 23 <113<; art. 29 <115<; art. 25 <47<; art. 34 <105<; 41 <108<; art. 19 <88<; art. 13 <137<; art. 29 <255<; art. 8 <150<; art. 24 <170<; art. 37 <173<; art. 6 <174<; art. 23 <327<; art. 26 <373<.
- <sup>152</sup> Cfr. STSJ de Cataluña de 16 de abril de 1998.
- <sup>153</sup> SSTSJ de La Rioja de 9 de noviembre de 1999 (Rec. núm. 201/1999), de Aragón de 10 de febrero de 2003 (Rec. núm. 18/2003) y del Principado de Asturias de 5 de diciembre de 2003 (Rec. núm. 2164/2002); y MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, cit., pág. 106. Cfr. la STSJ de Cataluña de 16 de abril de 1998.
- <sup>154</sup> Cfr. STSJ de la Comunidad de les Illes Balears de 8 de septiembre de 1998.
- <sup>155</sup> STSJ de La Rioja de 9 de noviembre de 1999 (Rec. núm. 201/1999).
- <sup>156</sup> Cfr. STSJ de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears de 8 de septiembre de 1998.
- <sup>157</sup> Cfr. art. 7 <246<; art. 37 <254<.
- <sup>158</sup> Cfr. SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de mayo de 1999 (Rec. núm. 1704/1996), de las Islas Canarias de 30 de septiembre de 1999 (Rec. núm. 594/1999), de la Comunidad Valenciana de 30 de abril de 2002 (Rec. núm. 1737/2000) y de Cataluña de 5 de mayo de 2003 (Rec. núm. 5866/2002).
- <sup>159</sup> Cfr. SSTSJ de las Islas Canarias de 30 de septiembre de 1999 (Rec. núm. 594/1999), de la Comunidad Valenciana de 30 de abril de 2002 (Rec. núm. 1737/2000) y de Cataluña de 5 de mayo de 2003 (Rec. núm. 5866/2002).

<sup>160</sup> Véase, al nivel sectorial de ámbito estatal, art. 9 <51<; art. 26 <40<; art. 34 <29<; art. 24 <17<; art. 21 <49<; art. 34 <105<; art. 21 <62<; art. 12 <65<; art. 31 <72<; art. 17 <117<; art. 25 <35<; art. 27 <36<; art. 12 <86<; art. 19 <4<; art. 16 <1<; art. 25 <47<; art. 24 <93<. Al nivel sectorial de ámbito autonómico y provincial, art. 12 <275<; art. 19 <213<; art. 8 <219<; art. 20 <119<; art. 21 <121<; art. 7 <285<. Y al nivel empresarial, art. 9 <347<; art. 26 <349<; art. 20 <352<; art. 10 <351<; art. 34 <353<; art. 26 <373<; art. 18 <354<.

<sup>161</sup> Hay que señalar, sin embargo, que los días de libre disposición previstos en los convenios colectivos bajo la rúbrica «permisos y licencias» no suponen la reducción de la jornada máxima anual convencionalmente establecida [STSJ de Andalucía de 19 de noviembre de 2002 (Rec. núm. 3066/2002)].

<sup>162</sup> Cfr. art. 40 <260<; art. 35 <262<; art. 17 <259<; art. 12 <290<.

<sup>163</sup> Véase SEMPERE NAVARRO, A.V., «Distribución de las jornadas laborales», en AA.VV., *Ordenación de las jornadas de trabajo*, Madrid, 1983, pág. 38. Los días festivos trabajados y abonados con el incremento correspondiente no se pueden excluir del cómputo de la jornada máxima [STSJ de Cataluña de 30 de octubre de 2006 (Rec. núm. 96/2004)].

<sup>164</sup> STSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 2002 (Rec. núm. 5388/2002).

<sup>165</sup> Cfr. art. 17 <148<; art. 19 <297<; art. 19 <270<; art. 29 <272<; art. 14 <274<; art. 12 <275<.

<sup>166</sup> SSTSJ de Cataluña de 2 de noviembre de 1996 y de Castilla-La Mancha de 21 de abril de 2004 (Rec. núm. 1401/2002) y 14 de julio de 2005 (Rec. núm. 2263/2003).

<sup>167</sup> Véase art. 50<19<.

<sup>168</sup> Cfr. art. 3 <241<; art. 7 <246<; art. 37 <254<; art. 14 <214<.

<sup>169</sup> SSTS de 12 de febrero de 2007 (Recud. núm. 288/2006), 19 de febrero de 2007 (Recud. núm. 396/2006), 7 de marzo de 2007 (Recud. núm. 469/2006), 16 de marzo de 2007 (Recud. núm. 354/2006), 27 de marzo de 2007 (Recud. núm. 5346/2005), 16 de abril de 2007 (Recud. núm. 281/2006), 18 de abril de 2007 (Recud. núm. 5182/2005), 25 de abril de 2007 (Recud. núm. 282/2006), 26 de abril de 2007 (Recud. núm. 312/2006), 30 de abril de 2007 (Recud. núm. 284/2006) y 30 de mayo de 2007 (Recud. núm. 5135/2005); y STSJ de la Comunidad del País Vasco de 10 de enero de 2007 (Rec. núm. 2521/2006). En sentido contrario se expresa la STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2000 (Rec. núm. 3108/2000).

<sup>170</sup> Cfr. art. 33 <87<; art. 20 <44<; art. 19 <145<; art. 8 <146<; art. 23 <327<.

<sup>171</sup> SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 28 de septiembre de 2004 (Proc. núm. 6/2004), 21 de marzo de 2006 (Rec. núm. 2716/2005) y 21 de noviembre de 2006 (Rec. núm. 2594/2006).

<sup>172</sup> STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 28 de septiembre de 2004 (Proc. núm. 6/2004).

<sup>173</sup> STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 28 de septiembre de 2004 (Proc. núm. 6/2004).

<sup>174</sup> Véase por ejemplo, art. 79 <46<; art. 42 <102<.

<sup>175</sup> Cfr. SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de enero de 1995 (Rec. núm. 2675/1994) y de las Islas Canarias de 10 de diciembre de 2002 (Rec. núm. 358/2002).

<sup>176</sup> Cfr. SSTSJ de las Islas Canarias de 24 de marzo de 1998 (Rec. núm. 216/1998) y de Castilla y León de 19 de abril de 1999 (Rec. núm. 184/1999).

<sup>177</sup> Cfr. art. 24 <67<.

<sup>178</sup> Cfr. art. 9 <68<; art. 27 <36<; art. 20 <37<; art. 19 <38<; art. 3 <241<; art. 4 <267<.

<sup>179</sup> Véase por ejemplo, art. 22 <268<.

<sup>180</sup> Véase art. 9 <68<; art. 38 <94<; art. 27 <36<; art. 20 <37<; art. 19 <38<; art. 33 <52<; art. 3 <241<; art. 26 <265<; art. 4 <267<.

<sup>181</sup> Véase art. 11 <144<; art. 8 <146<; art. 41 <257<; art. 15 <310<.

<sup>182</sup> Cfr. art. 17 <259<.

- <sup>183</sup> Por todos, art. 14 <211<
- <sup>184</sup> Por todos, art. 14 <151<
- <sup>185</sup> Por todos, art. 51 <202<; art. 15 <242<
- <sup>186</sup> STS de 24 de enero de 2003 (Rec. núm. 175/2001). Cfr. las SSTSJ de Extremadura de 3 de junio de 1999 (Rec. núm. 319/1999) y de la Comunidad Valenciana de 11 de octubre de 2000 (Rec. núm. 3573/2000).
- <sup>187</sup> STS de 24 de enero de 2003 (Rec. núm. 175/2001).
- <sup>188</sup> STSJ de Cataluña de 13 de diciembre de 1999 (Rec. núm. 5859/1999).
- <sup>189</sup> STSJ del Principado de Asturias de 4 de mayo de 2001 (Rec. núm. 927/2000)
- <sup>190</sup> STSJ de Andalucía de 13 de noviembre de 2001 (Rec. núm. 355/2001).
- <sup>191</sup> STSJ de la Comunidad Foral de Navarra de 23 de diciembre de 2003 (Rec. núm. 419/2003).
- <sup>192</sup> STS de 16 de junio de 2005 (Rec. núm. 118/2004).
- <sup>193</sup> STS de 16 de junio de 2005 (Rec. núm. 118/2004).
- <sup>194</sup> STS de 17 de enero de 2007 (Recud. núm. 3789/2005); y SSTSJ de Cataluña de 5 de diciembre de 2003 (Rec. núm. 116/2002) y de la Comunidad Foral de Navarra de 18 de julio de 2005 (Rec. núm. 204/2005).
- <sup>195</sup> Cfr. art. 45 <109<; art. 17 <259<.
- <sup>196</sup> Cfr. STSJ de Castilla y León de 11 de marzo de 2002 (Rec. núm. 109/2002).
- <sup>197</sup> SSTS de 22 de julio de 1995 (Rec. núm. 443/1995), 26 de junio de 1998 (Rec. núm. 4621/1997) y 19 de febrero de 2001 (Rec. núm. 2964/2000); y SSTSJ de Cataluña de 8 de junio de 2000 (Rec. núm. 2528/2000), de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 8 de febrero de 2005 (Rec. núm. 2802/2004) y de la Comunidad Valenciana de 3 de octubre de 2006 (Rec. núm. 3090/2006). En sentido contrario, la STSJ de la Comunidad de Madrid de 22 de marzo de 2004 (Rec. núm. 981/2004).
- <sup>198</sup> Cfr. LINARES LORENTE, J.A., «Flexibilidad en materia de jornada de trabajo», *Colex*, núm. 11, 1994, pág. 101.
- <sup>199</sup> Cfr. STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de octubre de 2006 (Rec. núm. 3090/2006).
- <sup>200</sup> STS de 22 de julio de 1995 (Rec. núm. 443/1995).
- <sup>201</sup> STS de 26 de junio de 1998 (Rec. núm. 4621/1997).
- <sup>202</sup> STS de 26 de junio de 1998 (Rec. núm. 4621/1997).
- <sup>203</sup> STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 22 de febrero de 2005 (Rec. núm. 2416/2004).
- <sup>204</sup> Por todos, MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, cit., págs. 115 y ss. Sobre estas cuestiones, véase más ampliamente *infra* VI, 2.
- <sup>205</sup> Cfr. SSTS de 21 de febrero de 2006 (Recud. núm. 338/2004), 21 de febrero de 2006 (Recud. núm. 3831/2004), 21 de febrero de 2006 (Recud. núm. 3338/2004), 22 de febrero de 2006 (Recud. núm. 3665/2004), 6 de marzo de 2006 (Rec. núm. 2843/2004), 24 de marzo de 2006 (Recud. núm. 2714/2004), 29 de mayo de 2006 (Recud. núm. 2842/2004), 8 de junio de 2006 (Recud. núm. 1693/2005), 4 de julio de 2006 (Recud. núm. 858/2005), 10 de julio de 2006 (Recud. núm. 3938/2004), 11 de octubre de 2006 (Recud. núm. 1641/2005), 14 de noviembre de 2006 (Recud. núm. 5464/2004), 27 de noviembre de 2006 (Recud. núm. 4919/2005), 27 de noviembre de 2006 (Recud. núm. 3134/2005) y 5 de diciembre de 2006 (Recud. núm. 2233/2005); y SSTSJ de Extremadura de 16 de enero de 2001 (Rec. núm. 612/2000) y de La Rioja de 28 de marzo de 2000 (Rec. núm. 97/2000).
- <sup>206</sup> Véanse arts. 19.7 y 37 del Convenio colectivo de Ford España.
- <sup>207</sup> Véase por ejemplo, art. 39 <95<; art. 27 <53<; art. 15 <188<; art. 49 <201<; art. 53 <202<.

<sup>208</sup> Cfr. SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de octubre de 2001 (Rec. núm. 2453/2001) y de la Comunidad Foral de Navarra de 24 de mayo de 2004 (Rec. núm. 450/2003).

<sup>209</sup> Cfr. art. 55 <136>.

<sup>210</sup> Cfr. «La reducción y reordenación del tiempo de trabajo como política de empleo por las 35 horas», Propuesta unitaria de UGT y CC.OO., *R.L.*, núm. 14, 1998, pág. 75.

<sup>211</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., «Flexibilización de la jornada de trabajo. Normas legales y normas convenidas», *D.L.*, núm. 22, 1987, pág. 13.

<sup>212</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., «El tiempo de trabajo», *T.L.*, núm. 4, 1985, pág. 87.

<sup>213</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, cit., pág. 168.

<sup>214</sup> Por todos, art. 25 <75>.

<sup>215</sup> SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de mayo de 1996 (Rec. núm. 1704/1996) y 30 de abril de 2000 (Rec. núm. 1737/2000), de Andalucía de 22 de octubre de 2001 (Rec. núm. 126/2001), de Aragón de 15 de noviembre de 2001 (Rec. núm. 163/2001), de Castilla-La Mancha de 7 de septiembre de 2005 (Rec. núm. 1135/2005) y de la Comunidad Valenciana de 20 de septiembre de 2005 (Rec. núm. 2905/2005).

<sup>216</sup> STSJ de Cataluña de 19 de abril de 2005 (Rec. núm. 3575/2004).

<sup>217</sup> DURÁN LÓPEZ, F., «Ordenación del tiempo...», cit., pág. 163.

<sup>218</sup> Cfr. RIVERO LAMAS, J., «Régimen de la jornada...», cit., pág. 51.

<sup>219</sup> DURÁN LÓPEZ, F., «Ordenación del tiempo...», cit., pág. 164.

<sup>220</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, cit., págs. 168 y ss.

<sup>221</sup> STS de 18 de septiembre de 2000 (Rec. núm. 4240/1999).

<sup>222</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Significación del tiempo de trabajo...», cit., pág. 10.

<sup>223</sup> RIVERO LAMAS, J., «Régimen de la jornada...», cit., pág. 66.

<sup>224</sup> Por todos, GARCÍA BLASCO, J., «Flexibilidad del tiempo de trabajo...», cit., pág. 308; y LINARES LORENTE, J.A., «Flexibilidad en materia de jornada de trabajo...», cit., pág. 99.

<sup>225</sup> Por todos, LINARES LORENTE, J.A., «Flexibilidad en materia de jornada de trabajo...», cit., pág. 99.

<sup>226</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Significación del tiempo de trabajo...», cit., pág. 11.

<sup>227</sup> Véase por ejemplo, art. 11 <89>. Cfr. art. 72 <42>; art. 16 <242>.

<sup>228</sup> En sentido contrario, ALARCÓN CARACUEL, M.R., «Duración el contrato, jornada y salario», en AA.VV., *La Reforma Laboral 1994*, Madrid, 1994, pág. 175.

<sup>229</sup> GARCÍA BLASCO, J., «Flexibilidad del tiempo de trabajo...», cit., pág. 305; SSTSJ de Castilla y León de 19 de diciembre de 2005 (Rec. núm. 2117/2005) y de la Comunidad Foral de Navarra de 29 de mayo de 2006 (Rec. núm. 143/2006). En cambio, LINARES LORENTE, J.A., «Flexibilidad en materia...», cit., pág. 100, admite la posibilidad de que la propuesta empresarial de distribución irregular sea aceptada por todos y cada uno de los trabajadores.

<sup>230</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, cit., pág. 171.

<sup>231</sup> LINARES LORENTE, J.A., «Flexibilidad en materia de jornada de trabajo...», cit., pág. 99.

<sup>232</sup> Véase por ejemplo, art. 9.1 <68>; art. 16 <1>; art. 15 <129>; art. 14 <132>; art. 53 <136>; art. 12 <180>; art. 35 <198>; art. 17 <199>; art. 16 <252>; art. 29 <263>; art. 32 <266>; art. 18 <222>; art. 10 <223>; art. 12 <232>; art. 4 <288>; art. 56 <304>; art. 6 <306>; art. 11 <307>; art. 6 <308>.

<sup>233</sup> Véase por ejemplo, art. 14 <76>; art. 16 <1>; art. 35 <198>; art. 17 <199>; art. 16 <252>; art. 29 <263>; art. 32 <266>; art. 7 <218>; art. 12 <232>; art. 4 <288>; art. 56 <304>; art. 6 <306>; art. 11 <307>; art. 6 <308>; art. 12 <371>; art. 20 <352>.

<sup>234</sup> Por todos, art. 13 <13>; art. 15 <129>; art. 32 <266>; art. 12 <371>; art. 20 <352>.

<sup>235</sup> Cfr. art. 28 <98>; art. 16 <1>; art. 14 <132>; art. 53 <136>; art. 12 <180>; art. 10 <223>; art. 11 <307>.

<sup>236</sup> Véase por ejemplo, art. 19 <213>; art. 10 <223>; art. 12 <290>; art. 8 <331>; art. 36 <337>; art. 14 <338>; art. 23 <339>; art. 57 <341>; art. 20 <316>; arts. 21 y 23 <345>; art. 19 <346>; art. 9 <348>; art. 26 <349>.

<sup>237</sup> Por todos, art. 10 <7>; art. 26 <91>; art. 37 <30>; art. 21 <15>; art. 20 <128>; art. 15 <131>; art. 20 <135>; art. 18 <184>; art. 6 <185>; art. 17 <199>; art. 18 <253>; art. 32 <266>; art. 16 <158>; art. 56 <304>.

<sup>238</sup> Cfr. art. 18 <160>.

<sup>239</sup> Véase por ejemplo, art. 31 <96>.

<sup>240</sup> Cfr. art. 41 <108>; art. 23 <113>; art. 8 <150>; art. 6 <174>.

<sup>241</sup> STSJ de Madrid de 25 de octubre de 2005 (Rec. núm. 2763/2005).

<sup>242</sup> Por todos, art. 25 <47>; art. 29 <115>; art. 34 <105>; art. 36 <79>; art. 23 <327>.

<sup>243</sup> Cfr. art. 30 <25>; 80 <46>; art. 28 <66>; art. 7 <90>; art. 38 <94>; art. 42 <102>; art. 33 <87>; art. 21 <43>; art. 27 <36>; art. 19 <4>; art. 9 <73>; art. 16 <81>; art. 15 <3>; art. 33 <52>; arts. 24 y 25 <93>; art. 17 <100>; art. 26 <116>; art. 28 <130>; art. 21 <134>; art. 40 <260>; art. 28 <209>; art. 14 <211>.

<sup>244</sup> STSJ de Cataluña de 17 de octubre de 2002 (Rec. núm. 10/2002).

<sup>245</sup> Cfr. art. 8 <11>; art. 27 <99>; art. 19 <125>; art. 20 <128>; art. 17 <148>; art. 51 <202>; art. 14 <214>; art. 11 <245>; art. 47 <258>; art. 24 <261>; art. 13 <224>; art. 11 <237>; art. 5 <295>.

<sup>246</sup> Por todos, art. 11 <245>; art. 37 <254>.

<sup>247</sup> Véase por ejemplo, art. 38 <10>; art. 41 <16>; art. 51 <60>; art. 11 <122>; art. 24 <124>; art. 16 <143>; art. 8 <146>; art. 5 <147>; art. 9 <250>; art. 35 <262>.

<sup>248</sup> Cfr. art. 14 <5>; art. 16 <80>; art. 12 <65>; art. 9 <28>; art. 11 <237>; art. 22 <278>.

<sup>249</sup> Véase por ejemplo, art. 24 <17>; arts. 30 y 31 <6>; art. 20 <119>; art. 23 <276>.

<sup>250</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de febrero de 2003 (Rec. núm. 54/2003).

<sup>251</sup> Por todos, LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Descansos laborales...*, cit., págs. 128 y ss.

<sup>252</sup> LINARES LORENTE, J.A., «Flexibilidad en materia de jornada de trabajo», cit., pág. 98.

<sup>253</sup> Cfr. art. 26 <40>; art. 39 <45>; art. 9 <51>; art. 24 <69>; art. 9.1 <92>; art. 28 <64>; art. 21 <50>; art. 14 <5>; art. 40 <26>; art. 12 <86>; art. 29 <115>; art. 17 <117>; art. 28 <29>; art. 41 <257>; art. 8 <217>; art. 12 <228>; art. 13 <229>; art. 19 <234>; art. 23 <326>.

<sup>254</sup> Por todos, art. 21 <50>; art. 21 <71>; art. 36 <79>.

<sup>255</sup> Cfr. art. 8 <150>; y STSJ de Cataluña de 5 de mayo de 1999.

<sup>256</sup> Véase por ejemplo, art. 39 <45>; art. 28 <64>.

<sup>257</sup> Cfr. STS de 25 de febrero de 2008 (Recud. núm 1058/2007) y STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 10 de enero de 2007 (Rec. núm. 2521/2006).

<sup>258</sup> Cfr. STS de 25 de febrero de 2008 (Recud. núm 1058/2007). En sentido contrario, las SSTSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2000 (Rec. núm. 3108/2000) y de Castilla-La Mancha de 4 de mayo de 2006 (Rec. núm. 463/2004).

<sup>259</sup> Así, por ejemplo, si el convenio establece la duración de la jornada laboral, en cómputo semanal, de lunes a viernes, el empresario no puede imponer el trabajo en sábados y domingos [STSJ de Castilla y León de 5 de mayo de 1998 (Rec. núm. 621/1998)]. Véase también la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 8 de febrero de 2005 (Rec. núm. 2802/2004).

<sup>260</sup> Cfr. arts. 27 y 28 <265>; art. 9 <227>.

<sup>261</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., «Flexibilización de la jornada de trabajo...», cit., pág. 32.

<sup>262</sup> Cfr. art. 16 <157>; y STSJ de Cataluña de 13 de junio de 2006 (Rec. núm. 1784/2006).

<sup>263</sup> SSTSJ de Cataluña de 10 de marzo de 1997 y 9 de marzo de 1999 (Rec. núm. 8968/1998), de Andalucía de 23 de marzo de 2006 (Rec. núm. 406/2006) y de Aragón de 4 de abril de 2006 (Rec. núm. 223/2006).



<sup>264</sup> SAN de 7 de marzo de 2006 (Proc. núm. 162/2005) y STSJ de Castilla y León de 19 de diciembre de 2005 (Rec. núm. 2117/2005).

<sup>265</sup> En este sentido, la STSJ de Andalucía de 18 de junio de 2003 (Rec. núm. 1308/2003) afirma lo siguiente: «Es claro pues que las previsiones de tal norma han sido invertidas por la empresa, que en lugar de fijar la jornada irregular y su extensión temporal para, seguidamente, señalar –bien por acuerdo, bien por designación dentro de los tres meses siguientes si no lo hubiera– cuando debía disfrutarse el descanso compensatorio, ha procedido a utilizar la interrupción del trabajo motivada por la celebración de un evento público que impedía desarrollar el trabajo a los afectados por el conflicto, para tratar de insertarla en un descanso que no responde a la fijación previa de una jornada irregular. Con lo que, en modo alguno, halla encuadre en las disposiciones del artículo 12 del convenio, ya que se ha prescindido, primero, del eventual acuerdo con los trabajadores afectados y que pudo conseguirse en la medida y amplitud que hubieren considerado conveniente; y, después y ante la falta de un acuerdo –que ni siquiera se intentó– anticiparlo para compensar una jornada irregular que aun no había tenido lugar.»

<sup>266</sup> En el mismo sentido, la SAN de 7 de marzo de 2006 (Proc. núm. 162/2005).

<sup>267</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., «Flexibilidad de la jornada de trabajo...», cit., pág. 24.

<sup>268</sup> SAN de 7 de marzo de 2006 (Proc. núm. 162/2005); y SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de mayo de 1996 (Rec. núm. 1704/1996) y 30 de abril de 2000 (Rec. núm. 1737/2000), de Andalucía de 22 de octubre de 2001 (Rec. núm. 126/2001), de Aragón de 15 de noviembre de 2001 (Rec. núm. 163/2001) y de Castilla-La Mancha de 7 de septiembre de 2005 (Rec. núm. 1135/2005).

<sup>269</sup> SAN de 7 de marzo de 2006 (Proc. núm. 162/2005) y STSJ de Cataluña de 19 de abril de 2005 (Rec. núm. 3575/2004).

<sup>270</sup> Véase por ejemplo, art. 14 <13<; art. 10 <7<; art. 26 <39<; art. 51 <19<; art. 10 <120<; art. 15 <212<; art. 18 <222<; art. 33 <343<; art. 12 <329<; art. 29 <312<.

<sup>271</sup> Véase por ejemplo, art. 14 <13<; art. 10 <7<; art. 26 <39<; art. 18 <61<; art. 9 <231<; art. 37 <337<; art. 33 <343<; art. 14 <315<; art. 20 <352<; art. 17 <355<.

<sup>272</sup> STSJ de Castilla y León de 19 de diciembre de 2005 (Rec. núm. 2117/2005).

<sup>273</sup> Cfr. art. 31 <34<; art. 24 <127<; art. 29 <263<; art. 22 <268<; art. 12 <269<; art. 34 <239<; art. C-5 <320<; art. 10 <351<.

<sup>274</sup> Véase por ejemplo, art. 74 <311<.

<sup>275</sup> Cfr. art. 22 <268<.

<sup>276</sup> Cfr. art. 12 <269<.

<sup>277</sup> Cfr. art. 17 <259<.

<sup>278</sup> Véase por ejemplo, art. 31 <34<; art. 29 <263<.

<sup>279</sup> Cfr. art. 14 <13<; art. 10 <120<; art. 29 <263<; art. 9 <231<; art. 34 <239<.

<sup>280</sup> Cfr. art. 51 <19<; art. 10 <120<; art. 30 <182<; art. 29 <263<; art. 9 <231<; art. 37 <337<; art. 33 <343<; art. 6 <306<.

<sup>281</sup> Véase por ejemplo, art. 33 <343<.

<sup>282</sup> Por todos, art. 21 <8<; art. 51 <19<; art. 14 <76<; art. 23 <62<; art. 31 <34<; art. 27 <36<; art. 24 <67<; art. 41 <108<; art. 24 <113<.

<sup>283</sup> Evidentemente, si el balance de horas efectivamente trabajadas por el trabajador es inferior a la jornada laboral establecida en el convenio colectivo, no procede la concesión de descanso compensatorio [STSJ del Principado de Asturias de 18 de septiembre de 1998].

<sup>284</sup> Véase por ejemplo, art. 27 <36<.

<sup>285</sup> Cfr. art. 31 <34<.

<sup>286</sup> Cfr. STSJ de Aragón de 10 de febrero de 2004 (Rec. núm. 18/2003).

<sup>287</sup> Véase artículo 19 del Convenio colectivo de Pirelli neumáticos; Anexo VIII del Convenio colectivo de Reanult España.

<sup>288</sup> Véase por ejemplo, art. 24 <17<.

<sup>289</sup> Cfr. art. 17 <12<; art. 23 <24<; Anexo 2 <26<; art. 19 <38<; art. 82 <46<; art. 21 <49<; art. 33 <52<; art. 24 <69<; art. 16 <81<; art. 12 <86<; art. 7 <90<; art. 38 <94<; art. 42 <102<; art. 20 <119<; art. 14 <187<; art. 11 <245<; art. 7 <246<; art. 10 <256<; art. 15 <212<; art. 22 <323<.

<sup>290</sup> Véase por ejemplo, art. 41 <257<; art. 24 <264<.

<sup>291</sup> Véase por ejemplo, art. 8 <219<; art. 4 <267<.

<sup>292</sup> Véase por ejemplo, art. 19 <38<; art. 39 <40<; art. 20 <324<; arts. 23 y 28 <325<.

<sup>293</sup> En estos casos, por lo demás, el cómputo del plazo de prescripción para reclamar el pago de las horas extraordinarias no nace hasta el momento en el que este derecho puede ejercitarse como establezca el art. 1969 del Código Civil, y que no es otro que el último día de cada año [STSJ de Cataluña de 6 de mayo de 2003 (Rec. núm. 1339/2002)].

<sup>294</sup> STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2005 (Rec. núm. 8564/2004). Cfr. art. 47 <258<

<sup>295</sup> Por todos, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., «Flexibilización de la jornada de trabajo...», cit., pág. 33; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Significación del tiempo de trabajo...», cit., págs. 26-27; y MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, cit., págs. 176 y ss.

<sup>296</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., «El tiempo de trabajo», cit., pág. 89.

<sup>297</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, cit., págs. 176, 191 y 192.

<sup>298</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Significación del tiempo de trabajo...», cit., págs. 26-27; y MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, cit., págs. 176, 191 y 192.

<sup>299</sup> Cfr. Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2007 (BOE 24-2-2007).

<sup>300</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., «Jornada laboral...», cit., pág. 267.

<sup>301</sup> En el mismo sentido, la STJCE de 9 de septiembre de 2003 (TJCE/250)

<sup>302</sup> Cfr. STS de 21 de febrero de 2006 (Recud. núm. 3338/2004). En el mismo sentido las SSTs de 21 de febrero de 2006 (Recud. núm. 338/2004), 21 de febrero de 2006 (Recud. núm. 3831/2004), 22 de febrero de 2006 (Recud. núm. 3665/2004), 6 de marzo de 2006 (Rec. núm. 2843/2004), 24 de marzo de 2006 (Recud. núm. 2714/2004), 29 de mayo de 2006 (Recud. núm. 2842/2004), 8 de junio de 2006 (Recud. núm. 1693/2005), 4 de julio de 2006 (Recud. núm. 858/2005), 10 de julio de 2006 (Recud. núm. 3938/2004), 11 de octubre de 2006 (Recud. núm. 1641/2005), 14 de noviembre de 2006 (Recud. núm. 5464/2004), 27 de noviembre de 2006 (Recud. núm. 4919/2005), 27 de noviembre de 2006 (Recud. núm. 3134/2005) y 5 de diciembre de 2006 (Recud. núm. 2233/2005).

<sup>303</sup> STSJ de Castilla y León de 30 de marzo de 2006 (Rec. núm. 218/2006). Cfr. las SSTSJ de Andalucía de 19 de noviembre de 2002 (Rec. núm. 3066/2002) y de Castilla-La Mancha de 13 de octubre de 2006 (Rec. núm. 1464/2006).

<sup>304</sup> STSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2004 (Rec. núm. 8778/2003). En sentido contrario, la STSJ de la Región de Murcia de 27 de septiembre de 2004 (Rec. núm. 871/2004).

<sup>305</sup> STSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2004 (Rec. núm. 8778/2003).

<sup>306</sup> Los días festivos trabajados y abonados con el incremento correspondiente no se pueden excluir del cómputo de la jornada máxima [STSJ de Cataluña de 30 de octubre de 2006 (Rec. núm. 96/2004)].

<sup>307</sup> SSTs de 16 de diciembre de 2002 (Rec. núm. 1208/2001) y 20 de mayo de 2003 (Rec. núm. 2848/2000).

<sup>308</sup> STS de 11 de diciembre de 2002 (Rec. núm. 379/1992). En el mismo sentido, la STSJ de Castilla y León de 15 de octubre de 2003 (Rec. núm. 901/2003).

<sup>309</sup> Sobre esta cuestión véase también II.1.1.B).

En el caso de los trabajadores menores de dieciocho años, «el período de descanso tendrá una duración mínima de treinta minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media» (art. 34.4 ET, párrafo 2).

<sup>310</sup> STS de 1 de marzo de 2005 (Rec. núm. 131/2004); y STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 26 de junio de 1997 (Rec. núm. 3577/1996).

No obstante, como señala la STS de 3 de junio de 1999 (Rec. núm. 4319/1998), aunque ciertamente la norma del art. 34.4 del ET es de derecho necesario relativo, «una interpretación sistemática del Real Decreto 21 de septiembre de 1995 sobre jornadas especiales de trabajo normativa que da cumplimiento a la facultad que al Gobierno otorga el apartado 7 del artículo 34 del Estatuto para establecer ampliación en las jornadas de trabajo, así como para regular los descansos en aquellos sectores y trabajos que así lo requieran, permite que por vía convencional sea sustituido el descanso de la jornada continuada por indemnización en metálico». En el mismo sentido, la STS de 30 de abril de 2004 (Rec. núm. 31/2003). Es más, según esta última sentencia «tampoco vulnera la Ley el convenio colectivo al regular el horario del personal administrativo porque, como acertadamente se dice en la sentencia de instancia, este personal renunció convencionalmente al descanso de quince minutos durante la temporada de verano, a cambio de una mejor jornada reducida de 6.30 horas de lunes a jueves y de 6 horas los viernes durante los meses de julio, agosto y septiembre, en vez de rendir una jornada normal de 8.30 horas de lunes a jueves y de 6 horas los viernes». Entiende el Tribunal Supremo que este régimen de trabajo «es más beneficioso para los trabajadores que el normal que les pudiera corresponder, y así se comprueba con facilidad al hacer un examen comparativo de ambas situaciones, pues el artículo 3 del convenio afecta únicamente al horario de verano, en jornada continuada, resultando un exceso de jornada de 30 minutos, pero obteniendo a cambio una reducción de la jornada muy sustanciosa».

<sup>311</sup> STS de 8 de marzo de 1996 (Rec. núm. 1730/1995).

<sup>312</sup> Véase por ejemplo, art. 27 <64<; Título X <27<; art. 26 <91<; art. 46 <195<; art. 6 <200<; art. 12 <342<; art. 15 <310<.

<sup>313</sup> Véase art. 26 <91<.

<sup>314</sup> STS de 20 de diciembre de 1999 (Rec. núm. 2481/1999). En el mismo sentido, la STS de 24 de enero de 2000 (Rec. núm. 2600/1999).

<sup>315</sup> SSTS de 30 de septiembre de 1994 (Rec. núm. 1664/1993), 21 de octubre de 1994 (Rec. núm. 600/1994), 20 de diciembre de 1999 (Rec. núm. 2481/1999) y 24 de enero de 2000 (Rec. núm. 2600/1999).

<sup>316</sup> Cfr. art. 45 <109<; art. 9 <73<; art. 22 <268<.

<sup>317</sup> SSTSJ de Cataluña de 7 de enero de 2004, y de Madrid de 25 de abril de 2005 (Rec. núm. 1895/2005).

<sup>318</sup> STSJ de Extremadura de 23 de octubre de 2002 (Rec. núm. 487/2002).

<sup>319</sup> Cfr. art. 30 <25<; art. 16 <80<; art. 25 <18<; art. 31 <34<; art. 10 <7<; art. 26 <39<; art. 25 <47<; art. 34 <105<; art. 11 <237<; art. 15 <303<.

<sup>320</sup> SSTSJ de Andalucía de 22 de mayo de 1998 (Rec. núm. 847/1998) y 30 de junio de 2000 (Rec. núm. 2480/1999).

<sup>321</sup> SSTSJ de la Región de Murcia de 23 de diciembre de 2002 (Rec. núm. 1353/2002), y de las Islas Canarias de 22 de junio de 2005 (Rec. núm. 1638/2004), 22 de junio de 2005 (Rec. núm. 1640/2004), 22 de junio de 2005 (Rec. núm. 1639/2004), 23 de junio de 2005 (Rec. núm. 1637/2004) y 23 de junio de 2005 (Rec. núm. 1636/2004).

<sup>322</sup> Véase por ejemplo, art. 7 <23<; art. 9.1 <68<; art. 24 <67<; art. 19 <57<; art. 23 <123<; art. 14 <132<; art. 12 <138<; art. 15 <142<; art. 56 <304<. En cualquier caso, hay que señalar que la autonomía individual puede ampliar los márgenes del convenio colectivo [STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 3 de mayo de 2005 (Rec. núm. 794/2005)].

<sup>323</sup> STSJ de Andalucía de 22 de mayo de 1998 (Rec. núm. 847/1998).

<sup>324</sup> STSJ de la Región de Murcia de 21 de febrero de 2000 (Rec. núm. 1473/1999).

<sup>325</sup> Véase art. 29 <263<.

<sup>326</sup> SSTSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2000 (Rec. núm. 6625/2000) y de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears de 30 de junio de 2006 (Rec. núm. 277/2006).

<sup>327</sup> Cfr. art. 19 <38<; art. 20 <44<; art. 21 <138<. El art. 6 <153<, por el contrario, amplía a siete horas diarias el tiempo de trabajo continuado necesario para causar derecho a la pausa asimilada a tiempo efectivo.

<sup>328</sup> En el mismo sentido, la STS de 24 de enero de 2000 (Rec. núm. 2600/1999); y las SSTSJ de Cataluña de 7 de junio de 1999, de Andalucía de 22 de octubre de 2001 (Rec. núm. 126/2001), 3 de enero de 2002 (Rec. núm. 957/2001), 5 de marzo de 2002 (Rec. núm. 1899/2001), 3 de junio de 2002 (Rec. núm. 17/2002) y 16 de julio de 2002 (Rec. núm. 315/2002), de Galicia de 4 de octubre de 2002 (Rec. núm. 3743/2002), de Andalucía de 14 de enero de 2003 (Rec. núm. 2501/2002) y de la Comunidad de Madrid de 7 de marzo de 2005 (Rec. núm. 784/2005). En sentido contrario, la STSJ de La Rioja de 14 de junio de 2005 (Rec. núm. 125/2005). Esta resolución judicial, al interpretar el art. 12 del Convenio colectivo de la Residencia Santa Justa de Logroño, a cuyo tenor «La jornada laboral anual de trabajo será de 1.755 horas, ya sean en jornada continua o partida» y «aquellos trabajadores que realicen la mencionada jornada disfrutarán de tres días de libre disposición a lo largo del año, además de las correspondientes vacaciones y de los 14 festivos del calendario laboral», afirma lo siguiente: «Cabe añadir que, del tenor literal del párrafo primero –«La jornada anual de trabajo será 1.755 horas»– y del párrafo segundo –«Aquellos trabajadores que realicen la mencionada jornada disfrutarán de tres días de libre disposición, además de las correspondientes vacaciones y de los 14 festivos»– del controvertido artículo 15, se desprende claramente que se trata de tres días de descanso a añadir a los vacacionales y a los festivos, que, por tanto, no están ya deducidos para el cómputo de la jornada anual fijada en 1.755 horas, sirviendo la realización de esa jornada anual como condición para el disfrute de los tres días de libre disposición –no añadibles a las vacaciones estivales ni disfrutables más allá del día 15 del año siguiente, como advierte el mismo párrafo segundo–, y por eso, el párrafo tercero añade que «Para las jornadas inferiores no se contemplará el suplemento de tres días hábiles indicados en el párrafo anterior». En otro caso, de no disfrutarse esos tres días hábiles de libre disposición, se superaría la jornada laboral anual de 1.755 horas establecida en el apartado primero».

<sup>329</sup> MERINO SENOVILLA, H., «Jornada de trabajo», cit., págs. 278-279.

<sup>330</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., «Jornada laboral...», cit., pág. 257.

<sup>331</sup> Cfr. SSTSJ de Castilla-La Mancha de 28 de diciembre de 2001 (Rec. núm. 1434/2000) y de Castilla y León de 6 de octubre de 2005 (Rec. núm. 667/2005).

<sup>332</sup> SSTSJ de Andalucía de 24 de octubre de 2002 (Rec. núm. 1609/2002) y 23 de enero de 2003 (Rec. núms. 1637/2002 y 1638/2002).

<sup>333</sup> Cfr. SSTSJ de Cataluña de 26 de junio de 1998, de Andalucía de 24 de junio de 1999 (Rec. núm. 1595/1999) y de Aragón de 27 de diciembre de 1999 (Rec. núm. 930/1999).

<sup>334</sup> STSJ de la Comunidad de Madrid de 6 de noviembre de 2001 (Rec. núm. 1266/1999). Cfr. las SSTSJ de Galicia de 14 de mayo de 2004 (Rec. núm. 1701/1994) y de la Comunidad de Madrid de 3 de julio de 2006 (Rec. núm. 2070/2006).

<sup>335</sup> STSJ de Andalucía de 24 de octubre de 2002 (Rec. núm. 1609/2002).

<sup>336</sup> Véase art. 31 <96<.

<sup>337</sup> Véase art. 13 <13<.

<sup>338</sup> Cfr. art. 30 <66<; art. 10 <73<; art. 13 <86<; art. 10 <120<; art. 53 <136<; art. 5 <147<; art. 20 <324<.

<sup>339</sup> STSJ de Aragón de 2 de mayo de 2000 (Rec. núm. 258/2000).

<sup>340</sup> Véase art. 16 <13<.

<sup>341</sup> Véase por ejemplo, art. 10 <73<; art. 13 <86<.

<sup>342</sup> Cfr. art. 10 <73<; art. 13 <86<; art. 27 <359<.

<sup>343</sup> En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña de 16 de junio de 1997. En esta misma línea, se pronuncia la STSJ de la Región de Murcia de 12 de marzo de 2001 (Rec. núm. 1131/2000) a propósito del tiempo de desplazamiento a los establecimientos de los clientes de la empresa. En sentido contrario, la STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de mayo de 2006 (Rec. núm. 582/2004) en relación con el tiempo empleado por un coordinador deportivo en el desplazamiento hasta el lugar en que se desarrollan las competiciones.

<sup>344</sup> Véase art. 16 <80<.

<sup>345</sup> SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de diciembre de 2001 (Rec. núm. 3091/2001) y del Principado de Asturias de 23 de junio de 2004 (Rec. núm. 1814/2004).

<sup>346</sup> STSJ de Galicia de 29 de marzo de 2001 (Rec. núm. 1202/2001). En sentido contrario, la STSJ de la Comunidad de les Illes Balears de 30 de enero de 2003 (Rec. núm. 713/2002).

<sup>347</sup> Véase art. 42 <257<.

<sup>348</sup> Véase art. 41 <260<.

<sup>349</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, cit., págs. 120-121.

<sup>350</sup> Cfr. art. 75 <42<; art. 13 <180<; art. 31 <182<; art. 20 <184<; art. 44 <197<.

<sup>351</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., «Jornada laboral...», cit., pág. 269; y RIVERO LAMAS, J., «Régimen de la jornada...», cit., pág. 47. En sentido contrario, MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, cit., págs. 122-123.

<sup>352</sup> Cfr. art. 51 <201<; y STSJ de la Comunidad Foral de Navarra de 12 de junio de 2006 (Rec. núm. 163/2006).

<sup>353</sup> Cfr. STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 27 de febrero de 2001 (Rec. núm. 3076/2000).

<sup>354</sup> STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 27 de febrero de 2001 (Rec. núm. 3076/2000).

<sup>355</sup> Cfr. art. 76 <311<; art. 5 <322<.

<sup>356</sup> STSJ del Principado de Asturias de 4 de junio de 1999 (Rec. núm. 3406/1998).

<sup>357</sup> SSTSJ de Galicia de 8 de julio de 2005 (Rec. núm. 596/2003), de Cataluña de 19 de abril de 2001 (Rec. núm. 9074/2000) y de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears de 22 de noviembre de 2004 (Rec. núm. 414/2004).

<sup>358</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de julio de 2006 (Rec. núm. 261/2006).

<sup>359</sup> Cfr. art. 7 <155<; art. 6 <162<; art. 8 <164<; art. 14 <167<; art. 9 <172<; y STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 14 de febrero de 2006 (Rec. núm. 2584/2005).

<sup>360</sup> Cfr. art. 11 <152<; y STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 15 de enero de 2002 (Rec. núm. 2819/2001).

<sup>361</sup> SSTSJ de la Comunidad de Madrid de 19 de noviembre de 2001 (Rec. núm. 5020/2001) y 24 de mayo de 2005 (Rec. núm. 547/2005).

<sup>362</sup> Véase por ejemplo, art. 21 <8<; art. 11 <152<; art. 3 <168<.

<sup>363</sup> STSJ de Castilla y León de 24 de marzo de 2003 (Rec. núm. 2624/2002).

<sup>364</sup> STS de 2 de octubre de 2007 (Rec. núm. 30/2007). En el mismo sentido se expresa la STSJ de la Comunidad de les Illes Balears de 30 de enero de 2003 (Rec. núm. 713/2002). Cfr. la STSJ de Galicia de 29 de marzo de 2001 (Rec. núm. 1202/2001).

<sup>365</sup> Por todas, las SSTSJ de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears de 11 de marzo de 2003 (Rec. núm. 60/2003), de Galicia de 27 de enero de 2004 (Rec. núm. 1777/2001) y de la Región de Murcia de 2 de noviembre de 2004 (Rec. núm. 1102/2004).

<sup>366</sup> Véase por ejemplo, art. 7 <155<; art. 6 <174<.

<sup>367</sup> Véase art. 3 <168<.

<sup>368</sup> Véase art. 10 <172<.

<sup>369</sup> Véase art. 47 <149<.

<sup>370</sup> Véase art. 47 <149<.

<sup>371</sup> STSJ del Principado de Asturias de 30 de abril de 2004 (Rec. núm. 624/2003).

<sup>372</sup> STSJ de Galicia de 12 de abril de 2003 (Rec. núm. 1681/2003).

<sup>373</sup> Véase art. 40 <149<. Cfr. las SSTS de 12 de febrero de 2002 (Recud. núm. 1355/2001) y 18 de marzo de 2003 (Rec. núm. 91/2002).

<sup>374</sup> STS de 20 de mayo de 2004 (Recud. núm. 3471/2003).

<sup>375</sup> Cfr. la STS de 21 de febrero de 2006 (Recud. núm. 3338/2004); las SSTSJ de la Región de Murcia de 6 de mayo de 2002 (Rec. núm. 199/2002) y de Castilla-La Mancha de 29 de enero de 2004 (Rec. núm. 614/2002); y MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, cit., págs. 125 y ss.

<sup>376</sup> Por todas, la STS de 21 febrero 2006 (Rec. núm. 3338/2004).

<sup>377</sup> Cfr. art. 15 <13<; art. 17 <12<.

<sup>378</sup> Cfr. art. 19 <31<; art. 21 <33<.

<sup>379</sup> Véase art. 32 <25<.

<sup>380</sup> Cfr. STS de 29 de noviembre de 1994 (Rec. núm. 752/1994). En el mismo sentido, las SSTS de 30 de junio de 1994 (RJ/9713), 22 de julio de 1996 (RJ/6385), 12 de julio de 1999 (RJ/6447) y 22 de noviembre de 1999 (RJ/9505); y las SSTSJ de Galicia de 27 de septiembre de 2003 (Rec. núm. 4758/2003) y de La Rioja de 3 de febrero de 2005 (Rec. núm. 10/2005).

<sup>381</sup> SSTSJ de Andalucía de 3 de mayo de 2002 (Rec. núm. 2/2002) y de la Comunidad Valenciana de 17 de septiembre de 2002 (Rec. núm. 624/2001).

<sup>382</sup> STS de 29 de noviembre de 1994 (Rec. núm. 752/1994).

<sup>383</sup> Arts. 16.3 <4<; 6.2.2 <14<; 56 <23<; 13 <31<; 13. <33<; 12 <40<; 20 <45<; 20 <53<; 8.d) <55<; 16.g) <58<; 6.10 <68<; 25 <83<; 12.6 <94<; 13.4 <123<; 21 <130<; 12.b) <212<; 13 <222<; 34 <240<; 13 <246<; 13 <247<. Ocasionalmente, la regla se establece sin perjuicio de la posibilidad de que en cada empresa se amplíe el porcentaje formativo (art. 12.2.1 <117<).

<sup>384</sup> Arts. 27.b.2) <9<; 19 <101<; 13.g) <118<.

<sup>385</sup> Véanse arts. 21 <30< y 9 <98<. En el mismo sentido, art. 7 <132< bien que fijado en forma de horas: 30-10 horas.

<sup>386</sup> Art. 15.3 <36<.

<sup>387</sup> Es el caso de la utilización del 77 % como frontera máxima del contrato a tiempo parcial (cfr. arts. 22 <30<, 11.2 <37<, 11 <38<).

<sup>388</sup> Arts. 22 <6<, 40 <287< (50 %), 9 <255< (15 %).

<sup>389</sup> Véanse arts. 11.2 y 20 <37<: «cuando conlleve una jornada inferior diaria a la de los trabajadores a tiempo completo, éste no podrá ser inferior a 4 h, debiéndose realizar la prestación del trabajo en jornada continuada».

<sup>390</sup> A veces, se realiza en proyección mensual: arts. 11.2 <37<, 11 <38< (20 horas mensuales). En otros casos, en proyección semanal: arts 1, segunda parte, <383< (12 horas semanales), 12.III.3 <19< (16 horas semanales), 23.4 <325< (20 horas semanales). En varios casos, la fijación del mínimo admite tanto proyección semanal como mensual arts. 11 <38< (20 semanales u 80 mensuales), 6.9 <366< (15 horas semanales o 60 mensuales), 12.2 <94< (12 horas semanales y 48 horas mensuales), 20.6 <169< (5 horas semanales ó 20 horas mensuales). En algún caso la cantidad es, cuando menos, curiosa: 11,73 horas semanales (art. 25 <273<).

<sup>391</sup> Es el caso de art. 11.2 <37< que permite contrataciones por debajo de la jornada mínima prevista siempre que se llegue a «acuerdo con la representación legal de los trabajadores o, en su defecto, con los trabajadores».

<sup>392</sup> El mínimo, que es semanal (12 horas) o mensual (48 horas), puede ser rebajado siempre que se contrate un día entero por semana (art. 12.2 <94<).

<sup>393</sup> Solo en el caso de que se hayan de prestar regularmente más de tres días a la semana, el tiempo mínimo será de 16 horas de promedio semanales. (art. 11.A.1 <72<).

<sup>394</sup> Necesidad de que la jornada del trabajo tiempo parcial sea al menos de un 15% inferior a la jornada convenio (art. 16.I <97<).

<sup>395</sup> 70 % jornada (art. 22.1 <48<), 75 % (art. 25 <273<), 77 %, que evoca las reglas de 1998 (arts. 22 <30<, 11.2 <37<, 11 <38<), 80 % (cap. V, D), 3 <27<), 85 % (arts. 21 <99<, 40 <157<), 90 % (arts. 22 <6<, 46 <23<, 62 <46<, 1, segunda parte, <383<). En algún caso se hace salvedad de los contratos preexistentes (cap. V, D), 3 <27<).

<sup>396</sup> De acuerdo con el art. 46 <23<, si se sobrepasa el tope del 90 %, contando las horas complementarias, con inclusión de los trabajadores fijos discontinuos, se considera existente fraude de ley a efectos de conversión en TC.

<sup>397</sup> Arts. 22 <6<, art. 12.III.3 <19<, 11.2 <37<, 11 <38<, 9 <255<, 25 <273<, 1, segunda parte, <383<).

## Capítulo II

### LOS DESCANSOS «INTRA-JORNADA» E «INTER-JORNADAS»

*Luis Enrique Nores Torres*

La actividad laboral produce un desgaste físico y psíquico en el trabajador del cual, obviamente, necesita recuperarse. A esta finalidad, responden ciertas previsiones del texto estatutario, como son las contenidas en los artículos 34.3.I y 34.4 ET<sup>398</sup>. Los preceptos citados regulan los descansos a que tiene derecho el trabajador dentro de la jornada –artículo 34.4 ET– y entre dos jornadas distintas –art. 34.3.I ET–, conocidos en sede doctrinal como descansos «intra-jornada» e «inter-jornadas» respectivamente<sup>399</sup>.

Los descansos mencionados presentan un interés evidente. En efecto, por un lado, no debe olvidarse que entre los principios rectores de la política social y económica se encuentra la obligación de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene del trabajador y garantizar el descanso necesario –artículo 40.3 CE–; pues bien, los descansos «intra-jornada» e «inter-jornadas» entroncan precisamente con tales objetivos<sup>400</sup>. Por otra parte, según ha destacado la doctrina científica, estas figuras operan como límites a la distribución de la jornada<sup>401</sup>.

#### 1. EL DESCANSO «INTRA-JORNADA»

La expresión descanso «intra-jornada» alude a las pausas recuperatorias a las que tiene derecho el trabajador durante el desarrollo de su jornada laboral. En este sentido, el artículo 34.4 ET regula el llamado «tiempo de bocadillo» en las jornadas continuadas; por otra parte, aunque en la actualidad no sea objeto de regulación estatutaria, debe también hacerse referencia a las pausas que existen en las jornadas partidas; asimismo, para finalizar, cabe detenerse en el análisis de otro tipo de descansos que aparecen en determinadas actividades o sectores productivos, bien por imperativo de ciertas nor-



mas especiales aplicables en dichos ámbitos, bien por creación directa de los sujetos negociadores.

### **1.1. El descanso en jornadas continuadas previsto en el art. 34.4 ET**

Por lo que respecta al primero de los descansos señalados, el texto estatutario prevé, con carácter general, el derecho de los trabajadores que presen servicios continuados durante más de seis horas al día, a un descanso durante su jornada no inferior a quince minutos. Así se desprende del artículo 34.4 ET que, por otra parte, reduce el tiempo de trabajo necesario para su devengo a cuatro horas y media, a la vez que aumenta la duración del descanso a treinta minutos, en el caso de los trabajadores menores de dieciocho años.

El precepto en cuestión ha sido calificado por la doctrina científica como un mínimo de derecho necesario, tanto para la autonomía individual como para la colectiva<sup>402</sup>; en la misma línea se mueve la jurisprudencia<sup>403</sup>. Así pues, por lo que ahora interesa, el convenio colectivo podría aumentar la duración de la pausa, reducir el tiempo que debe transcurrir para generar el derecho a la misma, o ambas cosas a la vez<sup>404</sup>. En todo caso, el papel de la negociación colectiva en esta sede no se encuentra limitado a mejorar «cuantitativamente» las prescripciones legales. En efecto, en segundo lugar, el texto estatutario también habilita a la autonomía privada, tanto colectiva como individual, a efectos de que pueda considerar dicho tiempo como tiempo de trabajo efectivo; desde esta perspectiva, el segundo inciso del art. 34.4 ET tendría la consideración de norma dispositiva<sup>405</sup>. Finalmente, aunque el ET no lo señale, teniendo en cuenta el amplio margen de libertad con que cuentan los sujetos negociadores, el convenio colectivo podría incidir en otros aspectos relacionados con este descanso, como pueden ser las condiciones en que se desarrollará o el momento en que tendrá lugar<sup>406</sup>.

Así las cosas, el análisis de los convenios seleccionados se ha centrado especialmente en la detección de cláusulas que inciden en este tipo de descanso desde las perspectivas mencionadas: «cuantificación», «consideración» y otras cuestiones. Los resultados alcanzados permiten afirmar que, con carácter general, el interés prestado a esta materia por la negociación colectiva es relativamente bajo. En efecto, lo más habitual es el silencio<sup>407</sup>, la remisión a las previsiones estatutarias<sup>408</sup> o su reiteración<sup>409</sup>; por lo demás, cuando la negociación introduce algún cambio respecto el régimen legal, lo más frecuente es que afecte a la cuantificación del descanso, en menor medida aparecen cláusulas que determinan si la pausa se considera tiempo de trabajo efectivo o se retribuye, siendo muy pocas las ocasiones en que se abordan otras cuestiones de interés.

#### **A) Cuantificación**

La primera de las posibilidades abiertas para la negociación colectiva en esta sede afecta a la cuantificación del descanso. Así, el convenio colectivo

puede proceder a introducir alteraciones en la duración de esta pausa o en sus condiciones de devengo, eso sí, siempre en el sentido de mejorar las previsiones legales según ya se ha indicado<sup>410</sup>.

Los convenios que abordan este punto mayoritariamente reproducen la duración mínima que fija el ET y en términos idénticos o similares<sup>411</sup>. Con todo, hay algunos convenios que reducen el tiempo necesario para su devengo<sup>412</sup>, amplían la duración<sup>413</sup> o efectúan ambas operaciones de manera combinada<sup>414</sup>. No faltan fórmulas complejas, en las que se fijan escalas donde los descansos presentan una duración diversificada en función del tiempo de trabajo que se realiza<sup>415</sup>; o de duración variable y, hasta cierto punto, indeterminada<sup>416</sup>. Las duraciones más altas se registran en el sector del transporte, lo que obedece a una razón bastante sencilla: por un lado, el artículo 10.bis.4 del RD 1561/1995 eleva la duración de este descanso en el caso de trabajadores móviles hasta treinta minutos en jornadas de seis horas consecutivas y hasta cuarenta y cinco si se superan las nueve horas; por otro lado, el art. 11 RD 1561/1995, al efectuar una remisión al Reglamento comunitario 561/2006, determina que los conductores de transporte interurbano gocen de cuarenta y cinco minutos tras cuatro horas y media de trabajo<sup>417</sup>, a menos que tomen un período de descanso.

Por otra parte, alguna cláusula procede a elevar la duración del descanso pero endurece al mismo tiempo las condiciones de devengo<sup>418</sup>. La armonización de este tipo de cláusulas con el carácter de mínimo de derecho necesario atribuido al artículo 34.4 ET, exige interpretarlas en el sentido de que fijan esa duración superior para los jornadas indicadas sin perjuicio de que las que superen las seis horas y no rebasen la frontera de jornada mínima fijada por el convenio para disfrutar del descanso generan, en todo caso, el derecho a la pausa de quince minutos, pues de lo contrario no cararían con la naturaleza del precepto. Por otra parte, cabrá considerar ilegal los casos en que el convenio rebaja la duración del descanso que según el ET surge tras seis horas de trabajo o mantiene los quince minutos de duración pero eleva el tiempo necesario para generarlos<sup>419</sup>.

El descanso, en ocasiones, no se encuentra vinculado necesariamente a trabajadores que prestan servicios en régimen de jornada continuada, sino que alcanza también a quienes trabajan en régimen de jornada partida; en otras palabras, en estos casos, el descanso surge siempre que se supere la realización de un determinado número de horas de trabajo seguidas, con independencia del tipo de jornada que desarrolle el trabajador<sup>420</sup>. La doctrina científica ha avalado esta posibilidad sobre la base de dos argumentos<sup>421</sup>: por un lado, la redacción actual del precepto, pues alude a que *la duración de la jornada continuada exceda de seis horas*, y no a que *en los supuestos de jornada continuada se establecerá un periodo de descanso...*, que recogía el ET antes de la reforma operada en el año 1994; por otro lado, la finalidad del descanso justificaría esta opción, pues la necesidad recuperadora es la misma, con independencia del tipo de jornada, si se trabaja idéntico número de horas.

## B) Consideración

En segundo lugar, la negociación colectiva también tiene encomendada la labor de calificar este descanso como tiempo de trabajo efectivo o no; en realidad, el texto estatutario en este punto toma como punto de partida que la pausa analizada no tiene tal consideración, salvo que el convenio o el contrato se la atribuyan, por lo que este inciso del 34.4.I ET tendría una naturaleza dispositiva. Una vez el «tiempo de bocadillo» sea considerado como tiempo de trabajo efectivo, lógicamente tendrá un carácter retribuido<sup>422</sup>; en cambio, no se puede efectuar la afirmación inversa: el hecho de que el convenio –o el contrato– reconozcan el carácter retribuido de esta pausa no implica necesariamente su consideración como tiempo de trabajo efectivo<sup>423</sup>. Así pues, ambas cuestiones –consideración como tiempo de trabajo efectivo o no y carácter retribuido o no– son «parcialmente» independientes.

Los convenios colectivos analizados prestan menor atención a esta cuestión que a los aspectos relacionados con la «cuantificación» del derecho. En todo caso, téngase en cuenta que el silencio convencional en este punto, en función de la literalidad del art. 34.4 ET, deberá interpretarse en el sentido de que el tiempo de bocadillo no computa como tiempo de trabajo ni se retribuye, salvo que haya algún pacto en contrario. Al margen del silencio, en los diferentes niveles de negociación analizados, predominan los convenios que reputan esta pausa como tiempo de trabajo efectivo –normalmente en su totalidad, aunque a veces tal consideración se reserva sólo a una parte del descanso-<sup>424</sup> sobre los que le otorgan la consideración contraria<sup>425</sup>.

La calificación como tiempo de trabajo efectivo o no, en ocasiones, no aparece formulada de manera directa, pero se deduce de los términos empleados por el convenio. En este sentido, cuando se indica que la pausa es a cuenta del trabajador, parece que debe entenderse que no se reputará como tiempo de trabajo efectivo<sup>426</sup>; por el contrario, cuando se señala que corre a cuenta de la empresa, debe concluirse que sí merece tal consideración<sup>427</sup>. Asimismo, también debe entenderse que no se considera tiempo de trabajo efectivo cuando se señala que *no se descuenta de las 40 horas semanales*<sup>428</sup> o que *en las jornadas continuadas el tiempo de presencia será ampliado en quince minutos o más por día para tomar el bocadillo*<sup>429</sup>.

La referencia al carácter retribuido o no del descanso resulta todavía más inusual. En efecto, son poquísimos los convenios que aluden de manera expresa a esta cuestión, ya sea en sentido positivo<sup>430</sup> o negativo<sup>431</sup>; en todo caso, recuérdese que si el descanso se ha calificado como tiempo de trabajo efectivo, necesariamente tendrá un carácter retribuido, aunque algún convenio se mueve erróneamente en la dirección contraria<sup>432</sup>.

## C) Otros aspectos

La negociación colectiva desempeña un *papel conformador esencial* en esta materia<sup>433</sup>, de manera que podría incidir en otros aspectos relacionados con la pausa analizada<sup>434</sup>, tales como las condiciones en que se desarrollará

(a), el momento en que tendrá lugar (b) o, incluso, su eventual compensación por falta de disfrute, presuponiendo que ello sea posible (c).

a) En efecto, de entrada, la negociación colectiva podría desarrollar un importante papel en el momento de determinar las condiciones de ejercicio de este derecho, en particular, si cabe ausentarse o no del lugar de trabajo —o, incluso, del centro de trabajo—, si procede su fragmentación o qué finalidad satisface la pausa.

Por lo que respecta a la primera cuestión, un sector doctrinal ha venido defendiendo la posibilidad de ausentarse del centro de trabajo durante la pausa, salvo que exista un pacto en contrario o el tipo de actividad así lo requiera<sup>435</sup>; en la misma línea camina algún pronunciamiento dictado en suplicación en el que se niega expresamente que el empresario pueda limitar la libertad de movimiento del trabajador e impedir que se ausente del centro de trabajo durante el disfrute de esta pausa<sup>436</sup>. Ello no impide que el convenio colectivo pueda predeterminar esta cuestión<sup>437</sup>, eso sí, siempre que la cesación en las tareas se produzca y el descanso, dentro o fuera del centro de trabajo, quede garantizado<sup>438</sup>, en este sentido, resulta interesante destacar que el Tribunal Supremo ha anulado alguna cláusula convencional que preveía el disfrute de la pausa sin abandonar el puesto de trabajo, precisamente, porque el descanso no quedaba garantizado de modo efectivo<sup>439</sup>. En todo caso, debe indicarse que ninguno de los convenios analizados afronta la regulación de este aspecto.

Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de fragmentar la pausa, la doctrina científica ha dado una respuesta negativa en atención a su corta duración y la finalidad que persigue la misma<sup>440</sup>. Esta acertada opinión, a mi juicio, no impide que se admita la fragmentación cuando la pausa pactada en el convenio tenga una duración superior al mínimo legal<sup>441</sup>; de hecho algún dato normativo existente en el ámbito de las jornadas especiales se mueve en esta dirección<sup>442</sup>. Por ello, no creo que presenten problemas de ajuste a la legalidad los pocos convenios colectivos que permiten el disfrute no continuado del descanso, en la medida en que justamente se trata de convenios que superan con creces la duración mínima de quince minutos y que, además, pertenecen a sectores donde resultan de aplicación las normas especiales a las que se ha hecho alusión<sup>443</sup>.

La finalidad de la pausa regulada en el artículo 34.4 ET es, según se ha indicado al principio, efectuar un descanso que permita reponer las fuerzas gastadas, acompañado o no de la ingesta de algún tipo de alimento; ciertamente, la costumbre pone de manifiesto que en gran medida se emplea para satisfacer, precisamente, esta finalidad de tomar un refrigerio o tentempié y, de hecho, resulta común seguir empleando para aludir a este descanso la clásica expresión «tiempo de bocadillo»<sup>444</sup>. Pues bien, en todo caso, resulta evidente que la utilidad que asigne el trabajador a esta pausa entra dentro de su esfera de libre disposición<sup>445</sup>; con todo, interesa destacar que algunos convenios, cuando la finalidad asignada consiste en la realización de alguna de las comidas principales del día, prevén el incremento de su duración<sup>446</sup>.

**b)** Un segundo bloque de cuestiones relativas a las condiciones de disfrute del descanso en las que la negociación colectiva podría incidir se relacionan con la determinación del momento en que la pausa tendrá lugar, algo que resulta bastante conveniente fijar en esta sede.

En efecto, la determinación del momento de disfrute por la autonomía colectiva evitaría eventuales conflictos posteriores, donde la solución no se presenta pacífica. Y es que, en este punto, algunos autores entienden que ante el silencio convencional corresponde al trabajador decidir el momento en que se disfrutará del descanso<sup>447</sup>, mientras que otros defienden justamente la solución contraria, esto es, que la empresa tiene un cierto margen de libertad siempre que ello no conduzca a la desnaturalización de la pausa<sup>448</sup>. A mi juicio, esta segunda posición parece más acertada: la determinación del momento de descanso entraría dentro de los poderes organizativos de la empresa, si bien en dicha determinación se debería respetar, además del límite citado, los que pudiesen estar previstos en el convenio colectivo aplicable o los que derivasen de una condición más beneficiosa que por hipótesis pudiera existir al respecto. Asimismo, también cabe que el convenio, sin llegar a determinar el momento concreto para la realización de la pausa, señale a quién le corresponde especificarlo<sup>449</sup>.

Con independencia de quién sea el sujeto que se encargue de la determinación del momento de disfrute, la doctrina científica viene manteniendo la necesidad de que el descanso tenga lugar a lo largo de la jornada o, en otras palabras, negando que pueda consistir en un adelanto de la hora de salida –disfrute al final de la jornada– o un retraso en la hora de entrada –disfrute al inicio de la misma–; y ello por razones que se relacionan con la finalidad del descanso en cuestión<sup>450</sup>. Los pocos convenios analizados que inciden en esta cuestión son respetuosos mayoritariamente con esta exigencia, salvo alguna excepción<sup>451</sup>; en todo caso, las escasas previsiones detectadas no son muy precisas y operan como una suerte de límite de carácter general que trata de proteger el adecuado funcionamiento de la unidad productiva<sup>452</sup>.

**c)** En fin, el convenio colectivo también se presenta como un instrumento hábil para establecer la compensación que habrá lugar en el caso de que el descanso no se disfrute, eso sí, presuponiendo que resulte admisible «monetizar» la pausa y sustituirla por la percepción de una suma en metálico, algo que resulta discutible.

La falta de una expresa prohibición de la compensación económica en el artículo 34.4 ET, a diferencia de lo que sucede en el artículo 38.1 ET con las vacaciones, ha llevado a un importante sector doctrinal a ofrecer una respuesta afirmativa al interrogante planteado<sup>453</sup>. En todo caso, no se trata de una interpretación pacífica; de hecho, otro sector doctrinal ha ofrecido una respuesta más matizada. En este sentido, partiendo de la literalidad del precepto, la brevedad del descanso y su vinculación con la protección de la salud, se ha negado que, con carácter general, resulte admisible la conversión del descanso en una compensación económica<sup>454</sup>; ello no impide que, excepcionalmente, cuando no sea posible su disfrute, se acepte la compensación económica<sup>455</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia ha admitido la compensación en metálico de la pausa analizada, sin necesidad de conceder un descanso equivalente, aunque no de modo general, sino, a mi juicio, en los mismos términos restrictivos que propugna la doctrina mayoritaria. En efecto, los supuestos resueltos por el TS atienden a las particularidades tanto del servicio prestado por la empresa, como de las tareas desempeñadas por el trabajador<sup>456</sup>.

Pues bien, los pocos convenios colectivos que afrontan esta cuestión parecen moverse dentro de los parámetros de excepcionalidad indicados. Así, la falta de disfrute y consecuente compensación se justifica en las necesidades del servicio<sup>457</sup> o en la naturaleza del trabajo<sup>458</sup>; con todo, algún convenio contiene previsiones de carácter más general<sup>459</sup>.

## 1.2. El descanso en la jornada partida

La prestación laboral puede ejecutarse en régimen de jornada continuada—esto es, sin interrupciones en su seno, a salvo de la pausa analizada en el apartado anterior— o en régimen de jornada partida—esto es, en dos o más unidades de tiempo—.

El texto estatutario de 1980 definió la jornada partida como aquélla en la que hubiera un descanso ininterrumpido de una hora como mínimo. La reforma operada por la Ley 11/1994 suprimió del artículo 34 ET esta referencia; por ello, el texto refundido vigente ya no contiene una definición de la misma. Con todo, la doctrina científica sigue conceptuándola de un modo similar al que lo hacía en el pasado. Así, se ha señalado que es *aquella que se interrumpe una o más horas durante el mediodía para comer*<sup>460</sup>, *aquella en la que el tiempo de trabajo diario se divide en dos fracciones con una interrupción entre ellas que normalmente corresponde a la hora del almuerzo*<sup>461</sup>; o *aquella en la que el tiempo diario de trabajo se fracciona en diversos períodos*<sup>462</sup>, siendo esta última noción la que parece ajustarse mejor al vacío normativo actual. Y es que, las otras dos nociones, por un lado, presuponen que la jornada partida se fracciona en dos partes, cuando pudieran existir más fracciones; por otro lado, en mayor medida la primera definición que la segunda, predeterminan el momento de la interrupción y lo vinculan al mediodía, algo que no tiene necesariamente por qué ser así.

Al margen de las preferencias conceptuales, lo que resulta pacífico es la existencia en este tipo de jornada de un tiempo de inactividad entre las diferentes fracciones en que se divide cuya duración ya no está delimitada legalmente. No obstante, a pesar del silencio normativo, parece que la interrupción debería ser superior a la prevista en el artículo 34.4 ET<sup>463</sup>; por otra parte, en el caso de que en alguno de los fragmentos de la jornada se superase el tiempo de trabajo continuado previsto para el devengo de la pausa de bocadillo, como ya se ha señalado anteriormente, se tendrá derecho a la misma.

La ausencia de previsiones legales en este punto debería ser cubierta por la negociación colectiva que podría especificar aspectos de gran relevancia como la duración de la interrupción, el momento en que la misma tendrá lugar o, incluso, el número máximo de interrupciones, con un amplio margen

de libertad. No obstante, el análisis de los convenios seleccionados evidencia que no es muy habitual que la negociación colectiva aborde estas cuestiones de una manera directa, si bien, a menudo, se pueden deducir de la regulación convencional de los horarios, la cual se analiza en otro lugar. Ello a lo mejor se explique en atención a que, en esta interrupción, presenta un mayor peso la vertiente distributiva y ordenadora de la jornada que la recuperadora del esfuerzo físico realizado<sup>464</sup>.

Por lo que respecta a la duración de la interrupción, la influencia del texto estatutario de 1980 se sigue dejando sentir, pues la mayoría de convenios que regulan esta cuestión siguen superando el módulo de una hora que aquél fijaba como mínimo, salvo alguna excepción<sup>465</sup>. Las duraciones establecidas por la negociación colectiva aparecen articuladas de manera diversa: por un lado, en ocasiones se trata de un número fijo de horas<sup>466</sup>; por otro, en ocasiones se prevé una duración mínima<sup>467</sup> o máxima<sup>468</sup>; finalmente, no faltan ejemplos de convenios que combinan un margen mínimo y máximo<sup>469</sup>.

En segundo lugar, la determinación del momento en que se producirá la interrupción, a salvo de lo que se derive de la regulación de los horarios, no es muy frecuente; en los casos en que se aborda, el convenio puede aludir a un momento preciso o fijar un margen dentro del cual se producirá la interrupción<sup>470</sup>.

Finalmente, no es muy frecuente que de manera expresa se limiten el número de interrupciones que se pueden introducir; con todo, merece la pena destacar que están presentes con relativa frecuencia en los convenios de ámbito provincial del sector transporte de viajeros: en general, para señalar que sólo cabe una interrupción<sup>471</sup>, aunque en algún caso se toleran hasta tres particiones<sup>472</sup>.

### **1.3. Otros descansos, pausas o interrupciones «intra-jornada»**

Al margen de los anteriores, existen otro tipo de descansos que aparecen en determinadas actividades o sectores productivos, bien por imperativo de ciertas normas especiales aplicables en dichos ámbitos, bien por creación directa de los sujetos negociadores. En este sentido, el punto de partida para el análisis deben ser dos normas contenidas en el RD 1561/1995: por un lado, el artículo 23 –que regula la limitación de los tiempos de exposición al riesgo–; por otro, el artículo 31 –que regula la jornada de trabajo en cámaras frigoríficas y de congelación–.

El primero de los preceptos señalados conmina a limitar o reducir los tiempos de exposición a riesgos ambientales especialmente nocivos, cuando la realización de la jornada ordinaria entrañe un riesgo especial para la salud de los trabajadores debido a la existencia de circunstancias excepcionales de penosidad, peligrosidad, insalubridad o toxicidad. Esta tarea, a juzgar por lo establecido en el apartado segundo del mismo artículo, parece que puede ser desarrollada por la negociación colectiva, si bien no de manera exclusiva; en todo caso, el número de casos en los que se aborda resulta ciertamente escaso<sup>473</sup>.



El artículo 31 RD 1561/1995, por su parte, establece unos descansos específicos para el personal que trabaja en cámaras frigoríficas y de congelación, al margen de fijar adicionalmente un tiempo máximo de permanencia. La duración del descanso difiere según la temperatura a la que se exponga el trabajador: en cámaras de cero hasta cinco grados bajo cero, son diez minutos por cada tres horas de trabajo ininterrumpido; en cámaras entre cinco y dieciocho grados bajo cero, quince minutos por cada hora de trabajo ininterrumpido; en cámaras que superen los dieciocho grados bajo cero, son quince minutos por cada cuarenta y cinco. Probablemente, por analogía con lo señalado respecto al artículo 34.4 ET, deba entenderse que estos descansos constituyen un mínimo de derecho necesario. En todo caso, los pocos convenios que regulan esta cuestión, vienen a reproducir las previsiones reglamentarias de referencia, al menos por lo que se refiere al descanso<sup>474</sup>; no obstante, en algún caso aislado, se produce un incumplimiento parcial del marco normativo<sup>475</sup>.

## 2. EL DESCANSO «INTER-JORNADAS»

La expresión descanso «inter-jornadas», por su parte, se relaciona con un período de tiempo recuperador a que tiene derecho el trabajador entre la finalización de una jornada y el inicio de la siguiente. En este sentido, el art. 34.3.I ET fija con carácter general el mencionado descanso en un mínimo de doce horas, lo que constituye una mejora de las previsiones comunitarias existentes al respecto<sup>476</sup>. En efecto, en este punto, la Directiva 2003/88, sobre ordenación del tiempo de trabajo, establece en su artículo 3 que *los estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten de un período mínimo de descanso diario de once horas consecutivas en el curso de cada período de veinticuatro horas*; por otra parte, los estados miembros podrán establecer mediante procedimientos legales, reglamentarios, administrativos o, incluso, a través de convenios colectivos, excepciones al disfrute de este descanso en un amplio número de actividades previstas en la propia Directiva, siempre que vayan acompañadas de la correspondiente compensación con descanso alternativo, según se reconoce en el artículo 17 de la norma comunitaria.

### 2.1. El papel asignado a la negociación colectiva en su regulación

El descanso analizado tiene un carácter diario<sup>477</sup>, ininterrumpido<sup>478</sup> y constituye un mínimo de derecho necesario<sup>479</sup>. Así, los convenios colectivos podrían establecer una duración superior del mismo, pero no inferior, salvo en determinados sectores o actividades en las que el RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo, prevé una solución diversa. Precisamente, es en dicho ámbito donde la negociación colectiva encuentra unas posibilidades de incidencia más amplias.

En este sentido, de entrada, interesa destacar que en algunas actividades la negociación colectiva tiene reconocida la posibilidad de establecer una



duración mínima del descanso «interjornadas» inferior a la prevista en el texto estatutario. Ciertamente, en general, tales reducciones han sido establecidas de manera directa por el Gobierno, haciendo uso de la habilitación reglamentaria presente en el artículo 34.7 ET; así, a lo largo del articulado del RD 1561/1995 aparecen descansos «interjornadas» cuyas duraciones mínimas son de diez horas —la más habitual<sup>480</sup>, nueve<sup>481</sup>, ocho<sup>482</sup>, siete<sup>483</sup> e, incluso, seis horas diarias<sup>484</sup>. Estos límites, como se acaba de indicar, operan normalmente de manera directa; con todo, en ocasiones se exige para su operatividad que se recojan en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo de empresa<sup>485</sup>. Asimismo, junto a este eventual papel «habilitador», la negociación colectiva conserva también en el ámbito de las jornadas especiales la posibilidad de mejorar las diferentes duraciones mínimas «reducidas» del descanso «interjornadas» que aparecen en el texto reglamentario.

Por otra parte, entre las disposiciones generales del reglamento de jornadas especiales, el art. 2 establece que las reducciones señaladas deberán ser compensadas mediante descansos alternativos de duración no inferior a la reducción experimentada en un determinado período de tiempo; normalmente, dicho período es de *hasta cuatro semanas*<sup>486</sup>, aunque en algún caso se prevén plazos distintos<sup>487</sup>. Pues bien, también en la fijación de estos descansos alternativos la negociación colectiva está llamada a desempeñar un importante papel:

— En primer lugar, el texto reglamentario impone que los descansos alternativos se disfruten dentro de los períodos de referencia que para cada caso se establecen, pero además *en la forma que se determine mediante acuerdo o pacto*. Así las cosas, de entrada, el convenio colectivo desempeñaría en esta sede nuevamente un papel «conformador» de relativa importancia; por otra parte, los períodos de referencia previstos en el RD 1561/1995 generalmente pueden ser reducidos por convenio colectivo, pues aparecen configurados como espacios máximos de tiempo dentro de los cuales debe producirse la compensación, según se deduce de los términos empleados por la norma reglamentaria —«en hasta cuatro semanas» o «períodos que no excedan»—; en sentido contrario, el convenio colectivo excepcionalmente tiene asignada la función de ampliar el lapso temporal dentro del cual se debe producir el descanso alternativo<sup>488</sup>.

— En segundo lugar, los convenios colectivos podrían autorizar que, previo acuerdo con el trabajador afectado, se acumule la totalidad o parte del descanso compensatorio a las vacaciones; esta posibilidad, en los casos en que se permiten descansos de duración inferior a las diez horas, se encuentra limitada al número de horas que puedan quedar tras garantizar el descanso mínimo de diez horas en los diferentes períodos de referencia previstos. Todo ello se recoge en el art. 2 RD 1561/1995.

— Finalmente, aunque en líneas anteriores se ha destacado el carácter ininterrumpido que presenta el descanso «interjornadas», excepcionalmente el reglamento de jornadas especiales admite en algunos casos su distribución en dos períodos; ahora bien, para que ello resulte posible se requiere que aparezca previsto en el convenio colectivo<sup>489</sup>.

## **2.2. El papel desarrollado por la negociación colectiva en su regulación**

El análisis efectuado pone de manifiesto el escaso interés que despierta esta cuestión entre los agentes sociales, pues la mayoría de los convenios analizados guardan silencio sobre esta materia; y ello a pesar de la importancia que podría tener la misma a efectos de imponer límites a la distribución de la jornada<sup>490</sup>.

Por otra parte, entre los convenios colectivos que contienen previsiones relativas a este descanso, de entrada hay que aludir a aquéllos que se limitan a reproducir la duración mínima de doce horas recogida en el texto estatutario, pues son los predominantes tanto en el ámbito estatal<sup>491</sup>, como en el provincial<sup>492</sup> y empresarial<sup>493</sup>. Asimismo, en algunos convenios aparecen duraciones inferiores<sup>494</sup>, si bien estos supuestos no presentan problemas de ajuste a la normativa vigente, pues se encontrarían amparados por las previsiones del reglamento sobre jornadas especiales<sup>495</sup>. Ahora bien, en otros convenios, la reducción carece de apoyo normativo, a pesar de estar vinculada a situaciones excepcionales<sup>496</sup>, como pudieran ser las derivadas de la realización de horas extraordinarias urgentes o de fuerza mayor; en tales situaciones, la doctrina exige que el descanso se garantice en todo caso: el retraso en su inicio, llevará al retraso en su finalización y no a una mera compensación económica<sup>497</sup>. Finalmente, constituyen una verdadera excepción los casos en que se mejora la duración mínima prevista en las normas estatales<sup>498</sup>, se restringen las posibilidades permitidas por el reglamento de jornadas especiales para imponer un descanso reducido<sup>499</sup> o se incide en la regulación del descanso compensatorio que para tales casos prevé el reglamento en cuestión<sup>500</sup>.

## **2.3. Un problema específico: la relación entre el descanso diario y el semanal**

Al margen de lo anterior, un problema específico que han debido resolver los tribunales al hilo de la intervención convencional en esta sede ha sido el relativo al carácter autónomo o no del descanso «interjornadas» respecto al descanso semanal; en otras palabras, si aquél puede quedar absorbido por éste o, por el contrario, se disfruta de manera acumulada.

En este punto, algunos autores de la doctrina han defendido el carácter autónomo y acumulable de ambos descansos con fundamento en lo establecido en art. 5 de la Directiva comunitaria 2003/88, donde expresamente se señala que a las veinticuatro horas ininterrumpidas de descanso semanal se añadirán las once horas de descanso diario<sup>501</sup>. Este planteamiento ha calado en algunos tribunales que, de hecho, han ofrecido ya alguna solución en la misma dirección y con idéntico fundamento<sup>502</sup>.

A mi juicio, sin embargo, la solución ofrecida no es del todo acertada, pues probablemente incurra en un error de planteamiento. En efecto, el origen del problema pudiera estar en aquellos convenios que, por un lado, fijan el descanso semanal en «horas» y, por otro, efectúan la concreción de su dis-

frute de tal manera que se incumple el día y medio de descanso impuesto por el ET. Así, por ejemplo, cuando se establece que el descanso será de treinta y seis horas y se extenderá desde las ocho de la tarde del sábado hasta las ocho de la mañana del lunes. Este tipo de maniobras contradicen, claramente, la regulación estatutaria, pues no garantizan el disfrute de «un día» y «medio día» que de la misma se deriva; de hecho, así lo ha entendido el Tribunal Supremo<sup>503</sup>, con apoyo, precisamente, en el dato de que el texto estatutario ha fijado el descanso semanal en día y medio —es decir, un día entero y una mañana o una tarde—, no en treinta y seis horas<sup>504</sup>. Así pues, no se precisa recurrir a las previsiones comunitarias de prohibición de «absorción» de un descanso por el otro para llegar a dicho resultado; es más, en la sentencia citada, en ningún momento se alude a las mismas como fundamento.

La utilización de la indicada previsión comunitaria para resolver este problema, además de innecesaria, induce a error, pues pone en circulación la idea —a mi juicio equivocada— de que resulta siempre necesario añadir las doce horas de descanso diario al descanso semanal. El resultado final de esta interpretación es el incremento de la duración del descanso semanal ininterrumpido que pasa a ser de cuarenta y ocho horas de un modo artificial. Este resultado «erróneo» se puede apreciar en las sentencias de la Audiencia Nacional antes mencionadas: en un caso, a pesar de estar garantizado el descanso mínimo estatutario —una semana se descansaba el domingo y otra semana la tarde del sábado, el domingo entero y la mañana del lunes—, se obliga a añadir a tales descansos las doce horas derivadas del descanso diario; en el otro caso, aunque el sistema de turnos era algo más complejo, venía a suceder algo similar.

En definitiva, a mi juicio, la solución pasaría por reforzar las dos ideas siguientes. En primer lugar, el texto estatutario mejora las previsiones comunitarias relativas al descanso diario —doce horas en lugar de once— y al descanso semanal —un día y medio en lugar de veinticuatro horas—, recurriendo en relación con este último a cuantificarlo mediante el uso de una medida distinta a la empleada por la norma comunitaria —días en lugar de horas—. En segundo lugar, la Directiva comunitaria no exige exactamente que los Estados miembros cuando procedan a su transposición impongan con carácter general la obligación de acumular el descanso diario al descanso semanal; lo que exige es unir a las veinticuatro horas que prevé para el descanso semanal, las once horas que establece para el descanso diario; y ello para evitar maniobras que impidan el disfrute del descanso durante un día completo. Y es que, teóricamente, las veinticuatro horas se respetarían si se descansara desde las tres de la tarde de un día hasta las tres de la tarde del día siguiente, pero así no se habría descansado un día completo, que, en definitiva, es el objetivo último perseguido por la norma; de ahí la exigencia impuesta por la Directiva de añadir al descanso de veinticuatro horas el de once. Ello no es necesario en nuestro derecho: por un lado, entre nosotros, el descanso durante un día completo no sólo está garantizado, sino incluso mejorado —un día y medio—; por otro, al estar fijado el descanso semanal en «días» —un día y medio día— no se necesita efectuar esa precisión tendente a evitar maniobras como la descrita en el ejemplo.

Las afirmaciones anteriores no impiden que la negociación colectiva, como eventual mejora o simple garantía, pueda introducir el carácter autónomo de los descansos referidos, existiendo algunas experiencias aisladas en tal sentido<sup>505</sup>. Estas previsiones probablemente respondan al objetivo de evitar los riesgos de actuaciones tendentes a socavar el descanso semanal mínimo en los casos en que éste aparece cuantificado en horas. El mismo objetivo de garantizar la efectividad del descanso subyace también en las cláusulas convencionales que limitan el número de horas que se pueden trabajar durante la jornada en que se disfruta del medio día de descanso<sup>506</sup>.

## Notas

<sup>398</sup> En este sentido, *vid.* LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-a), *Descansos laborales y tiempo de trabajo. Régimen jurídico de los descansos diario y semanal y de los días festivos*, Madrid (CES), p.31 y (2004-b), Los descansos comprendidos dentro de la jornada: su aplicación a las relaciones ordinarias de trabajo, *Relaciones Laborales-II*, p. 712, así como la bibliografía citada en ambos estudios.

<sup>399</sup> Por todos, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. (1991), Pausas intra-jornada y descansos interjornadas, EN: DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid (ACARL), p. 255.

<sup>400</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. (1991), *op. cit.*, p. 255; RODRÍGUEZ PASTOR, G. (1999), *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), p. 80; LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-b), *op. cit.*, p. 708.

<sup>401</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. (1991), *op. cit.*, pp. 255-256, en referencia tanto al descanso interjornadas como al descanso intrajornada; GARCÍA NINET, J. I. (1994), Ordenación del tiempo de trabajo, EN: BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores (Ley 11/1994, de 19 de mayo, y normas concordantes)*, Tomo I, Volumen 2º, Madrid (EDERSA), p. 30; RODRÍGUEZ PASTOR, G. (1999), *op. cit.*, p. 80; LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-a), *op. cit.*, p. 37, en alusión al primero de los descansos indicados; MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, Madrid (CES), p. 131.

<sup>402</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. (1991), *op. cit.*, p. 275; PRADOS DE REYES, F. J. (1996), La ordenación del tiempo de trabajo en la Reforma del Estatuto de los Trabajadores, *Relaciones Laborales-I*, p. 518; GARCÍA NINET, J. I. (1994), *op. cit.*, p. 38; SALA FRANCO, T. et altri (2001), *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva. El alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (MTAS), p. 94; LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-b), *op. cit.*, p. 709; MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *op. cit.*, p. 132.

<sup>403</sup> SsTS (social) de 3 de junio de 1999 –recurso de casación nº 4319/1998–, de 30 de abril de 2004 –recurso de casación nº 31/2003– y de 1 de marzo de 2005 –recurso de casación nº 131/2004–.

<sup>404</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *op. cit.*, p. 132.

<sup>405</sup> STSJ de Baleares de 30 de junio de 2006 –recurso de suplicación nº 277/2006–.

<sup>406</sup> Entre otros, MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *op. cit.*, p. 135.

<sup>407</sup> Así, por ejemplo, sucede con los siguientes convenios: en el ámbito estatal, <4<, <9<, <14<, <15<, <16<, <20<, <41<, <42<, <60<, <61<, <63<, <74<, <81<, <99< o <117<; en el ámbito provincial, <285<, <286<, <288<, <291<, <295<, <298< o <299<; entre los de ámbito empresarial cabe citar <334<, <335<, <336<, <337<, <338<, <339<, <340<, <341<, <342<, <343<, <344<, <361<, <362<, <363<, <364<, <365<, <366<, <367< o <368<.

<sup>408</sup> Como ejemplo, cabe mencionar los siguientes convenios, ambos de ámbito estatal: <5<, art. 14 y <7<, art. 10.

<sup>409</sup> Así sucede, por ejemplo, en los siguientes convenios de ámbito estatal: <12<, art. 17; <13<, art. 13; <73<, art. 10; <100<, art. 17. Asimismo, por lo que respecta al ámbito provincial, cabe mencionar los siguientes casos: <131<, art. 15; <141<, art. 22; <145<, art. 19; <149<, art. 47; <156<, art. 25; <160<, art. 18; <172<, art. 11; <178<, art. 6; <180<, art. 12; <188<, art. 15; <195<, art. 46; <199<, art. 17; <200<, art. 6; <205<, art. 42; <238<, art. 9; <239<, art. 36; <241<, art. 3; <243<, art. 14; <252<, art. 16; <253<, art. 18; <261<, art. 23; <263<, art. 15; <274<, art. 14; <279<, art. 14; <282<, art. 24; <287<, art. 22; <294<, art. 15. Finalmente, la simple reproducción de las previsiones estatutarias también aparece en diferentes convenios de empresa: <303<, art. 15; <305<, art. 9; <307<, art. 11; <376<, art. 27; <382<, art. 18; <383<, art. 77; <353<, art. 35; <310<, 15; <326<, art. 22; <329<, art. 12.

<sup>410</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. (1991), *op. cit.*, p. 275; LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-b), *op. cit.*, p. 717.

<sup>411</sup> Así sucede, en el ámbito estatal con los siguientes convenios: <12<, art. 17; <13<, art. 13; <18<, art. 25; <30<, art. 36, aunque no especifica cada cuantas horas; <31<, art. 18; <33<, art. 21; <34<, art. 31; <37<, art. 20; <47<, art. 25; <58<, art. 37; <80<, art. 16; <96<, art. 31; <100<, art. 17; <112<, art. 71; <105<, art. 34. Por su parte, el ámbito provincial brinda los siguientes ejemplos: <131<, art. 15; <141<, art. 22; <145<, art. 19; <149<, art. 47; <156<, art. 25; <160<, art. 18; <172<, art. 11; <178<, art. 6; <180<, art. 12; <188<, art. 15; <195<, art. 46; <199<, art. 17; <200<, art. 6; <205<, art. 42; <238<, art. 9; <239<, art. 36; <241<, art. 3; <243<, art. 14; <252<, art. 16; <253<, art. 18; <261<, art. 23; <263<, art. 15; <274<, art. 14; <279<, art. 14; <282<, art. 24; <287<, art. 22; <294<, art. 15. Por último, si se desciende al ámbito empresarial, cabe detectar los siguientes supuestos: <303<, art. 15; <305<, art. 9; <307<, art. 11; <310<, 15; <326<, art. 22; <329<, art. 12; <353<, art. 35; <376<, art. 27; <381<, art. 6; <382<, art. 18; <383<, art. 77; <389<, art. 28, si bien lo incrementa hasta los treinta minutos en ciertas franjas horarias; <391<, art. 24, que lo eleva a 30 minutos para el personal de revisión.

<sup>412</sup> Así sucede, por ejemplo, en el ámbito estatal en el <44<, art. 20, que reconoce el descanso de quince minutos a los trabajadores que realizan entre tres y cinco horas. Por lo que respecta a los convenios provinciales, el descanso de quince minutos surge por cinco horas de trabajo en el <135<, art. 20, en el <292<, art. 17, y en el <270<, art. 20, aunque en este último siempre que no se practique horario continuo de doce horas en días alternos, en cuyo caso el descanso será de cuarenta minutos; por su parte en el <142<, art. 15, se devenga por cuatro horas de trabajo, pero si se rebasan las 6,66 horas, el descanso pasa a ser de treinta minutos. Finalmente, en el ámbito empresarial, este tipo de mejora a través de la reducción del tiempo de devengo aparece en el <351<, art. 12, donde el personal que presta servicios en mesas de juego cuenta con quince minutos cada setenta de trabajo.

<sup>413</sup> Así, en el ámbito estatal, existen ejemplos de incrementos hasta alcanzar los veinte (<57<, art. 19 –si bien, en el caso de trabajadores con jornada inferior, se disfruta de la parte proporcional– y <67<, art. 24) o los veinticinco minutos (<24<, art. 24). Los convenios provinciales también brindan ejemplos de incrementos en la duración del descanso hasta llegar a los veinte minutos (<127<, art. 24; <140<, art. 17; <147<, art. 5; <158<, art. 16; <181<, art. 23; <185<, art. 6; <196<, art. 8; <293<, art. 19; <271<, art. 24; <273<, art. 42, aunque no especifica el período de trabajo necesario; <281<, art. 19, donde también falta dicha especificación; <284<, art. 20; <246<, art. 7), a los veinticinco (<257<, art. 41) o, incluso, a los treinta (<123<, art. 23; <132<, art. 34; <134<, art. 21; <154<, art. 28; <179<, art. 22; <192<, art. 17; <297<, art. 19). Unas previsiones similares aparecen en los convenios empresariales, donde la mejora del descanso también puede alcanzar los veinte minutos (<345<, art. 25; <346<, art. 19; <349<, art. 26; <352<, art. 21, para los *croupiers*; <379<, art. 27, aunque si es nocturno se convierte en 45), los veinticinco (<309<, art. 15) o los treinta minutos (<304<, art. 56; <324<, art. 20; <332<, art. 39; <371<, art. 12; <400<, art. 19); por su parte, todavía en el ámbito empresarial, el <333<, art. 37, prevé que el descanso oscila entre quince y treinta minutos y el <351<, art. 12, entre treinta y sesenta para el personal cuyo horario coincida con el previsto para comidas o cenas.

<sup>414</sup> Así, en el ámbito estatal, aparecen reconocidos descansos de veinte minutos por cinco horas de trabajo (<38<, art. 19), de treinta minutos por cinco horas y media (<95<, art. 41), que además prevé que se convierta en dos descansos de veinte minutos en el caso de jornadas nocturnas y de treinta minutos para todas las jornadas iguales o superiores a cinco horas diarias (<44<, art. 20, que además, para las que oscilen entre tres y cinco horas, establece un descanso

de 15 minutos). Por lo que respecta al ámbito provincial, los ejemplos son más numerosos. Así, se han detectado descansos de veinte minutos por cinco horas de trabajo (<130<, art. 28; <184<, art. 19; <193<, art. 16; <209<, art. 17; <272<, art. 34, salvo en horarios continuados de doce horas en días alternos en cuyo caso será de cuarenta y cinco minutos), de veinticinco minutos por cuatro horas y cuarto de trabajo (<138<, art. 12) y de veinticinco minutos por cada cinco horas (144<, art. 8) y de cuarenta y cinco minutos por cada cuatro horas y media de trabajo (<155<, art. 7.2.2 y en el <173<, art. 37). Si se desciende al nivel empresarial, también aparecen ejemplos de este tipo de mejoras «combinadas», como el de treinta minutos por cinco horas de trabajo reconocida en algún convenio (<323<, art. 23).

<sup>415</sup> Así, en el plano estatal, algún convenio prevé diez minutos para las jornadas entre cuatro y seis horas, veinte cuando oscilan entre seis y ocho horas y treinta minutos cuando superan las ocho horas (<113<, art. 25). Este sistema también aparece en la negociación de ámbito provincial (<136<, art. 57, donde el descanso puede ser de quince, veinte, veinticinco o treinta minutos, según la duración de la jornada y, además, el lugar de trabajo). Por último, si se desciende al ámbito empresarial, también cabe detectar cláusulas de este tipo (<392<, art. 24, donde, en principio, el descanso es de quince minutos, que pasan a ser veinticinco si se excede de siete horas y a treinta y cinco si se sobrepasan las ocho horas y se finaliza después de las 16:00 ó de las 23:00); asimismo, en el ámbito empresarial, también presentan un carácter complejo las fórmulas empleadas en distintos convenios pertenecientes a empresas relacionadas con el transporte (<384<, art. 93; <385<, art. 87; <388<, art. 147; <390<, art. 5).

<sup>416</sup> Así, cuando en el ámbito estatal, el <106<, art. 10, prevé para los tablaos flamencos que los profesionales descansan como mínimo durante el espectáculo un intervalo de tiempo igual a la mitad de su actuación.

<sup>417</sup> Así se recoge en diferentes convenios pertenecientes a este sector (<155<, art. 7.2.2 y en el <173<, art. 37).

<sup>418</sup> Este tipo de cláusulas no son muy frecuentes; con todo, se han encontrado diferentes ejemplos de las mismas en los tres niveles territoriales analizados. Así, en el ámbito estatal, existe algún convenio que reconoce un descanso de treinta minutos por cada ocho horas de trabajo (<19<, art. 60) o treinta minutos por siete horas (<68<, art. 9.1). Por lo que respecta al ámbito provincial, los ejemplos detectados son de treinta minutos por ocho horas (<121<, art. 13) y de cuarenta y cinco minutos para jornadas superiores a siete horas y cuarto (290<, art. 12). Por último, en el ámbito empresarial, algún convenio prevé veinte minutos por siete horas de trabajo (<378<, art. 25).

<sup>419</sup> Así, sucede cuando se reconocen quince minutos de descanso por siete horas de trabajo (<153<, art. 6).

<sup>420</sup> Así sucede, por ejemplo, en algún convenio nacional (<68<, art. 9.1; <113<, art. 25) y provincial (<203<, art. 79, aunque sólo se considera tiempo de trabajo y se retribuye si se produce en una jornada continuada).

<sup>421</sup> GARCÍA NINET, J. I. (1994), *op. cit.*, p. 38; RODRÍGUEZ PASTOR, G. (1999), *op. cit.*, p. 210; LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-b), *op. cit.*, p. 721; MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *op. cit.*, p. 132. Por otra parte, con anterioridad a la reforma de 1994, tal posibilidad ya había sido apuntada por VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. (1991), *op. cit.*, p. 279.

<sup>422</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. (1991), *op. cit.*, p. 276; ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E. (2006), *Derecho del Trabajo*, 24<sup>a</sup> edición, Madrid (Civitas), p. 328; LÓPEZ GANDÍA, J. (2007), La determinación de la prestación de trabajo (III): el tiempo de trabajo, EN: ALBIOL MONTESINOS, I. et alrri, *Compendio de Derecho del Trabajo. Tomo II. Contrato individual*, Valencia (Tirant lo Blanch), p. 168; MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (2007), *Derecho del Trabajo*, 16<sup>a</sup> edición, Madrid (Tecnos), p. 560; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Madrid (Editorial universitaria Ramón Areces), p. 621; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. et alrri (2006), *Curso de Derecho del Trabajo*, 15<sup>a</sup> edición, Valencia (Tirant lo Blanch), p.401.

<sup>423</sup> Así lo ha señalado la jurisprudencia. En efecto, la STS 21 de octubre de 1994 –recurso nº 600/1994– afirma que el hecho de que la empresa venga retribuyendo este descanso no implica que sea tiempo de trabajo efectivo, del mismo modo que sucede con el descanso semanal o los festivos. La misma solución recogen las SsTS de 20 de diciembre de 1999 –recurso de casa-

ción nº 2481/1999– y de 24 de enero de 2000 –recurso de casación nº 2600/1999–, que además añaden la necesidad de que exista un pacto, individual o colectivo, para que tenga tal consideración. La admisibilidad de un pacto así, con reconocimiento del carácter retribuido pero sin reputar el descanso como tiempo de trabajo efectivo, también ha sido admitido en la doctrina científica: BODAS MARTÍN, R. (2002), *La jornada laboral*, Madrid (Dykinson), p. 18; LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-b), *op. cit.*, p. 729; MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *op. cit.*, p. 133. Esta solución, por lo demás, aparece en algún convenio, como el <269>, art. 12, o el <315>, art. 16.

<sup>424</sup> En este sentido, entre los convenios de ámbito estatal que reputan la pausa como tiempo de trabajo efectivo, se encuentran los siguientes: <18>, art. 25; <31>, art. 18; <34>, art. 31; <38>, art. 19; <44>, art. 20; <47>, art. 25; <58>, art. 37; <57>, art. 19; <67>, art. 24; <68>, art. 9.2; <80>, art. 16; <100>, art. 17; <105>, art. 34; <106>, art. 10; <107>, art. 9; <112>, art. 71; <118>, art. 18; <133>, art. 25.G. La misma consideración aparece en los convenios de ámbito provincial que a continuación se relacionan: <120>, art. 23; <123>, art. 23; <125>, art. 19; <127>, art. 24; <130>, art. 28, pero sólo hasta veinte minutos; <131>, art. 15, pero solo hasta quince minutos; <132>, art. 14; <134>, art. 21; <135>, art. 20; <136>, art. 57; <138>, art. 12; <139>, art. 18; <141>, art. 22; <142>, art. 15; <144>, art. 8; <145>, art. 19; <147>, art. 5; <149>, art. 47; <152>, art. 6; <153>, art. 6; <154>, art. 28; <156>, art. 25; <158>, art. 16; <160>, art. 18; <161>, art. 23; <166>, art. 11; <178>, art. 6; <180>, art. 12; <185>, art. 6, pero sólo la mitad; <188>, art. 15; <193>, art. 16; <204>, art. 57; <209>, art. 28; <238>, art. 9; <239>, art. 36; <241>, art. 3; <246>, art. 7; <252>, art. 16; <253>, art. 18; <261>, art. 23; <270>, art. 20; <271>, art. 24; <272>, art. 34; <274>, art. 14; <281>, art. 19; <282>, art. 24; <284>, art. 20; <292>, art. 17; <293>, art. 19, si se armoniza con el trabajo, pues en caso contrario no goza de tal condición; <294>, art. 5; <297>, art. 19. Finalmente, en el ámbito empresarial, ello sucede en los siguientes casos: <303>, art. 15; <304>, art. 56; <305>, art. 9; <311>, art. 73; <329>, art. 12; <332>, art. 39, pero solo quince minutos sobre treinta; <345>, art. 25; <349>, art. 26; <351>, art. 12, para el personal de las mesas de juego; <352>, art. 21, para el personal de las mesas de juego; <353>, art. 35; <356>, art. 8; <371>, art. 12; <379>, art. 27, pero sólo veinte minutos; <383>, art. 77; <389>, art. 28; <391>, art. 24; <392>, art. 24; <400>, art. 19, «según jurisprudencia».

<sup>425</sup> Así, entre los convenios de ámbito estatal, cabe mencionar los siguientes: <11>, art. 8; <12>, art. 17, salvo que la empresa establezca el *running buffer*; <19>, art. 60; <24>, art. 24; <27>, tit. X, cap. I.2; <64>, art. 27; <86>, art. 12; <109>, art. 45. Por su parte, entre los provinciales que niegan el carácter de tiempo de trabajo efectivo a la pausa, se encuentran los siguientes: <150>, art. 8; <171>, art. 11, que lo considera tiempo de presencia pero no de trabajo efectivo; <172>, art. 11, salvo que por motivos del servicio no pudieran disfrutarse en cuyo caso computan en la jornada; <195>, art. 46; <199>, art. 17, salvo pacto en contrario; <200>, art. 6; <203>, art. 79, salvo en los casos de que se produzca en el seno de una jornada continuada; <247>, art. 7; <257>, art. 51; <268>, art. 22; <269>, art. 12, aunque la empresa puede optar por no retribuirlo y considerarlo como tiempo de trabajo; <287>, art. 22, salvo en las empresas en que el tiempo de descanso haya sido cambiado por otra contraprestación; <290>, art. 12; <296>, art. 18. Finalmente, si se desciende al universo de los convenios de empresa, se pueden encontrar los siguientes ejemplos: <310>, art. 15; <315>, art. 16, si bien es retribuido; <323>, art. 23; <324>, art. 20; <326>, art. 22; <333>, art. 37; <346>, art. 19; <351>, art. 12, en el caso del personal cuyos horarios coincidan con los fijados para la comida o la cena, pues en tales casos los descansos oscilan entre treinta y sesenta minutos; <381>, art. 6.

<sup>426</sup> Así aparece en los convenios <130>, art. 28, <131>, art. 15, <209>, art. 28 y <351>, art. 12, para la duración ampliada del descanso cuando se emplea para la comida y/o cena.

<sup>427</sup> Al respecto, *vid.*, los convenios <180>, art. 12 y <292>, art. 17, ambos provinciales.

<sup>428</sup> <24>, art. 24.

<sup>429</sup> <86>, art. 12.

<sup>430</sup> Así, entre los convenios que prevén la retribución del descanso, cabe citar como ejemplo los siguientes: <30>, art. 36; <136>, art. 57; <140>, art. 17; <185>, art. 6, pero sólo la mitad; <203>, art. 79, pero sólo en el caso de que se produzca en una jornada continuada; <269>, art. 12, aunque no se considera tiempo de trabajo, si bien la empresa puede optar por no retribuirlo y considerarlo tiempo de trabajo; <273>, art. 42; <315>, art. 16.



<sup>431</sup> En este sentido, por ejemplo, el <310<, art. 15.

<sup>432</sup> En efecto, el <269<, art. 12, aunque parte de la retribución del descanso –pero sin considerarlo como trabajo efectivo–, extrañamente habilita a la empresa para que opte por no retribuirlo y considerarlo tiempo de trabajo efectivo.

<sup>433</sup> La expresión en VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. (1991), *op. cit.*, p. 278.

<sup>434</sup> Entre otros, GARCÍA NINET, J. I. (1994), *op. cit.*, p. 38.

<sup>435</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. (1991), *op. cit.*, p. 280; RODRÍGUEZ PASTOR, G. (1999), *op. cit.*, p. 217; LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-b), *op. cit.*, p. 715.

<sup>436</sup> Se trata de la STSJ del País Vasco de 7 de octubre de 1997 –recurso nº 1353/1997–. Este pronunciamiento presenta un especial interés, pues niega que la posibilidad de ausentarse del centro de trabajo derive de la existencia de una condición más beneficiosa, como se había señalado en la instancia, y proporciona una argumentación diversa: *durante el tiempo del descanso el trabajador no tiene obligación de trabajar, por lo que no se encuentra sometido al poder de dirección y control de la empresa, por tanto, es libre de disfrutarlo como tenga por conveniente, pues en caso contrario se encontraría a disposición del empresario, lo que daría lugar a una jornada superior a la pactada en convenio. El prohibir abandonar el centro de trabajo durante el descanso, desnaturaliza el mismo, aunque los disfruten en el propio centro de trabajo. En consecuencia, la solución sería extrapolable a cualquier empresa, salvo que existiera un pacto en contrario.*

<sup>437</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. (1991), *op. cit.*, p. 280; LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-b), *op. cit.*, p. 715.

<sup>438</sup> FITA ORTEGA, F. (1999), *Límites legales a la jornada de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), p. 74; RODRÍGUEZ PASTOR, G. (1999), *op. cit.*, p. 217; LÓPEZ GANDÍA, J. (2007), *op. cit.*, p. 168.

<sup>439</sup> STS de 1 de marzo de 2005 –recurso de casación nº 131/2004–, al hilo del descanso de unos vigilantes de cabina en peajes de autopista; por el contrario, el hecho de permitir la ausencia del centro, pero acompañado de la obligación de estar localizado por medio de un teléfono móvil, no se ha interpretado por la doctrina de suplicación como un impedimento para disfrutar del descanso: SsTSJ de Castilla-León, sede Valladolid, de 9 de mayo de 2005 –recurso nº 542/2005– y de 26 de septiembre de 2005 –recurso nº 1490/2005–.

<sup>440</sup> GARCÍA NINET, J. I. (1994), *op. cit.*, p. 39; FITA ORTEGA, F. (1999), *op. cit.*, p. 73; LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-b), *op. cit.*, p. 719.

<sup>441</sup> En este sentido, por ejemplo, GARCÍA NINET, J. I. (1994), *op. cit.*, p. 39.

<sup>442</sup> En efecto, en este sentido, el artículo 10.bis.4.II del RD 1561/1995, en relación con las normas especiales que en materia de jornada se aplican a los trabajadores móviles del transporte por carretera alude a que las fracciones de los descansos previstos para los mismos –treinta minutos por seis horas y cuarenta y cinco por nueve horas– no tendrán una duración inferior a quince minutos, salvo en las rutas de transporte de viajeros cuyo recorrido no exceda de los cincuenta kilómetros; ciertamente, la misma norma podría servir de argumentación en sentido contrario, teniendo en cuenta, por un lado, su naturaleza especial y, por otro, el hecho de que la misma admite excepcionalmente la fragmentación en unidades de tiempo inferiores.

<sup>443</sup> En efecto, las previsiones detectadas en este sentido vienen referidas a convenios en los que la pausa se devenga por cuatro horas y media de trabajo y tiene una duración de cuarenta y cinco minutos (<155<, art. 7.2.2, y <173<, art. 37).

<sup>444</sup> Así, por ejemplo, <86<, art. 12.

<sup>445</sup> RODRÍGUEZ PASTOR, G. (1999), *op. cit.*, p. 217.

<sup>446</sup> <130<, art. 28; <131<, art. 15; <209<, art. 28; <351<, art. 12; en ningún caso, esa duración ampliada aparece como tiempo de trabajo efectivo.

<sup>447</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. (1991), *op. cit.*, p. 278, si bien admite excepciones.

<sup>448</sup> FITA ORTEGA, F. (1999), *op. cit.*, p. 73; RODRÍGUEZ PASTOR, G. (1999), *op. cit.*, p. 216; LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-b), *op. cit.*, p. 718.



<sup>449</sup> Así sucede en algún caso aislado (<127<, art. 24, que, por cierto, atribuye la determinación a la empresa).

<sup>450</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. (1991), *op. cit.*, pp. 274-275; GARCÍA NINET, J. I. (1994), *op. cit.*, p. 41; FITA ORTEGA, F. (1999), *op. cit.*, pp. 73-74; RODRÍGUEZ PASTOR, G. (1999), *op. cit.*, p. 216; LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-b), *op. cit.*, p. 713. Asimismo, la STS de 6 de marzo de 2000 –recurso de casación n° 1217/1999–, bien que *obiter dicta*, sostiene algo parecido en el FJ 5°.

<sup>451</sup> En efecto, en algún caso aislado (<381<, art. 6), se prevé que el descanso se disfrute al finalizar una jornada de siete horas y cuarto.

<sup>452</sup> Así, por ejemplo, cuando se indica que *tenga lugar fuera de las horas de mayor actividad* (<239<, art. 36), o que *no interrumpa el ciclo productivo* (<289<, art. 15); o cuando se exige que se procure *armonizarlo con el desarrollo del trabajo* (<293<, art. 19, previsión que resulta admisible en la medida que no implique que el trabajador durante el descanso continúa prestando servicios, pues en dicho caso, lógicamente, no sería aceptable, ya que se vulneraría la finalidad recuperadora del mismo según se ha indicado en líneas anteriores) o que se determine *teniendo en cuenta la afluencia de público y la carga de trabajo* (<324<, art. 20).

<sup>453</sup> ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E. (2006), *op. cit.*, p. 328.

<sup>454</sup> RODRÍGUEZ PASTOR, G. (1999), *op. cit.*, p. 214; MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *op. cit.*, p. 132.

<sup>455</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. (1991), *op. cit.*, p. 275; GARCÍA NINET, J. I. (1994), *op. cit.*, p. 41; FITA ORTEGA, F. (1999), *op. cit.*, p. 74; RODRÍGUEZ PASTOR, G. (1999), *op. cit.*, p. 215; BODAS MARTÍN, R. (2002), *op. cit.*, p. 18; LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-b), *op. cit.*, p. 741 y 745; MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *op. cit.*, p. 132, en nota 120; LÓPEZ GANDÍA, J. (2007), *op. cit.*, p. 169.

<sup>456</sup> Al respecto, *vid.* STS (social) de 3 de junio de 1999 –recurso n° 4319/1998–, en relación con el personal de estación, de conducción de trenes y de intervención. En la misma línea, STS (social) de 30 de abril de 2004 –recurso n° 31/2003–, en relación con trabajadores de mantenimiento de una empresa de ascensores quienes, una semana cada cuatro, veían ampliada su jornada a 8.30 horas de trabajo de lunes a viernes –como consecuencia de la necesidad de atender las averías urgentes, con desplazamientos al lugar donde se encuentran los ascensores– y además se veían privados del descanso de 15 minutos. El carácter no permanente de esta situación –una semana cada cuatro– las características del servicio, el dato de que el trabajo efectivo no es continuo, así como el establecimiento de una indemnización de 130.16 euros semanales, salvaba la legalidad de la cláusula a juicio del tribunal.

<sup>457</sup> Así en el <279<, art. 14, donde además se prevé que la compensación se pactará con la empresa.

<sup>458</sup> En este sentido, <331<, art. 11, donde se señala que *dado que el personal a turno, por naturaleza de su trabajo no puede interrumpir la jornada, percibirá una compensación...*

<sup>459</sup> <358<, art. 22.

<sup>460</sup> ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E. (2006), *op. cit.*, p. 328.

<sup>461</sup> MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (2007), *op. cit.*, p. 560.

<sup>462</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. *et altri* (2006), *op. cit.*, p. 401.

<sup>463</sup> LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-b), *op. cit.*, p. 737.

<sup>464</sup> La consideración sobre el menor valor que en esta interrupción presentan los aspectos vinculados al descanso en LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-b), *op. cit.*, p. 731.

<sup>465</sup> Así, por ejemplo, hay algún ejemplo de interrupción de treinta minutos (<381<, art. 6) y algún otro de interrupción que oscila entre cuarenta y cinco minutos y dos horas (<335<, art. 14).

<sup>466</sup> Así, por ejemplo, aparecen recogidas interrupciones de una hora (<13<, art. 13; <93<, art. 25); de hora y media (<130<, art. 28); de dos horas (<37<, art. 20); o de dos horas y media (<108<, art. 34).

<sup>467</sup> En este sentido, se encuentran previsiones que establecen un mínimo de una hora (<73<, art. 9; <105<, art. 34; <241<, art. 3); un mínimo de hora y media (<209<, art. 28); o un mínimo de dos horas (<100<, art. 17; <123<, art. 23; <223<, art. 10; <326<, art. 24; <330<, art. 28).

<sup>468</sup> Así, por ejemplo, cuando se prevé que no excederá de dos horas (<94<, art. 38) o de cuatro (<157<, art. 12).

<sup>469</sup> Los márgenes detectados son variados: entre una y dos horas (<109<, art. 45; <172<, art. 8; <342<, art. 12; <379<, art. 27); entre una y tres horas (<171<, art. 11); entre una y cuatro (<173<, art. 37); entre una hora y cinco (<176<, art. 26); entre dos y cuatro horas (<72<, art. 32; <169<, art. 13).

<sup>470</sup> Así, el convenio <93<, art. 25, señala que se disfrutará una hora entre las 13:00 y las 16:00; en el convenio <379<, art. 27, se disfrutaban entre una y dos horas en el espacio que media entre las 13:00 y las 16:30.

<sup>471</sup> <169<, art. 13; <171<, art. 11; <172<, art. 8; <173<, art. 37; <178<, art. 6.

<sup>472</sup> <176<, art. 26.

<sup>473</sup> Así, por ejemplo, el convenio <10<, art. 34, donde se impone un descanso de doce minutos por cada hora de trabajo para ciertas actividades especialmente penosas que el propio convenio colectivo identifica –limpieza de secadores mecánicos, silos de arroz de cáscara, fosos de elevadores y payuseras–; el convenio <187<, art. 32, prevé para el trabajo en invernaderos cubiertos, cuando la temperatura excede de treinta y siete grados, un descanso de diez minutos cada hora y media de trabajo.

<sup>474</sup> <69<, art. 24; <86<, art. 15.

<sup>475</sup> Así, en el convenio <39<, art. 29, pues para el trabajo en cámaras con temperatura inferior a los dieciocho grados bajo cero prevé un descanso de veinte minutos cada hora; es cierto que la cláusula es respetuosa con la proporción que fija el RD 1561/1995 –quince minutos de descanso por cuarenta y cinco de trabajo–; ahora bien, entiendo que los cuarenta y cinco minutos de exposición constituyen un límite no superable por la negociación, pues están en juego razones de seguridad y salud.

<sup>476</sup> GARCÍA NINET, J. I. (1994), *op. cit.*, p. 26; RODRÍGUEZ PASTOR, G. (1999), *op. cit.*, p. 81; LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-a), *op. cit.*, p. 35.

<sup>477</sup> Aunque el art. 34.3.IET no lo establece de modo expreso, la doctrina científica ha derivado esta nota del art. 34.2 ET –donde se menciona de manera expresa el carácter diario–, así como de la Directiva 2003/88: GARCÍA NINET, J. I. (1994), *op. cit.*, p. 28; FITA ORTEGA, F. (1999), *op. cit.*, p. 52; RODRÍGUEZ PASTOR, G. (1999), *op. cit.*, p. 83; LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-a), *op. cit.*, p. 41.

<sup>478</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. (1991), *op. cit.*, p. 284; GARCÍA NINET, J. I. (1994), *op. cit.*, p. 28; FITA ORTEGA, F. (1999), *op. cit.*, p. 52; RODRÍGUEZ PASTOR, G. (1999), *op. cit.*, p. 83; LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-a), *op. cit.*, pp. 36-37; MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *op. cit.*, p. 136.

<sup>479</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. (1991), *op. cit.*, p. 284; GARCÍA NINET, J. I. (1994), *op. cit.*, p. 29; RODRÍGUEZ PASTOR, G. (1999), *op. cit.*, p. 81; SALA FRANCO, T. *et altri* (2001), *op. cit.*, p. 92; LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-a), *op. cit.*, pp. 32 y ss.; MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *op. cit.*, p. 136.

<sup>480</sup> Así sucede con los empleados de fincas urbanas –art. 3 RD 1561/1995–; los guardias y vigilantes no ferroviarios –art. 4 RD 1561/1995–; las labores agrícolas, forestales y pecuarias –art. 5 RD 1561/1995–; las actividades de temporada en hostelería –art. 7 RD 1561/1995–; las actividades de transporte y trabajo en el mar –art. 9 RD 1561/1995–, bien que con alguna excepción en que se permite una duración inferior –cfr. arts. 13.4 y 17 RD 1561/1995–; o los trabajos realizados en condiciones especiales de aislamiento o lejanía –art. 21 RD 1561/1995–.

<sup>481</sup> Esta reducción se permite en los casos de trabajos en actividades con jornadas fraccionadas, siempre que el trabajador pueda disfrutar durante la jornada de un descanso mínimo ininterrumpido de cinco horas –art. 22 RD 1561/1995–.

<sup>482</sup> Así sucede, en el ámbito del transporte ferroviario, con el descanso entre jornadas fuera de la residencia de los conductores –art. 13.4 RD 1561/1995–; o en la marina mercante, salvo que el buque se halle en puerto, en cuyo caso serían doce –art. 17.2 RD 1561/1995–.

<sup>483</sup> Esta duración aparece prevista para el trabajo a turnos cuando el cambio de turno no permita el disfrute de doce horas –art. 19.2 RD 1561/1995–.

<sup>484</sup> Así sucede, en el ámbito del transporte ferroviario, con el descanso fuera de la residencia de las personas que presten servicio a bordo de los trenes durante el trayecto sin ser los conductores –art. 13.4 RD 1561/1995–; o en relación con el trabajo en el mar desarrollado en embarcaciones de pesca –art. 17.3 RD 1561/1995–.

<sup>485</sup> En efecto, en el caso de las actividades de temporada en la hostelería, se exige que la reducción se prevea en tales instrumentos colectivos –art. 7.3 RD 1561/1995–. Asimismo, la fijación de una duración reducida del descanso también se encomienda al convenio colectivo, o en su defecto al acuerdo de empresa, en el caso de los trabajos realizados en condiciones especiales de alejamiento o lejanía –art. 21 RD 1561/1995– y en el ámbito de los trabajos en actividades con jornada fraccionada –art. 22 RD 1561/1995–.

<sup>486</sup> Así sucede en el caso de empleados de fincas urbanas –art. 3 RD 1561/1995–; guardias y vigilantes no ferroviarios –art. 4 RD 1561/1995–; labores agrícolas, forestales y pecuarias –art. 5 RD 1561/1995–; transporte y trabajo en el mar –art. 9, aunque con excepciones–.

<sup>487</sup> En efecto, en el caso de los trabajos realizados en condiciones especiales de lejanía o aislamiento, la compensación debe producirse en un período que no exceda de ocho semanas –art. 21 RD 1561/1995; por otra parte, en el caso del trabajo a turnos, cuando el cambio de turno impide el disfrute de las doce horas, la compensación tendrá lugar *en los días inmediatamente siguientes* –art. 19.2 RD 1561/1995–; finalmente, en el caso de las jornadas fraccionadas, parece que se compensa en el mismo día, pues la reducción sólo se permite si durante la jornada existe un descanso ininterrumpido de cinco horas –art. 22 RD 1561/1995–.

<sup>488</sup> Así sucede en el caso del trabajo en el mar de la marina mercante y en las embarcaciones de pesca, donde el período general de referencia de «hasta cuatro semanas» puede aumentarse hasta ciento ochenta días mediante convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa –art. 17.4 RD 1561/1995–.

<sup>489</sup> En este sentido, los arts. 17.2 y 17.3 RD 1561/1995 permiten, para el trabajo en el mar de la marina mercante y el realizado en embarcaciones de pesca respectivamente, la posibilidad de que el convenio distribuya el descanso en un máximo de dos períodos, uno de los cuales como mínimo será de seis horas, respetando además un límite máximo de separación entre las fracciones de catorce horas.

<sup>490</sup> LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-b), *op. cit.*, pp. 37 y ss.

<sup>491</sup> <1<, art. 16; <2<, art. 39, con alguna excepción; <3<, art. 15; <5<, art. 14; <7<, art. 10; <8<, art. 21; <9<, art. 54; <12<, art. 16; <15<, art. 21; <24<, art. 23; <26<, art. 41; <28<, art. 11; <39<, art. 37; <47<, art. 25; <49<, art. 21; <53<, art. 31, para el personal no docente; <54<, art. 29, para el personal no docente; <60<, art. 52; <62<, art. 23; <65<, art. 15; <67<, art. 24; <80<, art. 16; <87<, art. 33; <92<, art. 92; <93<, art. 25; <98<, art. 28.

<sup>492</sup> <119<, art. 20; <129<, art. 15; <132<, art. 14; <135<, art. 20; <136<, art. 53; <157<, art. 12; <162<, art. 6; <165<, art. 13; <171<, art. 12; <172<, art. 8; <174<, art. 6; <189<, art. 12; <261<, art. 26; <270<, art. 21; <271<, art. 24; <272<, art. 34; <275<, art. 12; <276<, art. 23; <293<, art. 12.

<sup>493</sup> <302<, art. 36; <307<, art. 11; <325<, art. 23; <331<, art. 11; <337<, art. 36; <354<, art. 18; <377<, art. 36; <379<, art. 25; <382<, art. 19; <386<, art. 22; <393<, art. 15, en general; <396<, art. 16.

<sup>494</sup> En esta línea, algunos convenios fijan la duración mínima del descanso en diez (<2<, art. 39, para el personal de mantenimiento y vuelo; <123<, art. 23; <131<, art. 15; <155<, art. 7.2.3; <169<, art. 13; <175<, art. 16; <176<, art. 26. Empresa: <391<, art. 25; <393<, art. 15, pero solo en tres ocasiones al mes; <399<, art. 25), nueve (<116<, art. 27), <161<, art. 27) u ocho horas (378<, art. 147).

<sup>495</sup> En efecto, nótese que los ejemplos mencionados, en general, pertenecen a convenios relacionados con el transporte y la hostelería; por otra parte, en algún caso la cláusula se limita a las actividades realizadas en jornada fraccionada (<116<, art. 27; <161<, art. 27).

<sup>496</sup> <303<, art. 28; <378<, art. 25.

<sup>497</sup> GARCÍA NINET, J. I. (1994), *op. cit.*, pp. 27 y 31, apuntando que la reducción excepcional del descanso y su compensación económica sería posible si se estableciera en vía reglamentaria por la vía del 34.7 ET; FITA ORTEGA, F. (1999), *op. cit.*, pp. 53-54. Asimismo, MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *op. cit.*, p. 136, quien sostiene la necesidad de compensación *in natura*, pero admite que se efectúe en momento posterior

<sup>498</sup> Así, en algún caso (<108<, art. 41), se eleva la duración a trece horas.

<sup>499</sup> En este sentido, algún convenio (<393<, art. 15) permite que el descanso tenga una duración reducida de diez horas, pero sólo en tres ocasiones al mes.

<sup>500</sup> En este sentido, algún convenio establece que el descanso compensatorio se producirá en un período de dos semanas, reduciendo en consecuencia el período máximo de cuatro semanas establecido con carácter general en el texto reglamentario (<121<, art. 15; <123<, art. 23).

<sup>501</sup> LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-a), *op. cit.*, pp. 35-36; en la misma línea, sin acudir a dicho fundamento, GARCÍA ORTEGA, J.; MORENO CÁLIZ, S. (2005), Descanso semanal, fiestas y permisos (art. 37 ET), EN: GARCÍA NINET, J. I. (Dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2005). Homenaje al Profesor Doctor Luis Enrique de la Villa Gil*, Madrid (CEF), p. 441.

<sup>502</sup> SsAN de 8 de mayo de 2007, procedimiento nº 32/2007, y de 24 de octubre de 2006, procedimiento nº 127/2006.

<sup>503</sup> STS de 10 de octubre de 2005, recurso de casación nº 155/2004.

<sup>504</sup> Este dato de que el descanso semanal se fija por el texto estatutario en día y medio, no en treinta y seis horas, también ha sido destacado por un sector de la doctrina: ALARCÓN CARACUEL, M. R. (1998), Art. 37. Descanso semanal, fiestas y permisos, EN: MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada (Comares), pp. 468-469; GARCÍA ORTEGA, J.; MORENO CÁLIZ, S. (2005), *op. cit.*, p. 441.

<sup>505</sup> Así, el <178, art. 8, expresamente señala que el descanso semanal se disfruta a continuación del descanso diario; de manera menos evidente, el <167<, art. 17 establece que *se distinguirá* entre ambos descansos.

<sup>506</sup> Así, el <175<, art. 16, dispone que en el medio día de trabajo que completa la jornada y media de descanso no se pueden trabajar más de cuatro horas y media, o en caso de mediar acumulación de medias jornadas cada quince días, nueve horas.



## Capítulo III

### EL DESCANSO SEMANAL

*Luis Enrique Nores Torres*

Los descansos analizados en el capítulo anterior básicamente permiten al trabajador reponerse del desgaste físico y psíquico experimentado durante la jornada; pero el trabajador no sólo necesita de un tiempo de descanso por razones fisiológicas, sino también por razones sociales y culturales. Pues bien, a esta doble finalidad responde la figura del descanso semanal regulado en el art. 37 ET, que se configura como un período de tiempo durante el cual el trabajador puede recuperar las energías consumidas y, además, desarrollar libremente una pluralidad de actividades propias de la condición humana y de la inserción del individuo en sociedad<sup>507</sup>; de ahí que un sector de la doctrina científica<sup>508</sup> haya entroncado esta figura con los deberes que los artículos 40.2 y 43.3 CE imponen sobre los poderes públicos de garantizar el descanso necesario y facilitar la adecuada utilización del ocio, respectivamente.

#### 1. LA DURACIÓN DEL DESCANSO SEMANAL

El descanso semanal presenta, con carácter general, una duración mínima de un día y medio ininterrumpido. Así se recoge en el artículo 37.1 ET, lo que constituye una mejora de las previsiones internacionales y comunitarias al respecto que lo fijan en veinticuatro horas<sup>509</sup>. El precepto puede calificarse como un mínimo de derecho necesario, tanto desde la perspectiva cuantitativa –descanso de un día y medio– como desde la cualitativa –descanso de carácter ininterrumpido-<sup>510</sup>.

##### 1.1. Los mínimos «cuantitativos»

En efecto, de entrada, el art. 37.1 ET establece un mínimo de carácter cuantitativo: la duración del descanso semanal no podrá ser inferior a un día

y medio, elevándose a dos días en el caso de los menores de dieciocho años –art. 37.1.I *in fine*– y en el de los trabajos en el interior de las minas –art. 27 RD 1561/1995–. Así pues, teniendo en cuenta la naturaleza indicada, la autonomía colectiva –y también la individual– podrían mejorar estas previsiones, pero nunca empeorarlas.

La señalada posibilidad, en todo caso, no se aprovecha muy a menudo por la negociación colectiva. En este sentido, el análisis de los convenios seleccionados evidencia que, normalmente, los sujetos legitimados en los diferentes ámbitos de negociación no suelen mejorar las previsiones normativas indicadas y se limitan a efectuar una remisión a las mismas o a reproducirlas, bien en idénticos términos a los recogidos en el texto estatutario<sup>511</sup>, bien en términos similares, expresando la duración en horas<sup>512</sup>.

Con todo, no faltan ejemplos de convenios que introducen mejoras sobre el régimen de referencia y elevan la duración del descanso semanal, utilizando para ello fórmulas diversas:

— De entrada, la fórmula más reiterada consiste en fijar el descanso semanal en dos días –o en cuarenta y ocho horas–, normalmente, con carácter general<sup>513</sup>, aunque en ocasiones la mejora presenta un alcance limitado, pues se restringe en atención a diferentes criterios –dimensión de la empresa, categoría del trabajador, época del año, tipo de jornada, etc.–, que pueden actuar de manera aislada o combinada<sup>514</sup>.

— Por otra parte, en algunos casos la mejora es cuantitativamente inferior<sup>515</sup> o superior<sup>516</sup> a la indicada.

— En fin, también hay supuestos en los que el descanso semanal aparece «anualizado», pero en todo caso mejorando los mínimos legales<sup>517</sup>.

La mejora de los mínimos legales no resulta siempre evidente. En este sentido, por un lado, algunos convenios no la establecen de manera expresa, aunque podría deducirse del modo en que se distribuye semanalmente la jornada, ya que se indica que la misma se desarrolla de lunes a viernes<sup>518</sup>; por otro lado, en ocasiones, los términos empleados por los sujetos firmantes no son absolutamente claros, pues plantean la duda sobre si se está ante una verdadera mejora del régimen estatutario o, diversamente, si la duración incrementada que se recoge en el convenio es tan sólo una consecuencia del mecanismo de «acumulación» al que luego se hará referencia<sup>519</sup>.

## 1.2. Los mínimos cualitativos

El art. 37.1 ET, por otra parte, al regular la duración del descanso semanal, también introduce un mínimo de carácter cualitativo: el descanso semanal ha de tener un carácter ininterrumpido, es decir, no se admite la fragmentación del mismo<sup>520</sup>.

Con todo, se trata de una regla general que conoce de excepciones. En este sentido, en primer lugar, la doctrina científica ha matizado que en los casos en que la duración del descanso semanal se haya incrementado vía autonomía individual o colectiva, la duración «incrementada» no goza del carácter ininterrumpido necesariamente<sup>521</sup>, esto es, salvo que el pacto de mejo-

ra se lo hubiera atribuido. En segundo lugar, en aplicación de lo establecido en el art. 34.7 ET, el RD 1561/1995 sobre jornadas especiales permite en algunos casos romper el carácter ininterrumpido del descanso, de manera que se disfrute por un lado el medio día y, por otro, el día entero<sup>522</sup>; esta ruptura, en alguno de tales supuestos, sólo está permitida en la medida en que venga impuesta por convenio colectivo<sup>523</sup>. Finalmente, en el ámbito de las relaciones laborales especiales, las normas reglamentarias encargadas de su regulación también admiten en algún caso la ruptura del carácter ininterrumpido del descanso<sup>524</sup>.

Pues bien, el análisis de los convenios seleccionados permite afirmar que, con carácter general, la negociación colectiva respeta estos límites: en este sentido, por un lado, un amplio número de convenios recogen de manera expresa el carácter ininterrumpido del descanso<sup>525</sup>; por otro, en aquellos casos en que no es así, la «ruptura» de dicho carácter encuentra normalmente su apoyo bien en las previsiones del RD 1561/1995<sup>526</sup>, bien en las normas reguladoras de las relaciones laborales especiales<sup>527</sup>.

No obstante, algunos convenios colectivos –ciertamente pocos– rompen con el carácter ininterrumpido del descanso sin que se acabe de encontrar un fundamento para ello, pues se trata de convenios que regulan sectores que no se corresponden con las actividades para las que el RD 1561/1995 admite la quiebra del descanso, ni tampoco se pueden amparar en la normativa específica de las relaciones laborales especiales<sup>528</sup>.

## 2. LA CONCRECIÓN DEL MOMENTO DE DISFRUTE

El texto estatutario, en el momento de concretar el momento de disfrute del descanso semanal, se limita a señalar que *como regla general comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo*. Los términos empleados por el art. 37.1 ET han llevado a que los tribunales afirmen que el descanso analizado *puede disfrutarse en cualesquiera días de la semana*<sup>529</sup>, ya que, en definitiva, el precepto, en este punto, simplemente establece una *pauta indicativa*<sup>530</sup> o, en otros términos, presenta un evidente carácter dispositivo<sup>531</sup>. Así pues, la negociación colectiva podría fijar con total libertad el momento exacto de la semana en que se disfrutará del descanso.

El análisis de los convenios colectivos seleccionados pone de manifiesto que tales instrumentos, en su mayoría, guardan silencio sobre la cuestión o se limitan bien a reiterar las previsiones estatutarias<sup>532</sup> –en ocasiones, adaptadas a la duración superior del descanso que establecen<sup>533</sup>–, bien a recoger su espíritu, señalando, por ejemplo, que el descanso *podrá tener lugar en cualquier momento de la semana*<sup>534</sup> o *en momento distinto al sábado y domingo*<sup>535</sup>.

No obstante, ello no significa que no se hayan detectado cláusulas de interés, las cuales son susceptibles de ser agrupadas del siguiente modo: por un lado, aquéllas que especifican claramente el momento en que tendrá lugar el descanso semanal; por otro, aquellas otras que sin concretarlo de ma-



nera precisa, al menos restringen la eventual discrecionalidad en la materia y fijan diferentes tipos de límites; finalmente, las que establecen compensaciones por el desarrollo de actividad en los días que tradicionalmente se consideran preferidos para el descanso –los del fin de semana–.

### **2.1. Las cláusulas que concretan el momento de disfrute**

El primer tipo de cláusulas no es muy frecuente. En efecto, pocos convenios especifican el momento exacto de disfrute, si bien cabe encontrar algún ejemplo en este sentido. Así, algún convenio colectivo establece claramente que se descansa la tarde del sábado y el domingo<sup>536</sup>, o el sábado a partir de una hora determinada<sup>537</sup>, o el sábado y el domingo<sup>538</sup>; tales previsiones, en ocasiones, sólo se aplican durante ciertas épocas del año<sup>539</sup>. Asimismo, en otros convenios, sólo está predeterminada una parte del descanso<sup>540</sup>. Por último, en algún caso, aunque el convenio no señala de manera expresa cuándo tendrá lugar el descanso semanal, se deduce implícitamente de la distribución de la jornada<sup>541</sup> o de la regulación de las vacaciones<sup>542</sup>.

### **2.2. Las cláusulas que limitan la discrecionalidad en la concreción**

Una mayor extensión presentan las cláusulas que, sin concretar de manera absoluta el momento en que se disfrutará el descanso semanal, al menos introducen límites a su fijación, especialmente, con el objetivo de garantizar que el mismo coincida, total o parcialmente, con el fin de semana, lo que se puede conseguir a través de diversas fórmulas: garantizando un mínimo de sábados y/o domingos de descanso<sup>543</sup>; estableciendo un máximo de sábados y/o domingos de trabajo<sup>544</sup>; imponiendo la voluntariedad del trabajo en tales momentos<sup>545</sup>; fijando turnos rotatorios en el disfrute de los descansos durante el fin de semana<sup>546</sup>.

Este tipo de previsiones, como se puede observar en los ejemplos, son especialmente frecuentes en los sectores de actividad en los que se prestan servicios todos los días de la semana, siempre o en determinadas épocas; en tales ámbitos, también existen ejemplos de convenios en los que, partiendo de la imposibilidad de que todos los trabajadores descansen durante el fin de semana, arbitran un sistema de preferencias<sup>547</sup>. Al margen de lo anterior, otra vía para limitar la discrecionalidad en este terreno, consiste en remitir la fijación del descanso al pacto colectivo<sup>548</sup>.

### **2.3. Las cláusulas que compensan el trabajo en sábado, domingo y/o festivo**

El tercer tipo de cláusulas, esto es, las que compensan el hecho de disfrutar el descanso fuera de los «momentos habitualmente preferidos» son todavía más numerosas; en general, fijan una retribución superior y/o un des-

canso incrementado para las jornadas desarrolladas durante el domingo<sup>549</sup>, algo que ocasionalmente se prevé también para los sábados<sup>550</sup>; asimismo, este tipo de previsiones afectan en un número elevado a los festivos, conjunta o separadamente<sup>551</sup>.

Las cláusulas indicadas resultan perfectamente admisibles y no plantean mayores problemas en la medida en que el descanso semanal queda en todo caso garantizado, aunque sea en otro momento de la semana<sup>552</sup>.

Ahora bien, cuando la compensación económica se anuda no al mero hecho de trabajar en sábado y/o domingo, sino al de no disfrutar del descanso semanal, como parece que sucede en ciertos convenios colectivos<sup>553</sup>, la conclusión es diferente: el descanso semanal resulta obligatorio y no admite su sustitución por una compensación económica<sup>554</sup>. Ello constituye una diferencia importante respecto los festivos, los cuales sí admiten una compensación económica cuando no se disfrutaron, como de hecho recogen múltiples convenios<sup>555</sup>.

Esta diferencia de régimen entre descanso semanal y festivos en orden a su efectivo disfrute deriva de la propia normativa vigente. En este sentido, el art. 47 RD 2001/1983 establecía que cuando excepcionalmente y por razones técnicas u organizativas no se pudiera disfrutar el día de fiesta correspondiente o, en su caso, de descanso semanal, la empresa compensaría el trabajo durante dichos períodos con un recargo del 75%, salvo descanso compensatorio; pues bien, el RD 2001/1983 fue derogado por el RD 1561/1995, aunque ciertos preceptos, entre ellos el comentado, mantuvieron su vigencia si bien sólo en materia de fiestas laborales. Así pues, la previsión ya no resulta aplicable al descanso semanal y, por tanto, dicho descanso no es susceptible de sustitución económica, salvo las excepciones recogidas en el art. 2.2 RD 1561/1995—esto es, finalización de la relación laboral o el previsto en el art. 18.c) RD 1561/1995, en relación con el trabajo en el mar—. La solución se ha pretendido justificar en los diferentes intereses protegidos en uno y otro caso: en el descanso semanal primaría la protección de la salud y la convivencia social del trabajador, lo que determinaría su garantía máxima a través de la imposibilidad de sustitución económica, mientras que la finalidad esencial de los festivos sería la de permitir la conmemoración de determinados eventos, algo que no se reputaría tan fundamental y que por ello quedaría abierto a su sustitución por dinero<sup>556</sup>.

### 3. LA POSIBLE ACUMULACIÓN DEL DESCANSO

El descanso semanal de día y medio es susceptible de ser acumulado por períodos de hasta catorce días, según establece el art. 37.1 ET. La previsión normativa, por un lado, presenta un carácter dispositivo en cuanto al carácter «acumulable» del descanso—salvo en el caso de los menores de edad, pues, según la doctrina mayoritaria<sup>557</sup>, su descanso no es susceptible de acumulación—; por otro, en lo relativo al período de acumulación, estaríamos ante una norma de derecho necesario relativo.

### **3.1. Las vías para imponer la acumulación**

Así, en primer lugar, la negociación colectiva podría determinar libremente si el descanso semanal será objeto de disfrute acumulado o no, algo que se recoge en diferentes convenios estatales<sup>558</sup>, provinciales<sup>559</sup> y de empresa<sup>560</sup>, y que, por lo demás, también podría hacerse a través de la autonomía individual.

Al hilo de lo anterior, un importante sector doctrinal ha señalado que la acumulación puede ser incluso el resultado de una decisión adoptada unilateralmente por la empresa<sup>561</sup>, probablemente como consecuencia de la parquedad del precepto en este punto que tan sólo establece el carácter acumulable del descanso sin predeterminar nada más al respecto.

Esta posibilidad ha sido negada por otros autores que defienden la necesidad de un acuerdo colectivo para que resulte procedente la acumulación, sobre la base de que la misma puede derivar de una distribución irregular de la jornada y para el establecimiento de ésta se exige dicho instrumento colectivo<sup>562</sup>.

A mi juicio, a pesar de la coherencia que presenta esta última postura con lo establecido en el art. 34 ET, no resulta del todo compartible, pues existe algún dato normativo que permitiría defender algo distinto. En este sentido, como se comprobará más adelante, en el sistema de jornadas especiales regulado en el RD 1561/1995, la admisibilidad de la acumulación del descanso se vincula en algún caso aislado a que aparezca previsto en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo de empresa, lo que admitiría una lectura en clave de «excepción» a una regla general «tácita» de conformidad con la cual la previsión colectiva no tendría un carácter imprescindible. En definitiva, la acumulación del descanso semanal podría establecerse tanto por la autonomía colectiva como por la individual; a partir de ahí, una vez fijado el sistema de descanso –acumulado o no–, las posibilidades de alteración unilateral por parte de la empresa se sujetan al mismo régimen que se aplica a las restantes condiciones de trabajo: en función de la «sustancialidad» del cambio, se someterán o no al procedimiento regulado en el art. 41 ET.

### **3.2. Los límites a la articulación del descanso acumulado**

En segundo lugar, la autonomía colectiva –y también la autonomía individual– puede asumir la función de concretar el modo en que se va a articular la acumulación, eso sí, respetando el mandato estatutario relativo a que se efectúe dentro de un período de referencia de «hasta catorce días», el cual puede ser objeto de reducción pero no de ampliación por los instrumentos mencionados<sup>563</sup>.

En general, las posibilidades de actuación abiertas a la negociación colectiva en este punto resultan un tanto limitadas. Y es que, básicamente, o se descansan tres días una semana y ninguno la siguiente o se distribuye alternando semanalmente el descanso de un día con el de dos<sup>564</sup>; en todo caso,

pocos convenios de los analizados concretan cómo se articula la acumulación del descanso semanal en períodos de catorce días. En efecto, las cláusulas detectadas se ciñen mayoritariamente a reconocer la procedencia de la acumulación en el indicado período de referencia<sup>565</sup> o en uno similar<sup>566</sup>; no obstante, excepcionalmente, descienden a detallar el modo de ponerla en práctica, recogiendo alguno de los sistemas apenas reseñados, de manera expresa<sup>567</sup> o implícita<sup>568</sup>, o introduciendo algún otro un poco más elaborado<sup>569</sup>, aunque el resultado final pueda acabar siendo el mismo que el descrito como habitual<sup>570</sup>.

El margen de actuación de la negociación colectiva presenta unos perfiles más amplios en determinados sectores de actividad para los que el RD 1561/1995, sobre jornadas especiales, establece un régimen particular.

— Y es que, de entrada, el mencionado reglamento permite en ciertos supuestos la acumulación de la totalidad o de parte del descanso en períodos superiores a los catorce días que recoge el ET: así, en algunos casos, la totalidad del descanso puede acumularse en períodos de hasta ocho<sup>571</sup> o cuatro semanas<sup>572</sup>; en otros casos, se permite acumular el medio día en períodos de hasta cuatro semanas<sup>573</sup> o incluso superiores, eso sí, sin exceder de cuatro meses<sup>574</sup>. Ello salva la legalidad de ciertas cláusulas convencionales en las que el sistema de acumulación previsto va más allá de los términos recogidos en el art. 37.1 ET<sup>575</sup>; por el contrario, otras cláusulas convencionales detectadas contienen sistemas de acumulación que no encuentran amparo en las previsiones del RD 1561/1995, bien porque se corresponden con actividades a las que el mismo no resulta aplicable<sup>576</sup>, bien porque se extralimitan en el uso de las posibilidades que dicho reglamento abre<sup>577</sup>.

— Por otra parte, aunque el artículo 2.1 RD 1561/1995 establece con carácter general que el disfrute del descanso compensatorio se efectuará en la forma que se determine mediante acuerdo o pacto —lo que incluye tanto el colectivo como el individual—, la acumulación del descanso semanal, en algún caso, sólo se admite si aparece fijada en convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa<sup>578</sup>. Así, en estos supuestos, el papel del convenio resulta todavía más importante, pues sólo a través del mismo se podrá introducir la acumulación; probablemente eso explique que este tipo de cláusulas sean algo más frecuentes en sectores como el comercio y la hostelería.

— Por último, el art. 2.1.II RD 1561/1995, admite que los convenios colectivos autoricen, previo acuerdo entre la empresa y el trabajador afectado, la acumulación de la compensación del medio día de descanso semanal a las vacaciones; obviamente, el precepto se refiere a las actividades reguladas en el propio reglamento, por lo que no resulta aplicable a otros sectores<sup>579</sup>.

## Notas

<sup>507</sup> Entre otros, GIL GIL, J. L. (1991), El descanso semanal, EN: DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid (ACARL), p. 607; FITA ORTEGA, F. (1999), *Límites legales a la jornada de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), p. 54; BODAS MARTÍN, R. (2002), *La jornada laboral*, Madrid (Dykinson), p. 26; GARCÍA ORTEGA, J.; MORENO CÁ-

LIZ, S. (2005), Descanso semanal, fiestas y permisos (art. 37 ET), EN: GARCÍA NINET, J. I. (Dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2005). Homenaje al Profesor Doctor Luis Enrique de la Villa Gil*, Madrid (CEF), p. 440.

<sup>508</sup> GARCÍA ORTEGA, J.; MORENO CÁLIZ, S. (2005), *op. cit.*, p. 440.

<sup>509</sup> Entre otros, FITA ORTEGA, F. (1999), *op. cit.*, p. 56.

<sup>510</sup> Al respecto, *vid.*, entre otros, RODRÍGUEZ PASTOR, G. (1999), *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), p. 84; SALA FRANCO T. *et altri* (2001), *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva*, Madrid (MTAS), p. 110; BODAS MARTÍN, R. (2002), *op. cit.*, p. 26; LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-a), *Descansos laborales y tiempo de trabajo. Régimen jurídico de los descansos diario y semanal y de los días festivos*, Madrid (CES), pp. 107 y 112; GARCÍA ORTEGA, J.; MORENO CÁLIZ, S. (2005), *op. cit.*, p. 440; MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, Madrid (CES), p. 139.

<sup>511</sup> La mera reproducción de las previsiones estatutarias está presente en diferentes convenios de ámbito estatal –así, por ejemplo, <2<, art. 39; <3<, art. 15; <5<, art. 14; <15<, art. 21; <21<, art. 11; <22<, art. 36; <28<, art. 11; <34<, art. 31, con el compromiso de estudiar el reparto de la jornada de lunes a viernes; <39<, art. 32; <40<, art. 31; <47<, art. 26; <53<, art. 31, al menos en el caso del personal no docente; <54<, art. 39, para el personal no docente; <58<, art. 37, para el personal no docente; <60<, art. 52; <70<, art. 9; <72<, art. 32; <75<, art. 30; <92<, art. 92; <93<, art. 25, como regla general; <105<, art. 35; <117<, art. 17–, provincial –es el caso de <119<, art. 20; <122<, art. 11; <127<, art. 24, si el centro de trabajo tiene hasta veinticinco trabajadores fijos; <136<, art. 71, para la provincia de Lérida; <143<, art. 11; <148<, art. 17; <164<, art. 10; <165<, art. 14; <175<, art. 16, con algunos matices en el anexo III; <178<, art. 8; <191<, art. 10; <209<, art. 29; <214<, art. 14; <219<, art. 10; <226<, art. 16; <227<, art. 10; <229<, art. 13; <231<, art. 11; <238<, art. 11; <257<, art. 41; <267<, art. 5; <271<, art. 25; <275<, art. 12, para quienes presten servicios en régimen de jornada continuada; <276<, art. 23; <278<, art. 23; <281<, art. 19; <286<, art. 10; <287<, art. 22 y 25, implícitamente; <289<, art. 15– o empresarial –por ejemplo, el <363<, art. 28–.

<sup>512</sup> En este sentido, algunos convenios de ámbito estatal fijan la duración del descanso en treinta y seis horas –así, <12<, art. 16, aunque en la medida de lo posible será de 48 horas; <13<, art. 17; <17<, art. 24; <29<, art. 40; <62<, art. 23–; lo mismo sucede en algunos convenios de ámbito provincial –así, <270<, art. 21; <272<, art. 34; <293<, art. 18–.

<sup>513</sup> La indicada actuación aparece, nuevamente, en los diferentes ámbitos de negociación analizados, ya sea en el estatal –convenios <4<, art. 20; <7<, art. 10; <8<, art. 21; <9<, art. 54; <19<, art. 52; <26<, art. 48; <44<, art. 26; <45<, art. 41; <49<, art. 21; <50<, art. 21; <67<, art. 25, salvo pacto en contrario; <76<, art. 14, implícitamente; <86<, art. 12; <97<, art. 25; <98<, art. 28; <99<, art. 29–, en el provincial –convenios <120<, art. 12; <121<, art. 25; <123<, art. 23; <130<, art. 29; <131<, art. 16; <132<, art. 16; <135<, art. 20; <139<, art. 18; <150<, art. 8; <168<, art. 5; <170<, art. 25; <171<, art. 13; <172<, art. 12; <176<, art. 27; <181<, art. 25; <194<, art. 25, en general; <297<, art. 19– o en el empresarial –convenios <302<, art. 38; <305<, art. 9; <307<, art. 12, como regla general; <331<, art. 8; <362<, art. 14; <368<, art. 11; <377<, art. 37; <378<, art. 25; <379<, art. 25; <381<, art. 8; <382<, art. 18; <383<, art. 76; <386<, art. 22; <387<, art. 6.1; <391<, art. 26; <393<, art. 14; <396<, art. 16; <337<, art. 14; <347<, art. 9; <351<, art. 12; <352<, art. 21–.

<sup>514</sup> Así, en el ámbito estatal, pueden mencionarse los siguientes ejemplos: <18<, art. 25, donde la mejora puede afectar a todo el año o sólo a determinados meses –entre abril y septiembre–, según el tipo de horario que se realice; <53<, art. 38, donde el descanso se eleva a cuarenta y ocho horas, pero sólo para el personal administrativo y el de servicios generales, y además exclusivamente durante los meses de julio y agosto; <110<, art. 14, donde, nuevamente, la mejora puede afectar sólo a un determinado período dentro del año en función del tipo de horario que se tenga. El ámbito provincial también brinda ejemplos en este sentido: <127<, art. 24, donde la mejora sólo se aplica si el centro de trabajo cuenta con más de 25 trabajadores fijos; <220<, art. 7, donde la mejora tan sólo resulta operativa entre los meses de junio y septiembre; <275<, art. 12, donde únicamente se aplica a los trabajadores que tienen jornada partida; <285<, arts. 8, 9 y DA 1ª, donde la mejora tiene como destinatarios sólo a los trabajadores pertenecientes a ciertas

categorías, mientras en las restantes el descanso es de un día y medio, pero entonces tienen derecho a una compensación económica; <287>, donde también se aplica sólo a ciertas categorías. Un límite un tanto diferente aparece en algún convenio del sector limpieza de locales, en concreto el <138>, art. 12: la mejora tiene como destinatarios a los trabajadores que presten servicios en los centros de trabajo donde no sea imprescindible el trabajo en sábado y siempre que el cliente dé el visto bueno y no repercuta económicamente en la empresa. En fin, también el ámbito empresarial brinda algún ejemplo de mejora no generalizada: <304>, art. 56.

<sup>515</sup> Así sucede en el convenio <288>, art. 6, pues el descanso de dos días se disfruta en semanas alternas, al margen de que tan sólo resulta aplicable a ciertas categorías; asimismo, en el convenio <174>, art. 6, pues el descanso se fija en 45 horas; en fin, también en el convenio <303>, art. 16, pues se libra todos los sábados del año excepto cinco.

<sup>516</sup> En este sentido, el convenio <375>, art. 7, articula un sistema de descanso semanal en el que, en determinados casos, se alternan semanas en las que se descansan dos días, con semanas en las que se descansa tres. Y es que, el convenio colectivo en cuestión –perteneciente a una empresa de telecomunicaciones– prevé para las áreas de operación y mantenimiento la implantación de turnos de ocho horas de duración. *Esta implantación se realizará como experiencia piloto, con la consiguiente compensación del exceso de jornada a razón de hora y media por hora, con lo que se consigue una reducción efectiva de la jornada laboral, que se concretará en la concesión de un día adicional de descanso cada nueve días efectivamente trabajados, de lunes a viernes, que se articulará con carácter general en semanas alternas de cinco y cuatro días de trabajo, salvo que el empleado y el jefe inmediato acuerden otra fórmula.*

<sup>517</sup> En esta línea, en el ámbito estatal, el convenio <106>, art. 44, prevé noventa y seis días al año, incluyendo los domingos y festivos que correspondiera trabajar por turno y sin contar las vacaciones, pero sólo para el personal adscrito a los servicios y cuya jornada diaria sea igual o superior a ocho horas, pues el resto tiene un día y medio; en el ámbito estatal cabe mencionar como ejemplos el convenio <167>, art. 17 –donde se reconoce que se disfrutarán al menos ochenta y nueve días anuales, con un cómputo mensual de ocho días mensuales de promedio, con un mínimo de un día de descanso en cada semana, incluyendo las fiestas laborales y no recuperables, con excepciones– y el <290>, art. 12 –donde se alude a cuarenta y cinco domingos, diecisiete sábados, trece fiestas oficiales y cuarenta y uno de vacaciones, que integran siete domingos, un festivo oficial y un sábado–; por último, si se desciende al ámbito empresarial, cabe citar como ejemplo el convenio <388>, art. 14, donde se establece que habrá un mínimo de ciento diez días libres al año programados y diez al mes.

<sup>518</sup> Así sucede en los siguientes convenios provinciales: <151>, art. 14, para las de empresas de carga fraccionada y los despachos centrales; <154>, art. 28, con excepciones; <155>, art. 7, para el personal de agencias de transporte de paquetería; <158>, art. 16, con excepciones; <195>, art. 47; <202>, art. 52; <204>, art. 57; <205>, art. 42, con excepciones; <241>, art. 3. Por otra parte, también es posible mencionar algún ejemplo similar en el ámbito empresarial: <332>, art. 40; <335>, art. 14, para el personal que tiene jornada continua y solo durante el verano; <345>, art. 23.

<sup>519</sup> Así sucede, por ejemplo, en el convenio <30>, art. 36, cuando establece que todo el personal tendrá derecho a descansar dos sábados de cada tres; una duda similar plantea el convenio <33>, art. 21, donde se prevé que *el empresario establecerá el oportuno régimen de turnos de manera que el personal pueda disfrutar de cuarenta y ocho horas consecutivas de descanso durante un fin de semana al mes, siempre que la capacidad organizativa del centro y el número de personas asignadas al mismo puesto de trabajo lo permitan; mediante acuerdo entre empresa y trabajadores, y siempre que la capacidad organizativa del centro lo permita, se establecerá otro descanso semanal de cuarenta y ocho horas, en otro fin de semana del mismo mes.*

<sup>520</sup> LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-a), *op. cit.*, p. 112.

<sup>521</sup> GARCÍA ORTEGA, J.; MORENO CÁLIZ, S. (2005), *op. cit.*, p. 445.

<sup>522</sup> Así, sucede en relación con el trabajo en fincas urbanas (art. 3.2 RD 1561/1995), el trabajo de guardas y vigilantes no ferroviarios (art. 4.2 RD 1561/1995), las labores agrícolas, forestales y pecuarias (art. 5.3.II RD 1561/1995), las actividades comerciales y de hostelería (art. 6 RD 1561/1995), el trabajo a turnos (art. 19 RD 1561/1995) y el trabajo en el interior de

las minas (art. 27 RD 1561/1995, donde el descanso es de dos días y, bajo ciertas condiciones, se pueden disfrutar de manera separada).

<sup>523</sup> Así se prevé para el comercio y la hostelería (art. 6 RD 1561/1995), así como para el trabajo en el interior de las minas (art. 27 RD 1561/1995).

<sup>524</sup> Esta posibilidad es muy clara en el caso de los deportistas profesionales –art. 10.1 RD 1006/1985–, el personal al servicio del hogar familiar –art. 7.3 RD 1424/1985– o los artistas en espectáculos públicos –art. 9.1 RD 1435/1985–.

<sup>525</sup> Así, por ejemplo, en el ámbito estatal sucede con los convenios siguientes: <4<, art. 20; <7<, art. 10; <18<, art. 25; <19<, art. 52; <26<, art. 48; <29<, art. 40; <45<, art. 41; <86<, art. 12; <92<, art. 92; <97<, art. 25; <98<, art. 28; <115<, art. 29; <117<, art. 17. Por lo que respecta al ámbito provincial, cabe mencionar los que a continuación se relacionan: <123<, art. 23; <130<, art. 29; <132<, art. 16; <135<, art. 20; <150<, art. 8; <175<, art. 16; <209<, art. 29; <270<, art. 21; <272<, art. 34; <275<, art. 12. Finalmente, también el ámbito empresarial proporciona ejemplos en este sentido: <302<, art. 38; <345<, art. 23; <347<, art. 9; <351<, art. 12; <352<, art. 21; <386<, art. 22; <391<, art. 26; <393<, art. 14; <396<, art. 16.

<sup>526</sup> Así, las excepciones aplicables al sector del comercio sirven de apoyo al régimen previsto en el convenio <99<, art. 29, de conformidad con el cual el descanso será de dos días no continuados, a excepción de dos semanas al mes en que deberán ser necesariamente continuados; las mismas previsiones justifican el carácter no ininterrumpido del descanso en los convenios siguientes: <212<, art. 15; <214<, art. 14; <223<, art. 10; <226<, <231<, art. 11; <323<, art. 23; <324<, art. 20; <325<, art. 24; <326<, art. 24; <327<, art. 22; <328<, art. 29; <330<, art. 30.

Las excepciones aplicables al sector de hostelería justifican que en el convenio <120<, art. 12, permita romper en algún caso el carácter ininterrumpido del descanso –en concreto, en los centros con día fijo de cierre o cuando el trabajador descansa en domingo–. Las mismas previsiones sirven de apoyo al régimen contenido en el convenio <121<, art. 25 –donde se reconoce el carácter ininterrumpido, salvo pacto en contrario con los representantes de los trabajadores o con la mayoría de éstos– y en el convenio <131<, art. 16 –en el que el carácter ininterrumpido del descanso se reconoce sólo en el caso de que el centro tenga más de treinta trabajadores, aunque admite el pacto en contrario si se suscribe con los representantes de los trabajadores o con la mayoría de éstos, siendo nulos los pactos individuales–.

Por último, el convenio <366<, art. 9 permite separar el medio día del entero cuando se trabaje a turnos; la justificación, en este caso, no se encuentra en la pertenencia de la empresa a un determinado sector –en concreto, se trata de una empresa del sector químico para el cual el RD 1561/1995 no establece especialidades–, sino en que la cláusula tiene como destinatarios los trabajadores a turnos a los que se refiere el art. 19 RD 1561/1995.

<sup>527</sup> Así sucede con los convenios <21<, art. 11 y <70<, art. 9, pues en ambos casos se trata de convenios aplicables a deportistas profesionales, para los que su normativa específica permite el disfrute no continuado del día y medio.

<sup>528</sup> Así, el convenio <8<, art. 21, donde se prevé que en una semana se disfrutarán dos días consecutivos y en las dos siguientes dos días alternos o consecutivos, o viceversa; el <67<, art. 25, pues a pesar de prever el carácter ininterrumpido, admite pacto en contrario; el <168<, art. 15, donde partiendo también del carácter ininterrumpido, se admite pacto en contrario por necesidades organizativas empresariales, debidamente acreditadas; finalmente, el <285<, arts. 8 y 9, permite que en las empresas donde se perjudique el normal desarrollo del ciclo productivo, se sume el segundo día a las vacaciones o darlo a otra época del año.

<sup>529</sup> STS (social) de 23 de enero de 1991, recurso de casación en interés de ley nº 818/1990.

<sup>530</sup> LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-a), *op. cit.*, p. 114.

<sup>531</sup> Entre otros, ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, p. 69; RODRÍGUEZ PASTOR, G. (1999), *op. cit.*, p. 86; SALA FRANCO, T. *et alri* (2001), *op. cit.*, p. 110; GARCÍA ORTEGA, J.; MORENO CÁLIZ, S. (2005), *op. cit.*, p. 440; MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *op. cit.*, p. 138.

<sup>532</sup> La reiteración la podemos encontrar en algunos convenios estatales (<3<, art. 15; <12<, art. 16; <39<, art. 32; <40<, art. 31; <92<, art. 92), provinciales (<143<, art. 11; <227<,



art. 10; <257<, art. 41; <267<, art. 5; <289<, art. 15, para algunas categorías) o de empresa (<363<, art. 28).

<sup>533</sup> En efecto, algunos convenios recogen que el descanso, como regla general, coincidirá con el sábado y domingo o con el domingo y el sábado o el lunes –es decir, por entero, no con la tarde o mañana de tales días–. Este tipo de previsiones se ha detectado tanto en convenios de ámbito estatal (<26<, art. 48; <86<, art. 12; <98<, art. 28; <118<, art. 19), como provincial (<135<, art. 20; <138<, art. 12; <288<, art. 5) o empresarial (<377<, art. 37; <378<, art. 25; <379<, art. 25; <382<, art. 18; <386<, art. 22).

<sup>534</sup> Así, el <19<, art. 21, aunque ordena la instauración de turnos rotatorios; en esta línea, algunos convenios provinciales del sector comercio y en alusión al medio día (<210<, art. 42; <212<, art. 15; <214<, art. 14; <231<, art. 11); también algún convenio de empresa (<325<, art. 24; <327<, art. 22). En sentido parecido, el <15<, art. 29: la empresa lo distribuye de lunes a domingo y fija un sistema de turnos.

<sup>535</sup> Así, el <28<, art. 11.

<sup>536</sup> Así, por ejemplo, <287<, art. 25, si bien el art. 28 admite excepciones; <223<, art. 10, salvo pacto; <221<, art. 23, para el personal de reparto; <223<, art. 10, siempre que se alcance un pacto en la empresa en los 45 días siguientes a la publicación del convenio.

<sup>537</sup> En este sentido, el <43<, art. 21, establece que a partir de las 14:00, excepto el personal de seguridad; en esta línea, el <289<, art. 15, prevé que en algunos casos comienza a las 14:00 del sábado y finaliza a las 2 horas del lunes, lo que plantea el problema de la relación descanso diario-descanso semanal al que se ha hecho alusión en otro lugar de este estudio.

<sup>538</sup> Ello sucede en los casos siguientes: <18<, art. 25; <45<, art. 41; <50<, art. 21; <181<, art. 25; <219<, art. 10, aunque admite pacto en contrario; <362<, art. 14, en alguna de sus modalidades; <368<, art. 11, con excepciones; <331<, art. 9, con excepciones; <337<, art. 36.

<sup>539</sup> Así, por ejemplo, <217<, art. 8, garantiza la tarde del sábado entre el 15 de mayo y el 15 de octubre; <220<, art. 9, el sábado y el domingo, pero sólo entre junio y septiembre; <224<, art. 13, los sábados tarde entre junio y septiembre; <230<, art. 7, los sábados tarde entre julio y septiembre.

<sup>540</sup> En este sentido, el <4<, art. 20, <7<, art. 10 y <49<, art. 21, donde el domingo es seguro y además el descanso será ininterrumpido; <214<, art. 14, el domingo seguro y el medio día en cualquier momento de la semana; <231<, art. 11, el domingo es seguro y el medio día en cualquier momento de la semana.; <293<, art. 18, garantiza el dominical

<sup>541</sup> Así, por ejemplo, en el <76<, art. 14, en el <241<, art. 3, y en el <345<, art. 23, pues la jornada se distribuye de lunes a viernes.

<sup>542</sup> <332<, art. 13.

<sup>543</sup> Así sucede con los siguientes convenios de ámbito estatal: <15<, art. 21, al menos sábado y domingo dos veces al mes; <28<, art. 11, un fin de semana al mes; <30<, art. 36, todo el personal tiene derecho a descansar dos sábados de cada tres; <38<, art. 19, al menos seis domingos al año; <44<, art. 26, al menos dos domingos al mes; <73<, art. 13, al menos 26 domingos de descanso al año, sin que sea posible trabajar más de tres domingos consecutivos; <97<, art. 25, sábado y domingo al menos una vez cada cuatro semanas; <105<, art. 35, al menos un domingo cada seis semanas; <113<, art. 26. Igualmente, el ámbito provincial brinda también ejemplos en este sentido: <120<, art. 12, al menos un domingo de cada cuatro; <121<, art. 25, al menos un descanso dominical al mes, al que se unirá alternativamente el sábado o el lunes; <130<, art. 29, al menos un domingo al mes; <163<, art. 9, dos sábados de cada tres; <165<, art. 15, tres domingos de cada doce; <171<, art. 13, cuatro domingos de cada doce, uno de ellos acompañado del sábado y el resto del lunes o del sábado; <187<, art. 14; <209<, art. 29, al menos un domingo al mes; <219<, art. 8, al menos un sábado; <267<, art. 5, al menos un sábado al mes; <270<, art. 21, como mínimo dos domingos al mes; <271<, art. 25, cuando se acumula el descanso, uno de los tres días será domingo al menos una vez al mes; <272<, art. 31, garantiza dos de cada cuatro domingos. Asimismo, ciertos convenios de empresa contienen previsiones de este tipo: <353<, art. 35, al menos un domingo al mes; <383<, art. 104, se libra un domingo por cada cuatro trabajadores; <387<, art. 6.1, garantiza un fin de semana cada mes natural;



<391<, art. 26, un fin de semana cada cuatro semanas; <393<, art. 14, tres de cada ocho semanas se libra en sábado y domingo o en domingo y lunes.

<sup>544</sup> Así, por ejemplo, en el ámbito estatal cabe mencionar los siguientes casos: <61<, art. 18, fija un máximo de domingos consecutivos; <81<, art. 22, un mismo trabajador no puede ser obligado a trabajar más de 25 domingos al año, ni más de dos domingos consecutivos al mes o a lo sumo y como máximo tres domingos al mes consecutivos, en este último caso, limitados a tres meses al año; <72<, art. 32, un máximo de seis en períodos de ocho semanas y un 70% del total de domingos y festivos. Por lo que respecta al ámbito provincial, se han detectado los siguientes casos: <140<, art. 18, como máximo 19 domingos al año y garantizando dos domingos al mes; <280<, art. 7, no permite trabajar más de dos domingos continuados, siendo obligado el descanso el tercer domingo, salvo necesidades del servicio. Finalmente, también los convenios de empresa proporcionan ejemplos en este sentido: <307<, art. 13, no más de un domingo o festivo consecutivo; <326<, art. 24, el máximo de domingos y festivos al año es de quince, salvo adscripciones voluntarias y además el trabajador tienen derecho a dos fines de semana al mes.

<sup>545</sup> En este sentido, por ejemplo, <91<, art. 26, para el sábado y domingo; <217<, art. 24; <223<, art. 10; <229<, art. 13; <297<, art. 28, para los domingos; <291<, art. 9; <295<, art. 17; <325<, art. 27.

<sup>546</sup> Nuevamente, este tipo de previsiones aparecen en los diferentes ámbitos analizados, sea el estatal (<8<, art. 21; <15<, art. 21; <33<, art. 21; <69<, art. 24; ; <97<, art. 25), el provincial (<120<, art. 12; <121<, art. 25; <210<, art. 42; <286<, art. 10; <297<, art. 19) o el empresarial (<341<, art. 63; <354<, art. 18; <377<, art. 37).

<sup>547</sup> Así, por ejemplo, el <131<, art. 16, establece una preferencia para descansar el sábado y el domingo para quienes tengan cargas familiares –menores de seis años o personas con discapacidad–.

<sup>548</sup> En este sentido, por ejemplo, <221<, art. 23; <286<, art. 10, que fijarán un sistema de turnos; <295<, art. 5, menos incisivo pues se determina al fijar el calendario laboral, previo período de consultas, en el que se tratará de establecer el mayor número de descansos en domingos y festivos.

<sup>549</sup> Así, por ejemplo, los siguientes convenios de ámbito estatal: <16<, art. 26; <36<, art. 29, el trabajo en domingo genera un día y medio de descanso; <40<, art. 30, se compensa con el doble de descanso remunerado. Igualmente, ciertos convenios provinciales contienen cláusulas similares: <280<, art. 7, compensa el exceso de domingos continuados trabajados con una retribución incrementada en el 100%; <292<, arts. 17 y 24; <295<, art. 17.

<sup>550</sup> En este sentido se pronuncian algunos convenios de ámbito estatal (<91<, art. 26, prevé una compensación económica de 30,08 euros para quienes disfrutan el descanso fuera de sábado o domingo; <97<, art. 25, se incrementa el descanso), provincial (<238<, art. 11, las empresas negociarán con los representantes de los trabajadores los complementos correspondientes al trabajo en sábado y domingo; <259<, art. 11, se compensa económicamente el hecho de no disfrutar el descanso en sábado y domingo) y de empresa (<308<, art. 13, compensa el trabajo en sábado, domingo o festivo; <309<, art. 21, fija una retribución adicional para el trabajo en sábado, domingo o festivo; <363<, art. 37, retribuye de modo especial el trabajo en sábado, domingo y festivo; <364<, art. 12, compensa el trabajo en sábado, domingo y festivo; <377<, art. 44, compensa el trabajo en sábado, domingo y festivo; <378<, art. 40, prevé unas compensaciones económicas por trabajo en sábado o domingo; <379<, art. 50, fija una retribución específica para el trabajo en sábado y domingo, salvo para los trabajadores con horario intensivo de fin de semana; <382<, DT, compensa el trabajo en sábado, domingo y festivo; <395<, art. 32, fija una prima por el trabajo en sábado, domingo o festivo, además del descanso compensatorio; <398<, art. 11, retribución específica para sábados, domingos y festivos).

<sup>551</sup> Al respecto, pueden consultarse los siguientes convenios de ámbito estatal: <9<, arts. 22 y 23, pluses específicos para el trabajo en festividades navideñas y semana santa; <38<, art. 19, retribución complementaria del 40%; <51<, art. 9, el trabajo en festivo se compensa con el descanso; <59<, art. 17, el trabajo en festivo lleva una retribución adicional del 150%; <61<, art. 14, prevé un plus de festivos –13, 46 euros por jornada; <81<, art. 28, domingos y festivos llevan una prima de 30 euros; <97<, art. 30, el trabajo en festivo se compensa con un día y medio de descanso, acumulable a las vacaciones previo acuerdo con la dirección; <109<, art. 47, el

trabajo en festivo lleva una retribución específica, a determinar por la negociación de empresa, dentro de unos parámetros marcados por el convenio.

Igualmente, la negociación de ámbito provincial proporciona diferentes ejemplos de este tipo: <125>, art. 10, reconoce una compensación genérica por el trabajo en domingo o festivo que se percibe en el mes de septiembre; <130>, art. 32, recoge diversas opciones para compensar el trabajo en festivo; <131>, art. 18, se mueve en la misma línea que el anterior; <132>, art. 20, prevé un descanso incrementado para los festivos; <136>, art. 71, retribución específica para el trabajo en domingo o festivo; <137>, art. 17, retribución específica para el trabajo en domingo o festivo, salvo que hayan sido contratados específicamente para prestar servicios en tales momentos; <140>, art. 18, el trabajo en festivo se compensa con el doble de descanso en los treinta días siguientes o con el triple si es con posterioridad a dicho plazo; <141>, art. 24, establece una compensación económica anual por e trabajo en festivo; <144>, art. 9, el trabajo en domingo o festivo se compensa con descanso de dos horas por hora trabajada, pudiendo el trabajador acumularlas a las vacaciones; <146>, art. 29, compensa el trabajo en domingo y festivo con descanso y retribución incrementada; <147>, art. 25, recoge un plus por trabajo en domingo y festivo; <148>, art. 13, recoge un plus de festivos y domingos; <149>, art. 50, para festivos y días de descanso semanal; <155>, art. 26, compensación económica para domingos y festivos, salvo que se le haya contratado para trabajar tales días; <167>, art. 8, para domingos y festivos; <183>, art. 26, prevé una retribución incrementada para quienes voluntariamente realicen las faenas de recolección en domingo o festivo; <187>, art. 14, en línea con el anterior; <205>, art. 42; <217>, art. 24, el trabajo en domingo o festivo determina una retribución incrementada en un 50%; <219>, art. 8, el trabajo en domingo y festivo se compensará en la cuantía que se determine por acuerdo de empresa, que no será inferior al 50%; <223>, art. 10, recoge una retribución incrementada en un 50% para los domingos y festivos; <229>, art. 13, establece una retribución incrementada en un 50% para los domingos y festivos; <239>, art. 29, recoge un plus específico para domingos y festivos; <264>, art. 24, el trabajo en domingo y festivo genera el doble de descanso, a disfrutar dentro de los dos meses siguientes por acuerdo entre la empresa y el trabajador; <273>, art. 35, fija unos complementos salariales por el trabajo en festivo –diez euros– y en domingo –seis euros–; <274>, art. 11, se mueve en la misma línea; <277>, art. 21, también compensa domingos y festivos; <280>, art. 18, para domingos y festivos; <283>, art. 9, el complemento salarial para los festivos es de un 50%; <286>, art. 10, para los festivos; <287>, art. 25, los domingos y festivos se compensan con descanso o retribución incrementada en un 175%; <288>, art. 5, los festivos se compensan con descanso o retribución incrementada en un 75%; <291>, art. 9, los domingos con un recargo del 100%, mientras los festivos cuentan con una regla más compleja; <295>, art. 5, los festivos se compensan con descanso y una retribución específica; <296>, art. 16, el incremento retributivo es del 175% para los festivos y de 200% para los domingos; <298>, art. 12, prevé una compensación económica en ambos casos, al margen del descanso en otro momento.

En fin, también la negociación de ámbito empresarial conoce de este tipo de previsiones: <303>, art. 25, establece un plus de 25 euros para quienes presten servicios habitualmente en domingo o festivo; <304>, art. 26, compensa el trabajo habitual en domingo o festivo con un plus de 191 euros mensuales que se percibe proporcionalmente cuando la prestación de servicios en tales momentos es esporádica; <324>, art. 27, la retribución se incrementa en un 50%; <326>, art. 24, el incremento es del 75%; <329>, art. 26, además del descanso también hay una retribución específica; <347>, art. 10, establece que el trabajo en domingo o festivo supondrá el devengo a favor del trabajador de un incremento del 50% sobre el valor del salario hora individual que se obtendrá dividiendo el importe de la retribución salarial total por año entre el número de horas que componen la jornada anual; <361>, art. 22, prevé una retribución específica para el trabajo en domingo y/o festivo; <362>, arts. 23 y 24, retribución específica para domingos y festivos y <364>, art. 133, retribución específica para domingos y festivos; <370>, art. 19, retribución específica para domingos y festivos; <372>, art. 42, retribución específica para festivos; <378>, art. 27, prevé que el trabajo en festivos se compensa con dos días de descanso o con un día de descanso más una compensación económica; <383>, art. 79 prevé un día de descanso compensatorio y para las jornadas programadas de trabajo en festivos un suplemento del 134,75% del salario hora/base, que se incrementa aún más en ciertos festivos especialmente programados; <396>, art. 24, retribución específica para el trabajo en festivo; <399>, art. 26.

<sup>552</sup> LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-a). *op. cit.*, pp. 162 y 168.

<sup>553</sup> En este sentido, el <40<, art. 30, que permite optar entre el doble del descanso remunerado o una remuneración del 200 %; igualmente, el <161<, art. 27, establece que en el caso de que excepcionalmente no fuera posible disfrutar total o parcialmente el descanso semanal o el descanso sustitutorio, el salario devengado por cada día no disfrutado será el correspondiente a la jornada ordinaria incrementada en un cien por cien. Asimismo, diferentes convenios provinciales del sector transporte de viajeros prevén para el trabajo durante el descanso semanal o los días festivos unas compensaciones económicas en diferentes cuantías, sin garantizar un descanso sustitutorio, algo que sólo tiene apoyo normativo en el caso de los festivos: <164<, art. 10; <165<, art. 15; <166<, art. 30; <168<, art. 6; <169<, art. 14; <170<, art. 25; <171<, art. 14; <173<, art. 40; <174<, art. 14; <177<, art. 15; <178<, art. 8. El mismo problema plantean otros convenios provinciales de diferentes sectores, donde excepcionalmente se permite el trabajo durante el descanso semanal y los festivos, con una retribución específica, salvo descanso compensatorio: <255<, art. 29; <281, art. 20 –ambos reproducen los términos del parcialmente derogado art. 47 RD 2001/1983–. En fin, idéntico problema se ha detectado en algunos convenios de empresa: <307<, art. 12; <323<, art. 22, establece que el trabajo en domingo o festivo se compensará con descanso equivalente al doble de tiempo trabajado o con el pago de una cantidad de 10,73 euros por hora trabajada, siempre que exceda la jornada semanal de 40 horas; si dicho trabajo se realiza dentro de la jornada semanal de 40 horas, se compensa con descanso equivalente o con el abono adicional de 4,88 euros brutos por hora trabajada.

<sup>554</sup> Entre otros, ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, Pp. 81 y ss.; FITA ORTEGA, F. (1999), *op. cit.*, p. 59; RODRÍGUEZ PASTOR, G. (1999), *op. cit.*, p. 87; BODAS MARTÍN, R. (2002), *op. cit.*, p. 33; LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-a), *op. cit.*, pp. 116, 162 y 168; GARCÍA ORTEGA, J.; MORENO CÁLIZ, S. (2005), *op. cit.*, p. 448.

<sup>555</sup> En este sentido, por ejemplo, cabe mencionar los siguientes convenios de ámbito estatal: <1<, art. 18, el trabajo en festivo se puede compensar tanto con descanso incrementado como con una retribución superior, a opción del trabajador; <106<, art. 18, se retribuye con un incremento del 140%, si bien la empresa puede optar por dar descanso retribuido o trasladar el descanso a otro día; <36<, art. 29, se retribuye con un incremento del 75% cuando no resulte posible conceder el descanso equivalente.

Asimismo, si se desciende al ámbito provincial, al margen de los citados en una nota anterior, cabe mencionar otros supuestos: <119<, art. 11, recoge diversas fórmulas de compensación y o todas ellas garantizan el descanso; <120<, art. 14, queda a opción del trabajador el modo de compensación y lo ejercita una vez al año para todos los festivos del año sucesivo; <121<, art. 26, también recoge diversos mecanismos sin que todos ellos garanticen el descanso; <123<, art. 24, en la misma línea que el anterior; <129<, art. 17, en la misma línea que el anterior; <135<, art. 21, en la misma línea que el anterior; <136<, art. 16, la empresa acuerda con los representantes legales si el trabajo en festivo no domingo se retribuye con un incremento del 175% o se compensa en descanso, pero asignan a la decisión un valor obligacional; <209<, art. 32, el trabajador puede compensar la actividad realizada en festivo con un salario incrementado en un 50% o dos días de descanso, a su opción; <225<, art. 11, el trabajo en festivo se compensa con un descanso de día y medio en los tres meses siguientes o una compensación económica a determinar en cada entidad; <228<, art. 12, igual que el anterior; <270<, art. 23, los festivos intersemanales sin descanso compensatorio se retribuyen con un incremento del 75% –con descanso compensatorio tienen un plus distinto–; en la misma línea, <272<, arts. 14 y 31; <291<, art. 10, permite no disfrutar de los festivos en un máximo de siete ocasiones y con ciertas compensaciones; <297<, art. 20, recoge diversas fórmulas de compensación y no todas ellas garantizan el descanso.

En fin, también la negociación de empresa proporciona ejemplos de este tipo; así, junto a los mencionados una nota anterior, cabe citar los siguientes: <341<, art. 63, el trabajo en festivo permite optar entre descansar la semana siguiente o percibir una compensación económica; <392, art. 27, o bien se compensa con un descanso y un plus o con una retribución superior sin descanso; <393<, art. 24, el trabajo ordinario en día festivo devenga una retribución incrementada en el 175% o la compensación en descanso incrementado en un 50%.

<sup>556</sup> En este sentido, ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, p. 92, si bien se muestran críticos con la solución normativa; la crítica a la diferencia de trato aparece también en BODAS MARTÍN, R. (2002), *op. cit.*, p. 33.

<sup>557</sup> Así, por ejemplo, ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, p. 62; SALA FRANCO, T. *et alii* (2001), *op. cit.*, p. 111; LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-a), *op. cit.*, p. 130; GARCÍA ORTEGA, J.; MORENO CÁLIZ, S. (2005), *op. cit.*, p. 442; LÓPEZ GANDÍA, J. (2007), La determinación de la prestación de trabajo (III): el tiempo de trabajo, EN: ALBIOL MONTESINOS, I. *et alii*, *Compendio de Derecho del Trabajo, Tomo II, Contrato individual*, Valencia (Tirant lo Blanch), p. 160.

<sup>558</sup> La acumulación aparece reconocida en los siguientes convenios: <2<, art. 39; <9<, art. 54; <17<, art. 24; <52<, art. 36; <54<, art. 29; <58<, art. 37; <60<, art. 52; <62<, art. 23; <69<, art. 24, parece permitirlo excepcionalmente; <72<, art. 32; <92<, art. 92; <99<, art. 30; <113<, art. 24.

<sup>559</sup> Así: <132<, art. 16; <139<, art. 18; <148<, art. 17; <154<, art. 28, implícitamente; <155<, art. 7.2.3; <159<, art. 15; <164<, art. 10, salvo pacto en contrario en que los descansos no disfrutados se acumulan y abonan a final de mes; <165<, art. 14; <166<, art. 30; <170<, art. 25; <171<, art. 13; <175<, art. 16; <178<, art. 8; <181<, art. 25; <191<, art. 10; <194<, art. 25; <212<, art. 15; <215<, art. 28; <226<; <227<, art. 10; <229<, art. 13; <231<, art. 11; <270<, art. 24; <271<, art. 25; <290<, art. 12.

<sup>560</sup> Entre ellos: <302<, art. 38; <304<, art. 56; <323<, art. 23; <324<, art. 20; <325<, art. 24; <326<, art. 24; <327<, art. 22; <328<, art. 29; <330<, art. 30; <362<, art. 14; <366<, art. 14; <378<, art. 25; <386<, art. 27; <391<, art. 26; <393<, art. 14.

<sup>561</sup> ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, p. 68, eso sí, en defecto de convenio; ALARCÓN CARACUEL, M. R. (1998), Descanso semanal, fiestas y permisos, EN: MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Granada (Comares), p. 66; FITA ORTEGA, F. (1999), *op. cit.*, p. 57; BODAS MARTÍN, R. (2002), *op. cit.*, p. 27; LÓPEZ GANDÍA, J. (2007), *op. cit.*, p. 161.

<sup>562</sup> RODRÍGUEZ PASTOR, G. (1999), *op. cit.*, p. 86; LÓPEZ AHUMADA, J. E. (2004-a), *op. cit.*, p. 131.

<sup>563</sup> ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, p. 68; BODAS MARTÍN, R. (2002), *op. cit.*, p. 27.

<sup>564</sup> En este sentido, por ejemplo, ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, p. 68.

<sup>565</sup> En este sentido pueden consultarse diferentes convenios de ámbito estatal (<2<, art. 39, para el personal administrativo y de servicios generales; <9<, art. 54; <17<, art. 24; <52<, art. 36; <60<, art. 52; <69<, art. 24, parece permitirlo excepcionalmente; <99<, art. 30), provincial (<132<, art. 16; <154<, art. 28, implícitamente; <159<, art. 15; <181<, art. 25; <270<, art. 24) o, incluso, de empresa (<302<, art. 38; <386<, art. 27; <391<, art. 26; <393<, art. 14.).

<sup>566</sup> En este sentido, algunos convenios aluden a la acumulación del descanso por quince días (<148<, art. 17; <170<, art. 25; <175<, art. 16; <191<, art. 10; <378<, art. 25), lo que, en puridad, no se ajusta a las previsiones estatutarias, pues recuérdese que el art. 37.1 ET menciona un período de *hasta catorce días*. Ciertamente, en algunos casos, las previsiones del RD 1561/1995 salvan este problema, pues se trata de convenios correspondientes a sectores en los que el período de referencia para la acumulación previsto en el texto reglamentario en cuestión es superior (por ejemplo, <170<, art. 25; <175<, art. 16; <191<, art. 10); en los restantes, en todo caso, probablemente no se esté ante una contravención consciente de las disposiciones normativas, sino que más bien sea resultado de asimilar los catorce días con dos semanas, éstas con la mitad del mes y esto último con quince días.

<sup>567</sup> Así, entre las fórmulas empleadas, aparece la de un día una semana y dos la siguiente (<159<, art. 15, además los dos días son consecutivos, siendo necesariamente uno de ellos domingo; <164<, art. 10, salvo pacto en contrario en que los descansos no disfrutados se acumulan y abonan a final de mes; <165<, art. 14; <166<, art. 30; <178<, art. 8); tres días consecutivos cada período de catorce días (<271<, art. 25, para los trabajadores a turnos); cuatro días en cómputo bisemanal (<171<, art. 13).

<sup>568</sup> Ello, por ejemplo, cuando se establece que se trabaja un sábado sí y otro no: <54<, art. 29; <58<, art. 37.

<sup>569</sup> En este sentido, por ejemplo, el <362>, art. 14, que prevé diferentes tipos de jornada y en uno de ellos hay un ciclo de 28 días con acumulaciones del descanso donde se trabaja siete días y se descansa cuatro, se trabaja siete días y se descansa dos, se trabaja siete días y descansa uno; asimismo hay secuencias de 21 días de trabajo y siete de descanso y ciclos de 12 donde se trabajan tres días y se descansa uno.

<sup>570</sup> Así, el <113>, art. 24: *El descanso podrá acumularse por períodos de hasta catorce días, siendo el límite de trabajo sin descansar de once días, tras los cuales siempre habrá un descanso de tres días. No obstante, los trabajadores disfrutarán en cada período de siete días, como mínimo, de un día de descanso de los tres correspondientes a cada período de catorce días.*

<sup>571</sup> Así sucede, según el art. 21 RD 1561/1995, con los trabajos en condiciones especiales de aislamiento o lejanía.

<sup>572</sup> Así se prevé para el transporte y trabajo en el mar, art. 9 RD 1561/1995.

<sup>573</sup> Así sucede en las siguientes actividades: fincas urbanas, art. 3.2 RD 1561/1995; guardas y vigilantes no ferroviarios, art. 4.2 RD 1561/1995; labores agrícolas, forestales y pecuarias, art. 5.3.II RD 1561/1995; comercio y hostelería, art. 6 RD 1561/1995; trabajo a turnos, art. 19 RD 1561/1995; trabajo en el interior de las minas, art. 21 RD 1561/1995, aunque en este caso se alude al segundo día del descanso pues la duración del mismo en este caso es de dos días.

<sup>574</sup> En este sentido, las actividades de temporada en hostelería, art. 7 RD 1561/1995.

<sup>575</sup> Así, por ejemplo, cuando se establece que se disfrutarán al menos siete días al mes (<2>, art. 39, en relación con el personal de mantenimiento y vuelo); o que el medio día de descanso podrá acumularse por períodos de hasta cuatro semanas (<72>, art. 32; <92>, art. 92, cuando las empresas tengan sistemas de turnos; <212>, art. 15; <323>, art. 23, pero también permite acumular la totalidad del descanso en períodos de dos semanas; <325>, art. 24, con la misma posibilidad que el anterior; <324>, art. 20; <328>, art. 29; <330>, art. 30; <366>, art. 14, para los trabajadores a turnos); o que la totalidad del descanso se puede acumular en períodos de hasta cuatro semanas (<155>, art. 7.2.3).

<sup>576</sup> En este sentido, por ejemplo, el <62>, art. 23, de conformidad con el cual *Todos los trabajadores disfrutarán de seis días cada cuatro semanas: al menos dos deberán ser consecutivos, recomendándose que de los otros cuatro al menos dos también sean consecutivos, procediéndose en todo caso a establecer turnos para el disfrute*, recoge una acumulación por períodos de cuatro semanas, tratándose del sector empresas de exhibición cinematográfica. Asimismo, el <139>, art. 18, perteneciente al sector limpieza, prevé, en principio, la acumulación por períodos de hasta cuatro semanas; por otra parte, admite una distribución del trabajo durante seis días en un cómputo de cuatro meses en las épocas de mayor concentración de trabajo, pudiéndose pactar que uno de los dos días de descanso se acumule a las vacaciones anuales o a otros períodos distintos coincidentes con los de menor actividad

<sup>577</sup> Así, el <194>, art. 25, permite la acumulación del descanso –parece que de todo él– por períodos de cuatro semanas pero sólo en el caso de trabajadores a turnos, cuando tratándose de un convenio relacionado con la construcción, la única especialidad aplicable es la de la acumulación del medio día de descanso en períodos de hasta cuatro semanas prevista con carácter general para los trabajadores a turnos en el art. 9 RD 1561/1995, con independencia del sector de actividad; asimismo, el <215>, art. 28, permite la acumulación del descanso en un ciclo no superior a cinco semanas, cuando tratándose de un convenio del sector comercio lo único que prevé el art. 6 RD 1561/1995 es la acumulación del medio día en períodos de hasta cuatro semanas; igualmente, el convenio <304>, art. 56, señala que los reponedores tienen como descanso una semana completa cada cinco semanas de trabajo de lunes a sábado, lo cual también presenta dificultades de encaje en el RD 1561/1995, pues se trata del convenio de una empresa panificadora y, aun encontrando un encaje –por ejemplo, en transporte–, se va más allá de las previsiones reglamentarias, por último, el <362>, art. 14, prevé diferentes tipos de jornada y en uno de ellos hay un ciclo de 28 días con acumulaciones del descanso: trabaja siete días y descansa cuatro, trabaja siete días y descansa dos, trabaja siete días y descansa uno; asimismo hay secuencias de 21 días de trabajo y siete de descanso y ciclos de 12 donde se trabajan tres días y se descansa uno.

<sup>578</sup> Así sucede en las actividades de comercio y hostelería –art. 6 RD 1561/1995–, en las de temporada en hostelería –art. 7.1 RD 1561/1995, en los trabajos desarrollados en condiciones de aislamiento o lejanía art. 21 RD 1561/1995– o en el trabajo en el interior de las minas –art. 27 RD 1561/1995–.

<sup>579</sup> Por ello, plantean dudas de admisibilidad las previsiones contenidas en los convenios <290>, art. 12 –donde los descansos se acumulan de dos formas diversas: por un lado, algunos fines de semana se descansa domingo y sábado; otros días se acumulan al período vacacional– y <139>, art. 18 –que, en principio, prevé la acumulación por períodos de hasta cuatro semanas; asimismo, admite una distribución del trabajo durante seis días en un cómputo de cuatro meses en las épocas de mayor concentración de trabajo, pudiéndose pactar que uno de los dos días de descanso se acumule a las vacaciones anuales o a otros períodos distintos coincidentes con los de menor actividad–. Y es que, el primero de los convenios corresponde al sector de panaderías –sólo sería admisible en la medida en que dicho convenio se pudiera entender que forma parte de la actividad comercial– y el segundo al de limpieza. Al margen de lo anterior, ambos convenios presentan un problema adicional: no exigen el acuerdo individual para la procedencia de la acumulación del descanso al período vacacional.



## Capítulo IV

### EL HORARIO: FIJACIÓN Y MODIFICACIÓN. EL CALENDARIO

*Fernando Fita Ortega*

#### 1. EL HORARIO: CONCEPTO Y FIJACIÓN

Por horario de trabajo puede entenderse la distribución de la jornada a lo largo del día, «*precisando el tiempo exacto en que cada día se ha de prestar servicio*»<sup>580</sup>. El horario permite, pues, determinar las horas de inicio y fin de la actividad laboral diaria del trabajador; si éstas deben trabajarse de forma continuada o fraccionada, y si se van a establecer diferentes turnos o no<sup>581</sup>. De este modo, los conceptos de horario y jornada, si bien próximos entre sí, se refieren a dos cuestiones bien distintas: la jornada hace referencia al «*quantum*», determinando el número de horas o días que se han de trabajar, mientras que el horario se refiere a la distribución diaria<sup>582</sup> de ese número de horas, al «*cuándo*» a lo largo del día debe prestarse la actividad productiva<sup>583</sup>.

Precisada así la noción de horario, cabe destacar que no se encuentra ninguna previsión expresa en el Estatuto de los Trabajadores acerca de la fijación del horario de trabajo, a diferencia de lo que ocurre con la fijación de la jornada, respecto de la que el art. 34.1 del ET señala que será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo, debiendo lógicamente respetar las previsiones legales sobre jornada máxima y tiempos de descanso<sup>584</sup>.

En virtud del principio de libertad de empresa (art. 38 CE), vistas las facultades directivas atribuidas al empresario en el artículo 20 del E.T., y a falta de regulación legal expresa al respecto, es evidente que legalmente queda en manos del empresario la fijación del horario de trabajo, si bien nada impide que la misma se realice en convenios colectivos o contratos de trabajo, tal y como sucede con la jornada<sup>585</sup>.

La regulación normativa relativa al horario de trabajo permite, de este modo, un amplio margen de flexibilidad a las empresas, de manera que se



facilite la adaptación de esta importante condición de trabajo a las necesidades organizativas y productivas particulares de cada empresa<sup>586</sup>, evitando una regulación heterónoma que podría resultar enormemente disfuncional para los intereses de las empresas<sup>587</sup>.

Ese anhelo de flexibilidad y adaptación de la fijación del horario a las exigencias derivadas del proceso productivo puede observarse en las previsiones convencionales sobre horario analizadas, las cuales, a la hora de determinar la competencia para fijar horarios, parten precisamente de la necesidad de dotar a los mismos de la flexibilidad imprescindible para garantizar el completo y eficaz funcionamiento de la empresa<sup>588</sup>. Motivo por el que, asimismo, en algún caso se dispone que la distribución de la jornada se haga por centros de trabajo, con objeto de acercar lo más posible la prestación del trabajo a las específicas necesidades de cada unidad productiva<sup>589</sup>.

Por ello, ciertos convenios se limitan a reconocer la potestad del empresario para fijar los horarios, implantar los turnos de trabajo necesarios<sup>590</sup> e, incluso, adscribir los concretos trabajadores a los mismos<sup>591</sup>, debiendo respetar en todo caso las disposiciones legales y convencionales en la materia.

Ahora bien, la mayor parte de los convenios analizados entran a limitar, de una manera más o menos intensa, los poderes organizativos empresariales relativos a la determinación del horario de trabajo. Así, un buen número de convenios remiten la fijación del horario que se pueda aplicar en la empresa al acuerdo entre ésta y los representantes de los trabajadores<sup>592</sup>, o, cuando éstos no existan, con los propios trabajadores<sup>593</sup>. Otros, sin llegar a limitar las facultades directivas empresariales en esta materia, establecen la necesidad de atender las sugerencias del personal<sup>594</sup>, o bien la necesidad de negociar<sup>595</sup> o informar a los representantes de los trabajadores sobre el horario de trabajo, los turnos, los relevos y la organización del trabajo «*para la mejor eficacia y rendimiento*»<sup>596</sup>. Singular resulta a este respecto el <61 que, tras fijar diversas posibilidades de horario, prevé que sean los trabajadores de la plantilla los que, por mayoría, elijan entre las mismas.

Se evidencia con ello cómo el régimen que se establezca respecto del horario de trabajo responde a la necesidad de tutelar exigencias atendibles no solamente desde la vertiente empresarial, sino también desde la perspectiva de los trabajadores dada la evidente interrelación entre tiempo de trabajo y tiempo para la vida íntima personal<sup>597</sup>.

En cualquier caso, incluso los convenios que limitan la potestad empresarial de fijar unilateralmente los horarios, hacen hincapié en la necesidad de que la ordenación de horarios y turnos de trabajo posean la flexibilidad requerida para el normal desarrollo del proceso productivo<sup>598</sup>.

Así pues, las necesidades de compaginar de algún modo la defensa de la eficiencia productiva de la empresa, con los intereses personales y particulares de los trabajadores, queda puesta de manifiesto en estas cláusulas de la negociación colectiva que, desde luego, priman el primer aspecto frente al segundo.

De otra parte, y en aras a garantizar que los trabajadores conozcan previamente la concreción horaria en la que el empresario les vaya a exigir la prestación de su actividad productiva, los convenios estudiados tienden a

exigir que los trabajadores conozcan los horarios de trabajo con la antelación suficiente, aunque no siempre parece que el plazo dado para ello pueda calificarse de «suficiente»<sup>599</sup>.

El intento de conciliación de los intereses contrapuestos entre empresarios y trabajadores que los convenios analizados persiguen en materia de régimen horario, puede apreciarse también en los sistemas de cobertura de los diversos horarios que puedan implantarse en la empresa. En efecto, respecto del procedimiento de cobertura de los diversos horarios implantados en las empresas, algunos convenios, tras reconocer la posibilidad de que se fijen distintas distribuciones horarias para mejor organizar la actividad productiva, prevén la cobertura voluntaria de los diversos horarios por parte de los trabajadores<sup>600</sup>, si bien en ocasiones se excluye del criterio de voluntariedad a determinados trabajadores por razón del área de actividad en la que prestan servicios<sup>601</sup>.

En algunos convenios, en todo caso, se hace especial hincapié en la atención de las necesidades derivadas de las obligaciones familiares a la hora de adscribir a los trabajadores a los diversos horarios o fijarles su régimen de tiempo de trabajo. Así, por ejemplo, el <132<, que dispone que en la fijación de libranzas se tendrá en cuenta la situación de trabajadores separados o divorciados por convenio regulador o sentencia judicial que tengan hijos menores de hasta 10 años, siempre que se haga a petición de los mismos.

### 1.1. Horario rígido-horario flexible

A la hora de fijar el horario en una empresa, una de las opciones existentes consiste en implantar un sistema de horario rígido o bien uno de horario flexible<sup>602</sup>, de modo que los momentos de inicio y fin de la actividad productiva a lo largo de la jornada diaria se establezcan rígidamente en un momento cierto, sin que se admitan tolerancias de entrada y salida al puesto de trabajo –sistema de horario rígido-<sup>603</sup>; o bien de un modo relativamente incierto –sistema de horario flexible<sup>604</sup>–, de forma que se establezca una horquilla temporal, tanto al inicio como al fin de la jornada diaria, dentro de la cual el trabajador pueda decidir sobre la base del criterio de estricta oportunidad sus horas de entrada y salida, sin que se llegue a afectar la duración total de aquella<sup>605</sup>.

Ahora bien, en algún convenio, la implantación de un sistema de horario flexible llega a afectar la jornada diaria, pues se establece un «colchón» de algunos minutos para que el trabajador se incorpore al trabajo, sin que deban recuperarse los mismos ni comporten pérdida retributiva alguna<sup>606</sup>. Se trata, en estos casos, de la fijación más bien de un período de tolerancia, por debajo del cual no se entiende existente una infracción al deber del trabajador de encontrarse puntualmente en su puesto de trabajo, por lo que no será posible sancionar al trabajador<sup>607</sup>.

Es precisamente en este terreno, a la hora de valorar los incumplimientos laborales de los trabajadores respecto de la obligación de puntualidad en el acceso a su puesto de trabajo, donde la fijación de uno u otro sistema tie-

nen consecuencias importantes<sup>608</sup>. Ahora bien, como destaca la STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2003 (AS 2003/451), la flexibilidad de horario *«no puede, en modo alguno, significar libertad de disposición por el trabajador del tiempo de trabajo por el que se ha sido contratado»*.

Por lo que se refiere a los intereses enfrentados a la hora de fijar uno u otro tipo de sistema horario, una vez más nos encontramos con el de la empresa a atender convenientemente las necesidades de la organización productiva, y el de los trabajadores a verse favorecidos por un régimen horario que les permita cierta adecuación del horario de trabajo a sus necesidades o conveniencias personales. Por este motivo, en buena parte de los convenios donde se fija un sistema de horario flexible éste se limita a ciertas categorías profesionales<sup>609</sup>; determinados puestos de trabajo<sup>610</sup>, o incluso a las circunstancias personales y familiares del trabajador<sup>611</sup>, condicionándose normalmente al hecho de que la implantación del horario flexible no redunde en perjuicio del adecuado funcionamiento de la organización productiva<sup>612</sup>.

Sobre este último particular, resultan de especial interés las previsiones contenidas en el Convenio Colectivo de la empresa Ipsen Pharma SA (<368<). Este convenio contempla un régimen horario en el que se establece un tronco común de seis horas, que deberán prestarse de forma continuada, y una flexibilidad de dos horas en la entrada y salida. Según el convenio, la adscripción del trabajador a este régimen horario se realizará de forma voluntaria, debiendo solicitarlo el trabajador interesado a su superior jerárquico, quien deberá otorgarlo si el responsable de recursos humanos estima que este sistema no dificulta o perturba al normal desarrollo de los trabajos del departamento en el que preste servicios el trabajador<sup>613</sup>. Para valorar el adecuado impacto de la concesión de este régimen de horario flexible en la actividad del departamento del trabajador, el convenio prevé que se establezca un período de prueba a fin de ratificar que no se produce alteración en el normal desarrollo del trabajo en el departamento, de modo que, en su caso, quepa rectificar la decisión inicial.

Por lo demás, cabe destacar que otros convenios no prevén tanto un régimen de horario flexible (que, como se ha dicho, no afecta al número de horas a realizar en la jornada) sino una flexibilidad horaria que permita prolongar la jornada más allá de la hora inicialmente prevista para su finalización o anticiparla a la prevista para su inicio. En estos casos, el *«colchón»* que supone la flexibilidad horaria se establece, pues, en perjuicio del trabajador (al ocasionarle una cierta indeterminación horaria y, salvo previsión expresa en contrario, una prolongación de su jornada de trabajo diaria) y como medida para la más adecuada satisfacción de las exigencias derivadas de la actividad productiva.

Así, en el sector comercio del mueble, el <221< dispone que el personal de venta directa no podrá negarse a atender con la mayor atención a un cliente de última hora aunque ello comporte una ampliación de su jornada diaria. Asimismo, este convenio prevé que el personal de reparto deberá terminar sus entregas diarias aunque ello comporte ampliar su jornada de trabajo diaria, con la condición de que el cálculo estimado del tiempo de reparto tenga como tope máximo la hora de finalización de la jornada diaria. El Convenio

de la empresa SEAT (<311<) contempla, para ciertos departamentos, la fijación de horarios que posibiliten la «*máxima extensión del servicio*» flexibilizando la hora de salida. Igualmente, el Convenio Colectivo estatal de la prensa diaria (<97<), que asigna al personal de redacción un horario básico «*al no permitir la naturaleza de la actividad periodística determinar un horario rígido de trabajo*». En el mismo sentido, y en el sector de la construcción (Málaga, Cantabria y Cádiz, respectivamente), el <201<; <203< y <206<, que prevén que la jornada de los trabajadores con funciones de mantenimiento y reparación de instalaciones o maquinaria necesarias para la reanudación o continuidad del proceso productivo, así como la del personal que ponga en marcha o cierre el trabajo de los demás, pueda prolongarse por el tiempo necesario<sup>614</sup>. El Convenio Colectivo estatal de Artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (<11<) contempla la prolongación de jornada por circunstancias no programadas cuando como consecuencia de ello se produzca una sobrecarga de trabajo extraordinario, de modo que permite la fijación de horario más prolongado, preavisándolo con 24 horas, sin que en ningún caso se sobrepasen las diez horas diarias y cincuenta semanales. El Convenio colectivo estatal de Sastrería, modistería, camisería y demás actividades afines (<107<) prevé la posibilidad de que la empresa prolongue la jornada, para lo que deberá avisar por escrito con una antelación mínima de siete días. El convenio limita doblemente esta posibilidad, de modo que el tiempo de prolongación no puede ser superior a una hora y quince minutos, y solamente puede efectuarlo durante, como máximo, dos periodos al año, cada uno de los cuales no deberá exceder de 60 horas<sup>615</sup>. En el sector de la panadería, el Convenio Colectivo de la provincia de Valencia (<293<) permite que pueda anticiparse la entrada al trabajo del personal mínimo indispensable para la preparación de masas y encendido del horno, dicha anticipación será de treinta minutos, señalando que «*el personal mínimo indispensable*» será, como máximo, el 20% de la plantilla.

En estos casos, al producirse una ampliación de la jornada diaria de trabajo mediante la fórmula del establecimiento de un régimen de flexibilidad horaria<sup>616</sup>, uno de los problemas que pueden plantearse es el relativo a la identificación de las horas extraordinarias. Sobre este particular algunos convenios se pronuncian. Así, en el sector de la construcción, los convenios provinciales de Málaga, Cantabria y Cádiz (respectivamente, <201<; <203< y <206<), disponen que el exceso sobre la jornada ordinaria no debe computarse como extraordinaria, si bien debe abonarse como mínimo a prorrata del valor de la hora extra de trabajo. En sentido similar, el Convenio Colectivo estatal de Industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletrías (<46<) y el Convenio Colectivo estatal de Marroquinería, cueros repujados y similares (<85<) prevén igualmente la prolongación de la jornada por tiempo imprescindible en caso de trabajos de puesta en marcha o cierre de los demás, tiempo que «*sin perjuicio de su pago como extraordinarias*» carecerá de la consideración de extraordinario.

Sobre esta cuestión, en la STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2002 (JUR 2002/286362) se diferencia entre el concepto de hora extraordinaria y

las consecuencias derivadas de la fijación de un sistema de horario flexible: *«La existencia de un horario flexible y de una jornada anual fija (1.760 horas) provoca que el uso de la flexibilidad decante excesos o defectos de tiempos que, a nivel individual –como se computa en los casos enjuiciados– arrojen un crédito o un débito horario que es compensable para ajustar la jornada flexibilizada a la efectivamente debida de 1.760.*

*»Para que exista hora extraordinaria es preciso que se oferte ésta por el empleador (como extra) y se acepte como tal por el trabajador, amén de que el tiempo de trabajo supere efectivamente el legalmente estipulado. Eso no acontece en el presente caso, ya que lo que la empresa hace es comunicar a cada trabajador si debe tiempos de trabajo que ha de realizar o si se excedió del debido para que lo compense con descanso pero no en oferta de tiempos extras, sino en compensación o regularización de los prestados efectivamente respecto de los debidos».*

En definitiva estas disposiciones de los convenios colectivos vienen a hacer uso de la flexibilidad que en torno al concepto de hora extraordinaria se produjo con las modificaciones normativas de 1994, a partir de las cuales el límite de las nueve horas diarias como duración máxima de la jornada diaria de trabajo dejó de ser imperativo, por lo que la actividad prestada por encima del mismo no deberá ser considerada necesariamente como horas extraordinarias. Por lo demás, el trabajo de puesta en marcha y cierre de los demás que requiera la ampliación de la jornada –que no se tendrá en cuenta a efectos de calcular la duración máxima de la jornada ordinaria– y su exclusión para el cómputo máximo de horas extraordinarias, está previsto en el artículo 20 del R.D. 1561/1995, de 21 de septiembre, si bien exige que el servicio no pueda realizarse turnándose con otros trabajadores dentro de las horas de jornada ordinaria<sup>617</sup>.

## 1.2. Jornada partida-jornada continua

Otra de las opciones que se presentan a la hora de fijar el horario, no incompatible con la anterior, consiste en decidir si se establece una jornada partida o una jornada continuada<sup>618</sup>, esto es, si todas las horas de actividad diaria van a realizarse de modo continuado –o con breves pausas<sup>619</sup>, o de modo fraccionado, interponiendo entre los distintos bloques de actividad una o más pausas prolongadas<sup>620</sup>.

En cuanto a la definición de jornada partida, a diferencia de lo que ocurriera con la normativa anterior a la Ley 11/1994, de 19 de mayo, en la actualidad no se establece una definición legal de lo que deba entenderse por jornada partida, sino que la normativa únicamente contempla la obligación de proporcionar un tiempo de descanso mínimo en los supuestos de jornadas continuas cuando las mismas excedan de una determinada duración<sup>621</sup>. En cualquier caso, por jornada partida cabría entender aquella en la que el tiempo de trabajo diario se fracciona en dos o más períodos, siendo de destacar que un importante número de los convenios analizados limitan el número de períodos en caso de jornada partida<sup>622</sup>, llegando a imponer otros requisitos y

condicionantes a la jornada partida, tales como que los bloques de jornada resultantes deban tener la consideración de jornada diurna<sup>623</sup>; que los mismos sean homogéneos<sup>624</sup>; o imponiendo unas limitaciones mínimas y máximas al tiempo de trabajo a prestar en cada de uno de ellos<sup>625</sup>.

Vistas las previsiones de los convenios colectivos consultados acerca de los sistemas de jornada partida y jornada continua, y al igual que sucede con los sistemas de horario rígido o flexible, es perfectamente posible que ambos sistemas puedan coexistir en una misma empresa<sup>626</sup>. En efecto, la fijación de uno u otro tipo de horario puede realizarse en la empresa en función de la categoría profesional de los trabajadores<sup>627</sup>, de los puestos de trabajo a ocupar<sup>628</sup>, del centro de trabajo<sup>629</sup>; o de otras circunstancias, como puede ser la implantación del régimen de trabajo a turnos<sup>630</sup> o de la jornada a tiempo completo o parcial que realicen los trabajadores<sup>631</sup>. En definitiva, son mayoritariamente las necesidades derivadas de la atención de la producción de la empresa las que determinan la implantación de uno u otro sistema horario<sup>632</sup>.

En cualquier caso, para lograr coherencia las necesidades organizativas de las empresas con los intereses de sus trabajadores, algunos convenios, al implantar el régimen de jornada partida, lo hacen sobre la base de la voluntaria aceptación de la misma por parte de los trabajadores<sup>633</sup>, para cuyo estímulo se prevén compensaciones económicas<sup>634</sup>. Con esta misma finalidad, otros convenios recogen el compromiso de búsqueda de fórmulas que permitan jornada intensiva<sup>635</sup>, o establecen la jornada continuada con carácter general, limitando el número de días a la semana en que resulta posible establecer una jornada partida<sup>636</sup>, o solamente contemplan la posibilidad de fijar la jornada partida cuando la circunstancia de la actividad de la empresa lo requiera<sup>637</sup>. Menos favorables a los intereses de los trabajadores, ciertos convenios recogen el derecho de los mismos a solicitar la implantación de la jornada continuada, siempre que así lo acuerde al menos el 60% de la plantilla<sup>638</sup>.

Sobre esta cuestión relativa a la integración de necesidades productivas e intereses de los trabajadores a la hora de definir el tipo de jornada a realizar, es de destacar que el Convenio Colectivo de agricultura de la provincia de León (<193<) prevé que la jornada pueda ser continua durante el mes del Ramadán, en un intento de favorecer el cumplimiento de los preceptos religiosos a quienes profesen la religión musulmana.

Por otra parte, cuando los convenios analizados recogen el régimen de jornada partida, suelen regular los tiempos de duración mínima y máxima de la pausa entre los distintos bloques en los que se distribuye la jornada diaria, siendo lo habitual que se prevea que la separación mínima entre los dos bloques sea de una hora, y la máxima de dos<sup>639</sup>. Además, en los convenios se suelen contener previsiones dirigidas a tutelar los intereses de los trabajadores. Así, se prevé el derecho del trabajador a jornada partida a usar el servicio de comedor<sup>640</sup> o el derecho a la comida a cargo de la empresa<sup>641</sup>. Con análoga finalidad de establecer límites al poder directivo empresarial, otorgando ciertas garantías para los trabajadores, algunos convenios fijan límites al horario continuo<sup>642</sup>.

### 1.3. Jornada intensiva

Realmente la expresión de jornada intensiva es sinónimo de jornada continuada<sup>643</sup>, si bien suele hablarse de jornada continuada cuando el sistema de jornada instaurado en la empresa es, con carácter general, el de jornada partida, circunscribiéndose la jornada intensiva a los meses de verano<sup>644</sup> que, normalmente, además, supone una jornada reducida frente a la que se realiza durante el resto del año<sup>645</sup>.

La fijación de la jornada intensiva en los meses de verano ha venido tradicionalmente dirigida a hacer más llevadera la carga laboral en un período de tiempo donde las altas temperaturas pueden afectar el rendimiento de los trabajadores. De este modo, y si bien resulta amplia la variedad de previsiones de los convenios colectivos respecto del período de tiempo durante el cual se establece el disfrute de la jornada intensiva, ésta se suele concentrar para los meses de julio, agosto y septiembre<sup>646</sup>.

Ahora bien, numerosos convenios prevén este tipo de jornada también fuera del período estival. Así, para todos los viernes de año<sup>647</sup>; para los días 24 y 31 de diciembre<sup>648</sup>, o para los fines de semana<sup>649</sup>.

Un límite importante en la fijación de la jornada intensiva deriva de las necesidades organizativas de la empresa, de modo que no son pocos los convenios que limitan este tipo de jornada a departamentos, o categorías profesionales<sup>650</sup>, donde resulte compatible este tipo de jornada con la actividad productiva<sup>651</sup>, o la condicionan a que no se produzcan alteraciones en el proceso productivo de la empresa. De este modo, por ejemplo, el Convenio Colectivo de Estaciones de servicio de la Comunidad Valenciana (<239<) y el Convenio Colectivo estatal del balonmano profesional (<21<) aclaran que el establecimiento de la jornada intensiva no implica la obligación de la empresa de conceder el período de jornada intensiva de forma simultánea para todo el personal administrativo; mientras que el Convenio Colectivo de la empresa AUNA Telecomunicaciones (<377<) prevé la jornada intensiva durante julio y agosto para el personal que trabaje a jornada partida y no sujeto a régimen de trabajo a turnos, siendo que, en todo caso se contempla el establecimiento de turnos de guardia para no desatender el trabajo<sup>652</sup>.

En cualquier caso, la implantación de la jornada intensiva se contempla como una aspiración legítima de los trabajadores, de modo que allí donde no se haya implantado se reconoce el derecho a negociarla<sup>653</sup>, siendo destacable la regulación contenida en el Convenio Colectivo de la empresa Telefónica Móviles SA (<376<) que constituye un grupo de trabajo –integrado por dos miembros designados por el Comité Intercentros y otros dos designados por la dirección de la empresa– en cuyo seno se negociará el establecimiento de la jornada intensiva entre el 15 de julio y el 15 de septiembre, siendo que, de no alcanzarse acuerdo, se reconoce a los empleados, en función del año en que se encuentre vigente el convenio, uno o dos días de permiso retribuido<sup>654</sup> a disfrutar en la fecha que se acuerde con los respectivos mandos.



## 2. MODIFICACIÓN DEL HORARIO

### 2.1. Modificación automática por cambio normativo

En el caso de producirse un cambio normativo –la aparición de un nuevo convenio colectivo que regule de forma diversa el régimen jurídico del horario– la modificación del horario inicialmente pactado se verificará sin necesidad de aplicar las reglas previstas en el art. 41 del ET, y sin que rija el plazo de caducidad previsto en el art. 59.4 del E.T. para la impugnación de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo<sup>655</sup>.

Ello será así salvo que en el convenio se mantenga el disfrute del anterior horario respecto de los trabajadores que hasta ese momento venían disfrutando de él, como cláusula de garantía ad personam (art. 86.4 E.T.).

Sobre este procedimiento de modificación de las condiciones de trabajo, RODRÍGUEZ PASTOR señala que será el único posible para modificar determinada distribución, regular o irregular, de la jornada a lo largo del año prevista por convenio, así como para alterar el límite de las horas diarias de trabajo efectivo fijado por el mismo, sin que resulte posible realizarlo mediante acuerdo de empresa<sup>656</sup>.

### 2.2. Modificación a instancias del empresario

Los procedimientos y requisitos legales a observar para que el empresario pueda modificar unilateralmente el horario de trabajo inicialmente fijado dependerán del carácter que revista dicha modificación, esto es, si puede considerarse como una modificación «sustancial» o si, por el contrario, dicha modificación no alcanza la categoría de «sustancial».

Pudiendo decirse que el de modificación sustancial es un concepto jurídico indeterminado, la jurisprudencia ha venido a señalar que la diferencia entre aquellas modificaciones que pueden recibir la calificación de sustanciales, y aquellas que no, estriba en la importancia cualitativa del cambio, de modo que solamente serán sustanciales aquellas modificaciones que alteren de forma notoria las condiciones de trabajo. Como reiteradamente ha señalado el Tribunal Supremo en sentencias como la de 17 de julio de 1986 (RJ 1986/4181), 3 de diciembre de 1987 (RJ 1987/8822), 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997/9163), 22 de septiembre de 2003 (RJ 2003/7308), 6 de febrero de 2007 (RJ 2007/ 3388) «*por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista “ad exemplum” del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del “ius variandi” empresarial*», debiendo, como se afirma en la STS de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005/7877) «*valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circuns-*



*tancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador, haya de ser calificado como sustancial o accidental».*

Téngase en cuenta, pues, que las modificaciones de horario, por sí solas, y a pesar de ser una de las materias expresamente enumeradas en el art. 41.1 del E.T., no revisten necesariamente la especial notoriedad que permite su calificación como de modificaciones sustanciales, sino que habrá que valorar la modificación en cada caso<sup>657</sup>.

Aplicando estos criterios, y por lo que aquí se refiere, la jurisprudencia y doctrina judicial laboral han señalado que no constituye modificación sustancial, entre otros, el retraso de la hora de entrada en treinta minutos en segmentos horarios que no afectan a los transportes públicos y únicamente en los meses de verano<sup>658</sup>; la implantación de un horario flexible<sup>659</sup>; la supresión del sistema «semiflexible» –con un margen de tolerancia de 30 minutos en la hora de entrada, recuperable con una demora a la hora de salida– dejándola reducida a un margen de tolerancia de 10 minutos a la hora de entrada sin recuperación posterior<sup>660</sup>; el cambio de turno de trabajo durante cinco días en un período de ocho meses<sup>661</sup>; o adelantar en cinco minutos la salida del turno de mañana y en diez el turno de tarde<sup>662</sup>.

Por el contrario, se ha admitido la existencia de una modificación sustancial en los casos de cambio definitivo de turno (de mañana a turno de tarde<sup>663</sup> o, viceversa, cambio de turno de tarde a turno de mañana<sup>664</sup>), o cambio de turno fijo a turno rotatorio<sup>665</sup>; de modificación permanente del horario de trabajo que, además, conlleva una rebaja retributiva<sup>666</sup>; de supresión de la jornada intensiva de verano<sup>667</sup>; o de cambio de un régimen horario que suponía una jornada diaria continuada de mañana, salvo los jueves, a un régimen de jornada partida aplicable a todos los días de la semana, excepto los viernes<sup>668</sup>.

En todo caso, la jurisprudencia ha reconocido que la negociación colectiva puede desempeñar un importante papel para diferenciar entre aquellas variaciones de las condiciones de trabajo que constituyen una modificación sustancial, y aquellas otras que no pasan de constituir «simples alteraciones» al no revestir el carácter sustancial por faltar la importancia cualitativa requerida para ello. De este modo, se ha admitido la validez del convenio colectivo que deja en manos del empresario la facultad de modificar el horario hasta en una hora diaria, considerando que los criterios empleados para diferenciar entre lo que constituye modificación sustancial y lo que no (esto es, el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, y el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados), tienen unos contornos difusos que pueden precisarse en la negociación colectiva «... especialmente respecto a aquellas materias, como las referidas al horario, en las que son más frecuentes las situaciones conflictivas»<sup>669</sup>.

### **A) Modificaciones no sustanciales**

Si conforme a lo anteriormente razonado la modificación introducida por el empresario no alcanza la relevancia suficiente para ser considerada como una modificación sustancial, el empresario, en virtud de sus facultades

de organización y dirección, podrá llevarla a cabo sin más límites que el principio de buena fe, y la prohibición de abuso de derecho y discriminación<sup>670</sup>.

### **B) Modificaciones sustanciales**

Sin embargo, si la modificación reviste la entidad suficiente como para poder calificarla como de modificación sustancial, el procedimiento a aplicar será el previsto en el art. 41 del E.T. que, como es conocido, contempla tres procedimientos distintos en función de si se trata de una modificación individual<sup>671</sup>, colectiva<sup>672</sup>, o si la condición a modificar se encontrase establecida en un convenio colectivo estatutario<sup>673</sup>.

Es en este último caso donde la distinción entre jornada y horario resulta especialmente relevante, pues a diferencia de lo que sucede con el horario, las cuestiones de jornada recogidas en un convenio colectivo de los regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores no aparecen dentro de aquellas susceptibles de ser modificadas por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. De este modo, los mecanismos de modificación del horario se han flexibilizado más allá de lo que ha sucedido con la regulación de la jornada<sup>674</sup>.

### **C) Intervención del convenio colectivo respecto del procedimiento de modificación a seguir**

Una vez diferenciadas las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de aquellas que no lo son, y apuntados los procedimientos de modificación legalmente previstos en cada caso, procede entrar a valorar el papel de la negociación colectiva en la fijación del procedimiento de modificación. Desde luego, de considerar que el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores constituye una norma mínima de derecho necesario por lo que se refiere al procedimiento de modificación en él contemplado, toda previsión del convenio colectivo flexibilizando dicho procedimiento resultaría nula por contraria al art. 3.3 del E.T.

No es esa la postura mantenida por el Tribunal Supremo, que ha venido señalando que la *«finalidad manifiesta del art. 41 ET es la de establecer reglas para la modificación de condiciones de trabajo derivadas de convenio colectivo, pero no la de establecer limitaciones a los negociadores de estos convenios»*<sup>675</sup>. De este modo, según el Alto Tribunal, *«el art. 41.2 ET se constituye como norma garantizadora de que lo pactado en Convenio había de ser respetado en su integridad por el empresario, a salvo que llegue al acuerdo modificador por él autorizado, pero no como norma limitadora de las posibilidades de la autonomía negociadora de las partes»*<sup>676</sup>.

Se reconoce así, en definitiva, que los convenios colectivos pueden prever mecanismos de modificación del horario diversos del contemplado en el art. 41 del ET. Así, en la STS de 7 de marzo de 2003 (RJ 2003/4499) se ad-

mite la legalidad de la previsión contenida en un convenio colectivo según la que la eventual modificación del horario de trabajo se traslada a un pacto extraconvenio, que deberá ser negociado con los Comités de Empresa o Delegados de Personal para cada uno de los centros de trabajo. La STS de 17 de julio de 2000 (RJ 2000/7635) admite la legalidad de la decisión empresarial de variar los horarios de los trabajadores acogiéndose a la disposición del convenio que señala que *«a fin de dar cumplimiento a la reducción del número de horas a distribuir anualmente, las empresas, ... podrán variar el horario de los trabajadores afectados por la reducción»*, por cuanto *«lo que la empresa está haciendo, que conste, es servirse cabalmente de la autorización que le confiere el Convenio Colectivo, para alterar los horarios...»*<sup>677</sup>. La STS de 5 de junio de 2002 (RJ 2002/6922) admite la legalidad de la cláusula del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes por la que se permite que las empresas sujetas a dicho convenio puedan proceder a introducir cambios horarios siempre que lo hagan dentro del primer trimestre del año natural, faciliten a los representantes de los trabajadores los cuadros horarios laborales y lo notifiquen en forma a los trabajadores, sin que las modificaciones en los turnos horarios puedan suponer variaciones en la jornada diaria ordinaria superiores a una hora. La STS de 21 de abril de 2005 (RJ 2005/6076) viene a reconocer la legalidad de la disposición contenida en el convenio por la cual se faculta a la empresa a cambiar el horario en ciertos puestos de trabajo –unidades móviles de un centro de transfusiones de sangre– *«por necesidades del servicio y con el fin de conseguir una mejor adaptación a las disponibilidades de los donantes»*<sup>678</sup>. La STS de 9 de noviembre de 1998 (RJ 1998/8918) entiende que no constituye modificación sustancial, sino mera aplicación de lo pactado por las partes en el Convenio Colectivo, la modificación horaria introducida por la empresa en virtud de la cláusula del convenio que dispone que *«las empresas podrán establecer horarios, continuados o no, distintos para el personal directivo y auxiliar del mismo (incluidos los chóferes) en el mínimo que precise, y para el personal de producción (gestores y visitantes), así como adecuar el horario de servicio al público y, por tanto, el del mínimo de personal indispensable para prestarlo, al que tengan otras entidades o establecimientos no bancarios de análoga función»*.

En definitiva, esta postura jurisprudencial supone, como apunta MONREAL BRINGSVAERD, que la expresión *«menos favorable o contrarias»* contenida en el artículo 3.1.c del Estatuto de los Trabajadores no supone necesariamente que las condiciones *«distintas»* a las previstas en convenio resulten contrarias a esta norma, si bien debe ser el propio convenio colectivo el que deje resquicios, expresos o tácitos, para establecerlas<sup>679</sup>.

Sobre las específicas previsiones de los convenios analizados en materia de modificación del horario de trabajo, puede destacarse que la negociación colectiva prevé procedimientos de modificación del horario que, en ocasiones, endurecen los requisitos legales, y, en otras, los suaviza, al margen de los supuestos en los que se realiza una mera remisión a la normativa legal<sup>680</sup>. En todo caso, cabe descartar que las disposiciones dirigidas a flexibilizar el régimen de modificación de horario son mayoritarias, de modo que las ten-

dencias de «reorganización convencional flexible» del horario de trabajo, avaladas como hemos visto por el Tribunal Supremo, se suman a aquellas de «organización convencional flexible»<sup>681</sup>, que han sido estudiadas previamente.

Las previsiones convencionales que de alguna manera endurecen los requisitos legales para proceder a realizar modificaciones de horario consisten, básicamente, en limitar la frecuencia con la que pueden introducirse modificaciones en el horario<sup>682</sup>, o, de forma más extendida, exigir el acuerdo con los representantes legales de los trabajadores<sup>683</sup>, sin diferenciar entre modificaciones con carácter sustancial de aquellas que no revisten tal condición<sup>684</sup>.

En este último sentido, por ejemplo, el Convenio Colectivo estatal de la industria del calzado (<23<); el Convenio Colectivo del fútbol profesional (<70<); el Convenio Colectivo de establecimientos sanitarios privados de Baleares (<274<); el Convenio Colectivo de estaciones de servicio de la Comunidad Valenciana (<239<); el Convenio de la empresa Bimbo SAU (<300<); de la empresa Panrico SA, Baercelona (<304<); de la empresa Celulosas de Asturias SA (<366<); y el Convenio Colectivo de agricultura de la provincia de Burgos (<188<), que, para el cambio de horario, exige además el concurso de «circunstancias especiales de fuerza mayor»<sup>685</sup>. También hacen referencia –además de al necesario acuerdo entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores– a un requisito causal el Convenio Colectivo de NH Eurobuilding, Madrid (<355<) y el Convenio Colectivo de limpieza y edificios de locales de la Comunidad de Madrid (<135<), que establecen que el horario fijado solamente podrá modificarse por acuerdo cuando existan probadas razones técnicas, organizativas, económicas o de producción. Por lo demás, singular resulta la previsión del Convenio Colectivo de sanidad de fundaciones empresas públicas de Galicia (<271<), que dispone que la modificación del horario o del régimen de trabajo a turnos sólo podrá efectuarse por acuerdo entre la institución y los representantes de los trabajadores, si bien dicho acuerdo<sup>686</sup> no será necesario si las modificaciones afectan en un periodo de 90 días a un número de trabajadores inferior a 10 en empresas de hasta 100 trabajadores; 10% en empresas entre 100 y 300 trabajadores o 30 en el caso de empresas de 300 o más trabajadores.

Dentro de este grupo de convenios que exigen el acuerdo con los representantes legales para proceder a las modificaciones, los hay que prevén el supuesto de falta de acuerdo (en cuyo caso se remiten a la aplicación de la legislación vigente<sup>687</sup> o a lo que disponga la jurisdicción social<sup>688</sup>), o los que prevén el derecho del trabajador afectado por el cambio a cobrar una indemnización por este motivo<sup>689</sup>.

De entre estos convenios puede destacarse, por la mayor exhaustividad en la regulación del supuesto, el Convenio Colectivo estatal de la industria textil y confección (<114<), que dispone que cuando se proponga el trabajo continuado, y ello requiera la modificación con carácter colectivo de los turnos de trabajo que se estuvieran prestando, podrá hacerse siempre que se cuente con la aceptación de los representantes de los trabajadores y, en defecto de los mismos, el convenio se remite a lo dispuesto en el 41 E.T., si

bien añade en tales casos una serie de requisitos procedimentales, finalísticos y compensatorios. Así, se exige: la elaboración por parte de la empresa de un informe-memoria en el que se justifique el cambio; que el mismo suponga aprovechamiento integral de la maquinaria que reúna condiciones de tecnología moderna; que represente un aumento de plantilla o, al menos, evite la pérdida de puestos de trabajo; y que se establezca algún tipo de compensación económica y en materia de jornada para los afectados<sup>690</sup>.

Frente a estas disposiciones convencionales restrictivas del poder empresarial para introducir modificaciones en el horario previamente fijado, otras, más numerosas, otorgan un poder de modificación del horario al empresario al margen de las previsiones contenidas en el art. 41 del E.T., condicionando normalmente dicha facultad empresarial a la existencia de causas que lo exijan<sup>691</sup>. Incluso, en algunos casos, esta posibilidad se limita a ciertos puestos de trabajo y dentro de un período de tiempo determinado<sup>692</sup>, o a un máximo de horas<sup>693</sup>, o a un número máximo de trabajadores afectados<sup>694</sup>, o al número de veces en las que es posible variar los horarios<sup>695</sup>; y, casi siempre, se establece la obligación de preavisar del cambio horario con la suficiente antelación<sup>696</sup>. Finalmente, respecto a la posibilidad de que el empresario varíe el horario inicialmente pactado, algunos convenios prevén el derecho de los trabajadores afectados a verse compensados por la variación producida<sup>697</sup>, así como a ver garantizado el desplazamiento hasta el lugar de trabajo, lo que quizá, con ocasión del cambio horario, resulte más difícil<sup>698</sup>.

Las necesidades de dotar de la flexibilidad exigida por los procesos productivos conduce a que sean, pues, numerosas las disposiciones de los convenios que facultan al empresario a introducir modificaciones en los horarios establecidos sin necesidad de concurrir al procedimiento del art. 41 del E.T. aun cuando cupiera calificar de sustanciales tales modificaciones<sup>699</sup>. Circunstancia ésta que alcanza una mayor trascendencia en aquellos convenios colectivos que regulan actividades donde es especialmente necesario el margen de maniobra que permite dicha flexibilidad.

Así, para el sector de la producción audiovisual, el Convenio Colectivo estatal de la industria de producción audiovisual (<12<) establece que el horario inicialmente previsto pueda variarse en función de las necesidades que surjan durante el desarrollo de la jornada; y el Convenio Colectivo estatal de empresas exhibición cinematográfica (<62<) dispone que la empresa podrá ajustar los horarios del personal para adaptarlos a las necesidades derivadas de los horarios comerciales de las películas.

También en el sector de la enseñanza se pueden apreciar este tipo de disposiciones. Así, el Convenio Colectivo estatal de centros de educación universitaria e investigación (<30<) establece la distribución flexible del horario para adaptarlo a las necesidades productivas. En efecto, en este convenio se establece que, atendiendo en lo posible a las conveniencias del personal, y respetando siempre la jornada máxima, los horarios de trabajo del profesorado estarán subordinados a las necesidades docentes e investigadoras, por lo que podrán ser revisados para adaptarlos a los planes docentes e investigadores que establezcan los centros. En este mismo sector, el Convenio Colectivo estatal de escuelas de turismo (<58<) dispone que «*atendiendo en lo po-*

sible a las conveniencias del personal, y respetando la jornada máxima, los horarios del personal no docente estarán subordinados a las necesidades docentes y, en consecuencia, podrán ser revisados para ajustarlos a los planes que se establezcan en los centros al distribuir y coordinar las clases prácticas y teóricas, de acuerdo con los planes de estudio, número de alumnos y aulas seminarios, laboratorios disponibles y desarrollo de las demás actividades culturales y formativas propias del quehacer de estos centros».

Sobre este particular resultan de gran interés los convenios colectivos que, tomando en consideración la exigencia de atender adecuadamente las necesidades derivadas del proceso productivo, contemplan unos mecanismos negociados para la modificación del horario fijado inicialmente. Así sucede con el Convenio Colectivo de la empresa Telefónica de España (<375<). En este convenio se parte de la premisa de que una de las prioridades principales es la consecución de la satisfacción de los clientes, «por lo que, teniendo en cuenta las exigencias del mercado en que se mueve la empresa, la distribución de horarios y jornada requiere de adaptación permanente»<sup>700</sup>. Para lograr este objetivo, el <375< crea una comisión, integrada por doce miembros del Comité Intercentros y otros tantos de la empresa, como foro de negociación permanente<sup>701</sup>, que permita abordar, entre otras cuestiones, la adaptación de turnos y horarios en ciertas secciones, para adecuarlos a la atención de necesidades de clientes y del mercado, o de la implantación de nuevos procesos.

En esta misma línea, el Convenio Colectivo de la empresa Telefónica Móviles SA (<376<) crea un *grupo de trabajo* en materia de horarios y jornada<sup>702</sup>, dependiente de la comisión paritaria de interpretación y vigilancia, con el objeto de avanzar el estudio y posterior adaptación de los distintos horarios aplicables a los empleados, así como evaluar la viabilidad de la jornada intensiva de trabajo en verano, durante la vigencia del convenio<sup>703</sup>. El Convenio Colectivo del Grupo Unión FENOSA (<344<) recoge la creación de una «comisión de jornada»<sup>704</sup> ante la que la dirección de la empresa planteará motivadamente la adecuación de los horarios cuando las necesidades productivas o de atención al cliente así lo aconsejen. Esta comisión, una vez estudiada la propuesta empresarial, podrá autorizar una distribución horaria siempre que se observen los límites legales del art. 34 ET, se observe la jornada anual ordinaria, y no se desplace en más de un mes la jornada intensiva, ni se reduzca la jornada de coincidencia (esto es la parte del bloque horario que los trabajadores deben compartir en jornada partida<sup>705</sup>) en más de una hora diaria. Finalmente, el Convenio Colectivo de Radiotelevisión Valenciana (<379<) prevé, dentro de la Comisión Paritaria, una *subcomisión de jornadas y horario*, cuyas competencias son las de realizar los estudios necesarios para la adecuación de los horarios a las necesidades productivas de las empresas, proponer mecanismos necesarios para la flexibilización de horarios al objeto de mejorar la productividad de la empresa, y aprobar los cambios horarios que tanto la parte social como la empresa propongan con posterioridad a su puesta en marcha, para su elevación a la Comisión Paritaria.

Sobre estas disposiciones convencionales, así como respecto de aquellas que dejan en manos del empresario la fijación del horario, se ha dicho

que no representan una indeterminación del objeto del contrato, ni una vía abierta para que el convenio pueda degradar su propia eficacia, siempre que los convenios dejen claro que las características de la actividad incluidas en su ámbito de aplicación sean las que determinen la necesidad de que el empresario disponga de los márgenes de flexibilidad indispensable para atender la actividad productiva<sup>706</sup>. No se trataría, pues, de modificaciones arbitrarias, sino derivadas de las necesidades del proceso productivo<sup>707</sup>.

### **2.3. Modificación a instancias del trabajador**

La modificación de las condiciones de trabajo, en concreto del horario, también puede producirse a instancias del trabajador. De este modo, y al margen de los supuestos legales referidos a las modificaciones de horario derivadas de la necesidad de tutelar la salud de los trabajadores, o de la necesidad de compaginar estudios y trabajo, que se abordan posteriormente, los convenios colectivos pueden regular el derecho de los trabajadores a modificar los horarios inicialmente convenidos.

No son muchos los convenios analizados que contienen previsiones sobre este particular. Los que lo hacen, se refieren a supuestos de permutas de horarios, fijando como criterio la aceptación por parte de la empresa de la modificación propuesta por los trabajadores, siempre que no suponga una alteración de los turnos de trabajo del resto de los trabajadores<sup>708</sup>.

Más allá de estos supuestos de permuta horaria, de los convenios analizados pocos hacen referencia a la posibilidad de introducir alteraciones en el régimen horario fijado a instancias del trabajador. En este último sentido cabe referirse al Convenio Colectivo estatal de residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio (<105<), que regula una modificación horaria a instancias del trabajador, y lo hace con objeto de compatibilizar vida laboral y familiar. En este convenio se prevé que la empresa facilite cambios de turno, en la medida de lo posible, para acompañamiento o consulta médica de familiares menores o dependientes hasta primer grado de consanguinidad.

Con parecida finalidad, el Convenio Colectivo de hostelería de la provincia de Alicante (<121<) prevé, para los trabajadores que tengan la tutela de hijos minusválidos físicos, psíquicos o sensoriales, el derecho a adaptar su turno de trabajo a los horarios de los centros educativos, tanto especiales como ordinarios, siempre que dicha adaptación no produzca, a juicio de la empresa, un deterioro en el servicio y que no vulnere los derechos sobre esta materia del resto de trabajadores de su departamento<sup>709</sup>.

Otros convenios que prevén la posibilidad de modificación del horario o turnos asignados a los trabajadores son el Convenio Colectivo estatal de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos (<78<), que establece la adaptación de jornada ordinaria para la asistencia a cursos de formación profesional; o el Convenio Colectivo Sanidad –fundaciones o empresas públicas– de la provincia de Galicia (<271<), donde se reconoce a los trabajadores el derecho de solicitar, por escrito, cambio de turno, debiendo resolverse



tales solicitudes por parte del responsable pertinente, siendo que la denegación habrá de ser motivada.

### 3. EL CALENDARIO LABORAL

#### 3.1. Concepto y régimen jurídico

El calendario laboral es aquél instrumento que refleja los diversos aspectos que inciden en la ordenación del tiempo de trabajo, siendo que la forma en que éstos vengán ordenados y queden reflejados en el mismo depende de lo señalado en el convenio colectivo, puesto que la norma nada dispone sobre el particular<sup>710</sup>. En efecto, sobre el calendario, el artículo 34.6 del Estatuto de los Trabajadores se limita a establecer la obligación del empresario de elaborar anualmente el calendario laboral, debiendo exponer un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo<sup>711</sup>.

Algunos de los convenios analizados se limitan a recordar esta obligación<sup>712</sup>. Otros, sin embargo, la completan estableciendo, por ejemplo, la antelación mínima con la que debe publicarse el calendario<sup>713</sup>; fijando unos criterios exhaustivos a tener en cuenta en la confección del calendario<sup>714</sup>, o estableciendo la previsión de cambiar las fiestas locales y generales que coincidan en sábado al día que las partes determinen, con objeto de garantizar los catorce días festivos oficiales de cada año<sup>715</sup>.

Esta previsión legal se completa con la disposición adicional tercera del R.D. 1561/1995, de 21 de septiembre que, con relación al calendario, atribuye a los representantes de los trabajadores el derecho a ser consultados por los empresarios, y a emitir informe con carácter previo a su elaboración<sup>716</sup>.

#### 3.2. La elaboración del calendario laboral

De la normativa laboral se desprende que es al empresario a quien corresponde elaborar anualmente el calendario, lo cual es lógico, teniendo en cuenta que es el empresario el titular del poder de organización y dirección de la actividad productiva<sup>717</sup>. Ahora bien, para su elaboración el empresario debe, con carácter previo, consultar a los representantes legales de los trabajadores<sup>718</sup>, quienes tienen derecho a emitir informe con carácter igualmente previo<sup>719</sup>, siendo que algún convenio establece un plazo dentro del cual debe emitirse dicho informe<sup>720</sup>.

Este papel de la representación de los trabajadores en la elaboración del calendario, no puede ignorarse aun cuando los convenios no hagan expresa referencia al mismo<sup>721</sup>, siendo que el art. 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. Además, tampoco puede soslayarse alegando la existencia de un pacto entre la empresa y la representación de los trabajadores en cuya virtud la empresa se compromete únicamente a notificar a la representación de los trabajadores los cuadros horarios



por ella confeccionados antes de su publicación<sup>722</sup>. Tampoco parece que pueda sustituirse este informe por una audiencia previa a la representación legal de los trabajadores, tal y como hacen algunos convenios<sup>723</sup>.

Sin embargo, la negociación colectiva puede contemplar requisitos distintos a la elaboración de calendario, que limiten los poderes directivos del empresario<sup>724</sup>. De este modo, no son pocos los convenios que condicionan la aprobación del calendario al previo acuerdo con los representantes de los trabajadores<sup>725</sup>; establecen la elaboración conjunta entre el empresario y los representantes de los trabajadores<sup>726</sup>; otorgan la facultad de elaborar el calendario a la comisión paritaria del convenio<sup>727</sup>, o, incluso, contienen ya el calendario<sup>728</sup>.

Fórmulas más ambiguas se emplean en ciertos convenios, como los Convenios Colectivos de la empresa Nissan (Nissan Motor Part Centre, S.A. <316>; y el de Nissan Motor España <318>). En ellos se dice que el calendario laboral «se estudiará» por la representación legal de los trabajadores y la Dirección, con el objetivo que quede definido antes del 31 de diciembre del año anterior al de su aplicación. En este mismo sentido, cabe hacer referencia al Convenio Colectivo estatal de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (<8>; al Convenio Colectivo estatal de empresas para el comercio de flores y plantas (<38>), y al Convenio Colectivo estatal de empresas minoristas de droguerías, herboristerías, ortopedias y perfumerías (<37>), en los que se dice que se *negociará* –sin señalar si hace falta acuerdo o no– con los representantes leales o, en su defecto, con los trabajadores<sup>729</sup>.

La duda que suscitan este tipo de disposiciones convencionales, que remiten al acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores la elaboración del calendario, consiste en determinar cómo puede fijarse dicho calendario cuando no sea posible alcanzar el acuerdo requerido para ello.

Algunos convenios ofrecen la solución a este problema, siendo las alternativas que ofrecen bien distintas. De este modo, en ciertos convenios se establece la vigencia del calendario presentado en la empresa en tanto no se alcance el necesario acuerdo<sup>730</sup>, o el mantenimiento del calendario vigente en el año anterior<sup>731</sup>, en otros se remite a la eventual resolución judicial<sup>732</sup>; otros remiten a la legislación vigente<sup>733</sup>, y, otros, prevén la intervención de un órgano mediador que resuelva la cuestión<sup>734</sup>. En este último sentido, el Convenio Colectivo de la Corporación Roca, SA, Roca Sanitario, SA y Roca Calefacción SL (<333>), tras señalar que los calendarios laborales se pactarán con los representantes de los trabajadores de cada centro de trabajo, dispone que en caso de desacuerdo se podrá acudir a una mediación del Tribunal Laboral de Cataluña o de la Inspección de Trabajo en Madrid o Sevilla, dentro del mes de diciembre, de solicitarlo cualquier parte; y de no alcanzarse el pretendido acuerdo, la dirección expondrá el 2 de enero el calendario laboral. El Convenio Colectivo para del sector de Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla (<269>) contempla un mecanismo similar, señalando que anualmente se pactará entre la empresa y los delegados de personal el calendario laboral y que, en caso de desacuerdo, se someterá a la comisión paritaria del convenio. De no obtenerse acuerdo en dicho órgano, el

convenio prevé que la cuestión se eleve al sistema extrajudicial de resolución de conflictos laborales en Andalucía a los efectos oportunos.

Sin embargo, no es extraño encontrar convenios que no contemplan una solución al problema que podría surgir cuando un convenio exige el acuerdo entre empresa y representantes para la elaboración del calendario, sin prever soluciones para el caso de que no se alcance el acuerdo requerido<sup>735</sup>. En tales supuestos, y según se desprende de la STS de 26 de junio de 1998 (RJ 1998/5789) la empresa debería instar el procedimiento de modificación de condiciones de trabajo previsto en el artículo 41 del E.T. siempre que el nuevo calendario introdujese variaciones significativas respecto de las condiciones existentes en el año anterior<sup>736</sup>.

### **3.3. La modificación del calendario laboral**

Por otra parte, una vez fijado el calendario conforme a los criterios establecidos, y si bien la finalidad del calendario no es innovar en materia de organización del tiempo de trabajo en la empresa, sino hacer conocidos los aspectos esenciales del régimen horario y de tiempo de trabajo<sup>737</sup>, algunos convenios analizados prevén la posibilidad de que el empresario lo modifique, aunque no siempre de forma unilateral<sup>738</sup>, ya sea por la determinación final de días de apertura comerciales permitidos por las respectivas Comunidades Autónomas, en el caso del sector del comercio<sup>739</sup>, por las necesidades de mercado<sup>740</sup>, por fuerza mayor<sup>741</sup> o, simplemente, cuando así lo estime conveniente el empresario<sup>742</sup>.

En cualquier caso, los convenios que permiten tales facultades al empresario suelen limitarlas, ya sea, como se ha dicho, exigiendo el concurso de una causa, o impidiendo que semejante facultad directiva se ejerza reiteradamente, o ambas cosas a la vez. Así, el Convenio Colectivo de Santana Motor, S.A. (<314<) prevé que, por necesidades de mercado, puedan cambiarse días laborales del calendario establecido, hasta un máximo de tres días al año, por otros libres que serán inhábiles o sábados<sup>743</sup>. El Convenio Colectivo de la empresa Sidenor Industrial, SL (<358<) permite a la empresa modificar el calendario, con un máximo de cuatro cambios dentro del año cuando afecten a instalaciones completas, sin que computen los cambios motivados por fuerza mayor<sup>744</sup>. El Convenio Colectivo del sector de carpintería y ebanistería de la provincia de A Coruña (<240<) permite que el calendario pueda modificarse, por una sola vez, hasta el 30 de abril.

También con esta finalidad limitativa de la facultad empresarial de variar los horarios inicialmente fijados, el Convenio Colectivo estatal de Grandes almacenes (<72<) dispone que si la empresa introduce cambios en los cuadros horarios, las modificaciones en los turnos no podrán suponer variaciones superiores a una hora sobre la que regularmente venga efectuando cada trabajador con respecto a la del año anterior, y sin que esta facultad pueda ser utilizada para transformar la jornada de mañana en una de tarde o viceversa o de continuada a partida. Sobre este particular cabe destacar, en fin, el Convenio Colectivo de NH Eurobuilding (<355<), que proporciona

un criterio definidor de modificación al señalar que no se entenderá por tal la supresión de alguno de los horarios que hubiere establecidos, siempre que ello se deba a razones organizativas o tecnológicas<sup>745</sup>.

### 3.4. El contenido del calendario laboral

Cuestión distinta a las anteriores es la relativa al contenido que debe incluir el calendario laboral. Sobre este tema cabría destacar, como sugiere MONREAL BRINGSVAERD, que la obligación de elaborar y exponer el calendario laboral está necesitada de una interpretación en clave finalista, si se quiere atribuir algún sentido a la misma<sup>746</sup>. Sobre el particular, por un sector de la doctrina se ha señalado que el calendario laboral es un documento que ha dejado de tener sentido en la medida en que aquello que se lo proporcionaba era la obligación, hoy abolida, de supervisión y visado del mismo por parte de la autoridad laboral<sup>747</sup>. Sin embargo su utilidad no se limita a facilitar el control de la legalidad vigente, sino que en la actualidad lo que confiere razón de ser a esta obligación es garantizar que los trabajadores conozcan fehacientemente las obligaciones derivadas del contrato celebrado con la empresa en materia de tiempo de trabajo<sup>748</sup>.

Desde esta perspectiva, la obligación de elaborar el calendario y exponerlo en lugar visible de la empresa enlaza con la obligación contenida en el art. 8.5 del E.T.<sup>749</sup> relativa al deber empresarial de informar por escrito al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato, así como de las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral<sup>750</sup>, entre las que el RD 1659/1998, de 24 de julio, se refiere, a la duración y distribución de la jornada ordinaria de trabajo (art. 2.2.f) y a la duración de las vacaciones y, en su caso, las modalidades de atribución y de determinación de dichas vacaciones (art. 2.2.g), extremos que deben contenerse, como contenido mínimo, en la información que por escrito debe facilitar el empresario a los trabajadores en el caso de que la relación laboral tenga una duración superior a las cuatro semanas.

Estas dos obligaciones persiguen, pues, garantizar que los trabajadores conozcan fehacientemente un extremo de esencial importancia para los trabajadores, cual es el de cuándo éstos van a perder la disponibilidad de su propio tiempo, lo que implicaría la necesidad de que el calendario contuviese un mínimo de información que pudiera reputarse suficiente a estos efectos. Sin embargo, ninguna previsión contiene la actual normativa respecto de cuál deba ser el contenido del calendario laboral, a diferencia de lo que señalaba el art. 4.3 del RD 2001/1983, de 28 de julio. En esta norma se establecía que en el calendario debería figurar el horario de trabajo, así como la distribución anual de los días de trabajo, festivos, descansos semanales o entre jornadas y otros días inhábiles.

Ante esta situación, la STS de 18 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8297) y en un supuesto en el que se plantea si la determinación del horario es contenido obligatorio del calendario laboral que anualmente debe establecer la empresa, se señala que *«es más que dudoso 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»<sup>751</sup>.*

De otra parte, la STS de 14 de febrero de 2007 (RJ 2007/4157) rechaza la interpretación de la sentencia de instancia que entendió que el artículo 34 del E.T. exige que el calendario laboral aprobado por la empresa contemple la distribución anual de los días laborales y la jornada diaria de trabajo. De este modo, en esta sentencia se señala que el contenido del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores no avala esta posición, *«ya que tras establecer que «la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo», señala, que la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en computo anual», o dicho de otro modo, al módulo diario tradicional del cómputo diario de la jornada laboral, el precepto adiciona otros dos módulos, el semanal y el anual. De ahí, que la opción por un módulo anual y la confección de un Calendario Laboral sin que en el mismo conste la jornada diaria, como aquí acontece, sea respetuosa con las señaladas previsiones del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores»<sup>752</sup>.*

Así las cosas, siendo que con la interpretación del Tribunal Supremo el contenido del calendario no tiene por qué recoger necesariamente extremos como el horario o la distribución anual de los días laborales y la jornada diaria de trabajo, parece que efectivamente el requisito de elaborar y exponer en lugar visible el calendario laboral ha quedado reducido a un trámite superfluo. Quizá el hecho de que estos extremos, o su modificación, deban comunicarse por escrito al trabajador, en virtud del art. 8.5 del E.T. y del RD1959/1998, elimine parte de la repercusión negativa para el trabajador de esta circunstancia, pero el incumplimiento de dicha obligación legal no parece marginal<sup>753</sup>, habiéndose reducido las posibilidades de control por parte de los representantes legales de los trabajadores<sup>754</sup>.

Como destaca MONREAL BRINGSVAERD, la falta de previsión del legislador para establecer fórmulas que hagan compatibles la necesidad de proporcionar flexibilidad a las empresas en la determinación del tiempo de trabajo debido, con el derecho del trabajador a conocer los criterios temporales que rigen el cumplimiento de su deuda de actividad, supone que recaiga sobre la negociación colectiva la función de hacer conocidos para todos los trabajadores los criterios reguladores del tiempo de cumplimiento de la prestación laboral<sup>755</sup>.

En este sentido, por lo que se refiere a las previsiones de los convenios colectivos analizados, aquellos que regulan el contenido obligatorio del calendario contemplan contenidos bien variados. Así, mientras algunos convenios se limitan a señalar que el calendario debe contener la duración de la jornada anual<sup>756</sup>, otros son más exigentes al establecer el contenido del calendario, variando enormemente el grado de exhaustividad y precisión exigido.

De este modo, ciertos convenios exigen que el calendario haga referencia a la jornada industrial del año y a los festivos oficiales<sup>757</sup>; otros exigen que el calendario contenga los días de trabajo, pero sin precisión horaria<sup>758</sup>, a lo que algunos añaden que el calendario debe recoger el tiempo total a trabajar diariamente<sup>759</sup>, o los descansos semanales y las vacaciones generales<sup>760</sup>, o los turnos de trabajo<sup>761</sup>. Más precisión exigen los que se refieren a que el calendario debe contener los horarios de trabajo a efectuar por el personal<sup>762</sup>; los días de trabajo, día de descanso, festivos, vacaciones, así como su asignación individual a cada trabajador<sup>763</sup>; el horario de trabajo diario, los días efectivos de trabajo, la distribución de la horas anuales de trabajo así como los descansos y días festivos, en función de la jornada anual pactada<sup>764</sup>; la distribución de la jornada, las aperturas normales y extraordinarias, el horario de trabajo, así como la fijación de los descansos<sup>765</sup>; o la distribución semanal y diaria de la jornada anual, el horario de trabajo para cada tipo de jornada o turnos de trabajo, días festivos, descansos semanales, período de vacaciones oficiales y los cuatro días inhábiles que la empresa reconoce por Navidad<sup>766</sup>.

Sobre esta cuestión, y al margen de subrayar que no son pocos los convenios que carecen de previsiones relativas al calendario, algunos son muy vagos a la hora de señalar el contenido del calendario<sup>767</sup>, y otros, si bien no contemplan referencia alguna al calendario laboral, se refieren a la fijación de cuadros horarios<sup>768</sup>.

### **3.5. La publicación del calendario**

Finalmente, por lo que se refiere al calendario, la normativa exige que se exponga el mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo (art. 34.6 ET), tipificándose la omisión de este requisito como infracción leve en el art. 6.1 de la LISOS. Se trata, con ello, de garantizar la debida publicidad del calendario vigente en la empresa, dando a conocer a los trabajadores los aspectos esenciales del régimen horario y de tiempo de trabajo aplicables.

Los convenios que se refieren a esta cuestión nada suelen añadir sobre este particular, pues o bien ni siquiera hacen referencia al mismo, o tan sólo se limitan a recordar esta obligación<sup>769</sup>. En todo caso, ciertos convenios añaden ulteriores garantías dirigidas a asegurar el conocimiento por todos los trabajadores afectados del calendario aprobado. Así, el Convenio Colectivo de hostelería de A Coruña (<122<) tras recordar la obligación empresarial de exponer el calendario en lugar visible de la empresa, exige que se haga una copia del calendario y que la misma se facilite a la representación de los trabajadores. En el mismo sentido, Convenio Colectivo de hostelería de la Comunidad de Madrid (<132<), en el que se señala que debe darse una copia a la representación legal de los trabajadores para que la exponga en el tablón de anuncios (trasladando así la obligación empresarial a los representantes de los trabajadores). Este convenio añade que en caso de no existir representación, el empresario debe colocar el calendario en lugar visible para que pueda ser consultado por los trabajadores. También en este sentido, el Con-

venio Colectivo de hostelería de Cataluña (<130<) dispone que el calendario deberá exponerse en lugar visible antes del 20 febrero de cada año y, en el caso de apertura de nuevo centro, prevé que el calendario se exponga en los 30 días siguientes a la apertura. Por último, el Convenio único del personal laboral de la Administración General del Estado (<95<) dispone que se deberá exponer un ejemplar del calendario en lugar visible de cada centro, pudiendo acordarse otros instrumentos de publicidad si resultasen necesarios.

#### 4. DETERMINACIÓN DEL HORARIO EN MODALIDADES CONTRACTUALES Y CONTRATOS TEMPORALES<sup>(\*)</sup>

Al igual que ocurre en relación con los aspectos cuantitativos de la jornada, los relacionados con la determinación del horario de trabajo aparecen únicamente como relevantes en algunas modalidades, precisamente las mismas que han sido objeto de consideración en aquel tema.

##### 4.1. Distribución de prestación laboral y formación teórica en el contrato para la formación

Es bastante usual en la negociación colectiva establecer reglas respecto a la distribución de los tiempos formativos y de trabajo en el contrato para la formación. No en vano el segundo párrafo del art. 11.2.e) ET reenvía a los convenios colectivos, siempre que respeten el límite cuantitativo del 15 % de la jornada máxima dedicado formación, el establecimiento del «tiempo dedicado a la formación teórica y su distribución, estableciendo, en su caso, el régimen de alternancia o concentración del mismo respecto del tiempo de trabajo efectivo».

En la concreción de esta regla, se detectan las siguientes líneas de tendencia.

**a)** Un primer grupo de convenios colectivos muestra su preferencia por un sistema altamente flexible. Renuncia, en otras palabras, a organizar la secuencia de trabajo y formación que le permite el art. 11.2.e) ET. Las posibilidades de articular un sistema flexible de distribución del tiempo dedicado a formación son varias. Se reitera la posibilidad de alternar o concentrar el período de formación sin límite alguno<sup>770</sup> o se admite la posibilidad de concentrar con libertad<sup>771</sup> o con el solo límite de no haberse agotado el tiempo de duración del contrato<sup>772</sup>. Lógicamente, en este contexto, a la postre la decisión sobre la secuencia de trabajo y formación se adopta por el contrato individual, como ocasionalmente reconoce algún convenio<sup>773</sup>.

---

<sup>(\*)</sup> Epígrafe redactado por José María Goerlich Peset. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.

b) Lo más normal es, sin embargo, que los convenios intervengan expresamente en la temática, estableciendo criterios respecto a la distribución y articulación del tiempo de trabajo efectivo y el dedicado a la formación teórica. Las posibilidades al respecto son variadas. A veces, el convenio no fija criterios cogentes, y, en este sentido, se aproxima a los que hemos considerado en el apartado anterior. Se diferencia de ellos, sin embargo, en el hecho de que reenvía la determinación de los períodos de formación bien al acuerdo con los representantes de los trabajadores en la empresa<sup>774</sup> bien a la determinación que se haga en el plan de formación existente en ella<sup>775</sup>.

Las más de las veces, por el contrario, es el propio contrato colectivo el que establece los criterios al respecto. Y, si en ocasiones esto se hace de forma marcadamente imprecisa al utilizarse conceptos bastante indeterminados<sup>776</sup> o limitarse el convenio a decantarse por una de las dos alternativas que le abre el art. 11.2.e) ET<sup>777</sup>, en otros casos la cuestión es objeto de mucho mayor detalle bien porque se establece un criterio de distribución de la formación teórica a lo largo de la vida del contrato<sup>778</sup> bien porque se indica un parámetro temporal dentro del cual debe desarrollarse.

Las soluciones para este último sistema, el más extendido en nuestra negociación, son dos. Una es la previsión de la «acumulación de horas en un día de la semana o bien el necesario para completar una semana entera de formación»<sup>779</sup>. La segunda, que garantiza rígidamente la alternancia entre trabajo y formación, parte de la necesidad de cómputo semanal del tiempo dedicado a la formación teórica<sup>780</sup>, llegándose en la mayor parte de los convenios a cuantificar numéricamente el funcionamiento de este cómputo –34 horas de trabajo y 6 de formación– y a prever que «de no cumplirse este requisito, se entenderá, salvo prueba en contrario, que no ha existido formación». En algún caso, incluso se cuantifica<sup>781</sup>.

c) Conviene, en fin, señalar que se detectan reglas respecto a la constancia formal en el contrato del horario dedicado a la formación. Se trata de una concreción del precepto reglamentario que obliga a dejar constancia en el documento escrito en el que se recoja el contrato para la formación «el tiempo dedicado a la formación teórica y su distribución horaria» (art. 11 RD 488/1998, de 27 de marzo)<sup>782</sup>.

## **4.2. La distribución del horario en el trabajo a tiempo parcial**

El problema de la determinación del horario de trabajo es de importancia capital en el trabajo a tiempo parcial en la medida en que su configuración puede incrementar el grado de sujeción temporal del trabajador a su empresa. Por eso, las sucesivas reformas legales de la contratación a tiempo parcial han hecho hincapié en este aspecto, utilizando según su origen criterios diferentes: si la introducida por el RDL 15/1998 había sido extremadamente exigente en este terreno, a raíz de la operada por el RDL 5/2001, tramitado luego como Ley 12/2001, el nivel de exigencia se redujo sensiblemente. De hecho, la redacción del art. 12.4.a) ET introducida en 1998 preve-



ía que en el contrato escrito deberían «figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, la distribución horaria y su concreción mensual, semanal y diaria, incluida la determinación de los días en los que el trabajador deberá prestar servicios», mientras que la actualmente vigente que arranca de la reforma de 2001 se limita a exigir que figuren «el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas y su distribución».

En este contexto, cabría pensar que la negociación colectiva ha de dedicar cierta atención a la determinación del horario del contrato a tiempo parcial, a fin de intentar armonizar las expectativas empresariales de utilización flexible de este tipo de prestaciones con las de los trabajadores de mantener su dependencia temporal razonablemente limitada en razón del menor rendimiento retributivo de esta modalidad. Lo cierto es, sin embargo, que la cuestión no ocupa el lugar que sería lógico esperar. Con la excepción de algunos sectores en los que el trabajo a tiempo parcial se ha de encontrar muy extendido, el análisis de la negociación no parece mostrar un excesivo interés.

En todo caso, las tendencias que se detectan son las siguientes.

**a)** Se advierte, desde luego, un claro predominio del sistema legalmente vigente, sin que se haya retornado al sistema más rígido consagrado en el 1998. De hecho, la cláusula de estilo que parece extendida en relación con el contenido del documento escrito indica que «en los contratos a tiempo parcial se deberá especificar el número de horas a realizar al día, al mes o al año, así como su distribución en los términos del presente convenio»<sup>783</sup>. Incluso se detecta algún convenio que va más allá en este terreno, haciendo referencia únicamente a la necesidad de hacer constar la «distribución de manera orientativa»<sup>784</sup>.

**b)** Este predominio del sistema de determinación más flexible implantado a raíz de la reforma de 2001 permite deducir que, en la práctica, se van extendiendo sistemas de trabajo a llamada. En la negociación se detecta, además, que este fenómeno va acompañado del establecimiento de una serie de garantías adicionales a favor de los trabajadores, en forma de limitaciones a las posibilidades de determinar individualmente el horario. Las reglas en este terreno son variables si bien presentan como denominador común la existencia de un control colectivo sobre la determinación del horario bien porque el convenio colectivo establece algunos criterios sobre el particular bien porque se prevé que los mismos sean objeto de fijación en acuerdo de empresa.

Por supuesto, en aquellos sectores en los que el trabajo a tiempo parcial está muy extendido la regulación del convenio colectivo es más detallada. Tal ocurre en el convenio de grandes superficies. Si bien viene encabezado con una declaración general similar a la que se ha indicado en el apartado anterior («se especificará en los contratos de trabajo a tiempo parcial el número de horas a realizar al día, al mes o al año, así como su distribución en los términos del presente convenio»), se establece una regulación garantista



adicional, mediante la determinación de franjas horarias dentro de las cuales debe desarrollarse la prestación. Estas franjas deben quedar fijadas «en el contrato de trabajo, en las ampliaciones temporales y en el pacto de horas complementarias», existiendo además criterios, aunque sean «a título indicativo», para la delimitación de tales franjas<sup>785</sup>. Las franjas horarias, en algún caso, vienen concretadas en el propio convenio colectivo, fijándose momentos iniciales y finales de las jornadas a tiempo parcial en función del turno en el que se desarrollen.

Otro sistema frecuente de delimitación de las posibles concreciones del horario viene determinado por el establecimiento de criterios que tienden a imponer la jornada continuada. Esta preferencia por la prestación continuada se concreta, en negativo, en que no se han encontrado convenios que permitan establecer posibilidades de interrupción de la jornada por encima de las legales tal y como expresamente permite el Estatuto de los Trabajadores. En positivo, aunque es verdad que no existen convenios que prohíban completamente la previsión de jornadas partidas en el contrato a tiempo parcial, sí que se detectan los que establecen restricciones a su establecimiento. A veces, se establece un criterio general de que la ejecución de la jornada «será preferentemente continuada» salvo necesidades organizativas<sup>786</sup>, precisándose que, si concurren, cabrá un solo fraccionamiento<sup>787</sup>. En otras ocasiones se restringe el fraccionamiento de la jornada a los casos en los que la prestación diaria alcance una cierta entidad<sup>788</sup>.

Existen, por último, garantías de tipo formal, relacionadas, en algún caso, con la necesidad de dar publicidad previa a la distribución horaria<sup>789</sup> o con la intervención de los representantes de los trabajadores en ella. En este último sentido cabe destacar la regla vigente en el sector químico que exige la fijación pormenorizada del horario —en línea con las exigencias de 1998— «salvo que la distribución del tiempo de trabajo para los trabajadores con CTP esté acordada en la empresa con los representantes de los trabajadores»<sup>790</sup>.

## Notas

<sup>780</sup> STS 22 de julio de 1995 (RJ 1995/6325).

<sup>781</sup> En este sentido, ROMAN DE LA TORRE, M.D., «La fijación del horario de trabajo», en AA.VV. *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, 1991, p. 584. También ALARCÓN CARACUEL M.R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid, 1998, p. 134.

<sup>782</sup> Las cuestiones de distribución semanal o anual de la jornada serán, pues, cuestiones de *jornada* pese a que puedan entenderse como un aspecto cualitativo o distributivo y no cuantitativo. Sobre estos dos aspectos de la jornada de trabajo, *vid.* MARTÍN VALVERDE, A., «Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo» en AA.VV. *Estudios sobre la jornada de trabajo*, *cit.*, pág. 685. También, FITA ORTEGA, F., *Límites legales a la jornada de trabajo*. Valencia, 1999, p. 27.

En este mismo sentido, MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo: Ley y Convenio Colectivo*. Madrid, 2005, pp. 208 y ss., donde subraya que la pretensión empresarial de modificar los días semanales de trabajo para hacer de domingos y festivos días laborables normales ha sido considerada, de forma satisfactoria, como cuestiones relativas a la modificación de la jornada en las STSJ de Cantabria de 15 de enero de 1999 (AS 422) y STSJ de Cataluña de 26 de

junio de 1998 (AS 6422). En todo caso cabría argumentar que los supuestos contemplados en estas sentencias estarían haciendo referencia igualmente a un aspecto cuantitativo (número de días laborables a lo largo de la semana) por lo que su reconducción al concepto de jornada resulta más sencillo.

En cuanto a la posible configuración de la distribución semanal de la jornada como una cuestión horaria o de jornada, véase igualmente EZQUERRA ESCUDERO, L., *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*. Barcelona, 2006, p. 144, donde también se citan sentencias que contemplan la cuestión sea en términos de horario (STSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2003, AS 674) que de jornada (STSJ de Castilla y León de 5 de mayo de 1998, AS 3510). Este autor remite el concepto de horario a la colocación de la jornada en el escalón diario (*ibidem*, p. 464) si bien incluye asimismo en dicho concepto la determinación de los días concretos –no de su número– en los que se debe prestar servicio (*ibidem* p. 466).

<sup>583</sup> Sobre la identificación del horario de trabajo, al «cuándo» debe llevarse a cabo la prestación debida, frente al «cuánto» que identifica la jornada, véase EZQUERRA ESCUDERO, L., *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*, cit., pp. 459 a 462.

<sup>584</sup> El que ello sea así quizá se deba a la mayor relevancia y trascendencia que presenta la jornada frente al horario, ya que como destaca la STS de 22 de julio de 1995 (RJ 1995/6325), de entre los conceptos de jornada y horario «... 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. Por consiguiente, en el radio de acción en que se mueven estos dos conceptos, hay, en principio, una cierta supeditación o subordinación del horario a la jornada...».

<sup>585</sup> Así sucede en buena parte de los convenios consultados, si bien es de destacar que en un número nada insignificante de los mismos no se encuentra referencia alguna a cuestiones de horario, cuya determinación queda, de este modo, en manos del empresario, siendo que el convenio se limita a establecer la jornada anual de trabajo.

<sup>586</sup> Sobre este particular destaca GONZÁLEZ BIEDMA cómo la intervención legislativa ha ido perdiendo peso en los aspectos de la regulación del tiempo de trabajo que resultan menos trascendentes, si bien se ha mantenido en aquellos aspectos sustanciales para preservar los fines perseguidos con aquella, en consonancia con la tendencia dirigida a ir dejando cada vez mayores espacios a la negociación colectiva en búsqueda de flexibilidad y adaptabilidad. «Entre el “cuanto” de la jornada, y su “distribución”, ha flexibilizado su intervención en lo segundo –a favor de la autonomía colectiva– pero no en lo primero». GONZÁLEZ BIEDMA, E. «La jornada» en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 100, marzo/agosto 2000, p. 729.

<sup>587</sup> Así lo subraya MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo: Ley y Convenio Colectivo*, cit., p. 212.

<sup>588</sup> De este modo, como gráficamente dispone el <106>, la empresa organizará los horarios conforme a sus necesidades, sin que se admita en ningún caso la jornada reducida o media jornada. En sentido similar, <53> prevé la jornada continua, con un máximo de seis horas diarias y cuarenta y ocho de descanso ininterrumpido a la semana, salvo en aquellos centros donde este horario no garantice la prestación de servicios. En parecidos términos, <54> que dispone que la jornada continua no se aplicará en aquellos centros en los que con la misma no se garantice el servicio adecuado, pudiendo establecerse turnos para alcanzar este objetivo.

En sentido similar, y con respecto al sector servicios, el <6> prevé que, dada la peculiaridad del sector, que exige permanente actividad para la atención del servicio, las empresas tienen plenas facultades para establecer turnos y horarios del personal respetando disposiciones legales y convencionales. En parecidos términos, <2> y <8>, que faculta a las empresas para organizar el trabajo de acuerdo a las necesidades del servicio, permitiendo establecer los correspondientes turnos entre el personal para asegurar la atención preventiva y real.

<sup>589</sup> Es el caso del <3>. También el <109> que tras establecer con carácter general la jornada partida (salvo en el caso de empresas que mantuviesen la jornada continua que viniesen ya aplicando) prevé que en el ámbito de la empresa se puedan acordar otras distribuciones horarias

diferentes, continuadas y/o partidas mediante negociación colectiva a través de acuerdo o convenio y conforme a los criterios y pautas fijadas por el propio convenio.

La admisibilidad de que el convenio colectivo configure como disponibles las disposiciones relativas a horario ha sido avalada por el TS en sentencia de 5 de junio de 1995 (RJ 1995/4753).

<sup>590</sup> Así lo recogen, entre otros, el <26<; <39<; <347<; <365<; o el <200< en los que se recuerda que dicha facultad empresarial debe respetar, en todo caso, la jornada establecida en el convenio y disposiciones legales. En el mismo sentido, el convenio <195<, que establece la libertad de la empresa para fijar el horario de ciertas secciones (oficinas de ventas, parque de maquinaria y personal adscrito a vigilancia, mantenimiento y sostenimiento de inmuebles) con objeto de ajustar los horarios a las necesidades del servicio. Igualmente, el <46< dispone que la determinación de horarios queda en manos de la empresa, la cual debe establecerlos coordinando los de los respectivos servicios para el más eficaz rendimiento. En sentido similar, <282< atribuye a la empresa la fijación de los horarios de acuerdo con las necesidades del servicio. El <114< reconoce la facultad privativa de la empresa de fijar los horarios, pudiendo organizar turnos y relevos, así como cambiarlos cuando lo estime necesario o conveniente, sin más limitaciones que las fijadas por la ley. Por último, el <128< dispone que la fijación del horario es facultad de la empresa, que deberá informar de los mismos al Comité de Empresa o los representantes del personal. Sin embargo añade que para el caso de discrepancias entre las partes, se acuda a lo previsto en la normativa legal, previéndose la posibilidad de instar la mediación de la autoridad laboral siempre que haya acuerdo de las partes en ese sentido.

<sup>591</sup> <351<, o <352< en el que se dispone que, habida cuenta de las peculiaridades del funcionamiento de la actividad de la empresa, ésta fijará los horarios de trabajo con la flexibilidad necesaria para un completo y eficaz funcionamiento, estando facultada para establecer los turnos de trabajo necesarios y adscribir a las personas a los mismos. En igual sentido, el <46<, tras disponer que la determinación de horarios queda en manos de la empresa, reconoce como facultad privativa de la empresa la organización de los turnos y relevos y su modificación cuando lo crea necesario y conveniente, si bien señala que en caso de que el cambio de turnos y relevos supusiese una modificación sustancial habrá que estar a lo dispuesto en el 41 del ET.

<sup>592</sup> Es el caso del <108<; <338< o del <228<, que remite a dicho acuerdo la determinación de si el horario a seguir en la empresa será continuo o partido, por turnos, rígido o flexible. El <311< establece que los horarios de trabajo se aprobarán por acuerdo entre la empresa y el Comité Intercentros, debiendo recogerse en un calendario básico que contenga, además, el calendario de días laborales anuales. También el <81<; <182<; <268<; <315<; <345<; recogen la elaboración conjunta, con el Comité de Empresa o Delegados de Personal, de los horarios de trabajo (incluso del calendario, en el caso del <315<). Igualmente remite al acuerdo sobre horario en cada centro de trabajo el <338<. También en estos términos parece manifestarse el <70<, si bien de modo más confuso, pues tras afirmar que es facultad de la empresa la fijación de horarios y turnos de trabajo, se señala que *«tanto para establecer horarios y turnos como para modificarlos se deberá negociar y acordar con el Comité de Empresa o Delegados de Personal dicha modificación»*.

<sup>593</sup> Así, el <278<, que dispone que la empresa, de acuerdo con los representantes de los trabajadores o los propios trabajadores cuando aquellos no existan, será la que fije los horarios a tenor de las necesidades del servicio. En sentido similar, el <87< dispone que el horario se fija mediante acuerdo de los mediadores con la representación legal de los trabajadores o, en su defecto, con los propios trabajadores, distribuyendo las 1736 horas efectivas de trabajo entre los días efectivamente trabajados como consideren más conveniente sin perjuicio de que puedan pactarse en casos concretos horarios flexibles de trabajo con los límites legales en cuanto jornada anual, semanal y diaria.

Un particular mecanismo de intervención de los trabajadores en la fijación de los horarios se puede encontrar en el <132<, donde se atribuye la fijación de horarios a la empresa, que deberá fijarlos previa intervención del comité de empresa o delegados de personal, quienes dispondrán de diez días para consulta al personal.

<sup>594</sup> Es el caso del <62<. También el <43<, que tras reconocer que corresponde a la dirección de la empresa la fijación de los horarios, dispone que ello se haga *«combinando en lo posible los deseos del personal y las necesidades de la producción»*.

<sup>595</sup> En este sentido, el <271> dispone que dadas las características de las instituciones sujetas al convenio (personal sanitario de Galicia) la dirección de la institución establecerá el horario a tenor de las necesidades del servicio luego de negociación con los representantes de personal.

<sup>596</sup> <373>.

<sup>597</sup> Esta evidente circunstancia viene poniéndose de manifiesto por parte de la doctrina. En este sentido, por todos, MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, cit., p. 208. En la doctrina judicial esta circunstancia se destaca, entre otras, en la STSJ de La Rioja de 15 de noviembre de 1995 (AS 1995/4246) que, si bien en un supuesto de modificación de horario a instancias del empresario, se refiere a derechos de los trabajadores, amparados en la Constitución, que pueden verse afectados (el derecho a recibir educación; a la promoción; a la utilización adecuada del ocio; el acceso a la cultura y la protección de la familia y la atención de los hijos).

<sup>598</sup> Así, por ejemplo, el <378>, que dispone que el establecimiento y ordenación de horarios y turnos es competencia de la empresa, previo acuerdo con la comisión paritaria del convenio, «*teniendo en cuenta que la turnicidad y rotación son necesarios a la propia actividad de la empresa*». <369>, en el que se señala que la fijación de horarios lo realiza la empresa de mutuo acuerdo con los representantes de los trabajadores «*según las necesidades del servicio*». También en este sentido, el <95> señala que la fijación del horario y turno de trabajo estará en función de la naturaleza del puesto y de las funciones del centro de trabajo, y se determinará a través del calendario laboral que con carácter anual se apruebe previa negociación con la representación legal de los departamentos y organismos afectados de conformidad con el art. 34 ET. Igualmente, el referido <271> que dispone que dadas las características de las instituciones sujetas al convenio (personal sanitario de Galicia) la dirección de la institución establecerá el horario a tenor de las necesidades del servicio luego de negociación con los representantes de personal.

<sup>599</sup> Pudiera ser el caso del <378>, que dispone que el trabajador debe conocer, con carácter general, la planificación de horarios mensuales de actividad con una antelación mínima de cinco días al inicio del mes. También del <99>, que recoge el derecho de los trabajadores a tiempo parcial a conocer sus horarios, como mínimo, el miércoles de la semana anterior. Otros convenios ofrecen plazos más amplios. Así, tres meses de antelación es el plazo mínimo que contempla el <345> para que el trabajador conozca su cuadrante definitivo. Cuatro semanas en el caso del <352>, que prevé que los días de descanso y los horarios deberán ser conocidos por el trabajador con esta antelación mínima, «*salvo que por circunstancias objetivas, que deberán ser razonadas, no pudieran fijarse con tal antelación o, una vez fijados, tengan que ser variados durante el período a que corresponden*».

<sup>600</sup> <347>, que prevé, para el caso de que los horarios no puedan completarse con personal voluntariamente adscrito, que la empresa plantee la cuestión a la representación de los trabajadores, para la integración total de tales horarios. También el <375>, que encomienda a la comisión que se crea por él, integrada por doce miembros del Comité Intercentros y otros tantos de la empresa, la concreción de soluciones alternativas en caso de no cubrirse voluntariamente las necesidades de jornada partida para técnicos y administrativos.

<sup>601</sup> Un ejemplo de ello es el <345>, donde se excluye el criterio de voluntariedad en la elección de la jornada al colectivo de trabajadores del área informática, al cual, dada la necesidad de atender el servicio, se le impone el régimen de turnos.

<sup>602</sup> Sobre las distintas modalidades horarias posibles y su conceptualización, véase, MONREAL BRINGSVAERD, E, *La jornada de trabajo...*, cit., p. 212, donde alude al horario fijo variable, al horario flotante, horario variable, y al horario flexible variable.

<sup>603</sup> El <362> o el <345>, entre muchos otros, constituyen un ejemplo de ello

<sup>604</sup> <348> que, estableciendo un sistema de jornada partida salvo en verano, fija un tramo flexible de diez minutos a la entrada y salida en el bloque horario de la tarde. En caso de la jornada continua de verano, el régimen de flexibilidad se establece en 15 minutos; <335>, que establece igualmente un margen de flexibilidad de 15 minutos en los supuestos de jornada continuada; <326> y <336> que fijan una flexibilidad de media hora en la hora de entrada y de sali-

da. El <311> establece, para los trabajadores del servicio diurno, una banda de sesenta minutos de flexibilidad horaria; mismo margen que el previsto en el <376> para el personal de ingeniería y oficinas. <342>; <322> y <360> fijan igualmente una flexibilidad de una hora, si bien este último establece franjas distintas en función de los diversos centros de trabajo.

<sup>605</sup> Sobre esta diferenciación entre horario rígido y flexible, ALFONSO MELLADO, C.L., GARCÍA ORTEGA, J. *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1994, p. 61. Igualmente, BODAS MARTÍN, R., *La jornada laboral*, Madrid, 2002, p. 71

<sup>606</sup> Así, en el caso del <304>, que establece una flexibilidad diaria de hasta siete minutos para efectuar la entrada al trabajo.

<sup>607</sup> Ello se aprecia con claridad en el <335>, que admite una tolerancia de cinco minutos en la hora de entrada al trabajo.

<sup>608</sup> En este sentido, STSJ de Murcia de 17 de octubre de 2005 (AS 2006/1110), relativo a una trabajadora con horario flexible y que la empresa despide alegando faltas de puntualidad.

<sup>609</sup> Es el caso del <330> o del <363>, que prevé una jornada partida con régimen de horario flexible para el personal de oficina.

<sup>610</sup> Así, el <364> establece el régimen de horario flexible para quienes estén sujetos a una jornada partida. <354> prevé una jornada de trabajo flexible en los departamentos de comedor y de cocina-office, en función de las exigencias del servicio derivadas de la actividad propia de cada establecimiento.

<sup>611</sup> En este sentido, <368>, que prevé que con carácter excepcional y personal pueda adoptarse el régimen de horario flexible para casos singulares, teniendo en cuenta especialmente la necesidad de conciliar vida laboral y familiar. En todo caso, este convenio no solamente limita el régimen de horario flexible para estos supuestos.

Sobre convenios que establecen la flexibilidad horaria por estos motivos y los límites de su aplicación, véase la STSJ de Navarra de 8 de octubre de 1998 (AS 1998/4048) y la STSJ de Cataluña de 3 de noviembre de 2004 (JUR 2004/7697).

<sup>612</sup> En este sentido cabe destacar el <344>, que implanta el horario flexible si bien permite que la dirección de la empresa pueda modificar este régimen horario, oídos los representantes de los trabajadores y notificándolo a los empleados afectados, cuando el desempeño eficaz de una ocupación no resulte compatible con el horario flexible.

<sup>613</sup> En este sentido, el convenio establece que si la petición es denegada, esta denegación deberá motivarse, debiendo referirse los motivos a las dificultades para el normal desarrollo del trabajo derivadas de la concesión de ese régimen de trabajo flexible.

<sup>614</sup> El <46> y <85> prevén igualmente la prolongación de la jornada por tiempo imprescindible en caso de trabajos de puesta en marcha o cierre de los demás. Con idéntica finalidad de hacer factible el proceso productivo, el <305> y el <324> contemplan la obligación de los amasadores de entrar media hora antes del comienzo de la jornada con el fin de que las masas estén preparadas para que se pueda iniciar el trabajo.

<sup>615</sup> Este convenio prevé, por lo demás, que la prolongación de jornada se compense con descanso, a disfrutar en los meses de enero, febrero, agosto y septiembre, a libre elección del trabajador, quien solamente deberá preavisar con siete días de antelación.

Otro convenio en el que se establece previsiones similares es el <102> donde se establece, en este sentido, que para cubrir necesidades imprevistas se realizará una oferta a la plantilla para que voluntariamente se atiendan, y si no hubiera voluntarios el convenio prevé la utilización de la bolsa de horas flexibles, de las que podrá utilizar hasta cuatro sábados al año por trabajador. El convenio establece que tales horas se compensan doblemente: por cada hora trabajada se compensa con una hora de descanso y con una retribución equivalente a una hora ordinaria.

<sup>616</sup> Así se reconoce expresamente en el <317>, que prevé la posibilidad de ampliaciones de jornadas en ciertas dependencias para atender a las necesidades técnicas, organizativas y productivas que puedan surgir. Igualmente se contempla esta posibilidad de ampliación de jornada como consecuencia del adelanto de la hora de entrada en el <289>, que recoge el compromiso de los trabajadores a alterar el horario de entrada al trabajo, a requerimiento por la empresa, en un máximo de cuatro horas, con excepción de alteraciones sufridas por fuerza mayor, cor-

te de fluido eléctrico etc. Como compensación, las empresas que adelanten el horario antes de las cuatro de la mañana abonarán a los afectados unas compensaciones económicas. En similares términos, el <298>, que tras señalar que la jornada inicia a las 4.00, permite que pueda adelantarse hasta las 22.00, percibiendo e trabajador una compensación económica por ello. El <299> dispone que el personal que anticipe la entrada al trabajo por exigencias de la empresa y libre determinación del productor antes de las 4.00 de la mañana, y sin rebasar las 0.00 horas, tiene derecho a una compensación económica cuyo objeto es compensar la penosidad que supone el trabajo nocturno. También el <294> prevé posibilidad de adelanto de la hora de entrada, señalando que cuando ello suponga adelantar horario antes de las dos deberá realizarse de común acuerdo entre la empresa y los trabajadores.

<sup>617</sup> Cabe destacar que no todos los supuestos a los que se ha hecho referencia anteriormente tendrían cabida dentro de esta cobertura legal. Así, en el caso de los convenios <11>, <102>, <107> o <317>.

<sup>618</sup> A pesar de lo que pudiera deducirse de la literalidad de la opción entre jornada partida o jornada continua, la misma no hace referencia a una cuestión de jornada, sino de horario, pues no se trata de la fijación del número diario de horas a realizar, sino del modo de su distribución diaria.

<sup>619</sup> Como señala EZQUERRA ESCUDERO, la jornada continuada (en su terminología «*jornada intensiva*») es aquella que se produce en unidad de acto, de forma continuada y sin descansos intermedios que sean relevantes. EZQUERRA ESCUDERO, L., *Tiempo de trabajo...*, cit., p. 487.

<sup>620</sup> Sobre esta diferenciación entre jornada continuada y jornada partida, ALFONSO MELLADO, C.L., GARCÍA ORTEGA, J. *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, cit., p. 61.

La jornada partida (o, en terminología de EZQUERRA ESCUDERO, «*jornada extensiva*») es aquella que se distribuye a lo largo del día con importantes descansos internos que hacen que desde que se inicia hasta que se acaba la jornada diaria, la duración total bruta (tiempo de trabajo y descansos) sea superior a la intensiva. EZQUERRA ESCUDERO, L., *Tiempo de trabajo...*, cit., p. 487.

<sup>621</sup> Seis horas, con carácter general, y cuatro horas y media si se trata de trabajadores menores de 18 años.

<sup>622</sup> Así el <121>; <132>; <135>; <378>, <379>, <128>; <124>; <178>; <62>; <165>; <168>; <171>; <172>, disponen que no cabe partir la jornada más de una vez al día.

<sup>623</sup> <273> que establece que en caso de jornada partida ésta no podrá realizarse en más de dos períodos distintos, exigiendo que los dos periodos en que divida la jornada sean diurnos.

<sup>624</sup> En este sentido, el <14> señala que cuando se acuerde la jornada partida la actividad vendrá agrupada en dos bloques como máximo, debiendo ser los mismos homogéneos.

<sup>625</sup> Así, por ejemplo, el <124> dispone que en caso de fijarse un régimen de jornada partida los turnos serán de máximo seis horas y, mínimo, de dos. El <128> establece que ninguna de las dos fracciones de jornada en que, como máximo, cabe partir la jornada, puede exceder de cinco horas. El <130> establece que la duración máxima de cada bloque no puede ser superior a cinco horas ni inferior a tres.

<sup>626</sup> Entre otros muchos: <14>; <44>; <57>; <60>; <100>; <105>; <108>; <121>; <124>; <165>; <305>; <209>; <210>, <320>; <335>.

<sup>627</sup> Así, el <309>, que establece la jornada continua para el personal técnico-administrativo; el <335> que fija la jornada continuada para el personal administrativo; o el <298> que prevé la jornada continua para el personal de oficina.

<sup>628</sup> En este sentido: <210>, que reserva la jornada continua a quienes presten sus servicios en almacenes u oficinas de funcionamiento autónomo con respecto a la venta; <101>, establece la jornada continua para el personal de montaje; <376>, contempla la jornada continua para el personal de ingeniería, oficinas y ventas, si bien solamente los viernes; <363>, que prevé el régimen de jornada partida para el personal de oficinas.

<sup>629</sup> <354> que prevé el régimen de jornada continuada para el Parador de Las Cañadas.

<sup>630</sup> <359> que para los puestos en los que se establece el régimen de trabajo a turnos se prevé la jornada continua, mientras que para el resto se prevé, con carácter general, la jornada

partida. En este mismo sentido, <376>, que prevé la implantación del régimen de trabajo a turnos para las unidades que requieran atención permanente.

<sup>631</sup> Así, contemplan la jornada continua de forma obligatoria en caso de jornadas a tiempo parcial, y siempre que la jornada no exceda de cuatro horas, el <215> o el <230>. También el <120>, que dispone que en caso de que la jornada diaria sea de cuatro o menos horas, ésta no podrá ser partida, salvo acuerdo expreso en sentido contrario o pacto vigente con anterioridad a la entrada en vigor del propio convenio.

<sup>632</sup> Claramente, en este sentido, <336> que permite la implantación de la jornada continua siempre que se garanticen las necesidades del servicio. También el <23>, que establece la jornada continua en los centros de trabajo con necesidad de atención ininterrumpida a los clientes (grandes superficies comerciales y Centros Comerciales) y la jornada partida para aquellos centros de trabajo que no requieran tal necesidad. Igualmente, <18>, en el que se establece que las empresas puedan establecer horarios, continuados o no, distintos para el personal directivo y auxiliar del mismo (incluidos chóferes) en el mínimo que precise, y para el personal de producción (gestores, visitantes) así como adecuar el horario de servicio al público y, por tanto, el mínimo de personal indispensable para prestarlo, al que tengan otras entidades o establecimientos no bancarios de análoga función. Sobre esta cláusula se pronunció la STS de 9 de noviembre de 1998 (RJ 1998/8918) reconociendo expresamente su legalidad.

En este mismo sentido, <121>, que tras declarar que la jornada puede ser partida o continua, dispone que la empresa pueda aplicar cada una de las jornadas, en función de las necesidades organizativas o de producción, con un preaviso al trabajador afectado de quince días, salvo caso de urgente necesidad.

<sup>633</sup> Peculiares, en este sentido, resultan las previsiones del <87> y del <109>, donde se prevé que en los casos en los que el convenio suponga un cambio de horario, de modo que resultara una coexistencia de varios regímenes horarios, el trabajador pueda, durante un plazo máximo de seis meses desde que tenga lugar el cambio, solicitar reincorporación al régimen de jornada anterior si todavía existiera en la empresa. Ambos convenios prevén que la solicitud pueda hacerse una vez transcurrido el periodo de seis meses si concurrieran en el trabajador necesidades justificadas, singulares y graves que así lo requieran.

<sup>634</sup> El <284>; el <309>; o el <375>, entre otros, prevén un plus de jornada partida.

<sup>635</sup> Es el caso del <365>, que contempla ese compromiso en la negociación del futuro convenio. También el <354>, que establece que allá donde se pueda implantar la jornada continuada, la empresa y los representantes de los trabajadores deberán estudiar la posibilidad de proporcionarla.

El <165> recoge, como principio, que se tenderá a favorecer la implantación de la jornada continuada, previendo que en dos meses desde la firma del convenio se reúna la dirección de la empresa con los representantes del personal para estudiar las posibilidades de implantación.

<sup>636</sup> <379>, según el cual solamente será posible fijar una jornada partida por semana, siendo que si por razones organizativas debiese sobrepasarse tal límite, deberá recabarse la opinión de la comisión paritaria del convenio.

<sup>637</sup> <352>, que exige, en estos casos, la previa audiencia del comité de empresa.

<sup>638</sup> Es el caso del <46>, que, para el caso de que la empresa deniegue la petición, exige un informe razonado. También el <24>, que dispone que en caso de que la empresa no acceda a la petición, los trabajadores podrán acudir a la jurisdicción social conforme a lo dispuesto en el art. 41 del ET, previsión esta última que resulta de difícil comprensión toda vez que el referido precepto lo que regula es la modificación de la jornada a instancias del empresario y no de los trabajadores.

<sup>639</sup> <87>; <109>; <345>; <378> y <379>. El <338> prevé una pausa de una hora, al igual que el <348>, si bien este último expresamente se refiere a la posibilidad que se pacte una interrupción de dos horas. El <335> prevé una interrupción de entre 45 minutos y dos horas. El <128> y el <223> establecen que en caso de jornada partida la duración mínima de la interrupción sea de dos horas. El <172> dispone que la interrupción no puede ser inferior a dos horas, salvo que la empresa cuente con comedor, en cuyo caso se rebaja la duración mínima de la interrupción a una hora. En parecidos términos, el <120> dispone que el período mínimo de des-



canso entre los dos bloques de jornada sea de una hora siempre que se realice la comida en el centro de trabajo, siendo de dos en otro caso; mientras que el descanso máximo será de cuatro horas. El <108> dispone que si la jornada es partida el descanso mínimo será de dos horas y media. El <14> señala la jornada partida cuando haya un descanso de una hora como mínimo y tres como máximo. El <165> prevé que el período de interrupción no puede ser inferior a una hora ni superior a tres. El <168> establece un límite máximo de cuatro horas a la interrupción, si bien permite que se alcance algún acuerdo con los representantes de los trabajadores para buscar otra fórmula distinta para realizar la partición de la jornada. El <171> dispone, igualmente, que no pueda partirse la jornada en más de una ocasión, sin que la interrupción entre los dos bloques de jornada pueda ser inferior a una hora ni superior a tres. El <130> señala que la duración de la pausa no puede ser inferior a una hora y media.

<sup>640</sup> <378>.

<sup>641</sup> <345> o <349>, que contempla la compensación por jornada partida cuando no exista comedor de empresa. El <108> prevé la ayuda alimentaria a quienes presten servicios de vigilancia en cajas de ahorro y bancos en horario de atención al público en jornada continuada de 8.30 a 16.45. El <270> recoge el derecho a almuerzos o cenas a precio reducido para quienes tengan que efectuar estas comidas en el centro de trabajo en virtud del horario de trabajo. Igualmente, el <275> prevé el derecho a hacer uso del servicio de comedor a precios reducidos para el personal a jornada partida, siempre que ello se haga fuera de las horas de trabajo y en el comedor de personal del centro de trabajo.

<sup>642</sup> Así, el <378>, que limita el horario continuo a no menos de seis horas ni más de nueve. El <23> señala, como requisitos que deben respetarse en la implantación de la jornada continua, que la jornada será de lunes a sábado, descansando domingos y festivos, y siendo la jornada máxima del sábado de 6 horas ininterrumpidas.

<sup>643</sup> Como sinónimos se emplean estos términos en la STSJ Aragón 4 de octubre de 2001 (JUR 2001/329301). Idéntica conclusión cabría extraer del <346>, que habla de jornada continuada de verano. Esta circunstancia se evidencia claramente en EZQUERRA ESCUDERO, que se refiere a la jornada continuada como «*jornada intensiva*». EZQUERRA ESCUDERO, L., *Tiempo de trabajo...*, cit., p. 487.

<sup>644</sup> En este sentido se utiliza la expresión jornada intensiva en la STSJ Asturias 13 de enero de 2006 (AS 2006/3105). Igualmente en el <95>; <239>; <376>; <342> o <348>.

<sup>645</sup> Es el caso del <35>; del <185>; del <331>; o del <346>, que en época estival prevé una jornada continuada de siete horas, frente a la jornada partida de ocho horas y quince minutos del resto del año. También el <368>, que reduce la jornada de los viernes de verano en media hora y la contempla como jornada continuada, frente a la jornada partida de invierno.

Por este motivo en algún convenio se habla de jornada *reducida* de verano (<362>; <316> y <318>, siendo que los dos últimos la contemplan únicamente para quienes el personal que hubiese disfrutado de la misma hasta la fecha de la firma del segundo convenio de la empresa).

<sup>646</sup> Así, el <230>, la prevé durante los meses de julio, agosto y septiembre. El <233>, el <200> y el <317> la establecen del 1 de julio al 15 de septiembre. El <376>, la establece del 15 de julio al 15 de septiembre. El <7>; <224>; <331> y el <344> establecen la jornada continua durante los meses de junio a septiembre. El <239> la prevé para el personal administrativo del 21 de junio al 21 de septiembre. El <10>; <378> y el <349>, la contemplan desde el 15 de junio al 15 de septiembre. Desde el 15 de junio al 14 de septiembre, y para el personal de oficinas, la prevé el <198>. El <348> la establece desde el 25 de junio al 10 de septiembre, así como para los días 24 y 31 de diciembre. El <185> la fija de mayo a agosto. Del 16 de junio al 15 de septiembre, <342> y del 21 junio al 22 de septiembre, de 8.00 a 15.00, el <87>.

<sup>647</sup> <101>; <331>; <349>; <377>, si bien solamente para el personal de jornada partida y no sujeto a régimen de turnos.

<sup>648</sup> <35>; <348>. El <344> la prevé del 24 de diciembre al 6 de enero.

<sup>649</sup> <378> realizándose en tres días continuados, dos de ellos en sábado y domingo, y cuya duración será de 27 horas semanales. <379> realizándose en tres días continuados, dos de ellos en sábado y domingo, y el tercero en viernes, o lunes, o festivo intersemanal.



<sup>650</sup> <7<, para el personal administrativo y de laboratorio. <10<, para el personal de administración. <239<, para el personal administrativo; <189<, para el personal de oficinas. El <200< reconoce la jornada continuada en los meses de verano para las oficinas centrales, delegaciones y subdelegaciones y centros estables de trabajo de las empresas que ocupen a más de veinte empleados. Además este convenio señala que solamente entre personal técnico y administrativo y subalterno se establecerá el horario de verano en jornada continua de 8.00 a 15.00, sin que quede incluido en este horario en personal del que dependa el proceso productivo de las obras o centros de trabajo.

<sup>651</sup> En este sentido, el <261< dispone que siempre que la organización del trabajo lo permita, y a petición de la mayoría del personal obrero, podrán las empresas establecer jornada continuada durante el periodo que cada empresa señale. El <95< prevé la implantación de la denominada jornada de verano del 1 julio al 31 agosto en aquellos centros en que las circunstancias y la organización del trabajo así lo permitan a razón de un mínimo de siete horas continuadas diarias, con una parte fija entre las 9 y las 14 horas, disponiendo que la reducción de jornada se recuperará en cómputo anual en la forma que establezca el calendario laboral.

<sup>652</sup> En parecidos términos, el <378< contempla la posibilidad de instaurar la jornada continua en la unidades cuya operatividad lo permita, siempre que con ello no se perjudique el servicio ni se generen devengos compensatorios o complementarios, estableciendo la posibilidad de que se creen turnos de guardia o atención para cubrir las jornadas no comprendidas en la continuada de mañana.

<sup>653</sup> <240<; <376<. El <198< dispone que podrá pactarse jornada intensiva para el personal de oficinas administrativas fijas, durante 15 junio a 14 septiembre, cuando así se acuerde entre la empresa y la representación de los trabajadores. En este mismo sentido, el <71< establece que *se procurará* que en los meses de verano se realice jornada continua durante dos meses consecutivos, siendo necesariamente uno de ellos agosto.

<sup>654</sup> Dos en 2004; uno en 2005; dos en 2006; y uno en 2007.

<sup>655</sup> STS de 20 de mayo de 1999 (RJ 1999/4838).

<sup>656</sup> RODRÍGUEZ PASTOR, G., *La modificación del horario de trabajo*, Valencia, 1997, p. 26, donde sostiene que en caso de que el convenio no precise nada sobre estos extremos, nada impide que mediante acuerdo de empresa se fije una distribución irregular de la jornada o se permita realizar más de nueve horas diarias, si bien en tales casos el eventual acuerdo no será modificadorio de lo previsto en convenio, sino regulador en defecto del mismo. La modificación de tal acuerdo podrá ser realizada, en tal caso, bien por un acuerdo de empresa posterior o bien por la existencia de un nuevo convenio colectivo aplicable a la empresa que regule la distribución de la jornada, dado el carácter subsidiario de aquél en relación con el convenio colectivo.

<sup>657</sup> En este sentido, la STS de 26 de abril de 2006 (RJ 2006/3105) señala que si bien cabe señalar que la lista del art. 41 del E.T. es «ejemplificativa y no exhaustiva», de forma que es claro que la lista no comprende todas las modificaciones que son, o pueden ser, sustanciales, «*también ha de afirmarse que tampoco atribuye carácter sustancial a toda modificación que afecte a las materias expresamente listadas. Y decíamos que las alteraciones en las materias enumeradas no necesariamente son sustanciales, sino que tan sólo «pueden» serlo, porque es unánime criterio de este Tribunal el de que la aplicación del art. 41 ET no está «referida al hecho de que la condición sea sustancial, sino a la exigencia de que sea sustancial la propia modificación» (así, Sentencia 09/04/01 –rec. 4166/00–). Con lo que podemos concluir, utilizando expresión del todo gráfica, que ni están todas las que son ni son todas las que están»*. De este modo, la STSJ País Vasco de 5 de diciembre de 2006 (AS 2007/1187) recuerda que no toda modificación de horario tiene carácter sustancial.

<sup>658</sup> STS de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005/7877): «*la modificación impuesta a los trabajadores, consistente en entrar media hora más tarde al trabajo saliendo media hora más tarde, en segmentos horarios que no afectan a los transportes públicos y únicamente durante los meses de verano, no puede calificarse de sustancial. No se transforma el contrato. Objetivamente no puede calificarse de más oneroso entrar al trabajo media hora más tarde, ni se ha transformado un aspecto fundamental de la relación laboral*». Sobre un caso similar, STSJ Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 23 de mayo de 2007 (JUR 2007/295448)

<sup>659</sup> STS de 17 de diciembre de 2004 (RJ 2005/816): *«la instauración de un horario flexible no ha implicado una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Como afirma la sentencia recurrida, el artículo 17 del Convenio Colectivo, que establece varios tipos de horarios diferentes, no ha sido modificado en el supuesto especial del horario flexible litigioso. Este horario flexible se ha limitado a permitir una flexibilidad en la entrada al trabajo de 30 minutos, o bien un incremento de igual duración en las pausas para la comida o la cena, con la consecuencia lógica de que el trabajador debe compensar su disfrute mediante la prolongación de la jornada del día en que haya utilizado este derecho hasta complementar su jornada ordinaria. Se trata, como afirma la sentencia impugnada, «de una modalización del horario ordinario sólo en cuanto a dotar al personal que lo tiene asignado de una cierta flexibilidad en su cumplimiento»; flexibilidad horaria, en los términos prefijados, que de otra parte tiene carácter voluntario, y que, naturalmente, exige su control informático dentro de un sistema de organización, al que se refiere el hecho probado quinto de la sentencia recurrida».*

<sup>660</sup> STS de 29 de junio de 1987 (RJ 1987/4305).

<sup>661</sup> STSJ de Cantabria de 1 de marzo de 2006 (AS 2006/528).

<sup>662</sup> STSJ Cataluña de 17 de octubre de 2007 (JUR 2007/256365), que califica tales variaciones como *«simples modificaciones accidentales».*

<sup>663</sup> STSJ Madrid de 10 de octubre de 2006 (AS 2006/2875), en la que el horario de la trabajadora pasa de ser de mañana (08.00 a 16.00) a tarde (14.00 a 22.00), y se admite la opción extintiva de la trabajadora afectada en virtud del art. 41.3 del E.T. sin necesidad de que acredite el perjuicio real y objetivo, pues *«si bien es cierto que sin la prueba del perjuicio real no puede tener lugar la rescisión indemnizada, no lo es menos que la sentencia parte de la presunción de que tan radical cambio de horario (de 8 a 14 pasa a ser de 14 a 22) incide en la vida familiar, personal y social de la trabajadora en forma desfavorable, dado que cualquier organización ya establecida debe ser totalmente alterada y siendo ello evidente sin necesidad de especial razonamiento, el cambio de horario así operado sin otra compensación, implica un indudable y notorio perjuicio que, como tal, no precisa una prueba específica ad hoc, sino que se deduce por la vía de la presunción más elemental, siendo el perjudicado por ella el que habría de articular otra en contrario (art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892])».*

<sup>664</sup> STS de 11 de junio de 1987 (RJ 1987/4334).

<sup>665</sup> STS de 13 de noviembre de 1996 (RJ 1996/8616).

<sup>666</sup> Es el caso de la STSJ Extremadura de 27 de febrero de 2007 (AS 2011), en la que se contempla un supuesto en el que se pasa de realizar la jornada de 1 a 7.30 a realizarla de 4.30 a 11.00. Esta sentencia admite, en este caso, el derecho del trabajador a extinguir el contrato por la vía del art. 41.3 del E.T. al apreciar el perjuicio que dicha norma exige: *«Y en lo que respecta al perjuicio, segundo requisito para estimar la petición indemnizatoria, se ha producido en el sentido económico, tal y como aquí hemos razonado, aún no con la exagerada cuantificación que ofrece la recurrente, pero, no obstante, significativo, en tanto que supone una disminución salarial del 19,78%, en concreto 261,32 euros, y anualmente 3.135,84 euros, por lo que debe reconocerse su derecho a extinguir la relación laboral con abono de 20 días de salarios por año de servicio con un máximo de nueve meses, lo que supone la cantidad, no discutida, de 5.872 euros».*

<sup>667</sup> STSJ Cataluña de 10 de octubre de 2007 (JUR 2007/134303); STSJ de Madrid de 16 de septiembre de 1997 (AS 1997/3242) o STSJ de Andalucía/Málaga de 24 de noviembre de 1995 (AS 1995/4240).

<sup>668</sup> STS 28 de febrero de 2007 (RJ 2007/3388): *«...una modificación horaria como la producida no puede por menos de calificarse de sustancial aplicando tales criterios, pues no cabe duda de que se trata de un horario más gravoso y notoriamente distinto del anterior, en cuanto que se traduce nada menos que en la sustitución de un horario en jornada continuada por un horario en jornada partida con todas las implicaciones que ello puede acarrear en términos de horas ya no de trabajo sino de dedicación del trabajador al servicio de la actividad empresarial».* También, sobre sustitución de jornada continuada por jornada partida y su consideración como modificación sustancial: STS 26 de junio de 1998 (RJ 1998/5798).

<sup>669</sup> STS de 22 de septiembre de 2003 (RJ 2003/7308).

<sup>670</sup> Como señala la STSJ Andalucía 8-3-1996 (AS 1996/1197) «... es patente que resulta materialmente imposible que las partes contratantes puedan haber previsto en el momento de la conclusión del contrato todas las variantes en que puede concretarse la prestación del trabajador, y de ahí que se reconozca al empresario, principal definidor del interés de la empresa y organizador de la producción, un poder directivo sobre el modo, tiempo y lugar de la ejecución del contrato, lo cual concuerda con la asunción de riesgos que le incumbe en virtud del principio de ajeneidad. Este poder directivo no puede circunscribirse solamente a la posibilidad de que el empresario especifique y concrete en cada momento el contenido de la prestación debida por el trabajador, sino que las mudables exigencias organizativas dirigidas a incrementar «la productividad» (art. 38 de la CE [RCL 1978\2836 y ApNDL 2875]) imponen, precisamente al amparo de ese precepto constitucional, que, aunque sea con limitaciones, el empresario pueda introducir variaciones, en elementos no esenciales del contrato de trabajo («ius variandi»), e incluso la iniciativa, sometida a control, para modificar sustancialmente sus condiciones».

<sup>671</sup> Respecto de la que simplemente se exige el preaviso con 30 días de antelación al trabajador afectado, así como a los representantes legales.

<sup>672</sup> Que, además de la notificación al trabajador afectado, exige la previa apertura de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores.

<sup>673</sup> En cuyo caso la norma exige la conclusión de un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

<sup>674</sup> Sobre la trascendencia de la diferenciación entre jornada y horario a efectos del art. 41 ET, véase, ALFONSO MELLADO, C., y GARCÍA ORTEGA, J., *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, cit., p. 78. También MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, cit., pp. 208 y ss.

<sup>675</sup> STS de 7 de marzo de 2003 (RJ 2003/4499).

<sup>676</sup> *Ibidem*.

<sup>677</sup> Sobre esta misma cláusula, STS de 24 de enero de 2003 (RJ 2003/3202).

<sup>678</sup> Si bien en el fallo no se admite la legalidad de la modificación al aparecer desconecta del elemento finalista exigido en la regulación convencional: la consecución de una mejor adaptación a las disponibilidades de los donantes.

<sup>679</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, cit., p. 225.

<sup>680</sup> Así, por ejemplo, <73<; <86<; <75<; <81<; <91<; <108<; <214<; <270<; <277<, o el <335<, que reconoce la facultad empresarial de disponer de los horarios de trabajo «sin otras limitaciones que las señaladas en el presente Convenio y disposiciones aplicables».

<sup>681</sup> Emplea esta terminología MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, cit., p. 222.

<sup>682</sup> Así, por ejemplo, el <57< dispone que se podrán variar los horarios cada dos meses, en función de las necesidades productivas, conforme a la legislación vigente.

<sup>683</sup> El <378< supedita la modificación no ya al acuerdo con la representación legal de los trabajadores, sino con el trabajador o trabajadores afectados. En efecto, este convenio, al regular la movilidad funcional dentro del grupo profesional señala que, en el caso que ello afecte a los horarios, deberá preavisarse al trabajador con 15 días de antelación, siendo que en estos casos el cambio horario está sujeto a la aceptación del trabajador, por lo que de no producirse se prevé que la cuestión se eleve a la comisión paritaria para su estudio.

<sup>684</sup> Menos exigente resulta el <59<, donde se dispone que para la modificación del horario se requerirá la negociación con la representación legal de los trabajadores o, en defecto de esta, se someterá a la comisión paritaria prevista en este convenio colectivo. En todo caso, el convenio exige que en caso de modificación se parta de la base de que el 70% de la jornada laboral se efectúe antes de las 15 horas, salvo en sistema de turnos o contrataciones concretamente celebradas para el trabajo de tarde o noche, o que la actual distribución de la jornada sea distinta, en cuyo caso se partirá de esa diferente distribución.

<sup>685</sup> En el mismo sentido, <61<, que prevé que por fuerza mayor la empresa pueda cambiar los horarios de acuerdo con los trabajadores.

<sup>686</sup> El del art. 41.4, dice literalmente el convenio.

<sup>687</sup> <23<; <300<. El <135< presenta una regulación singular sobre el particular ya que señala que la dirección de la empresa, cuando existan probadas razones técnicas, organizativas o de producción, podrá acordar modificaciones de horario que de no ser aprobadas por los representantes legales de los trabajadores habrán de tramitarse a través del procedimiento establecido para las modificaciones sustanciales de las condiciones contractuales.

<sup>688</sup> Es el caso del <366<; o del <14< que dispone que el horario puede variarse por razones técnicas, organizativas o de producción siempre que se apruebe por los representantes de los trabajadores y, en caso de falta de acuerdo, siempre que lo apruebe la jurisdicción social. En términos análogos, el <366< establece, con carácter general, que en caso de modificación de horarios, si no hay acuerdo con los trabajadores interesados, será competencia del Comité de Empresa acudir a la jurisdicción competente, sin que la empresa pueda poner en práctica la modificación hasta que resuelva dicha autoridad.

<sup>689</sup> <304<, indemnización que es variable en función de la diferencia existente ente el horario que se ostentaba y aquel que se quiere implantar.

<sup>690</sup> Compensación que, según el convenio, sólo se mantendrá mientras perdure este régimen de trabajo.

<sup>691</sup> El <379< reconoce que la alteración horaria sólo es posible por circunstancias no previsible y de carácter excepcional. El <309<, se refiere a causas organizativas imprevisibles, y el <324<, contempla la posibilidad de modificar el horario, además, en los días de preparación de ventas especiales o en los días de inventario fijados a efectos de tener un control y seguimiento adecuado de la pérdida desconocida. El <72< recoge el derecho de la empresa a variar horario en los días de preparación de ventas especiales (con un máximo de dos días al año) e inventario (con un máximo, en este caso, de doce días) También en caso de elaboraciones de inventario, el <215< reconoce a las empresas la facultad de variar el horario; el <303< permite que el empresario modifique el horario según su criterio, cuando así lo exijan circunstancias organizativas o productivas. En todo caso esta facultad de modificación se limita a variar el horario de inicio o fin de jornada hasta un máximo de noventa minutos. Este mismo convenio permite que el empresario modifique el turno de trabajo inicialmente asignado al trabajador sin necesidad de observar las reglas del art. 41 del E.T., siempre que la duración del cambio no sea superior a nueve meses. En el mismo sentido, <330<, limitando esta opción empresarial a los días de preparación de ventas especiales, de los balances o de inventarios anuales.

La adecuación de la jornada a la luz natural también se ha previsto como causa que legitimaría variaciones del horario. Así, el <195<, en el que se pacta un horario rígido (de 8.00 a 19.00) de noviembre a febrero ambos inclusive, y en el que se faculta a la empresa a que varíe la entrada y salida en media hora para adecuar la jornada a la existencia de luz natural. El <203< permite retrasar la entrada a las 8.30, por este mismo motivo, de noviembre a febrero.

<sup>692</sup> <309<, que lo limita a las secciones de producción y durante el período de tiempo comprendido entre el 1 de abril al 30 de septiembre. El <329< lo limita a la campaña de Navidad, permitiendo que la empresa prolongue, durante viernes y sábados de la última quincena de noviembre y del mes de diciembre, el horario habitual.

<sup>693</sup> <324<, que fija el límite máximo de 50 horas al año. <325<, que lo fija en 20 horas al trimestre y la obligación de compensar las horas realizadas fuera de planificación con descanso equivalente dentro del siguiente trimestre. El <368< limita la facultad empresarial de modificación de horarios por un máximo de 30 días laborables anuales por trabajador.

<sup>694</sup> El <377< dispone que la alteración del horario de trabajo, para atender un trabajo programado del que se preavise con 24 horas de antelación, no puede afectar a más de dos personas por mes (una por mes en las secciones de cuatro o menos trabajadores) debiendo coincidir con día efectivo de trabajo la realización de estos trabajos programados. El <378< prevé que los trabajadores que no se encuentren en régimen de disponibilidad podrán ser requeridos por la empresa por necesidades del servicio para la realización de horarios diferentes del suyo asignado o planificado hasta un máximo de tres en el mes. La asignación de estos cambios se reduce a un máximo de dos si en la correspondiente unidad no hay nadie dentro del régimen de disponibilidad. Este convenio parte de la voluntariedad en la modificación de horarios, en la medida en que señala que la asignación de los cambios se efectúa de forma prioritaria a los trabajadores que

hayan solicitado voluntariamente su inclusión en el régimen de disponibilidad –para los que se prevé un plus de flexibilidad, al igual que sucede en el <379>– y no estén incluidos en el mes en concreto.

<sup>695</sup> El <379> prevé que el horario puede variarse una vez al año y, en caso de ser necesaria una nueva modificación, deberá decidir la comisión paritaria.

<sup>696</sup> Con al menos siete días de anticipación señala el <17>. De forma similar, el <368> establece que los nuevos horarios deberán ser comunicados al Comité de Empresa y a los trabajadores afectados la semana anterior a su implantación, con una antelación mínima de dos días si el cambio se produce la misma semana. Un plazo muy inferior otorgan el <244>; <351> o el <377>, que prevén un plazo de 24 horas. Un preaviso de 15 días está previsto en el <379>.

También exige un preaviso mínimo el <256>. Este convenio faculta a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación para modificar el régimen de trabajo sin necesidad de acudir al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo (el convenio habla erróneamente de modificación de condiciones sustanciales) previsto en el art. 41 ET, introduciendo un sistema de trabajo no nocturno. Para que esta modificación sea efectiva basta la comunicación al trabajador afectado con antelación mínima de 72 horas, teniendo derecho los trabajadores a una compensación económica que el convenio cuantifica en pesetas.

<sup>697</sup> <379>. El <368> prevé como contraprestación por sufrir el cambio horario una prima equivalente como mínimo al 50% del sueldo por cada día en el que el horario se hubiese modificado. Además prevé el abono del complemento de nocturnidad si se trabaja en turno de noche como consecuencia del cambio, en proporción a las horas trabajadas en ese horario. El <377> recoge un complemento por alteración del horario de trabajo, para atender un trabajo programado del que se preavise con 24 horas de antelación.

<sup>698</sup> El <368> reconoce el derecho a que se le garantice el transporte, o se le compensen los gastos derivados del transporte, a aquellos trabajadores que habitualmente utilizan el servicio de autocar de la empresa, o carezcan de medios para desplazarse en el nuevo horario provincial al centro de trabajo.

<sup>699</sup> Gráficamente señala el <17> que el horario se adaptará a las necesidades del mercado. El <368> dispone, en este mismo sentido, que para períodos de tiempo determinado y por circunstancias concretas referidas a nueva adaptación de maquinaria, períodos punta de producción y pedidos, traslado o modificación de instalaciones o similares, la empresa podrá notificar a los trabajadores la modificación del horario laboral que vengán realizando habitualmente. El <351> señala que los horarios de trabajo se distribuirán en la forma que determine en cada momento la dirección del centro, hallándose sujetos a las variaciones que requieran las necesidades de trabajo a tenor de las distintas afluencias de clientes que experimente la empresa según la estacionalidad, días de la semana, concurrencia de grupos, espectáculos, promociones, etc. Este convenio regula detalladamente el procedimiento de modificación horaria, señalando que los cambios se harán por escrito, debidamente razonados y en los plazos y circunstancias previstos en el convenio, si bien, cuando por causa imprevistas no pueda comunicarse en plazo y forma, se llevarán a efecto siempre que el empleado, cuando el cambio sea a iniciativa de la dirección, pueda ser advertido debidamente por la dirección con la antelación suficiente (24 horas) debiendo documentarse el cambio a posteriori explicando las causas del retraso. Para los casos en que el cambio no pudiese notificarse por escrito al trabajador (por estar de vacaciones, etc.), el convenio dispone que se le deberá advertir utilizando medios ordinarios para ello: correo certificado, telegrama, certificándose el cambio con posterioridad.

<sup>700</sup> En el mismo sentido, entre otros, el <379>, que parte de la premisa de que la naturaleza de las actividades de la empresa comprendidas en el ámbito de aplicación del convenio se hace necesario que la ordenación, distribución y aplicación de los horarios y jornada tenga la variabilidad y movilidad que exige la atención de las mismas.

<sup>701</sup> Según se dispone, los acuerdos de esta comisión se incluyen en el convenio, exigiendo los mismos requisitos de registro y publicación.

<sup>702</sup> El grupo estará compuesto, según dispone este convenio, por dos miembros designados por la dirección de la empresa y otros dos por el comité intercentros, previéndose que las propuestas que se alcancen pasen a formar parte del convenio en los términos que apruebe la Comisión Negociadora.

<sup>703</sup> En cuanto a los principios a respetar por este grupo de trabajo, el convenio señala, en primer lugar, el mantenimiento de la jornada de trabajo efectivo pactada, y, en segundo, garantizar la productividad y el mantenimiento de la prestación y atención del servicio.

<sup>704</sup> Según el convenio, esta comisión estará compuesta por un representante de cada organización sindical más representativa en la empresa, y por igual número de miembros designados por la dirección de la empresa, que determinará entre ellos el que ejercerá la función de presidente. La comisión estará válidamente constituida cuando previa convocatoria individualizada a todos sus miembros concurren al menos la mitad de ellos. Sus acuerdos, que serán comunicados al Comité de Empresa del centro afectado se adoptarán por mayoría simple entre los asistentes y, en caso de empate, resolverá el voto del presidente.

<sup>705</sup> De 9 a 13.30 y de 16 a 17.30.

<sup>706</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, cit., pp. 225 y 229, quien sostiene que «este tipo de cláusulas acaban haciendo de la negociación colectiva más que una fuente de regulación del horario, una fuente de organización del régimen jurídico de esta condición de trabajo» (*ibídem*, p. 228).

<sup>707</sup> En otro caso, habría que reputar ilícitas las disposiciones convencionales al permitir modificaciones arbitrarias e indiscriminadas por parte del empresario. En este sentido, MERINO SENOVILLA, H., «Distribución del tiempo de trabajo en la negociación colectiva», *Revista de Derecho Social*, nº. 2, 1998.

<sup>708</sup> Es el caso de <302>. También el <373> permite que los trabajadores puedan intercambiarse los turnos entre ellos, previa comunicación a la empresa con una antelación de 24 horas. En parecidos términos, el <144>, que exige idéntico plazo de preaviso (un día) y que los trabajadores ostenten la misma categoría. El <148> permite que se realicen cambios voluntarios de turno entre trabajadores del mismo centro, previa notificación al mando intermedio. En caso de incidencia justificada que impida a uno de los dos trabajadores cumplir su compromiso, el convenio dispone que se respete el cambio de turno mediante la oportuna sustitución, debiendo el trabajador compensar las jornadas correspondientes. El <351> regula el cambio a iniciativa del trabajador, señalándose que podrá efectuarse entre quienes tengan categorías similares y funciones y conocimientos análogos, y siempre que la petición se presente con un mínimo de 24 horas de antelación. Este convenio regula, asimismo, un procedimiento de modificación en cuya virtud se exige la presentación de una solicitud a la dirección del departamento, firmada por ambos solicitantes, que acusará recibo de la misma y autorizará el cambio si éste se atiene a las condiciones establecidas. La dirección del departamento debe remitir la solicitud a recursos humanos donde se registra el cambio y se corrige el calendario de trabajo, debiendo motivarse la negativa.

<261>, establece que cuando el trabajador desarrolle su trabajo a turnos, y siempre que exista previo acuerdo con otro trabajador del mismo régimen, podrán permutarse los turnos de trabajo para asistir a cursos de formación ocupacional organizados por las asociaciones firmantes del convenio siempre que el cambio no perjudique el normal desarrollo de las funciones de la empresa. En parecidos términos, el <379> dispone que los trabajadores podrán intercambiar turno de mutuo acuerdo, con el visto bueno del jefe inmediato superior. Igualmente, el <181>, en el que se prevé que el cambio de turno pueda realizarse entre trabajadores de igual categoría, previo conocimiento y aceptación por parte de la empresa con una antelación de siete días, y cuando no afecte al correcto desarrollo del trabajo. El <148> prevé que los trabajadores que quieran permutarse el turno de manera esporádica deberán comunicarlo a los encargados de personal, por escrito, con una antelación mínima de 24 horas, sin que esta modificación suponga en ningún caso derecho a la percepción de cantidad alguna en concepto de turnicidad.

<sup>709</sup> Sobre esta cuestión, véase en esta misma obra el apartado relativo a tiempo de trabajo y conciliación de la vida familiar.

<sup>710</sup> EZQUERRA ESCUDERO, L., *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*, cit., p. 459.

<sup>711</sup> Tipificando el artículo 6 de la LISOS como infracción leve el incumplimiento de la obligación de exponer el calendario en lugar visible del centro de trabajo.



<sup>712</sup> Así, por ejemplo, el <5< dispone que cada año se elaborará el calendario por la empresa de acuerdo con la normativa vigente en cada momento. En este mismo sentido, <259<; <260< y <336< o <123<.

<sup>713</sup> Es el caso del <302<, que establece la obligación de que el calendario esté expuesto en cada centro de trabajo con una antelación mínima de siete días al inicio de cada semana natural si se producen variaciones en el mismo. En el <307< y <237< el plazo previsto para la elaboración del calendario es de 30 días a contar desde la aprobación y firma del convenio. En el <366<, se fija el mismo plazo, pero a contar desde su publicación. Igualmente, el <94< y el <102< establecen el plazo de un mes desde la publicación del convenio en el BOE. El <112< obliga a que el calendario se elabore dentro del mes siguiente a conocerse oficialmente las fiestas estatales autonómicas, provinciales y locales.

En el <326<, <225<; <228< y <360< se exige que se elabore con anterioridad a 31 de diciembre de cada año. También el <60< exige que el calendario se publique antes de esa fecha. Antes del 28 de febrero de cada año, en el caso del <209<, o del 31 de enero en el caso del <180<; del <211<, del <212<, del <312< o del <230<. A principios de cada año, sin precisar más, exigen el <314< y el <35<. De forma similar, <351<, que establece que los programas anuales de trabajo, descansos semanales y vacaciones para todos los empleados deben ser entregados al Comité de Empresa antes del inicio del año al que se refieran. En el primer trimestre de cada año, <65< y <189<; y dentro de los dos primeros meses del año, <261<. El <364< establece que el calendario se elaborará con suficiente antelación y, en todo caso, antes del 30 de noviembre. Antes del 1 de enero de cada año, <98<; <357<; y <339<.

Mención especial cabe realizar de los convenios del sector de la enseñanza, en el que los convenios establecen la fijación anual del calendario laboral. *«al inicio del curso escolar»* y no al inicio del año natural. Así sucede en el <31<; en el <33< y en el <54<.

<sup>714</sup> <303<, que tras señalar que el calendario deberá contener los días laborales anuales y los horarios de trabajo en cada centro de trabajo, contempla una serie de criterios para su elaboración que intentan combinar la tutela de los derechos de los trabajadores a librar ciertos días (24 y 31 de diciembre) con la necesidad de cubrir los horarios de atención al público.

<sup>715</sup> <305<.

<sup>716</sup> Previsión reglamentaria que se ha estimado legal, pese a carecer de cobertura legal expresa, por cuanto constituye una concreción singular del derecho de los representantes de los trabajadores a vigilar el cumplimiento empresarial de las normas laborales sobre las condiciones de seguridad e higiene, previsto en el art. 64.1.º del E.T. STS de 9 de diciembre de 1998 (RJ 1999/708).

<sup>717</sup> En este sentido, STS de 24 de enero de 2003 (RJ 2003/3202).

<sup>718</sup> Así lo recuerdan el <94< y el <102< al señalar que, en el plazo de un mes desde la publicación en el BOE del convenio, la empresa debe elaborar el calendario, con intervención de los representantes legales de los trabajadores. Igualmente, el <271< que prevé que la empresa debe elaborar, antes del 15 de enero de cada año, el calendario, previa consulta con los representantes de los trabajadores.

No parece respetar esa previsión el <326<, pues establece la elaboración del calendario por parte de la empresa, *«disponiendo el Comité de Empresa de un plazo de 15 días para efectuar las alegaciones que estimen oportuno»*. Menos claro, pero igualmente dudoso, el <327<, que establece la obligación de la empresa de elaborar el calendario y facilitarlo a la representación legal de los trabajadores, sin hacer mención de la participación de éstos en la elaboración del calendario. Igualmente dudosa parece la previsión del <231<, por cuanto establece la obligación de la empresa de elaborar anualmente el calendario, *«que se presentará a los trabajadores o a los representantes de éstos durante el último mes del año anterior»*. Tampoco el <69< y el <293< parecen respetar esta previsión legal, pues tras señalar que será la empresa la encargada de elaborar el calendario, y exponerlo en el centro de trabajo, dispone la obligación de la empresa de dar cuenta a los delegados de personal o al comité de empresa. En parecidos términos, el <118<, que señala que será la empresa la que elabore anualmente el calendario, debiendo ponerlo en conocimiento de los representantes; y el <296< que dispone que la empresa elaborará el calendario y el horario laboral distribuyendo la jornada según las necesidades productivas.

El <286<, <287<, y <289<, solamente se refieren a la obligación de la empresa de elaborar el calendario laboral, sin que hagan referencia a la intervención de la representación de los trabajadores.

<sup>719</sup> Pocos son los convenios que recuerdan este derecho de la representación legal de los trabajadores en la empresa. Entre ellos, el <54<, o el <209<. Igualmente, el <100<, que se limita a remitirse a lo dispuesto en el art. 34.6 del ET y en la Disposición Adicional tercera del RD 1561/1995.

<sup>720</sup> Es el caso del <209<, que otorga a la representación legal de los trabajadores un plazo máximo de 15 días. También el <130< que dispone que antes de la difusión del calendario, la empresa, a quien corresponde su elaboración anual, recabará informe de la representación legal de los trabajadores que deberá emitirlo en el plazo máximo de 15 días.

<sup>721</sup> Como sucede con el <377<, en el que se dice que será la empresa quien «*confeccionará y publicará los calendarios y horarios laborables para cada centro de trabajo o dependencia*». Similar es el caso del <265<, en el que se señala que el calendario se elaborará según dispone el 34.6 ET, sin hacer mención al informe previo de los representantes previsto en el del RD 1561/1995. En parecidos términos, <152< o el <155<, que recogen la obligación de la empresa de elaborar el calendario, precisando el primero de ellos que deberá hacerse dentro de los 45 primeros días del año. El <156< señala que será la empresa quien debe establecer el calendario así como la distribución horaria adecuada a sus necesidades.

<sup>722</sup> STS de 24 de enero de 2003 (RJ 2003/3202). En el supuesto de esta sentencia, la empresa entendía que si los horarios están incluidos en el calendario laboral, y respecto de aquéllos sólo asumió el compromiso de facilitarlos al Comité una vez redactados, no tiene ya ninguna obligación de consultar antes de elaborar el calendario laboral. Sin embargo, el Tribunal Supremo razona que dicho silogismo «*parte del error de identificar cuadros horarios con calendario laboral, cuando son instrumentos de regulación de regulación del tiempo de trabajo claramente diferenciados y que no cabe confundir, aunque sea normal incluir los cuadros horarios en el calendario laboral. Así lo señaló esta Sala en su sentencia de 18-9-2000 (recurso 4240/1999 [RJ 2000\8297]) en la que se recuerda que dicha inclusión ya no es obligada, tras la derogación del Recurso de 2001/1983 (RCL 1983\1620), porque no la impone el art. 34.6 ET (RCL 1995\997).*

*Por consiguiente, el hecho de que en virtud del pacto del 98 la empresa no tenga más obligación respecto de los cuadros horarios que facilitarlos al Comité antes de su publicación –razón por la que la sentencia recurrida, no le reconoce el derecho de consulta previa que para dichos cuadros pretendía CC OO– en nada empieza para que esté obligada a respetar el derecho que otorga la Disposición Adicional Tercera del RD 1561/1995 (RCL 1995\2650) a los representantes de los trabajadores y les reconoce la sentencia, a ser consultados con carácter previo a la elaboración del calendario laboral».*

<sup>723</sup> Es el caso del <50<, del <71< y del <79<, que prevén que anualmente se elaborará el calendario, previa audiencia con la representación legal de los trabajadores.

<sup>724</sup> Sin llegar a limitar el derecho del empresario a confeccionar el horario, pero ampliando las previsiones legales, el <325< dispone que el calendario se elabore con la participación no sólo de los representantes de los trabajadores, sino de los propios trabajadores. En igual sentido, el <62< dispone que la empresa, a la hora de fijar los horarios y calendario de vacaciones, recogerá las sugerencias del personal.

<sup>725</sup> <23<; <27<; <19<; <65<; <80<; <90<; <100<; <112<; <132<; <158<; <161<; <180<; <345<; <35<; <202<; <322<; <339<; <342<; <357<; <360<; <364<; <317<; o el <304<, que establece que las negociaciones se inicien el último trimestre del año anterior del calendario a fijar, una vez publicado el calendario oficial de festivos, y en el que se prevé que en caso de desacuerdo resuelva la autoridad laboral. <310<, en el que se prevé que el acuerdo debe susanciarse antes del 20 de diciembre del año anterior a la vigencia del calendario. <311<, donde se remite a un calendario conjunto aprobado por la empresa y el Comité Intercéntricos, en el que se contendrá el calendario de días laborales anuales y los horarios de trabajo. <189< dispone que la empresa viene obligada a elaborar el calendario de común acuerdo con los representantes de los trabajadores y las secciones sindicales antes del 30 de marzo incluyendo el periodo vacacional de cada trabajador. La representación de la empresa y la de los trabajadores, debiendo quedar fijado antes del 31 de diciembre del año anterior al que se trate.



Más llamativo resulta el <168>, donde se dispone que las empresas redacten los calendarios con sus empleados.

<sup>726</sup> <123>; <315>; <228>; <225>, que prevé la elaboración conjunta entre empresa y representantes de los trabajadores o, en caso de inexistencia, con los propios trabajadores; <307>, que en caso de discrepancia prevé una mediación ante el servicio de mediación, arbitraje y conciliación. <214> que, en caso de discrepancia se remite a lo que resuelva la Comisión Paritaria, que deberá pronunciarse antes del 31 de enero de cada año rigiendo, en tanto no lo haga, el calendario presentado por la empresa. <312> establece la elaboración conjunta entre el empresario y el Delegado de Personal. Para el caso de desacuerdo, y agotadas dos reuniones a celebrar en el plazo de 10 días, este convenio prevé la aplicación del calendario propuesto por la empresa. <284> dispone que las empresa vienen obligadas a elaborar el calendario laboral, antes del 31 de enero de cada año, con los comités de empresa.

<sup>727</sup> Así el <379> atribuye la competencia para realizar el calendario a la comisión paritaria. También el <198> que dispone que la comisión paritaria procederá a su confección, siendo de aplicación a todas las empresas del sector salvo las que hayan pactado calendario laboral distinto con sus delegados o comité de empresa, o las que lo hayan pactado con sus trabajadores de no existir delegado o comités. Igualmente, el <206>, que como el <198>, prevé que los empresarios y representantes legales puedan establecer antes del día 30 de enero diferente distribución de la jornada anual, sin que pueda sobrepasar en el año las horas de trabajo establecidas en el propio convenio, ni de nueve horas ordinarias diarias de trabajo. <204> señala que conocidos los decretos de fiestas anuales estatales y autonómicas, la Comisión Paritaria elaborará el Calendario laboral. El <268> recoge la posibilidad de que la Comisión Paritaria elabore un modelo de calendario que pueda servir de referencia a las empresas para su concreción.

<sup>728</sup> Entre otros, <361>; <366> y <368>. En el caso del <199>, las partes firmantes elaboran un calendario, si bien se permite que las empresas puedan elaborar uno propio hasta el 15 de febrero de cada año o hasta la fecha en que se publique el convenio. De no elaborarlo se entiende que aceptan el calendario del convenio, y si posteriormente desean elaborar otro, o modificarlo, deberán contar con la aprobación de la representación legal de los trabajadores. De forma similar, <195>, en el que se señala que en ausencia de calendario pactado en los centros en los plazos previstos, se aplicará el calendario previsto en el convenio siempre que no se pacte entre empresa y representantes una readaptación del mismo. Igualmente, <202>, <203> y <208>, en los que se dispone que las empresas que, de acuerdo con la representación legal de los trabajadores, establezcan un calendario distribuyendo la jornada anual pactada antes del 30 de enero, con objeto de coordinar las actividades en la empresa, se regirán por el mismo. En ausencia de calendario pactado se observará el calendario previsto en el convenio.

En sentido similar, <243>, que dispone que antes de la finalización del año y una vez conocidas las fiestas la Comisión Paritaria elaborará un calendario tipo de referencia, no vinculante para las empresas que negocien su propio calendario, y que regirá únicamente en aquellas empresas donde no se labore. Igualmente, <4>, que permite que mediante acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores pueda establecerse cualquier otro sistema de organización y distribución de la jornada. El <185> limita la posibilidad de acordar jornadas diferentes a los períodos previstos de jornada intensiva, siempre que ello esté justificado y motivado adecuadamente.

<sup>729</sup> El <365>, si bien no exige expresamente que se alcance acuerdo alguno, dispone que las partes deben reunirse con carácter previo y con antelación suficiente para examinar los principios a aplicar en la elaboración del calendario. El <44> señala que la empresa y la representación unitaria, o en su defecto la sindical, negociará el calendario laboral, así como sus modificaciones.

<sup>730</sup> <202>; <203>; <208>; <316> y <318>. El <214> se remite, en caso de discrepancia, a lo que resuelva la Comisión Paritaria, que deberá pronunciarse antes del 31 de enero de cada año rigiendo, en tanto no lo haga, el calendario presentado por la empresa. El <312> prevé para el caso de desacuerdo, y agotadas dos reuniones a celebrar en el plazo de 10 días, la aplicación del convenio propuesto por la empresa. Más original, el <319> dispone que la empresa propone el calendario y, si no hay acuerdo, se mantiene el que suponga una reducción de gastos y que favorezca la atención de las necesidades estacionales de la producción.

El <317< dispone que el calendario se analiza por la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores durante un plazo de 15 días naturales desde su presentación. Transcurrido ese plazo sin acuerdo será de aplicación el calendario laboral propuesto por la empresa.

El <144< prevé que cualquiera de las partes (empresa o representantes de los trabajadores) puedan presentar propuesta de calendario, señalando que en caso de que la otra parte no dé respuesta a la misma antes de la fecha fijada como límite para la elaboración del calendario anual trabajadores (antes del 1 de marzo para los contratados en periodo del año y antes del 30 septiembre para los fijos discontinuos, siempre que sea posible) será válido el de la parte que lo presentó.

<sup>731</sup> <356<, en el que se prevé que el calendario se fija por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Si no hay acuerdo, se mantiene el calendario anterior y en caso de falta de acuerdo en sucesivos años, el remanente de horas los disfruta el trabajador de común acuerdo con la empresa pero sin que se perjudique la marcha productiva del centro de trabajo.

<sup>732</sup> <310<. En este convenio se prevé que si alcanza un acuerdo para la fecha convenida, ni en el transcurso de dos reuniones entre las representaciones de la empresa y de los trabajadores celebradas en un plazo máximo de 15 días, será la jurisdicción social la que decida. Mientras tanto se prevé que se aplique la jornada y la rotación de los turnos tal y como se venía efectuando en la empresa en el año anterior. También remite a la legislación el <261<, si bien parece hacerlo a una legislación que no está en vigor desde 1994: «*Cuando por necesidades del servicio las empresas estimasen conveniente la modificación de los horarios establecidos, y no alcanzasen acuerdo con los representantes legales de los trabajadores, deberán solicitar la oportuna autorización de acuerdo con lo establecido en el art. 41 ET*».

<sup>733</sup> <65<.

<sup>734</sup> <307<, que en caso de discrepancia prevé una mediación ante el servicio de mediación, arbitraje y conciliación. <214< que, en caso de discrepancia se remite a lo que resuelva la Comisión Paritaria, que deberá pronunciarse antes del 31 de enero de cada año rigiendo, en tanto no lo haga, el calendario presentado por la empresa.

El <90<, tras disponer que la empresa acordará con los representantes los cuadros horarios y el calendario, prevé que, en caso de desacuerdo, se nombre a un mediador con objeto de llegar a un acuerdo, y en caso de que no se consiguiese tal acuerdo en el plazo de siete días, la decisión de la empresa será ejecutiva a partir del octavo día desde el inicio de la mediación.

<sup>735</sup> Es el caso, entre otros, del <122< o el <364<, que para la vigencia y validez del calendario requiere acuerdo del comité de empresa y de la representación empresarial, sin señalar qué ocurre en caso de que no se alcance ese acuerdo.

<sup>736</sup> En el mismo sentido, STS de 16 de junio de 2005 (RJ 2005/7323).

<sup>737</sup> En este sentido, MONREAL BRINGSVAERD, E. *La jornada de trabajo...*, cit., p. 272.

<sup>738</sup> Así, en ciertos convenios se exige el acuerdo con los trabajadores, o sus representantes, para poder proceder a la modificación. Es el caso del <151<, que permite la modificación del horario, por necesidades de producción, mediante acuerdo con los trabajadores. El <19< dispone que si por necesidades del servicio hay que variar el calendario, esto se hará de acuerdo con la representación legal y, de no ser posible el acuerdo por causas perentorias, se comunicará a la representación legal a la mayor brevedad posible. Finalmente, el <105< prevé el carácter revisable del calendario trimestralmente, si bien señala que tanto la fijación como su revisión requerirá la previa negociación con el comité de empresa o los delegados de personal.

<sup>739</sup> Así, <324<, que permite la modificación en función de la determinación final de días de apertura comerciales que la Comunidad Autónoma permita definitivamente. En el mismo sentido, <217<. El <326< prevé esta posibilidad como consecuencia de variaciones en las fiestas locales o autonómicas o apertura de festivos respecto de los que inicialmente se hayan tenido en cuenta a la hora de elaborar el calendario.

<sup>740</sup> <314< o <151<.

<sup>741</sup> <358<.

<sup>742</sup> En este sentido, el <333> señala que el establecimiento de los horarios más convenientes es facultativo de la dirección, «la cual podrá en cada momento adaptarlos a lo que aconseje la coyuntura y la mejor marcha de la producción, cumpliendo siempre los trámites legales».

<sup>743</sup> Según el convenio, en ningún caso podrán ser festivos, domingos o días inhábiles que la empresa reconoce por Navidad, debiendo ser notificados los cambios y razones a la representación de los trabajadores con la antelación suficiente, siendo que las fechas sustitutorias de los días permutados deben ser comunicadas al Comité con antelación de, al menos, un mes.

<sup>744</sup> En caso de necesidad de introducir nuevas modificaciones, el convenio prevé que deberá negociarse con el Comité de Empresa. En todo caso, se señala que cada calendario debe mantenerse un mínimo de dos meses. El convenio exige que las modificaciones se comuniquen por escrito al comité, y verbalmente a los trabajadores afectados, con un mínimo de diez días de antelación, explicando las causas de tales cambios.

<sup>745</sup> De otra parte, el convenio dispone que cuando un trabajador cambie de puesto, deberá asumir el nuevo régimen horario dependiente del nuevo puesto, salvo el caso de las dos primeras semanas de traslado, donde mantendrá turnos y horario de origen. El traslado lo será por una duración mínima de 30 días y la decisión de traslado será de obligado cumplimiento.

<sup>746</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E. *La jornada de trabajo...*, cit., p. 211.

<sup>747</sup> GONZÁLEZ BIEDMA, E., «La jornada», cit., p. 745, donde subraya que suprimida la supervisión administrativa «resulta cuestionable que el documento se tenga aún que exhibir en los locales de la empresa».

<sup>748</sup> En este sentido, ALARCÓN CARACUEL, M. R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, cit., p. 91. Así lo reconoce el propio GONZÁLEZ BIEDMA, donde señala que con la obligación de exponer en lugar visible el calendario laboral se persigue que los trabajadores tengan certidumbre sobre sus obligaciones puedan disponer sobre su ocio, evitándose así confusiones y, en su caso, abusos, si bien este autor duda de la utilidad de este requisito legal.

<sup>749</sup> Cuyo incumplimiento se tipifica como infracción leve en el art. 6.4 de la LISOS.

<sup>750</sup> Siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito.

<sup>751</sup> La actual falta de obligatoriedad de la concreción del horario en el calendario la recuerda la STS de 24 de enero de 2003 (RJ 2003/3202).

<sup>752</sup> Igualmente se desprende la innecesariedad de concreción de la jornada diaria de la STS de 30 de abril de 2001 (RJ 2001/5133) que lo justifica como consecuencia de las necesidades productivas de las empresa incluidas en el ámbito de aplicación del convenio (empresas de vigilancia y seguridad), no pudiéndose extraer la jornada diaria mediante la aplicación de fórmulas matemáticas no previstas en el propio convenio: «Las partes negociadoras del Convenio creyeron conveniente limitarse a fijar la jornada anual y la jornada mensual. Pero nada dijeron de la diaria. Por eso resulta excesivo suplir su actitud, mediante unos cálculos que, no solamente muestran el error de partida denunciado en el párrafo anterior, sino que implican una suplantación de quienes, en su conjunto, son los titulares de la autonomía colectiva y pueden en tal condición producir una regulación de sus intereses en la manera que tengan por conveniente. No se olvide que estamos ante un sector laboral muy característico, debido a que las empresas de seguridad privada tienen que someterse, en la organización de su trabajo, a las necesidades de aquellas entidades a que sirven, lo que influye de manera decisiva en los horarios de trabajo diario, y en lo que los interesados denominan, en su lenguaje profesional, «cuadrante» de cada operario. Los preceptos de la autonomía negocial, cuya infracción se denuncia, más bien muestran que los interesados han preferido omitir la fijación de un horario que podría dificultar su tarea habitual, y han confiado más bien en los acuerdos que, según las circunstancias de cada caso, pueden alcanzar empresas y trabajadores afectados».

<sup>753</sup> Teniendo en cuenta que en no pocas ocasiones los contratos de trabajo, al precisar estos extremos, se remiten al convenio de aplicación sin que luego proceda a identificarse el mismo.

<sup>754</sup> Si bien es cierto que a la representación legal le quedará la posibilidad de controlar el cumplimiento de esta obligación a través de la copia básica de los contratos que le debe ser en-

tregada (art. 8.3 E.T.) ello solamente permitiría controlar la observancia inicial de la obligación, no así de las posteriores variaciones de estas condiciones y elementos esenciales del contrato.

<sup>755</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E. *La jornada de trabajo...*, cit., pp. 270 y 271.

<sup>756</sup> Es el caso del <293>.

<sup>757</sup> <311>. Igualmente, el <65> exige que el calendario contenga la distribución anual de la jornada pactada, y la fecha disfrute de vacaciones.

<sup>758</sup> <324>.

<sup>759</sup> El <202>, y el <208>, en los que se señala que las horas diarias no serán más de nueve. Igual, el <203>, si bien no limita la jornada diaria a nueve horas.

<sup>760</sup> <17> que exige que el calendario haga referencia a las fiestas locales y fechas de disfrute de las vacaciones. También el <360>, que exige que el calendario contenga la fiestas oficiales, fiestas convenidas, así como el tiempo total a trabajar diariamente. En sentido similar, <312> que, no obstante, matiza «*siempre que ello sea posible*».

<sup>761</sup> <214> o <202>, que dispone que el calendario debe comprender, como mínimo, las fiestas locales; las fechas para el disfrute de vacaciones; la fijación de puestos y turnos de trabajo, ajustándose a las variaciones que puedan producirse en cada momento; debiéndose procurar que los calendarios de festividades se acomoden al máximo a las festividades vigentes en cada uno de los municipios donde se presten servicios. También el <307>, que exige que el calendario contenga las fiestas locales, los puentes y los turnos de trabajo. En sentido similar, <122> que dispone que en el calendario –del cual deberá hacer se una copia firmada por las representaciones de la empresa y de los trabajadores que lo establezcan– debe figurar los turnos de trabajo, los descansos semanales, turnos de vacaciones para cada trabajador y fiestas anuales.

<sup>762</sup> <302> o el <27> que establece que en el calendario se consigne la distribución de la jornada anual así como el horario de trabajo correspondiente. En parecidos términos, <144> que dispone que en el calendario se hagan constar los turnos y horarios de trabajo, descansos, festivos y puentes.

<sup>763</sup> <326>. En sentido similar, <231>, que dispone que el calendario debe contemplar el nombre del trabajador, el departamento, los turnos, los días de descanso y la jornada laboral de todos los trabajadores de la empresa. En parecidos términos, el <355> requiere que en el calendario figuren el nombre del trabajador y su categoría laboral, los turnos de trabajo a los que está adscrito y rotatividad, los días festivos establecidos legalmente, y los descansos semanales. El convenio prevé que una copia del calendario se proporcione a la representación legal de los trabajadores para su colocación en el tablón de anuncios. El <357> y el <266> contemplan como contenido del calendario: la distribución semanal y diaria de la jornada anual, horario de trabajo para cada tipo de jornada o turno de trabajo, así como la que pudiera corresponder a colectivos específicos en función de su actividad o condiciones de trabajo. Además, se indicarán festivos, descansos semanales, puentes y períodos de vacaciones. En términos análogos, <344>.

Un contenido exhaustivo del calendario también se exige en el <132> según el cual el calendario debe contener el nombre del trabajador; el grupo profesional; el turno de trabajo diario y su rotatividad; la jornada semanal de trabajo y los tiempos de descanso.

<sup>764</sup> <211>, <212> y <230>. En parecidos términos, <261>, que dispone que dentro de los dos primeros meses del año, la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores (comité de empresa o delegados de personal) elaborarán el calendario laboral que deberá incluir las horas de entrada y salida, el tiempo de descanso si lo hubiere, así como las fiestas que determine la autoridad laboral. Igualmente, <180>, donde se dispone que el calendario debe contener el horario de trabajo diario, la jornada semanal de trabajo, los descansos semanales y entre jornada, los días festivos y otros días inhábiles. En parecidos términos, <198>. El <264> señala que el calendario debe contener el horario de trabajo diario, jornadas, días de descanso y festivos correspondientes. El <289> dispone que el calendario reflejará el horario, la distribución anual de los días de trabajo, descansos entre jornadas, descanso semanal, festivos no recuperables y otros días inhábiles así como las vacaciones. El <287>, en análogos términos señala que el calendario debe recoger la distribución de la jornada anual, esto es, el horario de trabajo diario, la jornada semanal y anual, el descanso durante la jornada, el descanso entre jornadas y semanal, así como los días festivos y otros días inhábiles.

El <94> y el <102> disponen que el calendario debe incluir horarios, fiestas nacionales autonómicas y locales, cuadrante horario donde existan turnos rotativos, y el período en que se fijarán fechas de vacaciones, así como los descansos. El <19> dispone que el calendario debe contener los horarios de entrada y salida; los turnos de comida o cena; los descansos semanales rotativos; y los días de disfrute de las fiestas abonables y no recuperables.

<sup>765</sup> <237>.

<sup>766</sup> <314>. El <333> dispone que los calendarios que se pacten con los representantes de los trabajadores en cada centro de trabajo, indicarán necesariamente los días laborables, los festivos nacionales, los festivos de convenio, los festivos locales y los turnos generales de vacaciones. El <337> dispone, sobre este tema, que la empresa elaborará, previa consulta con los representantes legales, los calendarios anuales para cada turno, en los que se especificarán: el régimen de turno (abierto o cerrado), la cadencia en la alternancia (mañana, tarde, noche) el régimen de descansos, y los períodos de exclusión del turno ya sea por mantenimiento, vacaciones, paradas den la instalación etc.

El <60>, también con este grado de exhaustividad, exige que el calendario recoja la distribución de los días de trabajo al año, los horarios diarios y semanales, descansos, festivos, vacaciones y turnos.

<sup>767</sup> Es el caso del <377> que dispone que en calendario contendrá una especificación de las peculiaridades que sean procedentes.

<sup>768</sup> <72>, que señala que durante el primer trimestre del año natural las empresas facilitarán a los representantes legales de los trabajadores los cuadros horarios generales y, en caso de cambio sobre el año anterior, la adscripción de los trabajadores a los cuadros horarios a fin de que con periodicidad anual los trabajadores conozcan el momento en el que deben prestar su trabajo. También se refiere a la elaboración de cuadros horarios el <115>, que establece su elaboración trimestral, con especificación de los distintos turnos y horas de entrada y salida, debiendo adjudicarse los horarios individualmente a cada trabajador de manera que puedan conocer y controlar la jornada realizada. El <333> dispone que con el calendario se harán públicos asimismo los cuadros horarios básicos de cada fábrica o sección y los horarios que pudieran corresponder a los colectivos específicos en función de su actividad.

<sup>769</sup> Así, por ejemplo, <50>; <71>; <80>; <278> o <271>, que se limita a añadir que la publicación en el tablón de anuncios deberá efectuarse dentro del mes siguiente a la fecha fijada para su aprobación (15 de enero de cada año).

<sup>770</sup> Por ejemplo, art. 15.3.2 <24>.

<sup>771</sup> Art. 12 <214>.

<sup>772</sup> Art. 10.B.2 <72>; art. 6.4.3 <11>; art. 22 <28>. Véase también art. 11.3 <38> o art. 27.b.2) <9>.

<sup>773</sup> Es el caso del art. 6.4 <65> que prevé «deberán alternarse con los de trabajo efectivo o concentrarse en la forma que, en su caso, se determine en el contrato de trabajo» con cumplimiento del mínimo legal.

<sup>774</sup> En arts. 9 <255>, 10.2 <264> se abren muchas posibilidades a la decisión de cada empresa (acumular o no; distribuir mediante «períodos de formación»). Mas tal libertad se desarrolla con vigilancia sin embargo de los representantes: hace falta acuerdo al respecto.

<sup>775</sup> Art. 12.6 <94>.

<sup>776</sup> Es el caso de art. 23.C) <48>: la formación teórica, «a ser posible», deberá ser previa a la práctica o «alternarse con esta de forma racional». Véase también art. 25 <83>. Se sitúa también en esta línea art. 10.F <66> que si bien acoge la solución de «la acumulación de horas en un día de la semana o bien el necesario para completar una semana entera de formación» lo hace solo como «modalidad preferente» y reconociendo, en todo caso, que incumbe al contrato la fijación.

<sup>777</sup> Por ejemplo, art. 22 <99> sobre la necesidad de alternar formación y trabajo.

<sup>778</sup> Se prevé, en esta línea, que la mitad de la formación debe desarrollarse antes de comenzar la ejecución contractual, la otra mitad, a mitad del tiempo previsto para la duración del contrato. Y si hay prórroga, lo mismo en proporción a la duración prevista (art. 33 <285>).

<sup>779</sup> Cap. V, E), 7 <27<, arts. 29.4.9 <42<, art. 33.4.9 <197<; 30.5 <198<; 31.6 <200<; 19.4.9 <201<, 17.4.9 <201<, 24.4.9 <203<, 35.9 <205<, 17.4.8 <206<. Ocasionalmente, corresponde al trabajador alguna facultad en su distribución. En art. 17.4 <64<: «a elección del trabajador, el tiempo dedicado a la formación teórica correspondiente al período de cuatro semanas..., podrá concentrarse para su utilización en la siguiente semana» siempre que se preavise con ocho días.

<sup>780</sup> Art. 15.4 <36<.

<sup>781</sup> Arts. 16.2 <115<; 13 <210<, 34 <231<, art. 11 <252<, 11 <253<, art. 11 art. <327<.

<sup>782</sup> Las expresiones son variadas: horas y días dedicadas (cfr. art. 23.C) <48<), constancia de horario (cap. V, E), 7 <27<, art. 29.4.9 <42<); distribución del tiempo dedicado a formación (art. 21 <209<). A veces, se requiere adicionalmente que se haga constar el centro en el que se imparte (cap. V, E), 7 <27<; art. 13 <246<, 13 <247<).

<sup>783</sup> Arts. 15.6 <37< y 12.III.2 <19<. Véase también 15.4.A)2 <24<.

<sup>784</sup> Art. 40 <157<.

<sup>785</sup> Art. 11.A.2 <72<.

<sup>786</sup> Art. 23 <121<.

<sup>787</sup> Art. 15 <131<.

<sup>788</sup> Cuatro horas diarias (arts. 11.2 <37<, 10 <132<); tres horas diarias (art. 22 <141<). Véase también art. 28 <99<, que exige una dedicación mínima de dos horas en un contexto de trabajo a turnos.

<sup>789</sup> El art. 27 <99<, aunque reconoce amplios márgenes de flexibilidad al permitir el cómputo irregular de la jornada dentro del módulo trimestral, prevé que la fijación específica del horario se debe publicar en los tabloneros el miércoles de la semana anterior.

<sup>790</sup> Art. 13.4 <102<.



## Capítulo V

### HORARIOS ESPECIALES

*Fernando Fita Ortega*

#### 1. TRABAJO A TURNOS

##### 1.1. La implantación del trabajo a turnos

El trabajo a turnos aparece definido en el art. 36.3 del E.T. como *«toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas»*.

Definido en estos términos el trabajo a turnos<sup>791</sup>, cabe destacar que la norma no determina el procedimiento para su implantación, por lo que corresponderá a la negociación colectiva o, a falta de previsión convencional, a la decisión del empresario en ejercicio de su poder organizativo, la fijación del sistema de trabajo a turnos<sup>792</sup>, con identificación de los ritmos y la forma de adscripción de los trabajadores a dicho sistema de trabajo. Con relación a esta última cuestión, sin embargo, debe tenerse en cuenta que, de una parte, el artículo 36.3 del E.T. exige, en su párrafo segundo, que las empresas con procesos productivos continuados durante las veinticuatro horas del día, tengan en cuenta, en la organización del trabajo de los turnos, la rotación de los mismos, prohibiendo que los trabajadores permanezcan en el turno de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria<sup>793</sup>. De otra, el artículo 36.5 del E.T. exige al empresario que organice el trabajo en la empresa según un cierto ritmo tenga en cuenta el principio general de adaptación del trabajo a la persona del trabajador, *«especialmente de cara a atenuar el trabajo monótono y repetitivo en función del tipo de actividad y de las exigencias en materia de seguridad y salud de los trabajadores»*, lo cual deberá ser tomado en cuenta particularmente, tal y como se dispone de for-



ma expresa, «a la hora de determinar los períodos de descanso durante la jornada de trabajo»<sup>794</sup>.

De las previsiones de los convenios analizados relativas al trabajo a turnos pueden destacarse, en primer lugar, los criterios que prevén para la implantación del trabajo a turnos. En este sentido, y como no podría ser de otra manera, los convenios colectivos, cuando no imponen directamente el régimen de trabajo a turnos por razones productivas u organizativas, contemplan su implantación como una manifestación del poder directivo y de organización del empresario, reconociendo que se trata de una decisión empresarial a adoptar en función de las necesidades del puesto de trabajo a cubrir<sup>795</sup>. Asimismo, y con carácter general, los convenios permiten que las empresas, cuando concurren necesidades organizativas, varíen o supriman el régimen de turnos<sup>796</sup>.

Las referencias a las necesidades de la organización productiva son, pues, recurrentes a la hora de permitir que se implante o modifique el régimen de trabajo a turnos. Sin embargo ciertos convenios añaden ulteriores requisitos para ello, limitando el poder organizativo del empresario. Tales requisitos son de carácter procedimental, como sucede con los Convenios Colectivos del sector de la construcción de las provincias de Vizcaya, Málaga, Cantabria y Cádiz (<199<; <201<; <203< y <206<, respectivamente), que prevén que las empresas pueden establecer turnos de trabajo por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, de conformidad con el art. 41 ET<sup>797</sup>. En este mismo sentido, en algunos otros convenios se va más allá, al reconocer que las empresas pueden establecer turnos de trabajo por razones técnicas u organizativas, salvo que impliquen modificación de condiciones, en cuyo caso establecen como preceptivo el acuerdo con los representantes de los trabajadores, si los hubiera<sup>798</sup>. Por otra parte, en los convenios analizados también se encuentran cláusulas que exigen una negociación con los representantes de los trabajadores respecto de las nuevas condiciones laborales derivadas de la implantación de los turnos y las posibles contrapartidas<sup>799</sup> o el previo acuerdo con aquellos para la implantación del régimen de turnos continuados<sup>800</sup>. Finalmente, otra de las preocupaciones de los convenios analizados, que se traduce en requisitos procedimentales para proceder a la implantación o modificación del régimen de trabajo a turnos, estriba en asegurar el conocimiento del correspondiente cambio por parte de los trabajadores afectados, exigiendo un preaviso del cambio producido<sup>801</sup>.

En cuanto a la implantación de turnos de fin de semana, el <46< condiciona su implantación a aspectos causales, finalísticos y procedimentales. Así, el convenio exige, para ello, el concurso de necesidades de carácter tecnológico u organizativo; que la medida suponga la creación de empleo, y que se comunique previamente a los representantes de los trabajadores con una antelación mínima de quince días, debiendo razonarse la implantación de este sistema<sup>802</sup>. El Convenio Colectivo estatal de la Industria química (<102<) establece que cuando no se haya pactado turno de fin de semana, y siempre que existan probadas razones de producción, mercado u organización que motive, entre otras cosas, la realización de horas extraordinarias en fines de semana, se discutirá con los representantes de los trabajadores antes

de adoptar medidas que modifiquen el régimen de trabajo vigente, intentándose resolver la situación mediante nuevas contrataciones, acuerdo sobre jornada irregular, sistema de turnos, o el recurso a la bolsa de horas flexibles. En el caso del Convenio Colectivo estatal del sector de Grandes Almacenes (<72<), se impone la distribución de la jornada a lo largo de toda la semana, mediante un régimen de trabajo a turnos, cuando la empresa organice el trabajo en domingos o festivos. Según el convenio, este régimen de turnos tendrá en cuenta las siguientes reglas: a) La exclusión del sistema y, por tanto, de los importes que lo retribuyen, a los trabajadores que no trabajan más de tres días de la semana de manera regular o en promedio anual, siendo uno de ellos domingos o festivos, toda vez que en su contratación resulta básica la prestación de trabajo en domingos y festivos. b) El sistema garantizará que cada ocho semanas sólo se trabaje seis domingos. En tales casos, a uno de los domingos de descanso se le acumulará, como mínimo, el sábado anterior y al otro el lunes posterior. c) Cada trabajador tiene derecho a no trabajar más del 70% de domingos o festivos de apertura comercial autorizada anualmente, salvo que el número resultante sea inferior a seis al año. d) La retribución en este sistema es de 180 € al anuales. e) El señalamiento de los domingos o festivos a trabajar por cada trabajador se indicará en el calendario anual. Si no estuviera previsto desde principios de año la apertura en domingo o festivo por falta de conocimiento de tal posibilidad, se comunicará al trabajador con la mayor antelación posible.

## 1.2. La adscripción de los trabajadores a los distintos turnos

Cabe hacer hincapié, en segundo término, en las previsiones de los convenios colectivos acerca de la adscripción de los trabajadores a los concretos turnos. En este sentido, los convenios colectivos que implantan el régimen de trabajo a turnos suelen reconocer la potestad del empresario a la hora de adscribir a los concretos trabajadores a tales horarios<sup>803</sup>. Dos consideraciones pueden realizarse, en todo caso, sobre este particular, relativas a la toma en cuenta de la voluntad de los trabajadores, y a los criterios que deben observar los empresarios a la hora de adscribir a los trabajadores a los distintos turnos.

En cuanto a la toma en consideración de la voluntad del trabajador a estos efectos, son numerosos los convenios que persiguen respetarla. Así, por lo que se refiere a las disposiciones relativas a la adscripción al turno de noche, y de acuerdo con las previsiones legales<sup>804</sup>, numerosos convenios recuerdan el carácter voluntario de la adscripción al turno de noche<sup>805</sup>. Sin embargo ciertos convenios establecen el carácter rotativo de los turnos, sin excepciones, lo que podría entenderse contrario al art. 36.3 del E.T. Es el caso del Convenio Colectivo de empresas de limpiezas de aviones de la provincia de Málaga (<141<), al señalar que todos los turnos tendrán carácter rotativo<sup>806</sup>, y del Convenio Colectivos estatal del calzado artesano manual y ortopedia y talleres de reparación y conservación del calzado usado y duplicado de llaves (<23<), que dispone que nadie podrá trabajar en el mismo turno

más de una semana consecutiva, pareciendo excluir la posibilidad de que el trabajador pueda adscribirse voluntariamente a alguno de los turnos de forma permanente.

La cuestión que suscita esta posibilidad de adscripción voluntaria al turno de noche, y que se pone de relieve en el Convenio Colectivo estatal de Entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo (<109<)<sup>807</sup>, es la de hasta qué punto el trabajador puede renunciar posteriormente a la adscripción permanente al turno de noche. Desde luego, si esa renuncia tuviese su causa en problemas de salud vinculados al hecho del trabajo nocturno, debería ser atendida —e incluso impuesto el cambio de turno en contra de la voluntad del trabajador<sup>808</sup>— en virtud del derecho al cambio a un puesto diurno que exista en la empresa y para el que sean profesionalmente aptos previsto en el art. 36.4 del E.T. Igualmente cabría dicha renuncia siempre que se diesen circunstancias extraordinarias que lo justificasen. Sobre este particular, MONREAL BRINGSVAERD pone de relieve cómo la doctrina judicial ha venido entendiendo que esta adscripción voluntaria al turno de noche no tiene una vigencia indefinida, pudiendo ser revocada, siempre que sobrevenga circunstancia extraordinaria alguna<sup>809</sup>. Así, por ejemplo, cuando varían las circunstancias en las que se optó por la misma (por ejemplo, al cambiar el inicial sistema de turnos fijos por otro de turnos rotatorios); cuando se haga depender la adscripción del turno a que no varíen las restantes condiciones de trabajo, o cuando la adscripción se realiza estando vigente un contrato temporal que luego se transforma en indefinido<sup>810</sup>.

Además, más allá de la reiteración de las cuestiones relativas a la previsión legal de la adscripción voluntaria del turno de noche previsto para empresas con ciclos productivos continuos, algunos convenios hacen hincapié en el carácter voluntario de la adscripción a los diversos turnos de trabajo en ellos establecidos. Así, el Convenio Colectivo de la empresa SEAT (<311<) da preferencia en la adscripción a los trabajadores de cada dependencia que voluntariamente lo deseen, siempre que sean adecuados en número e idoneidad<sup>811</sup>. El Convenio Colectivo de Limpieza de Centros Sanitarios dependientes del Servicio Aragonés de la Salud (<148<) señala que antes de cubrirse una plaza vacante en cualquiera de los turnos, se dará un plazo de siete días para que quienes lo deseen voluntariamente soliciten su adscripción a los mismos, siempre que se trate de personas de la misma categoría profesional<sup>812</sup>. En este sentido, por último, el Convenio Colectivo del Grupo Axa Seguros (<345<) prevé que el pase a estos horarios especiales sea voluntario, si bien limita este derecho únicamente al personal fijo, en una previsión que parece no respetar las exigencias de igualdad de trato de los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada derivadas del art. 15.6 del E.T.<sup>813</sup>

Respecto a los criterios que recogen los convenios, y que deben ser atendidos por los empresarios a la hora de efectuar la adscripción, éstos suelen contemplar, de forma mayoritaria, el carácter rotatorio de los turnos, de modo que se repartan ventajas e inconvenientes entre toda la plantilla<sup>814</sup>. En este sentido, pueden destacarse los convenios que se refieren expresamente a criterios de igualdad en la rotación de los turnos, salvo adscripción

voluntaria o justificada necesidad<sup>815</sup>. Así, el Convenio Colectivo de la empresa Bridgestone Hispania, SA (<365<) dispone, sobre esta cuestión que *«el horario y la asignación de trabajadores a un tipo u otro de horario, así como a los turnos, se hará sin ninguna discriminación por razón de sexo, lo mismo sea discriminación en contra de la mujer o del hombre. No se conserva ningún derecho de la mujer a no trabajar en turnos de noche en virtud de disposiciones ya derogadas que motivarían una diferencia de trato»*. También en este sentido, el Convenio Colectivo de Radiotelevisión valenciana (<379<), tras recoger el derecho de los trabajadores con sistema de trabajo a turnos a conocer de la distribución del horario cada mes con una antelación mínima de, al menos, quince días, sostiene que en la planificación de turnos se aplicará la distribución de forma equitativa, debiendo evitarse la coincidencia de realizar en una semana el último turno y en la siguiente el primero<sup>816</sup>.

Los convenios colectivos persiguen así dar debido cumplimiento a la anteriormente citada obligación legal de considerar la rotación de los turnos (art. 36.3 del E.T.) y que antes de la reforma de 1994 se interpretaba por los tribunales laborales en el sentido de que existiendo más de un trabajador que realiza los mismos cometidos, no puede uno gozar con exclusividad del más favorable, si bien en ocasiones este principio decaía al apreciarse razones objetivas que justificasen el derecho a no rotar<sup>817</sup>.

Sin embargo, de los convenios analizados, pocos contienen previsiones dirigidas a cumplir con el mandato contenido en el artículo 36.5 del E.T., relativo al principio general de adaptación del trabajo a la persona, establecido básicamente en tutela de la seguridad y salud de los trabajadores. En efecto, los convenios que hacen alguna referencia dirigida a adaptar el régimen de trabajo a las circunstancias de la persona son pocos. Así, el Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Valencia (<137<), que dispone que se tenga en cuenta las circunstancias familiares de residencia, edad, y antigüedad en la empresa, procurando, sin merma del trabajo, que éste sea desarrollado de la forma más cómoda posible. En sentido similar, estableciendo criterios de adscripción de turnos que tengan en cuenta la necesidad de compatibilizar el trabajo con las circunstancias personales, el Convenio Colectivo estatal de la Industria química (<102<) contempla la prioridad en la elección de turno para las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, así como a aquellos trabajadores que tengan menores o discapacitados a su exclusivo cargo, y los estudiantes, cuando la solicitud tenga carácter permanente, exista puesto de trabajo y lo permitan las necesidades del servicio. El Convenio Colectivo de Mapfre grupo asegurador (<349<), que tras establecer el principio de voluntariedad en la adscripción del turno, trata de objetivar los criterios de adscripción de los trabajadores a los distintos turnos, estableciendo que prima, como criterio de selección, la adecuación al puesto y la eficacia en el desempeño, considerándose, en caso de igualdad, la antigüedad y circunstancias personales, debiendo acudir a la comisión paritaria en caso de existir controversias al respecto. Finalmente, cabría añadir a los anteriores el Convenio Colectivo de Establecimientos sanitarios privados de la provincia de Baleares (<274<) y el Convenio Co-

elctivo de Thyssenkrupp elevadores, SA (<357<) que excluyen del turno de noche a ciertos colectivos. Así, el <274< reconoce el derecho de los mayores de 55 años a no realizar turno de noche. El <357< prevé la exención de jornadas o turnos nocturnos a los menores de 20 años, así como a los mayores de 60, mientras se mantenga que la edad de jubilación para tener derecho al 100% de la prestación sea la de 65 años.

### 1.3. Garantía de la cobertura del puesto de trabajo en el régimen de trabajo a turnos

Otra de las preocupaciones que se reiteran en los convenios que implantan el régimen de trabajo a turnos –cuya mayor penosidad cuando se trata de turnos rotatorios se suele compensar mediante una retribución económica<sup>818</sup>– es la de garantizar la cobertura del puesto de trabajo en los casos en los que no se presente el relevo, como consecuencia de la necesidad de atender los procesos productivos permanentes. Para conseguir este objetivo, los convenios obligan al trabajador en régimen de turnos a permanecer en su puesto hasta la llegada del relevo<sup>819</sup>, siendo que alguno de ellos contempla de forma pormenorizada cómo proceder en estos casos. Así ocurre con el Convenio Colectivo de la empresa Lafarge ASLAND, SA (<331<), que dispone que si el trabajador no es sustituido por retraso del sustituto sin preaviso de éste, deberá notificarlo a su superior obligándose a proseguir en su puesto en prestación de horas extras si se tratase de labor que a juicio de la dirección de la empresa y sus jerarquías de trabajo no pudiese ser abandonada<sup>820</sup>. También el Convenio Colectivo de Repsol Petróleo SA (<343<) contiene una regulación algo más detallada de este supuesto, estableciendo el orden con que en estos casos se cubrirán las ausencias<sup>821</sup>. En este mismo sentido, el Convenio Colectivo de Panrico, SA, para el centro de Madrid (<303<) señala que cuando se fijen turnos para cubrir el trabajo en sábado existe la obligación de aceptar el cambio de turno cuando se vaya a producir alguna ausencia justificada y se sepa al menos dentro de la jornada la jornada inmediatamente anterior. El Convenio Colectivo de Fertiheria (<363<) prevé, para la categoría de los  *cubrefaltas acción inmediata*, que las horas generadas por cada incidencia se descansen en los tres meses siguientes a la finalización de la sustitución<sup>822</sup>. El Convenio Colectivo estatal del sector Perfumería y afines (<94<) dispone que para el caso de turno cerrado<sup>823</sup>, el trabajador deberá notificar las incidencias en el relevo que le surjan (ausencias, retrasos que vaya a tener aunque haya empezado la jornada). Si la ausencia es conocida con 24 horas de antelación, el convenio prevé la obligación de la empresa de sustituir al trabajador. Cuando no se encuentre sustituto ante ausencia imprevista, el convenio dispone que podrá exigirse permanencia en el puesto con el límite de cuatro horas. Lo mismo se prevé en el Convenio Colectivo estatal de Industria química (<102<) para los casos de proceso continuo<sup>824</sup>, si bien no limita la permanencia a cuatro horas, sino que se refiere al tiempo necesario, y hasta tanto la dirección de la empresa pueda proceder a su sustitución.

Sobre este tema, en fin, el Convenio Colectivo estatal de Industria textil y de la confección (<114<) dispone que en estos casos, y si las ausencias a los respectivos turnos alcanzan el 7% de la plantilla del personal directo de producción del centro, la empresa podrá decidir, con criterios objetivos y aplicando fórmulas de rotación, el cambio de turno, cuando lo necesite por el tiempo que subsista tal índice de ausencias, previa comunicación al interesado y a los representantes legales con una antelación de ocho horas y respetando el descanso mínimo legal.

#### **1.4. Tutela específica de los trabajadores en régimen de trabajo a turnos**

Junto a las medidas de carácter tuitivo analizadas previamente, el ordenamiento laboral ha previsto una serie de disposiciones dirigidas a facilitar la buena marcha del proceso productivo, si bien a través de una serie de medidas autolimitadas, de modo que no se olvida la necesidad de tutela del trabajador a turnos. De este modo, el art. 19.1 del R.D. 1561/1995 prevé un régimen especial de disfrute del descanso diario y semanal de los trabajadores que se encuentran afectados por este sistema de organización de la actividad productiva. En dicho precepto se contempla la posibilidad de que las empresas en que se realice la actividad laboral por equipos de trabajadores en régimen de turnos, así como cuando lo requiera la organización del trabajo, se acumule, por períodos de hasta cuatro semanas, el medio día del descanso semanal previsto en el art. 37.1 del E.T., o bien se separe del correspondiente al día completo para su disfrute en otro día de la semana.

Por lo que se refiere al descanso entre jornadas, el apartado segundo de este artículo, posibilita que se pueda reducir hasta un mínimo de siete horas, cuando al cambiar el trabajador de turno de trabajo no pueda disfrutar del descanso de doce horas entre jornadas que establece el art. 34.3 del E.T. En tales casos la diferencia hasta las doce horas deberá compensarse en los «días inmediatamente siguientes».

Sobre todas estas cuestiones los convenios analizados se limitan a reiterar las previsiones legales. Así el Convenio Colectivo estatal de Pastas, papel y cartón (<92<), el Convenio Colectivo General del sector de la construcción (<42<) y el Convenio Colectivo estatal de Industria química (<102<) se limitan a remitirse a las previsiones del RD 1561/1995 respecto del descanso diario y semanal en el trabajo a turnos<sup>825</sup>.

Finalmente, la normativa laboral prevé una preferencia del trabajador «a elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional». Este derecho no queda limitado a los trabajadores con turno rotatorio, sino que se trata de un derecho de todo trabajador sometido a un régimen de trabajo a turnos<sup>826</sup>, si bien no se trata de un derecho absoluto, sino de una preferencia.

Sobre esta cuestión, no son muchos los convenios que contemplan disposiciones específicas, y los que lo hacen, con alguna salvedad, se limitan a

reproducir el precepto legal<sup>827</sup>. Solamente añaden previsiones novedosas el Convenio Colectivo estatal de Elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (<99<), el Convenio Colectivo estatal de Regulación del estacionamiento limitado de vehículos en vía pública (<60<), el Convenio Colectivo estatal de Aparcamientos y garajes (<9<), el Convenio Colectivo estatal de Industria química (<102<), o el Convenio Colectivo de Establecimientos sanitarios privados de Cataluña (<272<). Así, el <99<, en una redacción que parece contravenir lo dispuesto en el art. 23 del ET, limita el derecho a los empleados que estén cursando estudios oficiales (de formación profesional o universitarios grado medio o superior) obligando al trabajador a que aporte la documentación pertinente que acredite la realización del curso en cuestión y los horarios en que se desarrolla. El <9< y el <60< señalan que por motivos de capacitación, esto es, cuando se esté cursando estudios dirigidos a la obtención del Graduado Escolar; de formación profesional de primer o segundo grado; estudios universitarios, o cursos de formación ocupacional específica de aplicación en la actividad del sector, el trabajador tendrá derecho a elegir el turno que sea más favorable para la asistencia a los cursos formativos, siempre que se haya acreditado suficientemente ante la Dirección y no se condicione la realización del trabajo. Finalmente, el <102< reconoce la preferencia a elegir turno a los estudiantes<sup>828</sup>, cuando la solicitud tenga carácter permanente, exista puesto de trabajo y lo permitan las necesidades del servicio.

## 2. TRABAJO NOCTURNO Y TRABAJADORES NOCTURNOS

### 2.1. Trabajo nocturno

Según dispone el art. 36.1 del E.T., trabajo nocturno es aquél que se realiza entre las diez de la noche y las seis de la mañana<sup>829</sup>, si bien los convenios colectivos pueden establecer un concepto de trabajo nocturno que amplíe la franja horaria legalmente prevista<sup>830</sup>.

Las previsiones legales en torno al trabajo nocturno pretenden establecer límites y mecanismos dirigidos a garantizar la salud de los trabajadores que desempeñan su actividad en período nocturno, si bien, desde la reforma de 1994, se ha compatibilizado esta exigencia con la de procurar un panorama normativo más adecuado a las necesidades derivadas de los procesos productivos de las empresas<sup>831</sup>. Además, el régimen legal del trabajo nocturno contempla la necesidad de una retribución específica dirigida, como señala el Tribunal Supremo<sup>832</sup>, a compensar el mayor esfuerzo y desgaste derivado del desarrollo de la actividad productiva en horario nocturno.

De este modo, frente a la suprimida prohibición de realizar horas extraordinarias en período nocturno, la normativa actualmente en vigor se limita a exigir que el empresario que recurra regularmente a la realización de trabajo nocturno informe de ello a la autoridad laboral (art. 36.1 E.T.)<sup>833</sup>, manteniendo la prohibición de trabajo nocturno a los trabajadores menores de 18 años (art. 6.2 del E.T.) de la que se hacen eco alguno de los convenios



colectivos analizados<sup>834</sup>. Junto a ello, y derivado de la necesidad de proteger a la maternidad, la normativa laboral se reconoce el derecho de la mujer trabajadora embarazada o en situación de parto reciente a no realizar trabajos nocturnos o a turnos cuando existiese riesgo para el embarazo o la lactancia (art. 26.1 de la L.P.R.L.).

Poco añaden los convenios colectivos consultados a estas previsiones legales dirigidas a tutelar la integridad física y psíquica de los trabajadores, ya que únicamente las reiteran<sup>835</sup>. Sin embargo, en algún caso se añaden previsiones en los convenios que van claramente más allá de las previsiones legales, ampliando los supuestos en los que a ciertos colectivos se les reconoce el derecho a no realizar trabajo nocturno. En este sentido, ciertos convenios amplían los supuestos legales en los que a la mujer embarazada o en situación de lactancia se les reconoce el derecho a no realizar trabajo nocturno. Así el Convenio Colectivo de la empresa Solvay química, SA (<361<) excluye a la mujer trabajadora en periodo de gestación o lactancia de trabajar en tareas tóxicas, peligrosas o penosas, así como en trabajos nocturnos, en lo que parece una mejora de la regulación legal pues no lo condiciona a la existencia de riesgo. Igualmente, pero con alcance más limitado, el Convenio Colectivo de Establecimientos sanitarios privados de Baleares (<274<) reconoce el derecho de las embarazadas a no realizar trabajos nocturnos, pero solamente a partir del sexto mes de gestación.

Por este motivo resulta especialmente relevante que en algún caso se hayan recogido unas previsiones, distintas de las legalmente establecidas, dirigidas a garantizar la tutela de la salud e integridad física de quien trabaja en período nocturno. Es el caso del Convenio Colectivo de agricultura de Zaragoza (<192<), en el que se prevé la realización por dos personas de cualquier trabajo nocturno que requiera la utilización de maquinaria u otros útiles que puedan acarrear peligro. En sentido parecido, el Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de Cataluña (<136<), en el que no se impone, sino que se recomienda a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación –empresas de limpieza– que, en caso de trabajos nocturnos y en lugares aislados, procuren que el personal que preste dichos servicios en solitario lo realicen acompañados, y en caso de que ello no fuera posible, se ponga a su alcance los medios de comunicación o alarma necesarios para casos de emergencia. Esa misma finalidad se puede apreciar en el <8<, el Convenio Colectivo de Transporte viajeros por carretera de Madrid (<165<), y el Convenio Colectivo de Servicios discrcionales, turísticos y regulares de Madrid (<171<), que, en el sector del transporte, impiden la realización de servicios nocturnos a quienes hayan prestado servicios diurnos, y viceversa, por razones de seguridad.

De otra parte, la norma laboral prevé que el trabajo nocturno tenga una retribución específica, acordada en convenio colectivo<sup>836</sup>, *«salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o se haya acordado la compensación de ese trabajo por descansos»* (art. 36.2 E.T.).

Sobre esta última cuestión, los convenios que contienen alguna precisión ulterior identifican los trabajos que sean nocturnos por propia naturale-



za. Así el Convenio Colectivo estatal de Calzado artesano manual y ortopedia y talleres de reparación y conservación del calzado usado y duplicado de llaves (<23<); Convenio Colectivo estatal de la Industria del calzado (<24<); Convenio Colectivo estatal de la Industria textil y de la confección (<114<), Convenio Colectivo de Empresas Siderometalúrgicas de A Coruña (<255<), y el Convenio Colectivo del sector del Metal de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (<263<), disponen que no se considera trabajo nocturno, a estos efectos, el realizado por el personal de vigilancia de noche, porteros o serenos que hubiese sido contratados especialmente para prestar servicios exclusivamente durante período nocturno<sup>837</sup>. El <23< excluye de la clasificación de nocturnos aquellos trabajos afectados normalmente en la jornada diurna, que hubieran de realizarse obligatoriamente en el período nocturno a consecuencia de acontecimientos catastróficos excepcionales<sup>838</sup>. Sobre este extremo resulta de interés destacar, por su dudosa legalidad<sup>839</sup>, el Convenio Colectivo de la empresa Panrico SA, Madrid (<303<), que precisa que debe entenderse como trabajo nocturno por su propia naturaleza el que por necesidades de horario de atención al cliente implique la necesidad de efectuar alguna hora nocturna como parte de la jornada.

En cuanto a la fijación de una retribución específica para el trabajo nocturno, la cual normalmente se pierde cuando se deja de prestar servicios en período nocturno<sup>840</sup>, cabe reseñar que numerosos convenios no siguen un criterio de proporcionalidad estricta<sup>841</sup>, sino que distinguen en función del número de horas trabajadas en período nocturno, de modo que si no superan un cierto umbral se aplicará el criterio de proporcionalidad, pero si lo superan la retribución específica se aplica a toda la jornada del trabajador<sup>842</sup>. Finalmente, algún convenio contempla cuantías distintas en función de la provincia donde se encuentre el centro de trabajo<sup>843</sup>.

Por otra parte, no pocos convenios excluyen la retribución del período nocturno cuando no se alcanza a realizar más de una hora dentro del mismo<sup>844</sup>. Así, el Convenio Colectivo de la empresa Leroy Merlin, S.A. (<326<), prevé que la primera hora de trabajo nocturno (entre las 22.00 y las 23.00) se retribuya como si se tratase de una hora diurna, salvo que se continúe posteriormente prestando servicios en período nocturno, en cuyo caso todas las horas nocturnas se abonan con un recargo del 25% respecto del valor de la hora «normal» (recargo que se aplica a todas las horas nocturnas entre las 23.00 y las 6.00). En este mismo sentido, el Convenio Colectivo estatal de la Industria del corcho (<45<); los Convenios Colectivos de la construcción de Madrid, A Coruña, Barcelona, Vizcaya, Málaga, Cantabria, Alicante y Cádiz (<195<, <197<, <198<, <199<, <201<, <203<, <204<, <206<, respectivamente); y el Convenio Colectivo del sector de rematantes y aserraderos de la provincia de Pontevedra (<252<), prevén la ausencia del derecho a compensación por el trabajo nocturno en el caso de personal que trabaje en régimen de dos turnos, cuando la coincidencia entre la jornada de trabajo y el período nocturno sea igual o inferior a una hora<sup>845</sup>. En esta línea de tendencia, los Convenios Colectivos de Hostelería de Tenerife, Las Palmas y Huesca (<123<, <124< y <125<, respectivamente) no contemplan una retribución adicional para el trabajo nocturno cuando éste se realice antes de

las 00.00 horas, de modo que, pese a identificar el trabajo nocturno con aquél que se desarrolla entre las 22.00 y las 6.00, solamente retribuye como tal el que se realice una vez pasadas las 00.00 horas<sup>846</sup>. Previsiones todas ellas que cabría calificar como contrarias a derecho, pues se apartan de la definición legal de trabajo nocturno recogida en el art. 36.1 del E.T.<sup>847</sup>, tal y como se desprende de la STS de 1 de diciembre de 1997 (AS 1997/8921) que resuelve sobre un supuesto en el que se pretendía limitar la retribución del trabajo nocturno a los casos en que se realizasen más de tres horas diarias en dicho período o un tercio en cómputo anual.

Otras previsiones convencionales en punto a la retribución del trabajo nocturno cuya legalidad resulta altamente discutible, son las contenidas en el Convenio Colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (<99<), o en el Convenio Colectivo de Transporte mercancías por carretera de Cantabria (<155<), en los que se señala que si el empleado hubiese solicitado expresamente trabajo nocturno no se le abonará ningún complemento por este concepto.

En cuanto a la posibilidad de compensar el mayor sacrificio que supone el trabajo nocturno con períodos de descanso, no son muchos los convenios que recogen este sistema retributivo: El Convenio Colectivo de agricultura de Canarias (<179<) contempla expresamente la opción de compensar las horas nocturnas económicamente, con un incremento del 30% del salario día, o por períodos proporcionales de descanso. El Convenio Colectivo del Grupo Axa Seguros (<345<) contempla la retribución en descanso, junto con la económica, en caso de que las llamadas «intervenciones especiales»<sup>848</sup>, esto es, cuando por necesidades imprevistas se requiera la presencia del trabajador en su puesto de trabajo, se realicen en horario nocturno. El Convenio Colectivo de la empresa Lery Merlin, S.A. (<326<) prevé que, en tal caso, el descanso deberá disfrutarse en el plazo máximo de tres meses del día de la realización.

## 2.2. Trabajadores nocturnos

Tal y como dispone el art. 36.1 del E.T., tendrá la consideración de trabajador nocturno aquel que realice normalmente en período nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así como a aquel de quien se prevea que puede realizar en tal período una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual<sup>849</sup>.

Sobre esta cuestión, y en cuanto a las previsiones contenidas en los convenios colectivos analizados sobre los trabajadores nocturnos, solamente cabe destacar el hecho de que alguno de ellos restringe la posibilidad de que la empresa asigne horarios que impliquen la condición de trabajador nocturno. Así, el Convenio Colectivo estatal de la Industria de producción audiovisual –técnicos– (<12<) dispone que, salvo que trabajador y empresa acuerden algo distinto, la empresa solamente podrá asignar un horario que implique la condición de trabajador nocturno si se dan una serie de condiciones: cuando se trate de trabajos necesarios para la puesta en marcha del rodaje o

grabación por ser ésta solo posible en horario nocturno; o por rodajes o grabaciones en exteriores con acción nocturna o localizaciones interiores con visión exterior de noche; cuando la disponibilidad de un técnico, actor, decorado real, o en general cualquier otro recurso necesario para realizar la grabación o rodaje sea únicamente en horario nocturno; cuando se trate de producciones en las que sea necesario rodar o grabar en horario nocturno, dada su propia naturaleza o de las situaciones o eventos a cubrir; por contingencias extraordinarias de la producción, tal como el vencimiento de plazos de entrega.

Para aquellos trabajadores que alcancen la consideración de trabajadores nocturnos, la normativa contempla una serie de garantías dirigidas a tutelar su salud a través de la limitación de su jornada de trabajo. Tales garantías consisten en la fijación de un tope máximo de jornada diaria distinto y más estricto que el límite máximo de jornada<sup>850</sup>, y la prohibición de realización de horas extraordinarias<sup>851</sup>.

Estos límites legales vienen recogidos en las cláusulas de los convenios estudiados<sup>852</sup>, si bien en algún caso se mejoran las previsiones legales. Así, el Convenio Colectivo del sector de carpintería y ebanistería de Pontevedra (<253<), que para otorgar una mayor protección al trabajador que realiza jornada nocturna como actividad normal y continuada, la reduce a siete horas diarias, previendo que por cada tres semanas en turno de noche el trabajador tenga derecho a dos días de descanso adicional. También el Convenio Colectivo de Establecimientos sanitarios privados de Murcia (<278<), que reconoce a los trabajadores nocturnos el derecho a tres días de descanso cada catorce días naturales (dos de ellos al menos consecutivos)<sup>853</sup>.

Ahora bien, el RD 1561/1995 contempla una serie de excepciones tanto a la jornada máxima de los trabajadores nocturnos como a la prohibición de realizar horas extraordinarias que pesa sobre este colectivo laboral. Resulta así que, el art. 32.1 de este reglamento admite la superación de la jornada máxima prevista en el art. 36.1 del E.T. (ocho horas diarias como media en un período de referencia de 15 días), bien mediante la realización de horas extraordinarias; bien mediante la ampliación del período de referencia, en una serie de supuestos enumerados de forma taxativa<sup>854</sup> y que tienen fijados, en el apartado segundo de este mismo artículo, unos límites, los cuales varían según el supuesto que haya motivado la ampliación de la jornada<sup>855</sup>.

El carácter absoluto de estos límites queda acreditado cuando en el párrafo segundo del art. 32.2 se obliga a que, en los casos en que la ampliación de la jornada obedezca a la realización de horas extraordinarias, se reduzca la jornada de trabajo de los sujetos afectados durante los días subsiguientes, hasta alcanzar el promedio de ocho horas en el período de referencia correspondiente (cuatro, o seis, meses, o cuatro semanas), y ello sin perjuicio de cuál sea la forma de compensación que se haya acordado en virtud del art. 35.1 del E.T.

De otra parte, al igual que sucede con los trabajadores que trabajen a turnos, en el art. 36.4 del E.T. se establece que *«deberán gozar en todo momento de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo, incluyendo unos servicios de protección y preven-*

*ción apropiados, y equivalentes a los de los restantes trabajadores de la empresa»<sup>856</sup>*

Finalmente, el segundo párrafo del art. 36.4 del E.T., se contemplan dos medidas más dirigidas a velar por la salud de los trabajadores nocturnos. Así, de una parte, se obliga al empresario a que garantice que los trabajadores nocturnos dispongan de una evaluación gratuita de su salud, tanto previamente a su afectación a un trabajo nocturno como posteriormente, a intervalos regulares, «en los términos que se establezca en la normativa específica en la materia». De otra, se establece el derecho de los trabajadores nocturnos a los que se reconozcan problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno a ser destinados a un puesto de trabajo diurno<sup>857</sup> que exista en la empresa<sup>858</sup>. Sobre esta cuestión, puede destacarse que el Convenio Colectivo de agricultura de Canarias (<179<) reconoce el derecho de las trabajadoras embarazadas a cambiar el horario nocturno por diurno, derecho que igualmente se reconoce, tal y como previene el art. 36.4 del ET, a todo trabajador nocturno con problemas de salud ligados a su trabajo nocturno, en cuyo caso se prevé la pérdida de este complemento de puesto de trabajo.

Sobre esta última cuestión cabe señalar que los tribunales han entendido que el derecho a un cambio de puesto diurno, por incompatibilidad del nocturno con la salud del trabajador, no conlleva el derecho de éste a elegir horario. Así, la STSJ de Cataluña de 19 de julio de 2007 (AS 2007/2507) en un caso de cambio de turno motivado por la salud de una trabajadora señala que *«la actora tiene derecho a ser destinada a trabajo diurno, pero no a elegir dentro del horario diurno turno de mañana o de tarde, decisión que, por necesidades justificadas, compete a la empresa en el ejercicio de su poder de dirección y organización del trabajo»*.

## Notas

<sup>791</sup> Definición de la que se ha destacado su falta de originalidad, pues viene a reproducir con bastante exactitud la contenida en la Directiva 93/104/CE, así como el hecho de que no supone cambio alguno en relación con lo que tradicionalmente se había venido entendiendo por trabajo a turnos, sirviendo en todo caso para resaltar que lo jurídicamente relevante no es que la empresa tenga varios turnos, sino que los trabajadores presten sus servicios a turnos, cambiando, pues, cada cierto período de turno y de horario. ALFONSO MELLADO, C., y GARCÍA ORTEGA, J., *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, cit., p. 64. Sobre la definición del trabajo a turnos contenida en el art. 34.6 del E.T. y la exclusión del mismo del trabajo a turno fijo, que no implica cambio horario para el trabajador, véase MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, cit., pp. 252 a 255.

<sup>792</sup> MONTOYA MELGAR, A. «Jornada en régimen de turnos», en AA.VV. *Estudios sobre la jornada de trabajo*, cit., p. 149.

<sup>793</sup> La evidente crítica a semejante previsión la ha puesto reiteradamente de manifiesto la doctrina. Así, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V., «El trabajo a turnos» en *Comentarios a las leyes laborales* (dir. E. BORRAJO) Madrid, 1982, p. 263 o ALARCÓN CARACUEL, M.R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, cit., p. 142., quienes destacan que la norma debe interpretarse en el sentido de afectar igualmente a las empresas en las que se realice alguno de los turnos en horario nocturno, aunque su ciclo productivo no abarque un período completo de veinticuatro. Igualmente, MONTOYA MELGAR, A., «Jornada en régimen de turnos», cit., p. 145, señalando que *«la misma finalidad protectora de la vida personal y social del trabajador que preside la rotación de tur-*

*nos durante el día completo inspira a la rotación cuando los turnos no se extiendan durante las veinticuatro horas del día».*

<sup>794</sup> Idea esta que se reitera en el art. 15.1.d de la L.P.R.L. que, al establecer los principios generales de la acción preventiva, señala el de «*adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo sobre la salud*». En todo caso, como señalan ALFONSO MELLADO y GARCÍA ORTEGA, dado el contenido sumamente inconcreto del art. 36.5 del E.T., pocas son las obligaciones que entraña para el empresario, «*más allá de una genérica referencia a la necesidad de valorar el riesgo que para la salud y seguridad puede entrañar el trabajo a turnos*». *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, cit., p. 66.

<sup>795</sup> Claramente, el <278>, en el que se dispone que la empresa es quien fija los turnos de acuerdo con las necesidades del servicio. También el <309>, que lo contempla para las secciones de producción. El <311> contempla la implantación como regla general del régimen de turnos, estableciendo un sistema de turnos especiales para el personal de ciertas categorías profesionales (Talleres de Prensas, Mantenimiento preventivo...) El <316> deja en manos de la empresa la introducción del régimen de turnos, rotativos o no, de modo que aquella los establecerá cuando los estime convenientes para las necesidades de la producción, o para la mejora del servicio y de la organización en las secciones que lo considere oportuno. En este caso, el convenio exige que se preavise al personal afectado con una antelación de siete días. Además, en él se dice que la dirección de la empresa, sin perjuicio de su facultad a implantarlos, informará y razonará ante el Comité de Empresa la necesidad o conveniencia de los nuevos turnos a establecer, reconociendo expresamente que esta facultad no afecta al derecho de los trabajadores a reclamar ante la jurisdicción social o administrativa, cuando considere que se ha incumplido lo pactado. En términos similares, el <318> reconoce la facultad de la empresa para establecer cuantos turnos, rotatorios o no, estime imprescindibles para las necesidades de la producción, o para la mejora del servicio y de la organización, en aquellas secciones que estime oportunas, debiendo avisar al personal afectado con al menos siete días de antelación. Este convenio exige que la empresa informe y razone los cambios de turno ante el comité, sin perjuicio de su facultad a implantarlos. También el <360> reconoce la facultad de la empresa de establecer turnos rotativos cuando la producción así lo requiera, debiendo preavisar a los trabajadores afectados con, al menos, dos días de antelación. En este convenio se prevé el supuesto de que algún trabajador presente alegaciones en contra, en cuyo caso se dice que se tratarán conjuntamente con el Comité de Empresa con el objetivo de que la producción prevista no resulte afectada negativamente.

El <17> y el <376>, prevén, igualmente, la posibilidad de implantar el régimen de turnos rotatorios en ciertas secciones (básicamente las que requieran atención permanente, como sucede con el personal de mantenimiento, apoyo comercial, atención al cliente y sistemas de información, o el personal adscrito a las unidades de operación y mantenimiento) Igualmente, <120> que señala que en las empresas cuyos centros de trabajo estén abiertos al público durante dieciséis o más horas continuadas, y para las secciones que funcionen ininterrumpidamente, se procurará realizar la jornada de trabajo de forma continua y rotativa, siempre con especial atención a las necesidades del servicio a prestar. Por último, cabe referirse al <271>, que señala que la jornada se efectuará preferentemente en turnos de siete horas de mañana, siete de tarde y diez de noche, siendo que por razones organizativas, necesidades de los servicios de la institución o demanda asistencial, y siempre que sea preciso, podrá señalarse otra distribución de la jornada, previa negociación del centro y representantes de los trabajadores.

<sup>796</sup> Así, <344>. También en este sentido, el <114> establece como facultad privativa de la empresa la de fijar los horarios, pudiendo organizar los turnos y relevos, así como cambiarlos cuando lo estime necesario o conveniente, sin más limitaciones que las fijadas por la ley. Igualmente, el <317> y el <319> convienen expresamente la aceptación por parte del personal el establecimiento, la modificación o supresión del trabajo a turnos cuando las necesidades de la producción o conveniencias del servicio así lo exijan o aconsejen a juicio de la dirección (previa comunicación al Comité de Empresa, añade el <319>)

El <123> dispone que en cada departamento se elaborarán los turnos semanalmente, haciendo constar el horario y los días de descanso que cada trabajador tenga, debiendo exponerse

estos con una semana de antelación, entregando al tiempo copia a los representantes de los trabajadores. Dichos turnos podrán modificarse por la empresa en supuesto de necesidades perentorias o imprevisibles, comunicándolo por escrito al trabajador y a los representantes de los trabajadores. El <271< prevé que la dirección pueda modificar los turnos de trabajo por razones estructurales luego de negociación con el comité de empresa. Excepcionalmente se permite en este convenio que la dirección de la empresa pueda variar los turnos por motivos asistenciales de carácter circunstancial, debiendo comunicarse, de forma motivada, a los trabajadores afectados.

<sup>797</sup> En sentido similar, el <63< dispone que cuando concurren causas técnicas, organizativas, económicas o de producción, y previa consulta con la representación de los trabajadores, las empresas podrán implantar temporal o indefinidamente el sistema de turnos con prestación de servicios de lunes a domingo, o cuarto turno, que afecte a toda o una parte de la plantilla.

<sup>798</sup> <194<; <202< y <148<, que para la modificación o establecimiento de turnos con carácter general requiere la negociación previa con la representación sindical a tenor de lo establecido con el art. 41 del ET. Igualmente, <109<, que dispone que en caso de desacuerdo el conflicto debe someterse al PRECO (Procedimientos Voluntarios para la Solución de Conflictos Laborales del País Vasco) añadiendo que de persistir la disconformidad se aplicará la legislación vigente.

<sup>799</sup> Es el caso del <102<, que señala que cuando se quiera implantar el sistema de turnos que implique rotación de trabajadores (esto es, que no sea proceso continuo) deberá negociarse con los representantes de los trabajadores las nuevas condiciones. El convenio prevé que en caso de desacuerdo se deberá acudir a los procedimientos de mediación y/o arbitraje previstos en el convenio. Igualmente, <34<, que para el caso de desacuerdo, señala que deberá acudirse a los procedimientos de mediación y/o arbitraje previstos en el propio Convenio.

También, en cuanto a la fijación de la rotación en el trabajo a turnos, hay convenios colectivos que prevén que la implantación del sistema de turnos rotatorios y el sistema de rotación de turnos se pacte entre la empresa y los representantes de los trabajadores, teniendo en cuenta que en estos casos deberán integrarse las exigencias derivadas de la tutela de la salud y la productividad, sin que la implantación de este sistema pueda conllevar la exigencia de un número mayor de empleados, respetándose la adscripción voluntaria de los trabajadores a los distintos turnos. Es el caso del <300<, que contempla la necesidad de que se negocie entre la empresa y los representantes de los trabajadores la rotación de personal de los puestos de trabajo con mayor contenido de esfuerzo físico.

<sup>800</sup> El <64< es un ejemplo de ello al señalar que las empresas podrán establecer régimen de turnos continuados durante las 24 horas del día mediante el sistema de trabajo a turnos, sin más límites que el previo acuerdo con los representantes de los trabajadores o, en su ausencia, con la aceptación de los trabajadores afectados y posterior comunicación a la autoridad laboral. Cuando la decisión empresarial implique modificación sustancial de condiciones, dice este convenio, se estará a lo dispuesto en el art. 41 del ET.

<sup>801</sup> Así, el <360< exige un preaviso de dos días y el <22< dispone que los cambios o modificaciones que pudieran hacerse de la programación prevista deberán conocerlo los interesados con la antelación mínima de diez días hábiles, salvo casos de fuerza mayor. Siete días exigen el <17<; <23<; <316<; <317<; <318< y <376<; quince el <379<; y un mes, el <344<, que prevé que si no se cumpliera el preaviso el personal afectado pasará a realizar la nueva jornada y percibirá de una sola vez el importe de los conceptos asociados a jornada a turnos correspondientes al tiempo que falte para alcanzar el mes de referencia. El <190< exige que la planificación de turnos se comunique con la mayor antelación posible a los trabajadores, quienes en todo caso deben conocerlos con una antelación mínima de noventa días.

<sup>802</sup> En sentido similar, y como ya se ha expuesto, el <114< dispone que cuando se proponga el trabajo continuado, y ello requiera la modificación con carácter colectivo de los turnos de trabajo que se estuvieran prestando, podrá hacerse siempre que se cuente con la aceptación de los representantes de los trabajadores y, en defecto de los mismos, el convenio se remite a lo dispuesto del 41 E.T., si bien añade una serie de requisitos procedimentales, finalísticos y compensatorios en tales casos. Así, se exige: la elaboración por parte de la empresa de un informe-memoria en el que se justifique el cambio; que el mismo suponga aprovechamiento integral de la

maquinaria que reúna condiciones de tecnología moderna; que represente un aumento de plantilla o, al menos, evite la pérdida de puestos de trabajo; y que se establezca algún tipo de compensación económica y en materia de jornada para los afectados.

<sup>803</sup> <314>. El <11> reconoce, como facultad privativa de la empresa, organizar los turnos y relevos. En el mismo sentido, el <317> declara facultad de la empresa la adscripción de trabajadores a los diversos turnos, señalando que el preaviso a los trabajadores sea con la suficiente antelación, que, a ser posible, se concretará en siete días (idéntico plazo se recoge en el <17> y en el <376>) El <360>, dispone que el personal será designado nominativamente por la Jefatura de Taller según las necesidades de producción. <365>, reconoce que es potestad de la empresa establecer la organización de los turnos y adjudicación de personas a cada uno de los turnos, permitiendo variar el número de turnos y la adjudicación de personas a cada turno según las necesidades de producción u organización. En parecidos términos, en este último sentido, <23>, que señala, para el caso que deba cambiarse a una persona de turno por motivos de organización del trabajo, que deberá preavisársele con un mínimo de antelación de siete días, respetando en todo caso las doce horas de descanso mínimo entre jornadas. El <338>, y para el personal de turno abierto, dispone que corresponde a la empresa designar qué personal y en qué instalaciones rige este turno.

<sup>804</sup> Previsiones cuya finalidad en este caso es evitar la reiteración de la adscripción en aquel turno que, por el momento en que se realiza, resulta más perjudicial para la salud del trabajador. En este sentido, FITA ORTEGA, F. *Límites legales a la jornada de trabajo*, cit., p. 99.

<sup>805</sup> Así, el <6>; <9>; <60>; <92>; <100>; <102>; <169>; <194>; <199>; <201>; <202>; <203>; <206> y <314>, que, conforme a las previsiones legales, establecen que si se requiere jornada ininterrumpida por razones de actividad, un trabajador no podrá permanecer en turno de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria.

<sup>806</sup> Si bien excluye de la rotación a los trabajadores fijos, lo que puede ser considerado contrario al principio de igualdad de trato de los trabajadores con contrato temporal o de duración determinada previsto en el art. 15.6 del E.T.

<sup>807</sup> Este convenio prevé que se oferten las vacantes que se produzcan en los diversos turnos del día a los trabajadores en turno de noche, quienes tendrán preferencia para ocuparlas según la antigüedad en turno de noche. Previsión que habrá que entender que o bien se refiere a los trabajadores que hayan optado voluntariamente por su adscripción al turno de noche, o a los trabajadores nocturnos, so pena de reputar ilegal las previsiones de este convenio respecto al turno de noche, respecto del cual la legislación establece de forma imperativa que un mismo trabajador no podrá permanecer más de quince días consecutivos en turno de noche, salvo adscripción voluntaria.

<sup>808</sup> En este sentido, MONTOYA MELGAR, A., «Jornada en régimen de turnos», cit., p. 147.

<sup>809</sup> Y no en caso de no darse la misma, al aplicar los tribunales laborales tanto la doctrina del *pacta sunt servanda*, como la doctrina de los actos propios. La doctrina del extinto TCT, sin embargo era distinta. Así, en su sentencia de 1 de octubre de 1987 (Ar. 20252) este tribunal señaló que tal adscripción voluntaria no debería entenderse en caso alguno como «vinculación forzosa e indefinida a trabajar para siempre en el turno nocturno» ya que dicha adscripción solamente será voluntaria «mientras persista la voluntad o conformidad del trabajador».

<sup>810</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, cit., p. 260.

<sup>811</sup> En el mismo sentido, el <165> y el <171> disponen que el servicio nocturno se cubra, en primer lugar, por voluntarios, y en caso de existir más servicios que voluntarios, mediante turnos rotatorios. El <349> también limita la facultad del empresario de adscribir a los trabajadores a los distintos turnos al señalar que, cuando se produzca una vacante en un turno, se notificará al resto de empleados de la plataforma por si quieren ocuparla.

<sup>812</sup> El convenio señala que el orden para establecer dichas coberturas se establecerá, en caso de existir un número mayor de solicitudes que de vacantes, por antigüedad en la empresa en la primera solicitud, previendo que si un trabajador quiere volver a hacer uso de este derecho sólo se le computará, a estos efectos, el tiempo que medie entre el cambio anterior y el nuevo al que opta. Por lo demás el convenio establece que los cambios de turno por vacantes se resuelvan en quince días como máximo.



En parecidos términos, el <378> dispone que ante la existencia de una vacante sin derecho a reserva de plaza, y antes de proceder a su cobertura por los procedimientos establecidos en el convenio, la dirección atenderá las solicitudes de cambio de turno cursadas por los trabajadores que ostenten la misma categoría, puesto de trabajo, y pertenezcan a la sociedad en que deba cubrirse la vacante. En este sentido se atenderá por riguroso orden de antigüedad en la categoría, a contar desde el último cambio de turno, pudiéndose variar este criterio por acuerdo de la comisión paritaria.

<sup>813</sup> Como tampoco parece respetarla, tal y como antes se ha dicho, el <141>, al señalar que todos los turnos tendrán carácter rotativo, si bien excluye de la rotación a los trabajadores fijos.

<sup>814</sup> Así, por ejemplo, el <311> establece que el empresario debe procurar la rotación de los trabajadores de la dependencia. Más rígidamente, el <92> establece el principio de rotación en turnos. El <23>, que impone, con carácter obligatorio, un sistema de rotación del personal. El <355>, con objeto de favorecer el reparto equitativo de cargas y privilegios, acuerda el sistema de rotaciones en turnos de trabajo, y descansos. El <338> señala que el personal de turno cerrado rotará en mañana, tarde y noche, y el de turno abierto rotará de mañana y tarde, con calendario más ajustado a necesidades las organizativas. El <141> señala que todos los turnos tendrán carácter rotativo, si bien, en una regulación que pudiera contravenir lo dispuesto en el art. 15.6 del Estatuto de los Trabajadores, de la rotación se excluye a los trabajadores fijos. Este convenio remite la resolución de las discrepancias derivadas de la aplicación de los turnos, a una reunión conjunta entre la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores. El <22>, tras señalar que se podrán implantar turnos de tarde o noche, fuera del horario normal, sin que los turnos sobrepasen, en ningún caso, la jornada máxima que esté fijada para el resto del personal, dispone que las plantillas de estos turnos podrán ser dotadas con el personal contratado expresamente para un turno determinado, o bien en régimen de turnos por rotación, en cuyo caso serán programados por un período mínimo de tres meses, de forma que cualquier empleado no repita el turno hasta que haya completado el ciclo la totalidad de la plantilla sujeta a turno.

Con relación al trabajo nocturno, el <169> recoge los principios de equidad y rotatividad en su asignación, sin que nadie pueda estar en el turno de noche más de dos semanas consecutivas salvo adscripción voluntaria. Por el contrario, el <109> establece el principio de favorecimiento de la permanencia del trabajador en un turno estable.

<sup>815</sup> <309>.

<sup>816</sup> Sobre esta cuestión, el <340> prevé un régimen de turnos de seis días, seguidos de cuatro de descanso, de modo que los dos primeros días se trabaje en turno de tarde, los dos siguientes en turno de mañana, y los últimos seis en turno de noche. Intentando evitar la coincidencia entre un último turno de noche y el siguiente de mañana, el <128> dispone que en la fijación de turnos se pondrá cuidado en no establecer el primer turno de mañana al personal que haya trabajado en el turno de noche, salvo cambio de turnos.

<sup>817</sup> Así lo recoge MONREAL BRIGSVAERD, E., *La jornada de trabajo...*, cit., pp. 258 y 259, que cita la STSJ de Madrid de 23 de enero de 1991 (Ar. 850) y la STSJ de La Rioja de 5 de mayo de 1994 (Ar. 1895).

<sup>818</sup> Es el caso, entre otros, del <163>; <308>; <309>; <322>; <337>; <341>; <344>; <345>; <360>; <361> o <342> que prevé dos pluses, uno de mayor cuantía en caso de turnos rotatorios mañana tarde y noche, y otro, menor, si se trata de turno rotativo de mañana y tarde. El <377> prevé también una compensación económica por trabajo a turnos, señalando expresamente que se deja de percibir si se deja de prestar servicios en este régimen. En el mismo sentido, <365>, que contempla un plus de turnos para quien trabaje en régimen de turno continuado –sin pausa para comida–, y que se cobra sólo por los días que el personal preste sus servicios por esta modalidad de pago. El <366> prevé que el plus de turnos y el de nocturnidad se paguen aun en vacaciones. El <331> contempla que al personal del turno de 14.00 a 22.00 se le facilite por la empresa el medio de locomoción para acudir al puesto de trabajo, abonándosele su importe siempre que no disponga de vehículo de locomoción propio. Parecida previsión, pero para el caso de tener que trabajar en festivo como consecuencia de la implantación del régimen de trabajo a turnos, <311>.



Dicho plus no se reconoce en el <148< para el caso de que, de forma esporádica, se haya producido un cambio de turnos de forma voluntaria entre los trabajadores.

<sup>819</sup> Es el caso, entre otros, del <42<; <48<; <60<; <66<; <194<; <199<; <201<; <202<; y <203<; que disponen que el tiempo trabajado en la espera, sin perjuicio de ser retribuido como hora extra, no se computa como tal. El <48< limita la prolongación de jornada a dos horas. El <148<, para el caso de cambio de turno realizado de forma voluntaria entre los trabajadores, prevé que si alguno de los trabajadores no pudiese cumplir su compromiso como consecuencia de incidencia justificada, se respete el cambio de turno mediante la oportuna sustitución, debiendo el trabajador compensar las jornadas correspondientes.

<sup>820</sup> En todo caso, en este convenio se limita la prolongación de jornada, ya que se dispone que solamente podrá ser hasta dos horas, sin que el posterior abandono pueda ser objeto de sanción. En términos similares, <66< y <181< que disponen que el personal a turnos y que no fuese relevado deberá permanecer en el puesto de trabajo durante un máximo de dos horas, transcurridas las cuales deberá ser sustituido por otro trabajador.

<sup>821</sup> Dicho orden de cobertura de ausencias supone acudir, en primer término, al personal del grupo de apoyo o de reserva donde exista. En su caso, con personal del área de trabajo en sus días de disponibilidad cuando así estuviera contemplado. Si no pudiese cubrirse la ausencia por las anteriores vías, prolongando la jornada de los trabajadores que queden en el puesto a doce horas (el que sale alarga cuatro horas y el que entra lo hace cuatro horas antes). En cuarto lugar, mediante trabajadores que se encuentren en descanso, si voluntariamente accede a ello. Si agotados los anteriores sistemas no queda cubierta la ausencia, el convenio faculta a la empresa a hacerlo según estimen atendiendo las circunstancias.

En parecidos términos, el <344< señala que la suplencia del personal a turnos que no pueda asistir se realizará con el personal disponible. Si no fuese posible, un trabajador del turno posterior deberá doblar su turno el primer día que se produzca la ausencia, y si por causas extraordinarias no fuese posible corregir la situación inmediatamente, las siguientes suplencias se realizarán doblando en jornada de cuatro horas durante el tiempo mínimo imprescindible.

El <377< obliga a que el calendario recoja el régimen de sustituciones que deberá aplicarse en estos casos, indicando los trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados. En términos parecidos, <338<. Estos dos convenios prevén que el personal de turno compensará los excesos de jornada derivados de estas circunstancias mediante descansos en días completos en la proporción que corresponda.

<sup>822</sup> Contempla también la compensación con descanso en estos casos el <60<, que tras fijar la obligación del trabajador de permanecer en el turno hasta la llegada del relevo, con el máximo de una hora, señala que el tiempo de exceso se compensará en descanso como una hora extraordinaria.

<sup>823</sup> Esto es, según dispone este convenio, aquel que supone trabajar durante 24 horas, de lunes a viernes, descansando sábados, domingos y festivos.

<sup>824</sup> Según este convenio, se entiende por tal el trabajo que, debido a necesidades técnicas u organizativas se realiza las 24 horas del día y durante 365 días al año, aunque se pare eventualmente para disfrute de vacaciones de carácter colectivo o que supongan cierre total o parcial de instalaciones (reparaciones, mantenimiento, cambio de ciclo o de producto, así como fuerza mayor).

<sup>825</sup> Así el <42< dispone que en las empresas las en que se realice actividad por equipos de trabajo en régimen de turnos se podrá computar por periodos de hasta cuatro semanas el día de descanso semanal previsto en el 37.1 ET, en los términos que se establezca en la normativa vigente.

<sup>826</sup> STS de 25 de octubre de 2002 (RJ 2002/10211) y STS de 6 de julio de 2006 (RJ 2006/8875)

<sup>827</sup> <210<; <36<; <50<; <115<; <12<; <101< <179<; <205<; <281< o <289<. El <44< reconoce el derecho del trabajador a elegir, en el supuesto de existir turnos, el que fuera más adecuado al seguimiento de sus estudios, siempre que ello no suponga un perjuicio para el trabajo. En similares términos, el <174<, que reconoce el derecho a que el trabajador que realice estudios medios o superiores acuerden con el empresario el horario más adecuado para que pue-

dan realizar sus estudios, sin que ello suponga impedimento al trabajo diario. Con menor precisión, el <282< solamente dispone que las empresas deberán dar facilidades en la asignación de los turnos a todas aquellas personas trabajadoras que estén realizando estudios.

<sup>828</sup> Preferencia que también se reconoce a las trabajadoras embarazadas, o en período de lactancia, así como a aquellos trabajadores que tengan menores o discapacitados a su exclusivo cargo.

<sup>829</sup> Previsión que mejora las disposiciones internacionales (Convenio 171 de la O.I.T.) y comunitarias (art. 2.º de la Directiva 2003/88/UE).

<sup>830</sup> Así, <379< que mejora el concepto de horario nocturno al referirlo al trabajador a partir de las 21.00 hasta las 07.00. El <3<, el <127< y el <378< lo fijan de 22.00 a 07.00 y el <284< reconoce el plus de nocturnidad al trabajo realizado entre las 22.00 y las 08.00.

El <191< contempla una definición de horario nocturno que varía según el período de año. Así, según este convenio, es horario nocturno el que se presta entre las 22.00 y las 06.00 del 1 de abril al 30 de septiembre, o de las 21.00 a las 07.00 del 1 de octubre al 31 de marzo.

Una identificación de período nocturno que contraviene las previsiones legales se puede encontrar en el <54<, donde se considera trabajo nocturno el desarrollado entre las 22.00 y las 06.00 o, «cuando las circunstancias de la empresa lo requieran» entre las 23.00 y las 07.00.

<sup>831</sup> En este sentido, FITA ORTEGA, F., *Límites legales a la jornada de trabajo*, cit., pp. 93 y ss. y 121 y ss., destacando cómo ello se ha conseguido colocando al trabajador nocturno como centro de la normativa dirigida a tutelar la salud de los trabajadores, y flexibilizando el régimen del trabajo nocturno.

<sup>832</sup> En este sentido, STS de 27 de febrero de 1995 (RJ 1995/1262).

<sup>833</sup> A este deber se refiere el <96<. Su incumplimiento está tipificado como infracción grave en el art. 7.5 de la L.I.S.O.S.

<sup>834</sup> Así, el <9<; <60<; <112<; <293< y <292<.

<sup>835</sup> Es el caso de convenios como el <24<; el <68<; el <101<; el <136<; o el <287< que reiteran las previsiones del art. 26 LPRL sobre la prohibición de realización de trabajo nocturno o a turnos en casos relacionados con la maternidad. De otra parte, el <365< no reitera las previsiones legales, sino que simplemente se remite a ellas.

<sup>836</sup> Así, 7,72 € la hora en el caso del <239<; 1,41 € la hora en el caso del <323<; 1,03 € por hora trabajada en el <309<; 2,25588 € por hora nocturna en el caso del <300<. 100 € mensuales, o la parte proporcional si no prestan sus servicios en todo el horario nocturno, en el <213<. El 20% del salario base del grupo en el <212< y el 20% sobre el valor de la hora en el <72<. 25% sobre el salario ordinario en el caso del <186<, <302<, <325<, <209<, <210<, <341<; o del <376<. 25% del salario base más plus convenio en el <35<. 25% de retribución individual de convenio más antigüedad en el <315<. 30% del salario base en proporción a las horas efectuadas en período nocturno en el <218< y <303<, cantidad que se reduce al 25% del salario base en el <23<; <195<; <197<; <198<; <199<; <201<; <203<; <204<; <206<; <257<, <263<; <307<, <215<, <235<; <11<, o en el <304<, en el que se prevé el mantenimiento del plus en los supuestos de cambio provisional de puesto que no conlleve el cobro del plus de nocturnidad.

<sup>837</sup> En términos parecidos, el <45< excluye del concepto de trabajo nocturno a guardas, porteros serenos o similares.

<sup>838</sup> Igualmente, el <255< y el <263< excluyen del concepto de trabajo nocturno a aquel que deba prestarse en dicho horario por hechos calamitosos o catastróficos.

<sup>839</sup> Teniendo en cuenta que un trabajo es nocturno por su propia naturaleza cuando no puede ser realizado durante el día. ALONSO OLEA, M., «Jornada de trabajo temas conexos», *Revista de Política Social*, nº. 41 p. 85.

<sup>840</sup> De los convenios analizados, sólo dos mantienen la retribución del plus de nocturnidad cuando el trabajador deje de prestar servicios en período nocturno. Así, el <358<, que la mantiene siempre que ello se deba a causas ajenas al trabajador y siempre que el cambio sea por duración inferior a ocho días; y el <44<, que prevé el mantenimiento del plus de nocturnidad (denominándose en estos casos «compensación por cambio de turno») cuando el personal del turno de

noche pase con carácter forzoso a otro turno, siendo que esta circunstancia no podrá durar más de un mes, excepto en los casos de cierre de centro o disminución de las cargas de trabajo.

<sup>841</sup> A este criterio se refieren expresamente, entre otros, el <15<; <22<; <26<; <86<; <158< o el <174<, que fijan el complemento de nocturnidad en proporción al tiempo trabajado. El <73<; <81<; <91<; <117<; <184< y <185<, establecen el complemento de nocturnidad por hora trabajada en dicho período, lo que literalmente permitiría excluir la obligación de retribuir como trabajo nocturno los tiempos de trabajo en tal horario que no alcansen una hora de trabajo. En sentido similar, limitando la compensación por nocturnidad a las horas comprendidas en horario nocturno, cuando la jornada se realice entre jornada diurna y nocturna: <187<; <188<; <189<, <191< y <192<.

<sup>842</sup> <3<; <5<; <7<; <20<; <73<; <82<; <45<; <123<; <143<; <195<; <197<; <198<; <199<; <201<; <203<; <204<; <206<; <255<; <263<; <266<; <280<; <281<; <282<; <283<; <297<; <305<; o <308<, que diferencian en función de si se trabaja más de cuatro horas en horario nocturno o menos, previendo que si se trabaja menos de cuatro horas en período nocturno el plus se abonará sobre el tiempo trabajado efectivamente en el mismo, mientras que si se trabaja por encima de las cuatro horas el plus se abonará sobre toda la jornada, aunque parte de ella se realice en período diurno.

El <44< dispone que en el caso de que los trabajadores realicen en horario nocturno más del 80% de la jornada del trabajador en un mes, se le abonará el plus de nocturnidad completo.

El <163< establece cuantías distintas en función de si se trabaja en período nocturno más de tres horas, o tres o menos horas.

El <139< prevé que si se trabaja cuatro o más horas entre las 22.00 y las 6.00 se percibe el complemento por la jornada completa.

En el caso del <239<, el incremento, en su totalidad, lo cobran todos los trabajadores cuya jornada sea de 22.00 a 6.00 o de 23.00 a 7.00, el resto, en proporción a la jornada trabajada en período nocturno.

<sup>843</sup> Es el caso del <214<, que prevé un incremento del salario base en un 25% si se trata de centros de la provincia de Burgos, reduciéndose al 10% si el centro se encuentra en Salamanca.

<sup>844</sup> Más sorprendente es el caso del <214< que, para la provincia de Zamora, prevé que durante las tres primeras horas trabajadas en período nocturno no se abone incremento alguno, siendo que si se trabajase entre tres y seis horas el incremento sería del 5% respecto de las horas trabajadas en período nocturno y si fuesen más de seis horas el incremento sería del 5% sobre la totalidad de la jornada.

<sup>845</sup> El <255< y el <263< establecen algo similar, pues señalan que si se trabaja más de una hora en período nocturno, sin exceder de cuatro, el trabajador tendrá derecho por hora nocturna trabajada, teniéndose derecho a cobrar el complemento por toda la jornada si se trabajase más de cuatro horas en período nocturno. En esta misma línea, el <128< excluye al personal de hoteles que trabajen de 22.00 a 23.00 de la percepción del plus de nocturnidad, ampliando hasta las 00.00 la franja de nocturnidad sin derecho a compensación por trabajo nocturno en el resto de sectores.

<sup>846</sup> Más curioso, si cabe, el <128< reconoce el plus de nocturnidad para las horas trabajadas entre las 22.00 y las 6.00, si bien a partir del 1 de enero de 1997 el complemento solamente se reconoce para las horas trabajadas desde las 00.00 horas.

<sup>847</sup> En sentido diametralmente opuesto, extendiendo la percepción del plus de nocturnidad más allá de las horas nocturnas, el <363< señala que el mismo se abona a las horas anteriores y posteriores a las ocho horas nocturnas que se trabajen de manera continuada.

<sup>848</sup> Según el convenio, cada hora de intervención especial se abona doblemente, en primer lugar, según el valor de la hora establecido y, en segundo, en descanso a razón de una hora de descanso por cada hora trabajada. El convenio señala que se abone un mínimo de dos horas en caso de ser requerida la intervención, fijando que el descanso se disfrute al día siguiente de la intervención siempre que sea posible, y si no lo fuera, deberá negociarse su disfrute entre el responsable del departamento y el trabajador.

<sup>849</sup> El precepto parece ir dirigido a incluir dentro del concepto de trabajadores nocturnos a quienes presten servicios en régimen de trabajo a turnos rotatorios, en los que se prevea la reali-

zación de actividad durante no menos de tres horas diarias, siendo que lo relevante «no es la constatación real a final del año del número de horas de trabajo cumplidas en período nocturno por cada trabajador, es decir, la cuenta individualizada en la que insiste la parte recurrente, sino la programación del trabajo ..., pues de lo que se trata es de una previsión que opera sobre un supuesto de normalidad en el desarrollo del trabajo, lo cual es además adecuado a las exigencias de la norma, ya que si hubiera que estar al cómputo real al final del año no podrían aplicarse las limitaciones que la Ley prevé en orden al ajuste de la jornada o al juego de las excepciones del artículo 32 del Real Decreto 1561/1995» (STS de 10 de diciembre de 2004, RJ 2005/585).

<sup>850</sup> De este modo, según prevé el art. 36.1 del E.T., la jornada de trabajo de los trabajadores nocturnos no podrá exceder de ocho horas diarias de promedio, en un período de referencia de quince días.

<sup>851</sup> Art. 36.1 E.T.

<sup>852</sup> Como es el caso del <96< que, reiterando la definición legal de trabajador nocturno, reconoce al trabajador nocturno una jornada máxima de ocho horas en quince días, y sin que puedan hacer horas extraordinarias.

<sup>853</sup> El convenio prevé, además, que si alguno de los días coincide con festivo, se tendrá derecho a un día más para compensar el festivo.

<sup>854</sup> Supuestos que vienen a coincidir con los que contemplaba el derogado R.D. 2001/1983, en su art. 42, al admitir la realización de horas extraordinarias durante período nocturno: a) Los casos de ampliaciones de jornada previstos en la propia norma (esto es, empleados de fincas urbanas, guardas y vigilantes no ferroviarios; el trabajo en el campo; el trabajo en el comercio y la hostelería; transportes y trabajo en el mar; el trabajo a turnos; los trabajos de puesta en marcha y cierre de los demás; los trabajos en especiales condiciones de alejamiento o lejanía, y los trabajos en actividades con jornadas fraccionadas). b) Cuando resulte necesario para prevenir y reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes. c) En el trabajo a turnos, cuando se den irregularidades en el relevo de los turnos por causas no imputables a la empresa.

<sup>855</sup> Se establece así que estas excepciones a los límites de jornada no puedan suponer, en ningún caso, la superación de una jornada de ocho horas diarias de trabajo efectivo de promedio en un período de referencia de cuatro meses (ampliable a seis meses por los convenios colectivos), si se trata de los supuestos de jornadas ampliadas previstos en el propio R.D. En el resto de los casos el período de referencia se reduce a cuatro semanas.

<sup>856</sup> Los pocos convenios que hacen referencia a esta cuestión se limitan a reiterar lo previsto en el art. 36 del ET, como sucede con el <6< o el <100<.

<sup>857</sup> Esto es, fuera de las horas nocturnas y no un puesto de trabajo que no conlleve la consideración de trabajador nocturno. En este sentido, FITA ORTEGA, F., *Límites legales a la jornada de trabajo*, cit., p. 105.

<sup>858</sup> Así lo recuerdan las SSTSJ de Madrid de 26 de febrero de 2007 (JUR 2007/174447) y de 28 de marzo de 2007 (AS 2007/2001) «como se encarga de precisar la propia ley, el puesto diurno al que pretende ser destinado el trabajador tiene que existir, o, lo que es lo mismo, no se le puede exigir a la empresa que proceda a su creación. De esta regulación no se deduce el derecho incondicional al cambio de turno que todo trabajador solicite; antes bien, la explícita referencia a que las facultades de organización de los turnos son facultades inherentes al poder organizativo de la empresa y que la adscripción al turno de noche no puede ser impuesta por la parte empleadora significa todo lo contrario. Por tanto, cuando un trabajador de turno nocturno solicite el cambio a turno distinto, ello sólo será posible si existe vacante o, no existiendo, otro trabajador se aviene voluntariamente a cambiar su turno de trabajo».



## Capítulo VI

### AMPLIACIÓN DE JORNADA: HORAS EXTRAORDINARIAS Y HORAS COMPLEMENTARIAS

*M.<sup>a</sup> Amparo García Rubio*

#### 1. EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA EN LA REGULACIÓN DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS: SU ALCANCE Y CONTENIDO COMO OBJETO DE ESTUDIO

La regulación vigente de las horas extraordinarias, contenida en el art. 35 ET y en algunas previsiones del RD 1561/1995, sobre jornadas especiales, constituye un claro reflejo de algunas de las actuales características de la normativa laboral: en particular, de dos de ellas, que, por lo general, resultan a su vez comunes con el resto de previsiones legales sobre tiempo de trabajo (**a** y **b**) y que en buena medida marcarán el contenido de este estudio (**c**).

**a)** Al margen de la necesaria tutela de la salud del trabajador, uno de esos caracteres es la búsqueda del equilibrio entre la flexibilidad empresarial en la gestión del tiempo de trabajo y las políticas de reparto del empleo. En tanto implican una prolongación de la jornada ordinaria, ya por sí mismas las horas extraordinarias constituyen un instrumento clásico en nuestro ordenamiento mediante el que se permite a las empresas adaptar la ordenación del tiempo de trabajo a las necesidades organizativas y productivas concurrentes en cada momento, virtualidad que se acrecienta en la regulación actual mediante algunas de las previsiones que configuran su régimen jurídico (*v.gr.* inexistencia de límites numéricos inferiores al tope anual, posibilidad de compensación en descanso y, en su caso, no inclusión en el cómputo, etc). Desde la perspectiva de la política de empleo, sin embargo, su faceta de mecanismo contrario al reparto del trabajo ha hecho que el objetivo de reducción de las horas extraordinarias constituya un principio básico implícito en la legislación y claramente expresado y reiterado en la negociación colecti-

va, tanto en los sucesivos Acuerdos Interconfederales como en los convenios ordinarios<sup>859</sup>. El impulso a partir de la reforma laboral de 1994 de otras herramientas de gestión del tiempo de trabajo hacía pensar en una mejor conjunción de todos los intereses en juego, sobre todo mediante el empleo de las facultades empresariales que facilitan la adaptación de la jornada en vez de su ampliación<sup>860</sup>. Datos recientes, sin embargo, reflejan que, lejos de reducirse, el número de horas extraordinarias realizadas ha experimentado un ligero ascenso en el año 2006<sup>861</sup>.

**b)** Sin duda, otra de las características que acompaña en la actualidad a las horas extraordinarias es la reducción del intervencionismo administrativo y, sobre todo, la amplitud de los márgenes de actuación de la negociación colectiva, manifestada tanto en el establecimiento de previsiones mínimas mejorables a través de pacto, como especialmente en la naturaleza dispositiva que se concede a la determinación de algunos aspectos básicos de su régimen jurídico<sup>862</sup>.

Desde una perspectiva cuantitativa, la asunción por la autonomía colectiva de esta facultad de regulación resulta clara, en tanto las horas extras constituyen una materia masivamente abordada por la negociación colectiva. Sólo alrededor de un 10% de los convenios analizados y que sirven de muestreo a este trabajo omiten toda referencia a las horas extraordinarias, en proporciones parejas en el ámbito estatal, provincial y autonómico, o empresarial<sup>863</sup>. En algunos casos, además, la omisión total o parcial de previsiones sobre el tema puede obedecer a razones de estructura de la negociación: en tal sentido, algunos convenios sectoriales de ámbito estatal se reservan para sí la regulación de las horas extraordinarias, bien de forma completa<sup>864</sup> o bien sólo en relación a los aspectos generales, remitiendo otras cuestiones concretas a los ámbitos inferiores<sup>865</sup>; en algún otro caso, el criterio seguido por la negociación estatal es el de dejar totalmente el régimen jurídico de las horas extraordinarias a los convenios colectivos de ámbito territorial inferior<sup>866</sup>; puntualmente, algún convenio de empresa reparte la regulación de las horas extras entre el ámbito estatal y los acuerdos colectivos de centro de trabajo<sup>867</sup>, o de forma expresa y en sentido opuesto, se remite prácticamente en bloque al convenio de sector<sup>868</sup>.

Con mayor o menor alcance, sin embargo, lo cierto es que la gran mayoría de convenios colectivos examinados, cualquiera que sea su ámbito, contienen previsiones sobre el régimen jurídico de las horas extraordinarias, sin perjuicio de que, como se irá viendo, la concreción de algunos aspectos específicos se remita al acuerdo entre el empresario y los trabajadores o sus representantes.

**c)** Constatada a nivel cuantitativo la presencia de las horas extras en la negociación colectiva, el objetivo propuesto en este trabajo es el de efectuar un análisis cualitativo de su contenido. Para ello, y a fin de abordar los distintos elementos que configuran la regulación jurídica de las horas extraordinarias, la exposición se sujetará al siguiente esquema: en los primeros apartados se procederá a delimitar el concepto de hora extraordinaria, su tipolo-

gía y régimen de voluntariedad; seguidamente se expondrán las diferentes limitaciones a las que queda sujeta la jornada extraordinaria en atención a la protección de intereses diversos; por último, en los epígrafes finales se describirá el régimen retributivo de las horas extras y las posibilidades de control sobre su realización. Respecto a cada uno de estos aspectos, se partirá de las premisas normativas y jurisprudenciales, y al hilo de ellas, se irá dando cuenta del campo de actuación que se deja a la negociación colectiva y de las concretas y más importantes aportaciones realizadas por los convenios, prestando especial atención a su grado de adecuación, no ya sólo a la legalidad, sino también a la ya comentada aspiración de conciliar la flexibilidad empresarial y el reparto del empleo.

## 2. CONCEPTO DE HORAS EXTRAORDINARIAS

De acuerdo con el art. 35.1 ET, «tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior». La aparente claridad de esta definición resulta, sin duda, engañosa, a la vista de los problemas aplicativos e interpretativos que se plantean en torno a los dos presupuestos básicos que conforman el concepto de horas extraordinarias<sup>869</sup>.

La primera exigencia viene determinada por la expresión «horas de trabajo». Respecto a su significado existe total unanimidad en entender que la calificación de horas extraordinarias exige que las horas de prolongación de la jornada deben referirse a tiempo de trabajo *efectivo* –y así de hecho se pone de manifiesto en algunos convenios-<sup>870</sup>. Ahora bien, siendo clara la interpretación teórica, las dificultades surgen en el terreno práctico, ante la complejidad que reviste la delimitación de este concepto. Sin perjuicio de las consideraciones complementarias que se efectúen con posterioridad (*infra*, 7.2.C), ya en un capítulo anterior se ha dado cuenta de esta cuestión y se ha analizado el deslinde de lo que constituye tiempo *efectivo* de trabajo, incluida la incidencia que sobre el cómputo de la jornada ejercen ciertos períodos de ausencia justificada –*v. gr.* suspensiones, permisos,...–<sup>871</sup> (*supra*, I.3). Baste, pues, lo dicho en aquel lugar para intuir las dificultades prácticas que a menudo plantea concretar si ciertos períodos de tiempo vinculados al trabajo deben ser computados o no a efectos de determinar la existencia de horas extraordinarias.

El exceso de tiempo de trabajo sobre la jornada ordinaria es el segundo elemento constitutivo y conflictivo de la definición de horas extraordinarias, cuya regulación conlleva a su vez tener que matizar el inicial carácter de Derecho necesario absoluto que suele atribuirse al art. 35.1 ET<sup>872</sup>. La causa principal de todo ello es la remisión que el precepto efectúa a la fijación de la jornada ordinaria de trabajo «de acuerdo con el artículo anterior». Tal remisión, no sólo sirve para introducir un importante grado de confusión respecto al alcance de la definición, sino también para posibilitar que la negocia-



ción colectiva y la autonomía individual adquieran un papel considerable en la delimitación de la frontera entre horas ordinarias de trabajo y horas extraordinarias. Como a continuación se verá, estas consecuencias se explican en atención al régimen jurídico que el precepto objeto de reenvío —esto es, el art. 34 ET— ofrece de la jornada ordinaria, tanto por lo que se refiere a su fuente reguladora, como también en relación a las posibilidades que abre respecto a la determinación de su duración y distribución.

### 2.1. Jornada ordinaria versus jornada extraordinaria: fuente de determinación

Un primer y fundamental elemento a considerar en el referido art. 34 ET es el hecho de que, conforme a su apartado 1, «la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo», si bien, imponiendo a continuación el límite infranqueable de que «la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual»<sup>873</sup>. A partir de estas previsiones, el interrogante inmediato que se abre es el de preguntarse por la fuente de determinación de la jornada a que se refiere el art. 35.1 ET cuando define las horas extraordinarias como aquellas que sobrepasan «la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo»: en concreto, la duda consiste en esclarecer si hora extraordinaria es únicamente la que supera la duración máxima de la jornada ordinaria *legal* —es decir, la que excede de 40 horas semanales de promedio anual, o dicho de otro modo, la que rebasa su equivalente aproximado de 1826 horas y 27 minutos al año— o si, por el contrario, el calificativo de hora extraordinaria ha de atribuirse también a aquellas horas de trabajo que superen la inferior jornada ordinaria que eventualmente hayan acordado las partes a través de *pacto colectivo o individual*. La contestación a esta pregunta exige dar cuenta de la aparente evolución habida en los últimos años en torno a esta cuestión (**a** y **b**) y del verdadero alcance de la misma (**c**).

**a)** Tradicionalmente, la respuesta clásica y mayoritaria de doctrina y jurisprudencia ha venido siendo la de acoger la segunda de las soluciones propuestas, esto es, la de considerar horas extraordinarias no sólo las que, por supuesto, excedan de la jornada legal, sino también aquellas que rebasen la jornada convencional o contractual pactada<sup>874</sup>.

En coherencia con lo anterior, también la negociación colectiva se ha encargado de reflejar masivamente el mismo criterio. Al respecto ha de tenerse en cuenta que, aun cuando desde luego no todos los convenios, sí son abundantes los que tratan de ofrecer una definición de lo que consideran «horas extraordinarias», y de ellos, si bien son bastantes los que se limitan a conceptualizarlas como aquellas que superan la «jornada ordinaria» —de forma genérica y sin mayores precisiones respecto a la fuente de determinación—<sup>875</sup>, lo cierto es que la mayoría concretan que se refieren al exceso de horas sobre la jornada ordinaria «pactada» en el convenio colectivo, o incluso a veces, se

refieren de forma explícita al exceso sobre la jornada ordinaria acordada en el contrato individual<sup>876</sup>.

b) Recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo introducen, no obstante, una importante matización a la postura anterior. La aportación jurisprudencial se produce al hilo de las numerosas sentencias del Tribunal Supremo que, en los últimos años, han admitido que las guardias médicas que exigen presencia física tienen la consideración de tiempo de trabajo efectivo<sup>877</sup>. Aun cuando más adelante se volverá sobre la proyección de esta afirmación (*infra*, 7.2.C.b), lo que ahora interesa destacar de estos pronunciamientos es que, una vez admitida su condición de tiempo efectivo de trabajo, el Tribunal Supremo afirma que los períodos dedicados a estas guardias de presencia deben ser considerados como horas extraordinarias, si bien –y aquí reside su importancia–, sólo cuando sobrepasen la duración de la jornada *legal* máxima fijada en el art. 34 ET. En cambio, respecto a las horas de guardia de presencia física que superan la jornada máxima convencional pero que están por debajo de la jornada máxima legal, el Tribunal reconoce a los convenios colectivos la posibilidad de atribuirles una retribución inferior a la estipulada para las horas extraordinarias<sup>878</sup>.

c) En estas recientes sentencias, el propio Tribunal Supremo reconoce que su postura supone cambiar el criterio mantenido en pronunciamientos anteriores que, como se ha dicho, habían optado por fijar el concepto de la hora extraordinaria en la superación de la jornada ordinaria pactada<sup>879</sup>. Ahora bien, la actual opción jurisprudencial de situar dicho concepto en la prolongación de la jornada máxima legal parece que únicamente debe interpretarse como un mínimo mejorable por la autonomía colectiva e individual, de modo que nada impide que las partes sigan atribuyendo la calificación y tratamiento de horas extraordinarias a todas aquellas que excedan de la jornada ordinaria pactada, aun cuando no sobrepasen la jornada máxima impuesta en el art. 34 ET<sup>880</sup>.

Por ello, más que aparecer como una postura contrapuesta a la anterior, lo que hace la nueva jurisprudencia es aclarar el carácter dispositivo que para la autonomía de las partes presenta la calificación y retribución de las horas de trabajo efectivo comprendidas entre la jornada máxima pactada y la jornada máxima legal<sup>881</sup>. Como con claridad ha expuesto la STS de 20 de febrero de 2007, recud. n° 3657/2005, a efectos de la regulación de las horas extraordinarias en el convenio colectivo hay que distinguir dos tipos de ampliación de la jornada: por un lado, las prolongaciones que superan la jornada ordinaria estipulada en el convenio, pero que no exceden de la jornada máxima legal, respecto a las que el convenio no está vinculado a la previsión del art. 35.1 ET, sino que válidamente «puede establecer por encima de la jornada ordinaria unas horas complementarias y excluirlas del régimen retributivo de las horas extraordinarias, siempre que la suma de estas horas –ordinarias y complementarias– no exceda del límite de la jornada máxima legal»; por otro lado, en cambio, se encuentran las ampliaciones del tiempo de trabajo que no sólo superan la jornada pactada, sino que también exceden de

la jornada máxima legal, supuesto en el que «estamos ya ante horas extraordinarias, en las que la regla del art. 35.1 del Estatuto de los Trabajadores es indisponible para la negociación colectiva, lo que no sucede con las horas que no exceden de ese límite». En buena medida, por tanto, esta reciente doctrina del Tribunal Supremo viene a dar validez a las manifestaciones doctrinales y judiciales que ya con anterioridad defendían la legalidad de los convenios que, habiendo establecido una jornada inferior a la legal, contemplan la posibilidad de ampliar la jornada de los trabajadores a tiempo completo a través de la realización de horas complementarias, calificadas y retribuidas como horas ordinarias en tanto no superen el máximo legal de 40 horas semanales de promedio anual<sup>882</sup>.

Las consideraciones anteriores permiten afirmar que, en relación a las horas de trabajo que exceden de la jornada pactada sin superar la máxima legal, las posibilidades de la autonomía de las partes son claras, tanto en el sentido de equipar su tratamiento al de las horas extraordinarias, como a los efectos contrarios de negarles tal calificación e incluirlas dentro de los márgenes de la jornada ordinaria<sup>883</sup>. Quizá la duda sobre el régimen jurídico a aplicar a estas horas podría surgir en aquellos casos, de los que no faltan ejemplos, en que el convenio guarda silencio al respecto, limitándose a señalar una jornada inferior a la legal, pero sin incluir un pronunciamiento expreso sobre el tratamiento que merecen las horas de trabajo efectivas realizadas por encima de la jornada pactada hasta el tope de la jornada máxima impuesta en el art. 34 ET<sup>884</sup>. Respecto a estos supuestos, no parece adecuado efectuar una lectura rígida de la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo, que llevaría a entender que, a falta de opción expresa en el convenio, subsidiariamente habría de considerarse que sólo es hora extraordinaria la realizada por encima del techo legal, máxime cuando, no olvidemos, este último concepto se ha emitido en relación a un conflicto muy específico —el de las guardias de presencia en el sector sanitario— y donde los convenios reguladores sí incluían previsiones concretas sobre la calificación y el régimen retributivo a aplicar a las horas que superaran la jornada convencional. Más bien, la solución ha de buscarse en una idea que el propio Tribunal Supremo reitera en algunas de estas recientes sentencias a que se viene haciendo referencia: el carácter dispositivo que para la autonomía colectiva tiene la fijación de la jornada ordinaria y su retribución, siempre, por supuesto, que se respeten los límites imperativos legales<sup>885</sup>. Por ello, si teniendo facultad para ello, el convenio no contempla la posibilidad de ampliar la jornada pactada mediante periodos de trabajo respecto a los que de declare su inclusión en el cómputo de la jornada ordinaria, ha de entenderse que su voluntad es la de considerar que el número de horas de trabajo estipulado en el acuerdo constituye la jornada máxima *ordinaria* que han querido pactar, por lo que toda prolongación de la misma merecerá ya la calificación de jornada extraordinaria<sup>886</sup>: implícitamente, por tanto, se trataría de una situación equivalente a la antes citada, esto es, un supuesto en que, a modo de mejora, las partes deciden otorgar la calificación de hora extraordinaria a todas aquellas que superen la jornada ordinaria acordada, aun cuando no se supere el máximo legal.

## 2.2. La duración y distribución de la jornada ordinaria como criterios determinantes de las horas extraordinarias

Una vez establecido que la realización de horas extraordinarias implica la prolongación de la «jornada ordinaria» determinada conforme a los términos y posibilidades indicadas, el siguiente interrogante que surge en su delimitación conceptual es el de aclarar los parámetros cuantitativos –duración– y cualitativos –distribución– que configuran esa jornada ordinaria de referencia y cuya superación determina haber ingresado en la esfera de la jornada extraordinaria. De nuevo, la respuesta a esta cuestión se halla directamente relacionada con el contenido del art. 34 ET y otros preceptos complementarios. Más en concreto, los puntos de partida para la determinación de las horas extraordinarias se encuentran, por un lado, en los límites y márgenes de actuación que la normativa vigente establece respecto a la jornada anual; por otro, en los que fija para la jornada diaria; y por último, no hay que olvidar el necesario respeto que en el reparto de las horas de trabajo debe guardarse a los descansos obligatorios.

### A) *Determinación de las horas extraordinarias en atención a los límites y posibilidades de distribución de la jornada anual*

Desde la perspectiva del tope anual de jornada, a efectos de delimitar qué son horas extraordinarias y proceder a su difícil deslinde de la jornada ordinaria, resulta clave tener en cuenta dos condicionantes legales: la fijación de una jornada máxima de 40 horas semanales de promedio en cómputo anual (art. 34.1 ET) –tope imperativo cuya superación, ya se ha dicho, implica en todo caso la existencia de horas extraordinarias y que sólo en alguna aislada y censurable excepción es desoído por la negociación colectiva<sup>887</sup>–; y asimismo, trascendental a estos efectos resulta la posibilidad atribuida a la autonomía colectiva para implantar jornadas irregulares (art. 34.2 ET).

Teniendo en cuenta ambas previsiones, cuando en las empresas rige una jornada regular en la que todas las semanas se realiza un mismo número de horas de trabajo –40 o un número inferior pactado colectiva o individualmente–, es obvio que la tarea de determinar cuándo se han producido horas extraordinarias resulta relativamente sencilla: sin perjuicio de lo que después se diga respecto a los excesos sobre la jornada diaria, desde esta perspectiva hora extraordinaria será la que, al final de cada semana, supere la jornada ordinaria semanal establecida, sin necesidad, por tanto, de tener que esperar a la conclusión del año para su calificación<sup>888</sup>.

Por el contrario, el límite con las horas ordinarias se hace más complejo cuando, conforme faculta el art. 34.2 ET, el convenio colectivo o, en su defecto, el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores optan por distribuir irregularmente la jornada a lo largo del año, de forma que no todas las semanas se trabaje el mismo número de horas –superior o inferior a 40–, aun cuando, siempre con el límite infranqueable de no superar el promedio anual de 40 horas semanales –o la jornada anual inferior que

se hubiera pactado—. En este caso, para saber si se han efectuado horas extraordinarias ya no habrá necesariamente que atender a la jornada semanal, sino que la jornada extraordinaria vendrá determinada por la superación del número de horas asignado al módulo temporal que el convenio haya elegido para repartir irregularmente la jornada —mensual, trimestral, etc.—<sup>889</sup>. En este punto, las posibilidades manejadas por la negociación colectiva resultan muy variadas.

**a)** Aparte de la posibilidad de fijar máximos de jornada diaria en el sentido que después se verá, son numerosos los convenios colectivos que precisan módulos temporales inferiores al anual para efectuar el cómputo de las horas trabajadas y determinar su carácter extraordinario. De ellos, el criterio más seguido es el de establecer un cómputo semanal<sup>890</sup>; y más puntualmente se barajan otras periodicidades como la mensual o de franjas de cuatro semanas<sup>891</sup>, la bimensual<sup>892</sup>, la trimestral<sup>893</sup>, o también la semestral<sup>894</sup>. Asimismo, no faltan convenios que combinan varios de estos módulos y fijan el paso a la jornada extraordinaria en la superación de las horas correspondientes a cualquiera de ellos<sup>895</sup>. Y de igual modo, tampoco son escasos los acuerdos que, sin abordar directamente el reparto del tiempo de trabajo, califican como extraordinarias las horas que excedan de la distribución de la jornada —o del horario— que se haya fijado en el calendario laboral de la empresa o centro de trabajo<sup>896</sup>.

En todos estos supuestos, ha de entenderse que la terminación de cada uno de estos módulos será el momento para determinar si se han realizado horas extraordinarias<sup>897</sup>, calificación que procederá aun cuando al final del año no se sobrepase la jornada máxima anual<sup>898</sup>. Esta última afirmación, por tanto, supone tener que considerar como ilegales aquellos convenios que expresamente niegan la condición de extraordinarias a las horas de trabajo realizadas por encima de la jornada asignada a estos módulos, pero sin exceder de la jornada anual<sup>899</sup>.

**b)** De cualquier modo, una práctica frecuente en los convenios examinados es la de limitarse a conceptuar las horas extraordinarias como aquellas que superan la jornada ordinaria anual —o la parte proporcional que corresponda a contratos de menor duración—<sup>900</sup>. El problema en estos supuestos puede producirse cuando el convenio no concrete módulos temporales inferiores al año para proceder a la distribución de la jornada y la consiguiente determinación de la jornada extraordinaria. En tales casos, cuando colectivamente se ha dispuesto el reparto irregular de la jornada, los tribunales no dudan en admitir que la delimitación entre horas ordinarias y extraordinarias ha de efectuarse en cómputo anual —y no en períodos menores—<sup>901</sup>. Esta solución es compartida también por buena parte de la doctrina, si bien, con un importante y razonable matiz<sup>902</sup>: si pese al silencio del convenio o acuerdo, el calendario laboral de la empresa ha precisado de forma clara y concreta el número de horas ordinarias a realizar en unidades temporales inferiores a la anual, se entiende que será la superación de la cifra atribuida a cada unidad la que determine la existencia de horas extraordinarias; si por el contrario, el

calendario no concreta divisiones temporales inferiores, entonces sí únicamente habrá que atender a si se ha sobrepasado el máximo anual de horas ordinarias. En este último caso, por tanto, la admisión de esta fórmula de cómputo anual implica demorar la determinación de si se han realizado horas extraordinarias a la finalización de cada año natural<sup>903</sup>.

Desde algún sector se ha objetado que este criterio de cómputo anual no se cohonesta demasiado bien con la normativa actual sobre horas extras. En tanto implica que el conocimiento de haber realizado horas extraordinarias se pospone a la finalización del año, uno de los inconvenientes denunciados se produce respecto a la dificultad de conciliar este hecho con el respeto a la previsión del art. 35.1 ET, por la que se establece que, salvo acuerdo en contrario, las horas extraordinarias se compensarán con tiempos equivalentes de descanso «dentro de los cuatro meses siguientes a su realización»<sup>904</sup>. Ahora bien, ha de tenerse presente que el juego de la jornada irregular ya implica la existencia de períodos de mayor actividad que se compensan con otros períodos en que el trabajo es menor o incluso inexistente, de ahí que, en los supuestos como los que ahora se abordan en que no existen límites de jornada inferiores al anual –más allá por supuesto del respeto a los descansos obligatorios–, la acumulación de horas de trabajo en determinadas épocas no implicará necesariamente que *se hayan realizado* horas extraordinarias y, por tanto, que hayan de compensarse por descanso en los cuatro meses siguientes: la posibilidad implícita en las jornadas irregulares de reducir el tiempo de trabajo durante el resto del año hace que la superación de la jornada máxima anual y la consiguiente *realización* de horas extraordinarias sólo se manifiesten en un momento posterior, y será a partir de ese momento en que la determinación resulte factible cuando empiece a contar el plazo para proceder a su compensación en descanso. Explicado con un ejemplo, haber trabajado 210 horas en el mes de enero no significa haber realizado horas extraordinarias si, llegado el final del año, por el juego de las compensaciones de la jornada irregular –no de las horas extraordinarias– se han ido concediendo los oportunos descansos al trabajador. Este mismo razonamiento sirve a su vez para rebatir un segundo reproche dirigido al criterio del cómputo anual de la jornada: el posible incumplimiento de la nota de voluntariedad que, con carácter general, rige respecto a la realización de las horas extraordinarias<sup>905</sup>. En relación a esta cuestión hay que volver a insistir en que las acumulaciones de trabajo en determinadas épocas exigidas a un trabajador por aplicación de la distribución irregular forman parte, en principio, de su jornada ordinaria, por lo que no requieren su consentimiento; tal requisito de voluntariedad sólo podría exigirse por el trabajador si, una vez registrada una jornada igual a la máxima anual, le fueran requeridas más horas de trabajo. Por seguir con el ejemplo, si el reparto irregular de la jornada a lo largo del año no ha equilibrado el amplio número de horas realizado en enero, llegará un momento en que el trabajador podrá alcanzar su hora de trabajo número 1826 –fijada como máximo anual–, por encima de la cual estaremos ya ante horas extraordinarias que, en principio y salvo las excepciones que más adelante se verán, requerirán el consentimiento del trabajador, y respecto a las que, ahora sí, habrán de jugar los mecanismos de compensación propios de

las horas extraordinarias, ya sea en metálico o ya sea en descanso dentro del período que corresponda.

En cualquier caso, poder contrarrestar teóricamente las anteriores objeciones no significa ignorar los problemas que plantea el cómputo anual de la jornada cuando no se han fijado módulos de distribución irregular de periodicidad inferior. Y ello, no sólo porque se hace más compleja la delimitación de la jornada ordinaria y la extraordinaria, con las dificultades prácticas que, como veremos, conlleva dejar la determinación de la existencia de horas extras al final del año —*v.gr.* a efectos de concretar el momento de su retribución y el inicio del plazo de su reclamación, o de cara a cumplir con la comunicación mensual a los representantes de los trabajadores de las horas extras realizadas—, sino sobre todo por la falta de concreción que sufre el trabajador respecto a los períodos en que resulta exigible su prestación de trabajo. De hecho, en virtud de estas razones, no faltan autores que directamente cuestionan la validez de supuestos como el descrito, en que el convenio o, en su caso, el acuerdo de empresa reconocen la distribución irregular de la jornada anual sin proceder a dividir el número máximo de horas a realizar en unidades temporales inferiores al año y, por tanto, dejando la determinación del tiempo de trabajo al criterio del empresario<sup>906</sup>.

c) En todo caso, tal y como acaba de indicarse, la jornada irregular implica la existencia de períodos de mayor trabajo que deben ser compensados durante el año con otros períodos de menor actividad, con lo que, de no hacerse así en los márgenes temporales que fije el pacto colectivo, podría superarse la jornada ordinaria máxima y, en consecuencia, estaríamos ante horas extraordinarias, tal y como perfectamente se indica en algún convenio puntual<sup>907</sup>. Conforme ha declarado ya el Tribunal Supremo, tal conclusión debe también mantenerse respecto a los supuestos en que la imposibilidad de contrarrestar las franjas de mayor tiempo de trabajo viene provocada por la extinción del contrato, esto es, casos en que el trabajador presta servicios durante el período de superior jornada y su contrato finaliza sin haber procedido a su compensación en períodos posteriores<sup>908</sup>. En tal sentido, y aun cuando resultan escasos, es posible encontrar convenios en los que de manera expresa se declara el derecho del trabajador a que esas horas de exceso no sean retribuidas conforme a la cuantía propia de las horas extraordinarias<sup>909</sup>.

## ***B) Determinación de las horas extraordinarias en atención a los límites y posibilidades de distribución de la jornada diaria***

Además de lo anterior, ha de tenerse en cuenta que la existencia de horas extraordinarias viene también determinada por la superación de los toques impuestos por la ley a la jornada ordinaria diaria. No obstante, ya establezcan jornadas regulares o irregulares, lo cierto es que, en la definición que ofrecen de horas extraordinarias, menos del 10% de los convenios analizados hacen mención expresa al exceso diario. De entre ellos, un pequeño porcentaje se limita a utilizar fórmulas genéricas<sup>910</sup> o remisiones a la jornada diaria que se



fije en el futuro calendario de la empresa<sup>911</sup>. La mayoría de estos acuerdos, sin embargo, concretan el máximo de horas al día a partir del cual, y como a continuación se explica, entramos ya en el terreno de la jornada extraordinaria.

Para comprender la actuación de la negociación colectiva a este nivel, también aquí es necesario partir de dos de los presupuestos legales que configuran el régimen de la jornada diaria y que inciden de manera directa sobre el concepto de hora extraordinaria: se trata del establecimiento para los trabajadores mayores de edad de una jornada ordinaria *máxima* de 9 horas diarias –reducible, por tanto, por las partes–, y también, la posibilidad de que por convenio, o en su defecto, por acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores se permita la superación de ese tope legal diario, siempre que se respete el descanso entre jornadas (art. 34.3 ET).

En el caso de que la negociación colectiva no haga uso de esta última posibilidad, toda hora de trabajo efectivo que sobrepase la jornada diaria de 9 horas merecerá la calificación de extraordinaria, aun cuando no se supere la jornada semanal o de módulo temporal superior que rija en la empresa<sup>912</sup>. De hecho, este máximo de 9 horas al día constituye el parámetro establecido por la mayor parte de los convenios que expresamente vinculan el concepto de hora extraordinaria con la superación de la jornada diaria<sup>913</sup>. Y por supuesto, este criterio será el que habrá de seguirse en aquellos casos en que el pacto colectivo no concrete la jornada diaria aplicable, pues en tal supuesto ha de estarse al límite legal<sup>914</sup>. En todas estas situaciones, por tanto, la décima hora de trabajo habrá de considerarse ya como extraordinaria, conforme desde hace años han venido confirmando los tribunales<sup>915</sup>.

Ahora bien, en ejercicio de las facultades de disposición antes comentadas, es posible que la autonomía de las partes establezca una jornada ordinaria diaria inferior a las 9 horas, cuya prolongación haya de considerarse como tiempo extraordinario de trabajo<sup>916</sup>. Aun cuando tal declaración expresa no es demasiado abundante, esta es la opción seguida por algunos convenios que establecen jornadas ordinarias por debajo de las 9 horas diarias –normalmente, entre 6 y 8– y que de manera explícita califican como extraordinarias las horas de trabajo que las sobrepasen<sup>917</sup>.

Por el contrario, si por convenio colectivo o acuerdo de empresa se ha estipulado una jornada diaria mayor, la realización de horas extraordinarias ya no vendrá determinada por la superación de las 9 horas, sino por haber sobrepasado la mayor jornada diaria que se haya pactado<sup>918</sup>. En la práctica negociadora, esta tercera posibilidad es la elegida de forma explícita por otro pequeño grupo de convenios, que habiendo fijado una jornada ordinaria diaria superior a las 9 horas –por lo general, entre 10 y 12 horas–, califican su superación como tiempo extraordinario de trabajo<sup>919</sup>.

### **C) Determinación de las horas extraordinarias en atención al trabajo realizado en días de descanso**

Por último, un tercer elemento que puede determinar la existencia de horas extraordinarias es la realización de trabajo efectivo sin respetar la fi-



jación de días laborables y de descanso efectuada por el convenio colectivo<sup>920</sup>. Con esta afirmación, no se trata de insistir en la idea de que, conforme a lo arriba explicado, estamos ante horas extraordinarias cuando la prestación de servicios en dichas circunstancias supone superar la jornada máxima estipulada para cada módulo temporal –conclusión que reiteradamente han expuesto los tribunales<sup>921</sup> y que de forma expresa parecen autorizar algunos convenios<sup>922</sup>–. Lo que ahora interesa subrayar es cómo algunas sentencias han admitido también su calificación como horas extraordinarias incluso cuando el trabajo realizado en días distintos a los estipulados en el convenio haya sido compensado con descansos dentro del módulo temporal de referencia y, por tal razón, no se haya sobrepasado realmente la jornada máxima correspondiente a dicho módulo. En concreto, así lo han declarado los tribunales respecto a la orden empresarial de trabajar los sábados cuando el convenio reparte la jornada de lunes a viernes, a pesar de que el tiempo de trabajo final no hubiera excedido de las 40 horas semanales fijadas en la norma convencional<sup>923</sup>; y asimismo, idéntico criterio se ha mantenido cuando los servicios prestados suponen incumplir la cláusula del convenio por la que se reconoce a los trabajadores el derecho a descansar dos fines de semana completos cada mes, y ello, pese a que la empresa compensara el trabajo realizado en estos períodos por horas de descanso en otros días distintos<sup>924</sup>. El debido respeto, en todo caso, a los resultados de la autonomía colectiva, y la necesidad de cumplir, en el caso de los descansos, los objetivos de seguridad y salud que inspiran su regulación, han sido los principales argumentos utilizados por los órganos judiciales para entender que tales horas de trabajo merecen la consideración de extraordinarias.

En definitiva, estas consideraciones y las realizadas con anterioridad vienen a demostrar cómo, en la regulación vigente, las horas extraordinarias no sólo pueden definirse desde una perspectiva cuantitativa –un exceso sobre la jornada total pactada–, sino también desde un punto de vista cualitativo –la realización de horas de trabajo fuera de los márgenes temporales prefijados, aun cuando finalmente no represente un aumento real de la jornada total estipulada<sup>925</sup>.

### 3. TIPOLOGÍA DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS

La normativa vigente no supedita la validez de las horas extraordinarias a la existencia de una determinada causa que justifique su realización<sup>926</sup>. No obstante, lo que sí hace es establecer diferencias de régimen jurídico en función del motivo o circunstancia que las origine. Desde esta perspectiva, el art. 35 ET distingue dos clases de horas extraordinarias –las motivadas por fuerza mayor y las comunes–, cuyo alcance, sin embargo, no siempre es respetado en la negociación colectiva.

### 3.1. Las horas extraordinarias por fuerza mayor

Un primer grupo es el formado por las trabajadas «para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes»: a ellas se refiere el art. 35.3 ET y son las que normalmente conocemos como horas extraordinarias por fuerza mayor –término empleado en la normativa de protección social, aunque cierta doctrina también las denomina como horas extras de emergencia<sup>927</sup>–. En la actualidad, este tipo de horas extraordinarias es el único al que tanto el ordenamiento laboral como el de Seguridad Social dotan de peculiaridades jurídicas frente al resto. Sin perjuicio de que más adelante se analicen con mayor detalle, estas particularidades de las horas extraordinarias por fuerza mayor son básicamente las siguientes: se trata de ampliaciones de jornada que resultan obligatorias para los trabajadores, incluso para determinados colectivos que tienen prohibida la realización del resto de horas extraordinarias; no computan a efectos del número máximo de horas extraordinarias, ni cuando se retribuyen económicamente ni cuando se han compensado con descanso; y además, disfrutan de un tipo de cotización más reducido que las demás.

Estamos, pues, ante horas extraordinarias a las que el art. 35.3 ET otorga el mismo tratamiento retributivo que al resto, pero que en otros aspectos relevantes de su régimen jurídico presentan importantes especialidades, que se justifican por su particular causa generadora y que se traducen en una regulación más ventajosa para las empresas que la que deriva de las efectuadas por razones distintas. El carácter excepcional de estas horas extraordinarias es obvio, no sólo por lo que se refiere a su supuesto aplicativo, sino también porque implica la exclusión del régimen común de las demás horas extras, eliminando algunas de las garantías que éste presenta en favor de los trabajadores –fundamentalmente, la voluntariedad y el límite cuantitativo–. Por tal razón, además de que la acreditación de su existencia corresponde al empresario<sup>928</sup>, su interpretación ha de ser restrictiva<sup>929</sup>. En tal sentido, los tribunales ya han advertido que la delimitación del supuesto constitutivo de este tipo de horas extras es indisponible para las partes, sin que sea posible extender su aplicación más allá de la definición legal<sup>930</sup>. Ahora bien, el problema en la práctica se suscita en relación a su alcance, centrándose la dificultad en determinar las situaciones y circunstancias que quedan dentro de la actividad de «prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes». Obviamente, esta incertidumbre se traslada a la negociación colectiva, pues si bien algunos convenios se limitan simplemente a reiterar el tenor de la previsión legal<sup>931</sup>, son muchos los que descienden a mencionar los supuestos concretos susceptibles de generar horas extras por fuerza mayor. Pues bien, respecto a ellos no resulta sencillo hacer una valoración de su legalidad en tanto tampoco es unívoca la interpretación que se mantiene respecto a su concepto.

Una de las posiciones más asentadas en la doctrina parte de equiparar estas horas extraordinarias con la definición de la *fuerza mayor* prevista en el art. 1105 CC, conceptuada por el Tribunal Supremo, en relación a materias diversas y en órdenes jurisdiccionales diferentes, como un aconteci-

miento imprevisible o inevitable que se caracteriza por su carácter externo o extraño a la empresa y por ser del todo independiente de la voluntad del empresario<sup>932</sup>: con tales características se marca la frontera con el *caso fortuito*, cuya principal diferencia reside en que su causa originaria es interna y objetivamente imputable a la empresa<sup>933</sup>. En consecuencia, a partir de este concepto se concluye que el régimen del art. 35.3 ET no debe ser aplicado a las horas extraordinarias trabajadas para atender todo tipo de situaciones de riesgo o peligro, por graves que sean, sino únicamente las que, además de imprevisibles, sean inimputables al empresario<sup>934</sup>. Esta posición, que alcanza fuertes apoyos en la doctrina, encuentra en cambio escaso reflejo en la negociación colectiva, dado que son contados los convenios que, al relacionar los supuestos que dan lugar a horas extraordinarias por fuerza mayor, remarcan de forma exclusiva y expresa la necesidad de que se trate de contingencias de carácter ajeno a la empresa –*v.gr.* respecto a situaciones como incendios, inundaciones, explosiones, derrumbes, etc<sup>935</sup>–. Es más, aun cuando existen otros pactos que, también de manera aislada, hacen alusión a esa exigencia, ya sea de forma explícita –*v.gr.* respecto a la pérdida de materias primas<sup>936</sup>–, o ya sea de forma implícita –al aludir a fenómenos claramente externos a la empresa como los causados por la naturaleza<sup>937</sup>–, se trata de cláusulas que simultáneamente contemplan otros supuestos generadores de horas extraordinarias por fuerza mayor respecto a los que, como ahora se verá, la negociación colectiva no suele incluir el mencionado requisito de inimputabilidad al empresario.

Este último criterio convencional enlaza con otra línea doctrinal que, frente a la anterior interpretación restrictiva, parece situar el criterio de inclusión en el art. 35.3 ET no tanto en el origen de la causa –valoración de la diligencia y previsión del empresario–, sino en la existencia de un evento fortuito con efectos lesivos –un accidente o siniestro que genera un riesgo grave para las personas o para los elementos materiales de los que dependa el proceso productivo–<sup>938</sup>. Obviamente, la adopción de este punto de vista supone ampliar de forma considerable los supuestos que encontrarían cabida en la referencia legal a la prevención o reparación de siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes. Y en el terreno de la negociación colectiva, esta postura expansiva es, sin duda, la más seguida, ya que los convenios tienden a englobar dentro del art. 35.3 ET las horas extras derivadas de la necesidad de atender cualquier incidente fortuito que se presente en la empresa y que pueda resultar peligroso para la seguridad de las personas o para la continuidad de la producción, sin detenerse a valorar su posible previsión razonable y sin requerir el carácter externo e inimputable al empresario. Una de las circunstancias más frecuentes que se citan como origen de estas horas extraordinarias es la pérdida de materias primas o de mercaderías, sin concretar la causa que la motiva<sup>939</sup>: tal equiparación a las situaciones contempladas en el art. 35.3 ET encuentra apoyo doctrinal y jurisprudencial<sup>940</sup>, si bien resulta significativo que esta circunstancia sea tratada a nivel reglamentario como un supuesto autónomo y separado de la existencia de siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes (art. 28 RD 1561/1995). Otro de los supuestos típicos de inclusión es el de la aparición de averías y su consi-

guiente arreglo<sup>941</sup> –circunstancia respecto a la que los tribunales no mantienen una postura uniforme sobre si el tiempo dedicado a su reparación debe equipararse o no a las horas extras por fuerza mayor<sup>942</sup>–. Supuestos próximos a los anteriores que también suelen reconducirse a las horas extras por fuerza mayor son, por ejemplo, aquellos en que se presenta una falta de suministro eléctrico o de otras fuentes de energía<sup>943</sup>, una caída del sistema informático<sup>944</sup>, incidencias extraordinarias en el mantenimiento de los equipos e instalaciones<sup>945</sup>, o paradas no programadas de unidades de producción<sup>946</sup>. E igualmente, también se engloban en este tipo de horas extraordinarias las motivadas por situaciones de riesgo ligadas a las características de la actividad productiva: *v.gr.* accidentes o descarrilamientos en el sector ferroviario<sup>947</sup>, manipulación de mercancías peligrosas que puedan constituir especial motivo de riesgo<sup>948</sup>, o problemas de tipo patológico o preventivo de excepcional gravedad en la actividad avícola<sup>949</sup>.

Las anteriores consideraciones confirman la dificultad de determinar el alcance objetivo del art. 35.3 ET y, por tanto, la adecuación jurídica de las previsiones convencionales. A la complejidad que ya de por sí reviste apreciar la existencia de un riesgo extraordinario y urgente, se une la duda sobre el mayor o menor peso que haya de darse a la diligencia del empresario en su evitación, factores todos ellos que a su vez dependerán de las circunstancias de cada supuesto y de la actividad concreta de que se trate<sup>950</sup>. Ahora bien, aun cuando pueda existir un cierto margen de duda sobre la restricción del concepto a los supuestos de estricta fuerza mayor o la admisión del caso fortuito, existen otras situaciones respecto a las que parece evidente la imposibilidad de ser incluidas dentro de la categoría de horas extraordinarias prevista en el art. 35.3 ET, bien por constituir supuestos que no generan siniestros ni daños urgentes, o bien por tratarse de circunstancias *ordinarias* dentro de la actividad de una empresa y resultar por tanto claramente previsibles: tal y como más abajo se indica, se trata de conclusiones confirmadas ya por diversos pronunciamientos judiciales, pero no siempre respetadas por la negociación colectiva, que con cierta asiduidad califica como fuerza mayor lo que en realidad son supuestos que habrían de reconducirse a las horas extraordinarias comunes que a continuación se comentan (*infra*, 3.3.a)).

### 3.2. Las horas extraordinarias comunes: su división en habituales y estructurales

Por vía de exclusión, se abre un segundo grupo de horas extraordinarias, en las que encuentran cabida todas aquellas que, en atención a su causa, no pueden ser reconducidas a las reguladas en el art. 35.3 ET. Pese a no recibir una denominación específica por parte de la ley, se trata de horas extraordinarias a las que podríamos llamar «comunes», por cuanto su régimen jurídico es el que con carácter general establece el art. 35 ET, sin que les sean aplicables las particularidades ya comentadas que son propias de las horas extras por fuerza mayor<sup>951</sup>. Hoy día, todas las horas extraordinarias catalogadas como «comunes» se rigen en todos los aspectos por idéntica regula-

ción, con independencia de la causa que las haya motivado. Esta homogeneidad en el trato contrasta con la situación existente en el pasado, de la que nuestra negociación colectiva sigue siendo fiel continuadora.

Si echamos la vista atrás, la aprobación en 1980 del Acuerdo Marco Interconfederal para la Negociación Colectiva (AMI) supuso la implantación en nuestra realidad laboral de una clasificación de las horas extraordinarias, que se ha hecho ya clásica y en la que se diferencian hasta tres tipos distintos: además de las generadas por fuerza mayor, las realizadas por razones «estructurales» y las denominadas como «habituales». Esta catalogación adquirió inmediato reconocimiento y relevancia normativa cuando, a principios de los años ochenta, la legislación de Seguridad Social se basó en ella para disponer que el tipo de cotización adicional por las horas extraordinarias por fuerza mayor y las estructurales sería menor que en las restantes –esto es, las habituales, que quedaban sujetas al mismo tipo de cotización previsto para las contingencias comunes– (cfr. RD 1858/1981, de 20 de agosto, después derogado por RD 92/1983, de 19 de enero, que fue objeto de desarrollo por la OM de 1 de marzo de 1983)<sup>952</sup>. De acuerdo con estas normas, las horas extraordinarias estructurales eran «las necesarias por pedidos imprevistos, períodos punta de producción, ausencias imprevistas, cambios de turno u otras circunstancias de carácter estructural derivadas de la naturaleza de la actividad de que se trate, siempre que no puedan ser sustituidas por la utilización de las distintas modalidades de contratación previstas legalmente» (art. 1 Orden 1 marzo 1983): por tanto, se trataba de una jornada extraordinaria justificada por la aparición de circunstancias excepcionales o imprevisibles<sup>953</sup>. Por su parte, dentro de las llamadas horas extraordinarias habituales se incluían todas las restantes que no encontraran cabida ni en las de fuerza mayor ni en las estructurales, y en consecuencia, se trataba de prolongaciones de jornada no ligadas a una causa normativa específica, sino realizadas por la conveniencia de la empresa y la aceptación de los trabajadores<sup>954</sup>.

La mayor cotización impuesta sobre las horas extras habituales tenía como objetivo desincentivar la realización de ampliaciones de jornada no justificadas por necesidades urgentes o excepcionales. Sin embargo, la pretensión fracasó por el fraude a que dio lugar, dado que el deseo de beneficiarse de un tipo de cotización inferior llevó a que, con frecuencia, los convenios colectivos y las partes implicadas trataran de catalogar como estructurales horas extraordinarias que en realidad respondían a circunstancias habituales o normales de una empresa<sup>955</sup>. Ante esta realidad, la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, eliminó el trato beneficioso que hasta entonces se había dado a las horas extras estructurales en materia de cotización y lo reservó exclusivamente para las horas extras por fuerza mayor. Sin entrar aquí a valorar la eficacia disuasoria que sobre el trabajo extraordinario pueda ejercer este encarecimiento de su coste social<sup>956</sup>, lo cierto es que la nueva norma supuso un cambio de criterio que todavía perdura en la regulación vigente, que para las horas extras por fuerza mayor tiene fijado un tipo de cotización adicional del 14% y para las restantes se establece en el 28,30% (art. 5 Orden TAS/76/2008, de 22 de enero).

En la actualidad, por tanto, ha desaparecido el único rasgo distintivo que la normativa había establecido entre las horas extraordinarias comunes o no reconducibles a la fuerza mayor. Ahora, el tipo de cotización aplicable a las horas extraordinarias estructurales y a las habituales es exactamente el mismo, por lo que, pese a mantenerse su mención diferenciada en algún precepto aislado<sup>957</sup>, lo cierto es que, hoy en día, la distinción entre ambas clases carece de toda relevancia normativa, dado que, tanto desde la perspectiva laboral como de Seguridad Social, el régimen jurídico aplicable es idéntico<sup>958</sup>.

Esta equiparación total y absoluta en su tratamiento normativo no ha impedido que la tónica general en la negociación colectiva actual sea la de mantener la tradicional distinción entre las tres clases de horas extraordinarias: habituales, estructurales, y las debidas a fuerza mayor<sup>959</sup>. Lógicamente, como bastantes convenios reconocen, la distinción de las horas extras estructurales es ya inoperante a efectos de menor cotización<sup>960</sup>, de ahí que deban revisarse otros pactos colectivos que, por el contrario, siguen haciendo referencia a su anterior trato privilegiado<sup>961</sup>, o que, sin llegar a explicitarlo, se remiten a normas que ya han quedado derogadas, bien expresamente –RD 1858/1981–, o bien de manera tácita –RR.DD. 92/1983, 46/1984, 1/1985, 234/1990, y O.M. 1 marzo 1983–<sup>962</sup>. No obstante, a otros efectos internos del convenio, la diferenciación terminológica entre las tres clases de horas extraordinarias –habituales, estructurales y por fuerza mayor– sigue conservando su utilidad, dado que, con asiduidad, la autonomía colectiva atribuye consecuencias jurídicas diferentes a unas y otras. Aparte de contemplar las peculiaridades normativas establecidas para las de fuerza mayor, existen otros aspectos en los que la tipología de las horas extraordinarias sirve a los convenios para determinar el régimen jurídico a aplicar a cada una de ellas: como luego se comprobará, la referencia a las tres clases de horas extras se utiliza especialmente para determinar los supuestos en que su realización queda autorizada, dado que, siguiendo directrices ya trazadas en el citado AMI de 1980, la voluntad, al menos formal, de nuestra negociación colectiva es la de tender a la prohibición de las horas extraordinarias no fundadas en razones de urgencia o de excepcionalidad; pero, además, la diferencia entre los tres tipos de horas extras sirve también a las partes a otros efectos distintos y de los que también se dará cuenta, como, por ejemplo, la determinación del carácter obligatorio o voluntario de las horas extraordinarias según sean estructurales o habituales, o la aplicación de una fórmula remuneratoria diferente según la clase de hora extraordinaria.

En tanto se respeten las previsiones que el art. 35 ET establece para las horas extraordinarias por fuerza mayor y para las restantes –esto es, las que hemos denominado comunes–, el mantenimiento de la división convencional de estas últimas en habituales y estructurales no plantea ninguna objeción jurídica<sup>963</sup>; es más, como se ha dicho, resulta eficaz a nivel interno para adaptar el régimen jurídico a la causa que ha motivado la jornada extraordinaria. Los problemas comienzan, sin embargo, a la vista del contenido que los acuerdos otorgan a cada tipo de hora extraordinaria.

### 3.3. Ajustes y desajustes de la negociación colectiva respecto a la clasificación de las horas extraordinarias

En efecto, si se examina la delimitación que la negociación colectiva efectúa de los distintos tipos de horas extraordinarias, se llega pronto a la conclusión de que, con cierta frecuencia, los supuestos o circunstancias que los convenios incluyen bajo el rótulo de cada una de estas clases exceden del alcance que la ley o los agentes sociales han querido otorgarles, con lo que, cuando así ocurre, respectivamente nos encontramos bien ante una vulneración de la normativa (a) o bien ante un atentado al espíritu o lógica interna de los propios pactos (b), no faltando tampoco previsiones confusas en ambas direcciones (c).

a) En el primer sentido, hay que hacer referencia a las cláusulas convencionales que, dentro de la categoría de horas extraordinarias por fuerza mayor, incluyen las realizadas por otras necesidades o situaciones que superan la estricta finalidad otorgada por la ley –esto es, la de «prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes»<sup>964</sup>. Es verdad que, como ya se ha puesto de relieve, existe cierta incertidumbre respecto al alcance del art. 35.3 ET y si dentro del mismo se incluyen sólo los supuestos de fuerza mayor o también los de caso fortuito: muestra clara de esta realidad es que algunas de las circunstancias que en su momento se vio que son incluidas por muchos convenios dentro de las que generan horas extras por fuerza mayor –caso de los supuestos de riesgo de pérdidas de materias primas o de la producción– son integradas en otros pactos dentro de las horas extraordinarias estructurales<sup>965</sup>. Ahora bien, la existencia de ciertas cuestiones abiertas no justifica algunos de los excesos en que a veces incurre nuestra negociación colectiva, pues resulta incontrolado que el posible margen de elasticidad en que se mueve el art. 35.3 ET no alcanza en ningún caso a las prolongaciones de jornada motivadas por circunstancias ordinarias y previsibles de la empresa. Cuando se desconoce este límite, nos encontramos por tanto ante previsiones que deben ser rechazadas, en tanto constituyen una posible vía fraudulenta mediante la que intentar que horas extras que merecerían la calificación de comunes escapen del régimen más gravoso que les es aplicable e indebidamente se beneficien de las ventajas que la normativa reserva en exclusiva a las horas extra por fuerza mayor –básicamente, la no contabilización y la inferior cotización, por cuanto el rasgo de obligatoriedad puede pactarse por la autonomía colectiva respecto a cualquier tipo de hora extra (*vid. infra*, 4.b)]–.

Tal rechazo ha sido ya puesto de relieve por los tribunales a través de diversos pronunciamientos en los que vienen negando el calificativo de fuerza mayor a las horas extraordinarias realizadas para cubrir necesidades que, con independencia del perjuicio que puedan causar a la economía o imagen de la empresa, quedan dentro de las vicisitudes normales y previsibles de la actividad productiva o de las circunstancias en que ésta se presta, sin que sus peculiaridades o su condición de servicio público eximan de esta exigencia<sup>966</sup>. *v.gr.* así lo han declarado respecto a la repercusión de incidencias que,



aunque ajenas, son esperables en atención a la ubicación del centro de trabajo o a los acuerdos suscritos<sup>967</sup> —no así, en cambio, cuando se estima que la incidencia, además de externa, es imprevisible<sup>968</sup>—. Desde esta perspectiva, resultan criticables los convenios, bien es cierto que esporádicos, que identifican las horas extraordinarias por fuerza mayor con las habituales de su sector, refiriéndose en general a las generadas por causas imprevistas<sup>969</sup>. Asimismo, y conforme avalan algunas resoluciones judiciales, idéntico reproche merecen las cláusulas convencionales que, también con carácter puntual, califican como horas extraordinarias por fuerza mayor los excesos de jornada motivados por la necesidad de suplir ausencias o cambios de turnos<sup>970</sup>, la aparición de períodos punta de producción<sup>971</sup> o la puesta a punto de nueva maquinaria<sup>972</sup> —esto es, supuestos que tradicionalmente se han venido incluyendo en la categoría de las horas extras estructurales—. De igual modo, y como también han indicado los órganos judiciales, no cabe confundir la fuerza mayor con la urgencia o premura en el trabajo, en tanto estas notas no siempre responden a la existencia de siniestros o daños<sup>973</sup>: por ello, en atención a su imprecisión, no resultan demasiado afortunadas las cláusulas convencionales que de forma genérica atribuyen el carácter de fuerza mayor a los supuestos en que existan necesidades urgentes o apremiantes, sin requerir la presencia de un peligro ni el rasgo de la imprevisibilidad<sup>974</sup>; es más, con semejante tenor, existen otros convenios que catalogan estos mismos trabajos o necesidades urgentes dentro de las que dan lugar a horas extraordinarias estructurales<sup>975</sup>.

**b)** En la segunda dirección advertida, se sitúan aquellos convenios que, pese a la general tendencia a la supresión de las horas extras habituales —prohibidas incluso de forma expresa en algunos de ellos—, proceden a autorizar la realización de horas extras estructurales, pero incluyendo en ellas supuestos o circunstancias que carecen de la nota de excepcionalidad o de imprevisión: se trata en realidad de ampliaciones de jornada realizadas para atender situaciones normales o previsibles de la empresa y que, por tal razón, difícilmente cumplen la premisa requerida por muchos de estos pactos que, igual que ya indicara el art. 1 de la OM 1 de marzo de 1983, sólo permiten el recurso a la jornada extraordinaria cuando no sea posible cubrir la necesidad mediante la utilización de las distintas modalidades de contrato<sup>976</sup>. En estos casos, dado que la ley no supedita la realización de horas extraordinarias a la existencia de una causa específica, no cabe hablar ciertamente de que estas cláusulas impliquen un incumplimiento normativo. Ahora bien, lo que desde luego sí provocan es una evidente contradicción interna en los convenios —prohibición expresa de las horas extras habituales *versus* autorización encubierta de las mismas—, al tiempo que tratan de burlar uno de los objetivos o principios guía de la negociación colectiva desde hace muchos años —el carácter causal de las horas extraordinarias como instrumento de reducción de las mismas, a efectos de fomentar el reparto del empleo—.

El reproche desde luego no afecta a todos los convenios. La gran mayoría de ellos se limitan a reproducir la ya comentada definición de horas extras estructurales contenida en el art. 1 de la OM 1 de marzo de 1983, y de



acuerdo con él, otorgan esta calificación a las necesarias por pedidos imprevistos, por períodos punta de producción, por ausencias imprevistas, cambios de turno, cerrando la ejemplificación con la cláusula genérica de que también tienen cabida otras circunstancias de carácter estructural derivadas de la naturaleza de la actividad<sup>977</sup>. En estas cláusulas, la cautela habrá de exigirse en el momento de su aplicación, en la medida en que habrá supuestos incluidos en principio en estas causas respecto a los que sea posible hacer jugar la ya comentada preferencia de proceder a su cobertura mediante el recurso a contrataciones o a otras fórmulas sustitutivas que a veces contemplan los convenios y a las que más adelante se hará referencia como, por ejemplo, el sistema de jornada flexible (*infra*, 6): *v.gr.* es lo que puede ocurrir respecto a excesos de pedidos o ausencias por enfermedad o accidente que se prolongan en el tiempo, los períodos punta de producción que son previsibles<sup>978</sup>, o los permisos comunicados con suficiente preaviso, respecto a los que, sin embargo, rara vez los pactos fijan limitaciones temporales al recurso a las horas extras<sup>979</sup>. Nada hay que objetar tampoco a los convenios que, en menor medida, catalogan genéricamente como estructurales las ampliaciones de jornada motivadas por trabajos o circunstancias imprevisibles, extraordinarias o excepcionales<sup>980</sup>, o también, los que de forma más detallada introducen una relación ejemplificativa de supuestos caracterizados por esta notas *-v.gr.* cobertura informativa de acontecimientos extraordinarios<sup>981</sup>, o imprevistos en la confección de nóminas<sup>982</sup>.

Frente a los anteriores, sin embargo, son bastantes los convenios en que sí es apreciable la existencia de previsiones que sobredimensionan el concepto de hora extra estructural y que, por tal razón, resultan reprobables desde la perspectiva ya comentada de los principios negociadores sobre política de empleo. Seguramente, el ejemplo más claro es el de aquellos acuerdos que otorgan la condición de estructurales a todas las horas extraordinarias que se realicen o que no encuentren cabida en las motivadas por fuerza mayor<sup>983</sup>. Tampoco parecen acertados los pactos que, igual que ya hiciera el Acuerdo Nacional de Empleo de 1981 (ANE), califican como horas extras estructurales las dedicadas a «mantenimiento»<sup>984</sup>: como ya ha explicado la doctrina, la inclusión por el ANE de estos trabajos como estructurales se produjo de forma involuntaria y como consecuencia de un malentendido<sup>985</sup>; sin embargo, su presencia en los convenios permanece, pese a que no necesariamente responden a la existencia de una situación anómala o imprevisible; sólo en ocasiones se matiza que debe tratarse de labores de mantenimiento urgentes o extraordinarias<sup>986</sup> o cuya no realización comporte la pérdida o el deterioro de la producción<sup>987</sup>. Las mismas objeciones plantean las cláusulas convencionales que extienden el calificativo de estructurales a las horas extras efectuadas para cubrir otros muchos trabajos que, aunque no sean habituales, sí son conocidos o previsibles: por ejemplo, las horas debidas al cierre de ejercicio<sup>988</sup> o a la realización de balances o inventarios<sup>989</sup>, o también, las que responden al trabajo programado en determinados festivos o vísperas de festividades<sup>990</sup>. Más claramente, idéntica crítica merecen los convenios que consideran horas extras estructurales las dedicadas a los trabajos propios y normales de la actividad<sup>991</sup> *-v.gr.* finalización de determina-

das actividades ya iniciadas<sup>992</sup>, cierre de caja<sup>993</sup>, puesta a punto de útiles e instalaciones<sup>994</sup>, etc—. Como ya se ha dicho, en todos estos casos no se cuestiona ni la necesidad de realizar estos trabajos ni la posibilidad legal de conducirlos a las horas extraordinarias; lo que se discute es su oportunidad y coherencia con la voluntad de las partes negociadoras de querer suprimir las de naturaleza habitual y fomentar la cobertura de las necesidades que se presenten mediante otras fórmulas distintas a la ampliación de jornada —en especial, nuevas contrataciones o medidas de flexibilización del tiempo de trabajo del personal ya existente<sup>995</sup>.

c) Planteando un problema distinto, llama la atención la existencia de un pequeño número de convenios que califican como estructurales las horas extras realizadas para prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes —esto es, las que se corresponden con el supuesto previsto en el art. 35.3 ET y que venimos denominando como de fuerza mayor<sup>996</sup>. No queda muy clara la finalidad pretendida con esta previsión, a la que alguna voz doctrinal ha tachado de ilegal<sup>997</sup>. Desde la perspectiva de la Seguridad Social, no tiene ninguna ventaja para las empresas pretender darles tal calificación desde el momento en que, en la actualidad, las horas estructurales tienen un tipo de cotización mayor que las debidas a fuerza mayor. En el terreno laboral, cabría barajar la hipótesis de que la voluntad de las partes respecto a estos supuestos es la de evitar la aplicación automática de las especialidades previstas para las horas extras por fuerza mayor —obligatoriedad y no contabilización—, a fin de establecer un régimen más beneficioso para los trabajadores y para el objetivo de limitar la realización de horas extraordinarias: normalmente, sin embargo, o no se explicita este fin —con lo que se acabarían aplicando las particularidades que el art. 35 ET establece para las horas extras exigidas por la prevención o reparación de siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, dado que la mera denominación formal del convenio no parece que deba prevalecer sobre el supuesto material de la fuerza mayor—, o de forma expresa, y pese al calificativo otorgado, los convenios declaran la aplicación de las peculiaridades propias de las horas extras reguladas en el art. 35.3 ET<sup>998</sup>. Con todo, más allá de estas diferencias de catalogación nominativa, el principal problema de fondo que saca a la luz esta hipótesis interpretativa se plantea respecto a la posibilidad, en sí misma considerada, de que la autonomía colectiva pueda excluir los efectos que la ley otorga a las horas extra por fuerza mayor, cuestión sobre cuya legalidad se reflexiona seguidamente al hilo de algunas cláusulas convencionales que parecen eliminar alguna de estas consecuencias normativas —en concreto, su carácter preceptivo—.

#### 4. RÉGIMEN DE VOLUNTARIEDAD U OBLIGATORIEDAD DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS

Uno de los efectos distintos que derivan de las diferentes clases de horas extraordinarias está relacionado con el régimen de su obligatoriedad. La

cuestión no recibe un tratamiento totalmente igual según se enfoque desde la posición del empresario o del trabajador.

Desde la perspectiva empresarial, hay que entender que la regla de la voluntariedad juega en todo caso, dado que como ha señalado la jurisprudencia y recuerdan muchos convenios, la iniciativa para proponer la realización de horas extraordinarias corresponde al empresario<sup>999</sup>, habiendo dejado sentado el Tribunal Supremo que su oferta es libre para la empresa, sin que exista un derecho adquirido de los trabajadores<sup>1000</sup>. Sólo excepcionalmente, se encuentra alguna cláusula convencional en que la decisión de efectuar horas extraordinarias se deja a criterio del propio trabajador<sup>1001</sup>. Ahora bien, lo que sí exigen algunos convenios a la oferta empresarial es que la realización de horas extraordinarias se distribuya de forma equitativa entre los diferentes trabajadores de la empresa<sup>1002</sup>, normalmente implantando el criterio de la rotatividad<sup>1003</sup>: tal exigencia se aprecia sobre todo cuando se trata de horas extras comunes, aun cuando también en algún caso se declara el compromiso empresarial de procurar repartir la carga de las horas extras por fuerza mayor entre los trabajadores de los puestos afectados<sup>1004</sup>.

Desde el punto de vista de los trabajadores, la respuesta en este tema viene dada por el art. 35.4 ET, en el que se afirma que la prestación de trabajo en horas extraordinarias será igualmente «voluntaria». Esta nota de voluntariedad se configura como una regla general, reflejada de forma masiva en la negociación colectiva, en la que, también con el mismo carácter general, se insiste en que la aceptación de la realización de horas extras resulta libre y voluntaria para el trabajador<sup>1005</sup>. En este caso, sin embargo, esta regla general de voluntariedad presenta excepciones: se trata de supuestos en que se impone al trabajador la obligación de prolongar la jornada ordinaria, por lo que su negativa injustificada constituye una falta disciplinaria que en alguno de los convenios analizados en nuestro estudio se ha tipificado como grave<sup>1006</sup>, aun cuando algunos pronunciamientos judiciales han considerado la conducta como causa de despido procedente<sup>1007</sup>. En concreto, las excepciones al carácter voluntario de las horas extras pueden reconducirse a dos grandes grupos, de origen y contenido diferente.

a) De la primera se predica su origen legal y se refiere a las horas extraordinarias realizadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes. En realidad, el carácter preceptivo de estas horas no viene establecido de forma expresa por la normativa –de hecho, el art. 35.3 ET, que es el que las regula, nada dice al respecto–. No obstante, su obligatoriedad ha venido defendiéndose por los órganos judiciales<sup>1008</sup> y la doctrina ha situado su fundamento normativo genérico en los arts. 5 y 20.2 ET, por los que se regula el deber de obediencia y diligencia del trabajador y la sujeción de ambas partes a las exigencias de la buena fe<sup>1009</sup>. Al amparo de esta cobertura, también son muchísimos los convenios colectivos que consideran obligatorias las horas extraordinarias por fuerza mayor, destinadas a prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes<sup>1010</sup>.

En relación a esta excepción, cabe plantear si el empresario puede comprometerse en el convenio a no exigir el trabajo extraordinario en tales situa-

ciones. En concreto, el problema surge al hilo de un número considerable de convenios que declaran la voluntariedad de las horas extras con carácter general, sin establecer excepciones expresas<sup>1011</sup>, con lo que se abre la duda de si ese carácter voluntario es predicable también respecto a las horas extras necesarias para prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, tal y como en algún acuerdo aislado sí parece reflejarse de manera explícita<sup>1012</sup>. Pues bien, aun cuando no faltan opiniones favorables a entender que la preceptiva realización de horas extraordinarias por fuerza mayor es innegociable en virtud del art. 35.3 ET<sup>1013</sup>, lo cierto es que, como ya se ha dicho, este precepto no declara expresamente la obligatoriedad de las horas extras por fuerza mayor, por lo que parece posible admitir la existencia de acuerdos por los que el empresario renuncie con carácter previo a la facultad de exigir este tipo de horas de trabajo a modo de mejora para los trabajadores, teniendo en cuenta además que el deber de diligencia y colaboración requerido al trabajador por el art. 20 ET es el que marquen, entre otros, los convenios colectivos<sup>1014</sup>. Si se acepta su validez, parece, pues, que de ser otra la voluntad de las partes, debería cuidarse más la redacción dada a las citadas cláusulas convencionales de voluntariedad general.

**b)** Las demás excepciones a la regla general de voluntariedad encuentran amparo en el propio art. 35.4 ET. No obstante, su existencia se deja en manos de la autonomía de las partes, en la medida en que el precepto exceptúa la nota de voluntariedad en aquellos casos en que la realización de horas extraordinarias se haya pactado<sup>1015</sup>, bien en convenio colectivo –posibilidad que abre el debate doctrinal sobre la adecuación de dejar a la autonomía colectiva la disposición de derechos individuales<sup>1016</sup>–, o bien en contrato individual<sup>1017</sup> –facultad respecto a la que algún pronunciamiento judicial ha cuestionado la posibilidad de estipular por vía individual más supuestos de obligatoriedad que los pactados en el convenio<sup>1018</sup>, declarando su nulidad cuando se aprecia que estamos ante cláusulas individuales concertadas en masa contrarias a la ordenación de la jornada estipulada en convenio<sup>1019</sup>–.

Aprovechando esta habilitación concedida por el art. 35.4 ET, también aquí son muchos los pactos colectivos que extienden el carácter obligatorio de las horas extras más allá de los supuestos estrictos de fuerza mayor, si bien es cierto que, en estos casos, ocasionalmente se prevén topes temporales a la obligatoriedad. En concreto, es frecuente la declaración de obligatoriedad cuando concurren necesidades que la negociación colectiva suele aproximar a las de estricta fuerza mayor: *v.gr.* averías<sup>1020</sup> –en ocasiones, sólo cuando impliquen gravedad<sup>1021</sup>–, caída de ordenadores y cortes de suministro de energía<sup>1022</sup>, imposibilidad de continuar la producción<sup>1023</sup>, riesgo de pérdidas de materias primas<sup>1024</sup>, demora en su abastecimiento o provisión<sup>1025</sup>, almacenamiento y carga y descarga de productos perecederos<sup>1026</sup>, o las genéricas necesidades urgentes o inaplazables<sup>1027</sup>. Asimismo, no son pocos tampoco los convenios colectivos que extienden la obligatoriedad a circunstancias propias de las horas extras estructurales –o perentorias–, ya sea con carácter general a todas ellas<sup>1028</sup> o ya sea en relación a algunos supuestos específicos –en especial, períodos punta de producción<sup>1029</sup>, ausencias o cambios de tur-

no<sup>1030</sup>, u otros peculiares del correspondiente sector, como retrasos o cancelaciones de vuelos<sup>1031</sup>, aterrizaje de vuelos no programados e irregularidades surgidas con pasajeros o sus equipajes<sup>1032</sup>—. Por último, con algo menos de asiduidad, existen también convenios colectivos que declaran el carácter preceptivo de determinadas horas extraordinarias que, con independencia del nombre otorgado por el pacto, responden a necesidades ordinarias o previsibles de la empresa: cierres de nóminas o realización de balances o inventarios<sup>1033</sup>, trabajo en festivos<sup>1034</sup>, realización de trabajos en sábado cuando sean requeridos por el empresario de forma ocasional<sup>1035</sup>, terminación de ciertos trabajos programados o iniciados antes de finalizar la jornada ordinaria<sup>1036</sup>, atención a paradas programadas o puesta en marcha de instalaciones<sup>1037</sup>, o el cumplimiento puntual de obligaciones contraídas por la empresa<sup>1038</sup>.

Como puede comprobarse, el pacto de la obligatoriedad de las horas extraordinarias más allá de la fuerza mayor resulta habitual y extenso en cuanto a su contenido. Necesariamente, por tanto, también aquí ha de destacarse la dificultad de conciliar este uso abundante de las cláusulas de obligatoriedad con el propósito general de la negociación colectiva de reducir el número de las horas extraordinarias.

Desde otra perspectiva, al hilo de las ya referidas objeciones que pudieran plantear la imposición de este deber por la autonomía colectiva, interesa poner de relieve cómo, de forma esporádica, se encuentran acuerdos que tratan de atenuar la proyección que el pacto colectivo de obligatoriedad tiene sobre los trabajadores individuales. Al margen de que en alguno de ellos se incluye el compromiso empresarial de sólo requerir a los trabajadores imprescindibles para atender la imperiosa necesidad<sup>1039</sup>, el mencionado objetivo se materializa fundamentalmente a través de dos tipos de cláusulas. Una de ellas consiste en declarar que las horas extraordinarias resultan obligatorias con carácter colectivo y voluntarias con carácter individual, lo que significa que su realización sólo resulta preceptiva para un determinado trabajador cuando no exista otro capacitado para hacer el servicio y que esté dispuesto voluntariamente a realizarlas —esto es, la obligatoriedad sólo se activa a falta de trabajadores voluntarios-<sup>1040</sup>. La segunda medida, sólo contenida en algún convenio puntual, se basa en conceder a los trabajadores la facultad de descolgarse individualmente del acuerdo colectivo de empresa por el que se estipula la obligatoriedad de las horas extraordinarias<sup>1041</sup>: la previsión, sin duda, resulta importante, dado que, aun cuando cabría discutir más sobre la cuestión, algunas voces doctrinales han mantenido que la obligatoriedad pactada por acuerdo colectivo no puede ser contradicha por pacto individual en virtud del art. 3.1 ET<sup>1042</sup>.

## 5. LÍMITES SUBJETIVOS EN LA REALIZACIÓN DE HORAS EXTRAORDINARIAS

En atención a diversos motivos —fundamentalmente, de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, y en algún caso, por exigencias del régimen propio de la modalidad contractual afectada—, el ordenamiento jurídi-

co establece una serie de limitaciones respecto a los sujetos que pueden realizar horas extraordinarias: algunas de estas restricciones tienen origen legal –trabajadores menores, a tiempo parcial o nocturnos–; otras, han sido introducidas por vía reglamentaria. En todo caso, estos límites subjetivos resultan de obligado respeto para la autonomía de las partes, si bien, en caso de un eventual incumplimiento, el trabajador tendría derecho a la retribución correspondiente a las horas extraordinarias, al margen de la sanción administrativa que pudiera corresponder al empresario<sup>1043</sup>. En la práctica, y a salvo de las excepciones que se comentarán, la negociación colectiva examinada se ajusta por lo general a estas exigencias, que no sólo son reproducidas por los convenios, sino que a veces son incluso ampliadas mediante la introducción de restricciones adicionales.

### 5.1. Los trabajadores menores

Existe una primera limitación contenida en el art. 6.3 ET, por el que se prohíbe la realización de horas extraordinarias a los menores de dieciocho años. Los términos literales del precepto resultan taxativos respecto a la prohibición, sin incluir matices. No obstante, gran parte de la doctrina interpreta que la prohibición no resulta absoluta, sino que queda exceptuada en los casos en que exista la necesidad de prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes: desde este planteamiento, por tanto, se entiende que la obligatoriedad que es propia de las horas extraordinarias por fuerza mayor se impone incluso sobre los trabajadores menores de 18 años<sup>1044</sup>. Con todo, de ser ésta la voluntad del legislador, no deja de resultar llamativo que ni el art. 6.3 ET ni otras normas más recientes que reiteran su contenido hayan incluido ninguna salvedad expresa a la prohibición, a diferencia de lo que sí ocurre, en cambio, respecto a los demás trabajadores sometidos a limitaciones subjetivas<sup>1045</sup>. En la negociación colectiva examinada, tampoco los muchos convenios colectivos que reiteran la previsión legal introducen excepción alguna a esta prohibición<sup>1046</sup>.

### 5.2. Los trabajadores a tiempo parcial

Una segunda limitación subjetiva es la prevista para los trabajadores a tiempo parcial, respecto a los que la normativa actual permite la realización de horas complementarias (art. 12.5 ET), pero no la de horas extraordinarias, que conforme al art. 12.4.c) ET quedan prohibidas para ellos, salvo en los supuestos contemplados en el art. 35.3 ET –esto es, las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes– (*vid. infra*, 10). Dicho, pues, en otras palabras, los trabajadores a tiempo parcial pueden efectuar horas extraordinarias por fuerza mayor, pero, en cambio, tienen vedada la realización de horas extraordinarias comunes<sup>1047</sup>.

En relación a su plasmación en la negociación colectiva, son varios los convenios que reproducen en similares términos la previsión legal<sup>1048</sup>, aun

cuando en algún caso sin introducir el matiz relativo a la posibilidad de realizar horas extraordinarias por fuerza mayor<sup>1049</sup>. Existen pactos, por el contrario, que claramente se oponen a la regulación vigente, en tanto parten de la posibilidad de los trabajadores a tiempo parcial de realizar horas extraordinarias, sin incluir ninguna restricción al respecto: como luego se explica, la ilegalidad en que incurrían estos acuerdos se percibe especialmente en las cláusulas que aluden al número máximo de horas extraordinarias autorizadas para este tipo de trabajadores (*infra*, 7.1.B)<sup>1050</sup>. De igual modo, como consecuencia de que en alguno de los convenios objeto de estudio se sigue aplicando a los trabajadores fijos-discontinuos regulaciones ya derogadas sobre el contrato a tiempo parcial, se establecen restricciones, no previstas por la normativa actual, a la posibilidad de estos trabajadores de realizar horas extraordinarias<sup>1051</sup>. Asimismo, en relación al supuesto excepcional en que los trabajadores a tiempo parcial pueden efectuar horas extraordinarias –prevención o reparación de siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes–, hay que advertir de las consecuencias que en relación a estos trabajadores puede tener la ya comentada ampliación que, a menudo y de forma irregular, efectúan los convenios colectivos respecto a las situaciones incluidas en el concepto de fuerza mayor, en tanto podría conducir a extender la excepción más allá de la voluntad legal<sup>1052</sup>.

Pese a la comentada prohibición normativa, cabe plantear la hipótesis de que los trabajadores a tiempo parcial incurran en una ampliación ilegal de su jornada, bien por prolongar su tiempo de trabajo sin haber suscrito pacto de horas complementarias, o bien porque, aun habiendo celebrado este pacto, efectúen un número de horas complementarias superior a las estipuladas: respecto al tratamiento de estos excesos de tiempo, y aun cuando no resulta cuestión pacífica, existen voces doctrinales y judiciales que han defendido la aplicación del régimen retributivo de las horas extraordinarias, sin perjuicio de que una superación de jornada sistemática y habitual pudiera llevar a plantear la posible existencia de fraude de ley y la consiguiente consideración del vínculo como contrato a jornada completa<sup>1053</sup>. En línea con esta última idea, algún convenio aislado prevé que, en caso de incumplirse la prohibición de horas extraordinarias –sin concretar el alcance o intensidad del incumplimiento–, se producirá la automática conversión del contrato a tiempo parcial en un contrato a tiempo completo<sup>1054</sup>.

### 5.3. Los trabajadores nocturnos

Una tercera restricción subjetiva de origen legal es la establecida en el art. 36.1 ET, por el que se prohíbe la realización de horas extraordinarias a los trabajadores nocturnos **(a)**, sin perjuicio de las salvedades que la propia normativa introduce al respecto **(b)**.

**a)** A diferencia de lo que ocurría en la normativa anterior a la reforma de 1994, hay que fijarse en que la limitación prevista en el precepto estatutario no consiste en impedir la realización de jornada extraordinaria durante el



período nocturno, sino que, en la actualidad, la imposibilidad se establece únicamente para los trabajadores que, conforme a los requisitos exigidos por el párrafo 3º del art. 36.1 ET, merecen el calificativo de «nocturnos»<sup>1055</sup>. Ningún obstáculo legal existe por tanto a que los trabajadores diurnos realicen horas extraordinarias, aun en horario nocturno –conforme a la ley, de 10 h. a 6 h–. En cambio, y a salvo de las excepciones que luego se comentan, los trabajadores nocturnos tienen vedada la realización de horas extraordinarias en cualquier momento, incluso durante el día<sup>1056</sup>.

En la práctica convencional, sin embargo, son muy pocos los pactos colectivos que ciñen la prohibición a los «trabajadores nocturnos» –incluido algún acuerdo que yerra en la definición de este concepto<sup>1057</sup>. La gran mayoría de los que abordan la cuestión siguen haciendo alusión, como en la etapa normativa anterior, a la imposibilidad de realizar horas extraordinarias durante el horario nocturno<sup>1058</sup>. Esta variación respecto a la norma legal supone que los convenios convierten la limitación subjetiva de la ley –referida a los *trabajadores* nocturnos– en una limitación de carácter temporal –referida al *periodo* nocturno, con independencia del tipo de trabajador de que se trate–. Del tenor de estas cláusulas se derivan por tanto dos consecuencias que, desde la perspectiva del margen de actuación de la negociación colectiva en este punto, merecen valoraciones muy distintas: por un lado, en atención a razones de salud laboral, no parece objetable que la letra de los convenios conduzca a imposibilitar los excesos de tiempo de trabajo nocturno a toda clase de trabajadores –incluidos los diurnos–; por otro lado, en cambio, resulta obviamente contraria a la ley una lectura de estas cláusulas que lleve a entender que las horas extraordinarias en horario diurno sí quedan permitidas a todo trabajador –incluidos los nocturnos–.

**b)** Como ya se ha adelantado, la previsión legal que prohíbe a los trabajadores nocturnos la realización de horas extraordinarias presenta una serie de excepciones, que en este caso vienen introducidas por vía reglamentaria. En concreto, el art. 32 RD 1561/1995 admite que los trabajadores nocturnos puedan superar su jornada mediante horas extraordinarias en los siguientes casos: a) en los supuestos de ampliaciones de jornada previstos en el capítulo II del mismo Real Decreto –establecidos para actividades profesionales concretas–; b) cuando resulte necesario para prevenir y reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes –se incluye, por tanto, la habitual excepción de las horas extraordinarias por fuerza mayor–; y c) en el trabajo a turnos, en caso de irregularidades en el relevo de los turnos por causas no imputables a la empresa. De cualquier modo, aun en estos casos excepcionales, la realización de horas extraordinarias por los trabajadores nocturnos no debe implicar una superación real de su jornada, sino sólo posibles cambios en su distribución. Ello se explica porque, igual que establece el art. 36 ET para la jornada ordinaria, también el art. 32 RD 1561/1995 exige que, aun cuando se realicen horas extraordinarias, la jornada diaria del trabajador nocturno no podrá exceder de 8 horas de promedio, si bien, con la variación de que el período de referencia a utilizar ya no es el quincenal previsto para la jornada ordinaria, sino otros módulos de mayor periodicidad: para la pri-



mera excepción se fija en 4 meses –ampliable por convenio hasta 6 meses–, y para las dos restantes, se establece en 4 semanas. Por tanto, como exige la propia norma reglamentaria, cualquiera que sea la forma de retribución de las horas extraordinarias, en los días subsiguientes a su realización será necesario reducir la jornada del trabajador hasta alcanzar el referido promedio en los períodos indicados<sup>1059</sup>.

Nuestra negociación colectiva apenas da cuenta de estas excepciones, a las que sólo alude en ocasiones y mediante cláusulas generales de remisión a las posibles salvedades establecidas por la normativa<sup>1060</sup>. No es infrecuente a tal efecto reproducir el tenor del antiguo art. 35.6 ET y salvar la posibilidad de realizar horas extraordinarias en los casos y actividades especiales debidamente justificados y expresamente autorizados por el Ministerio de Trabajo<sup>1061</sup>. Por último, también aquí ha de advertirse de los posibles y censurables efectos ampliatorios de la excepción a que puede conducir una errónea concepción por los convenios del supuesto de fuerza mayor<sup>1062</sup>.

#### 5.4. Otras restricciones subjetivas de origen reglamentario

Junto a las prohibiciones previstas directamente por la ley, hay otras restricciones a la posibilidad de realizar horas extraordinarias que han sido establecidas por vía reglamentaria, ya sea en atención al carácter especial de la relación laboral (a), ya sea a la vista de las peculiaridades del puesto de trabajo (b) o ya sea por la reducción de jornada a que tiene derecho el trabajador (c).

**a)** En el primer sentido hay que hacer referencia a la previsión contenida en el art. 13 del R.D. 1368/1985 respecto a los trabajadores con discapacidad que mantienen una relación laboral especial con un Centro Especial de Empleo. El precepto prohíbe a estos trabajadores efectuar horas extras, pero con la excepción, también aquí, de que sí quedan autorizados a su realización en caso de que resulten necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios<sup>1063</sup>.

**b)** Bajo el segundo argumento justificativo se engloban algunos supuestos en que la normativa establece límites a la jornada extraordinaria en atención a la especial peligrosidad o penosidad del puesto de trabajo. Es lo que ocurre en el art. 28 RD 1561/1995 respecto a los trabajadores que prestan servicios en el interior de las minas, a quienes sólo se permite la realización de horas extraordinarias en determinadas situaciones: se incluye la habitual autorización en caso de reparación o prevención de siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, pero además también se admiten cuando exista riesgo grave de pérdida o deterioro importante de materias primas –referencia que aquí sí resulta expresa–, y asimismo se habilita su realización por circunstancias de carácter estructural derivadas de la naturaleza de la actividad *en los términos que en convenio colectivo se definan* –con lo que en este último caso se deja un amplio margen de actuación a la negociación colectiva<sup>1064</sup>. Del mismo modo, también respecto a los trabajos con riesgo

de exposición al amianto se impone al empresario el deber de adoptar las medidas necesarias para que los trabajadores no realicen horas extraordinarias (art. 7 RD 396/2006).

Más allá de estas previsiones reglamentarias, el interés de la negociación colectiva por limitar la realización de horas extraordinarias en puestos peligrosos apenas es apreciable en los convenios examinados. Sólo un escaso número de ellos introducen prohibiciones por este motivo, unas veces con carácter general respecto a las situaciones de peligrosidad<sup>1065</sup>, y otras, con un alcance más concreto referido a trabajos específicos respecto a los que la propia normativa ya establece limitaciones a su jornada ordinaria –*v.gr.* cámaras frigoríficas o puestos con un nivel de riesgo grave derivado de sustancias químicas y agentes físicos en el medio ambiente laboral– (cfr. arts. 23 y 31 RD 1561/1995)<sup>1066</sup>.

Precisamente por no ligar la prohibición a la peligrosidad que el puesto de trabajo puede tener sobre el estado de gestación de la trabajadora es por lo que no parecen admisibles las cláusulas convencionales que, aun siendo puntuales, niegan a las mujeres embarazadas la posibilidad de efectuar horas extraordinarias<sup>1067</sup>. En relación a esta cuestión ha de tenerse en cuenta que el art. 26.1 LPRL sólo obliga al empresario a adaptar las condiciones de tiempo de trabajo de la trabajadora embarazada en caso de que se aprecien riesgos en su seguridad o salud o en la del feto. Por ello, prohibir de forma absoluta la prolongación de la jornada a las mujeres embarazadas podría entenderse como una limitación a su trabajo constitutiva de una discriminación por razón de sexo, que ni siquiera quedaría justificada por razón del embarazo, en tanto no se acredite la existencia de un riesgo real para la salud<sup>1068</sup>.

c) En relación también con el nacimiento de hijos, pero desde una perspectiva distinta, la D.A. 1ª.3 del R.D. 1251/2001, de 16 de noviembre, establece también límites a la ampliación de jornada a aquellos trabajadores que disfruten a tiempo parcial de su derecho de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento: aun cuando la norma considera que en este supuesto no resultan de aplicación las reglas establecidas en el art. 12 ET para el contrato a tiempo parcial, sí traslada la previsión de que, durante el período de disfrute del permiso, estos trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes<sup>1069</sup>. La prohibición normativa se justifica por la dificultad de conciliar la finalidad del descanso con una prolongación de jornada<sup>1070</sup>. Y precisamente por la misma falta de compatibilidad entre objetivos, existen manifestaciones doctrinales y judiciales que ya han destacado otros supuestos de reducción de jornada respecto a los que, pese a no existir prohibición normativa, se ha estimado que la realización de horas extraordinarias carece de sentido: así se ha señalado respecto a los supuestos en que la reducción de jornada deriva del ejercicio voluntario de un derecho como el de formación profesional o el cuidado de hijos y familiares (arts. 23 y 37 ET), o también, cuando la disminución de jornada es consecuencia de una modificación sustancial *ex art.* 41 ET que se impone al trabajador con fundamento en causas económicas, organizativas, técnicas o de producción<sup>1071</sup>.

La negociación colectiva examinada no veda expresamente la realización de horas extras a los trabajadores que disfruten de una reducción de jornada con origen en las causas indicadas. Curiosamente, sin embargo, sí existen ejemplos de convenios que establecen esta prohibición respecto a las ampliaciones que deriven de la distribución irregular o flexible de la jornada: en concreto, se trata de cláusulas convencionales en las que se declara que las prolongaciones de tiempo que resulten de una distribución irregular de la jornada no serán de aplicación a los trabajadores que disfruten de reducciones de jornada por razones de salud o por causas relacionadas con el cuidado de menores<sup>1072</sup>. Llama la atención que estos convenios no trasladen idéntica previsión respecto a las horas extraordinarias, dado que sus consecuencias ampliatorias del tiempo de trabajo resultan análogas para estos trabajadores, o pueden incluso ser más gravosas si no se opta por su compensación en descanso.

### **5.5. Otras restricciones subjetivas de origen convencional**

Además de las que se han ido indicando al hilo de las prohibiciones normativas, la negociación colectiva incorpora otras limitaciones adicionales a la posibilidad de realizar horas extras.

Una muestra frecuente de ello es la negación de esta posibilidad a los trabajadores sujetos a un contrato para la formación o a los que los convenios otorgan la categoría de «aprendices»<sup>1073</sup>. Estamos ante una prohibición que carece de previsión en la normativa; lejos de ello, el ordenamiento ofrece diversas disposiciones en que de forma expresa reconoce la posibilidad de que los trabajadores contratados para la formación efectúen horas extras (art. 14.2 RD 488/1999 y art. 42.2 O.TAS/76/2008)<sup>1074</sup>. La explicación, quizá, de la inclusión de esta prohibición por la autonomía colectiva reside en el propio objeto y finalidad de este tipo de contratos, y en el deseo de mantener una adecuada correspondencia entre el tiempo dedicado a la formación teórica y al trabajo efectivo.

Otro ejemplo, aunque mucho menos habitual, es el de los convenios que establecen restricciones en relación a los trabajadores con jornada fraccionada o partida. Sin que tampoco en este caso exista norma prohibitoria específica, estos acuerdos impiden la realización de horas extraordinarias durante el período de interrupción entre las distintas franjas horarias de trabajo: se trata de una previsión con una clara finalidad de garantizar el descanso al trabajador y respecto a la que alguno de los pactos exceptúa los supuestos de fuerza mayor<sup>1075</sup>.

## **6. LÍMITES OBJETIVOS A LAS HORAS EXTRAORDINARIAS Y COMPROMISOS DE FOMENTO DEL EMPLEO**

Al margen de otras finalidades, la idea de restringir las horas extraordinarias por razones de política de empleo preside explícita e implícitamente

el contenido del art. 35 ET. A la vista de los elevados índices de paro, esta máxima está también muy asentada en nuestra negociación colectiva. No sólo se reitera en los sucesivos Acuerdos Interfederales, sino que, como plasmación de ello, es contenido frecuente de los convenios ordinarios, en los que, bajo diferentes fórmulas y con diverso grado de vinculatoriedad, se insiste en el objetivo de limitar la realización de horas extraordinarias, a fin de contribuir a un mejor reparto del empleo, y sin perjuicio, por supuesto, de que con ello se persigan y alcancen otros logros adicionales –la prevención de la salud<sup>1076</sup>, la conciliación de la vida laboral y familiar<sup>1077</sup>, la mejor organización e imagen de la empresa<sup>1078</sup>, etc–.

En atención a tales propósitos, resulta masiva la inclusión de cláusulas que, con redacciones diversas, reflejan el compromiso de las partes negociadoras de eliminar o reducir al máximo la utilización de la jornada extraordinaria: la gran mayoría de los convenios plasman este principio como un objetivo genérico<sup>1079</sup>; con todo, existen pactos puntuales –por lo general, de empresa– que llegan a fijar porcentajes o cifras concretas de la disminución a alcanzar<sup>1080</sup>. En la mayor parte de los convenios, la asunción del compromiso de restringir las horas extraordinarias se traduce a su vez en la adopción de una serie de medidas limitativas dirigidas a hacer efectiva esta meta, ya sea fomentando mecanismos sustitutivos (a), o ya sea prohibiendo directamente su utilización en función de la necesidad a cubrir o las circunstancias (b).

a) Desde la primera perspectiva, son muchísimos los acuerdos colectivos que tratan de relegar la utilización de la jornada extraordinaria mediante la aplicación alternativa, y a veces incluso preferente, de otros recursos de obtención u organización de la mano de obra.

El principal mecanismo previsto en esta dirección es el de priorizar la contratación de nuevos trabajadores en lugar de ampliar la jornada de los ya existentes. En algunos casos, simplemente se plantea como una medida recomendada a procurar o estudiar en cada empresa<sup>1081</sup>. En otros muchos, sin embargo, la contratación se concibe directamente como un mandato preferente<sup>1082</sup>. En este último sentido, son muy abundantes los convenios que sólo autorizan las horas extraordinarias cuando no sea posible cubrir la necesidad de trabajo mediante las distintas modalidades de contratación que ofrece el ordenamiento –sobre todo, se incide en la posibilidad de celebrar contratos temporales y a tiempo parcial<sup>1083</sup>: en tanto toman como referencia el art. 1 de la Orden de 1 de marzo de 1983, la imposición de este condicionamiento se establece especialmente respecto al uso de las horas extraordinarias estructurales<sup>1084</sup>; en cualquier caso, la incorporación de esta exigencia suele hacerse a través de una cláusula tipo y rara vez los convenios especifican las razones que pueden justificar la falta de contratación<sup>1085</sup>. Ya a posteriori, hay convenios que de forma más esporádica establecen obligaciones concretas de contratación a la vista de las horas extraordinarias realizadas: unas veces, el deber consiste en contratar un nuevo trabajador cuando el número de horas extraordinarias al año alcance una determinada cifra<sup>1086</sup>; en alguna otra ocasión, lo que se precisa es el volumen de tiempo de trabajo a cubrir con las nuevas contrataciones<sup>1087</sup>.

El recurso a la incorporación de mano de obra nueva no es la única medida alternativa que contempla la negociación colectiva para evitar o reducir la prolongación extraordinaria de la jornada. Con la intención expresa de alcanzar este objetivo, los convenios, con cierta frecuencia, hacen también referencia a otros mecanismos como la distribución irregular o flexible de la jornada<sup>1088</sup>, la compensación de la jornada extraordinaria con tiempos de descanso<sup>1089</sup>, el fomento de la formación de los trabajadores para cubrir ausencias en categorías superiores<sup>1090</sup>, etc.

**b)** Como complemento a las anteriores previsiones, la negociación colectiva suele también someter a las horas extraordinarias a ciertas limitaciones relacionadas con los supuestos en que su utilización queda permitida.

De entre ellas, la medida más reiterada es la de prohibir la realización de determinadas clases de horas extraordinarias en atención a su origen. Con relativa asiduidad –alrededor de un 20% de los convenios estudiados–, los acuerdos colectivos siguen la pauta que en su momento ya marcara el AMI de 1980 y declaran la supresión expresa de la posibilidad de efectuar horas extraordinarias habituales<sup>1091</sup>, por lo que, ya sea por exclusión o por indicación explícita, es frecuente que las únicas horas extraordinarias permitidas sean las derivadas de causas estructurales –respecto a las que suele declararse su *mantenimiento*– y de situaciones de fuerza mayor –respecto a las que frecuentemente se subraya su *realización*–<sup>1092</sup>. En bastante menor medida, hay convenios incluso que sólo llegan a autorizar las motivadas por fuerza mayor, si bien, añadiendo normalmente la admisión de algunas otras situaciones que hemos visto resultan cercanas<sup>1093</sup>. Con una formulación próxima, pero mucho más abstracta, algunos convenios restringen el uso de horas extraordinarias a la presencia genérica de circunstancias excepcionales o de necesidad urgente e imperiosa, sin apenas añadir mayores concreciones sobre su alcance<sup>1094</sup>. Este carácter limitado con que se admiten las horas extras lleva a su vez a algunos convenios a requerir el previo acuerdo con los representantes de los trabajadores para su válida realización, si bien, se trata de una exigencia poco frecuente, ya que por lo general sólo se les otorgan facultades de control posterior (*vid. infra*, 9.2)<sup>1095</sup>. Puntual también es la previsión incorporada en algún convenio por la que se faculta a los trabajadores a negarse a realizar horas extras en caso de no cumplirse las restricciones pactadas<sup>1096</sup>.

Los límites objetivos establecidos por la negociación colectiva respecto a las horas extraordinarias no sólo se dirigen a favorecer el empleo de nuevos trabajadores. También en ocasiones estas restricciones se contemplan como instrumento para repartir el trabajo existente entre los propios trabajadores de la empresa: así ocurre, por ejemplo, con las cláusulas que, en caso de que la suspensión del contrato *ex art. 47 ET* sólo afecte a una parte de la plantilla, declaran la imposibilidad de que el resto de trabajadores puedan realizar horas extraordinarias en tanto dure dicha situación<sup>1097</sup>; o también, la misma finalidad tiene la previsión que impide a los trabajadores fijos-discontinuos efectuar horas extras en tanto no hayan sido llamados todos los trabajadores de igual condición vinculados a la empresa<sup>1098</sup>.

## 7. LÍMITES CUANTITATIVOS EN LA REALIZACIÓN DE HORAS EXTRAORDINARIAS

La fijación de un máximo al número de horas extraordinarias que puede efectuar cada trabajador constituye otra de las medidas utilizadas por el legislador para limitar los excesos sobre la jornada ordinaria, con el fin en este caso de alcanzar a un tiempo los dos principales objetivos buscados en las anteriores limitaciones: la protección de la salud y, sobre todo, a la vista de la regulación, se prioriza fomentar el reparto del empleo<sup>1099</sup>. Para efectuar esta delimitación cuantitativa de la jornada extraordinaria, la normativa se sirve de un conjunto de reglas, agrupables en dos tipos de contenidos distintos y sobre las que puede actuar la negociación colectiva, aunque lógicamente con ciertas restricciones: se trata, por un lado, de las disposiciones referidas al establecimiento de cifras máximas de horas extraordinarias autorizadas, y por otro, de forma inescindible se encuentran las previsiones que a estos efectos aclaran los criterios a seguir en la calificación y contabilización de los excesos de trabajo como efectivas horas extraordinarias.

### 7.1. Máximos a la jornada extraordinaria

Por lo que se refiere al primer grupo de reglas, el esquema seguido por el legislador es el de fijar un tope máximo de horas extraordinarias que actúa como regla general, para a continuación admitir dos tipos de modificaciones, unas previstas normativamente para supuestos específicos y otra que puede derivar de la eventual intervención de la autoridad gubernativa.

#### A) *Previsiones generales*

Empezando por los máximos de aplicación general, el precepto clave es el art. 35.2.1º ET, si bien, ni es la única norma a considerar (a), ni queda exento de su posible modulación por la autonomía de las partes (b).

##### a) *Topes normativos directos e indirectos*

Si atendemos al citado art. 35.2.1º ET resulta que, en la actualidad, el único tope establecido de manera explícita por la ley es de carácter anual: en concreto, el precepto indica que el número de horas extraordinarias no puede ser superior a 80 al año por trabajador. De este modo, a diferencia de lo que ocurría en normativas anteriores<sup>1100</sup>, el ET no ha introducido limitaciones expresas en módulos temporales inferiores al anual, constituyendo tal decisión una muestra más de los mecanismos de flexibilización que la ley ofrece al empresario en la distribución del tiempo de trabajo<sup>1101</sup>. Ahora bien, necesariamente la anterior afirmación debe ser matizada en tanto existen otras previsiones normativas que, de forma indirecta, sí restringen la posibilidad de concentrar la realización de horas extraordinarias en porciones de tiempo por debajo del año –diarias (a) u otras (b)–.

a) Es claro que así ocurre con las normas imperativas sobre descansos: en especial, el descanso semanal, y sobre todo, el descanso interjornadas. Recordemos que en relación a este último, el art. 34.3 ET exige que entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente deben mediar al menos 12 horas, previsión que, en tanto no establece distinciones<sup>1102</sup>, debe respetarse con independencia de que la jornada previa o posterior se haya respectivamente cerrado o iniciado con horas ordinarias o extraordinarias<sup>1103</sup>. Salvo adaptaciones o retrasos en el horario de entrada del día siguiente, esta disposición legal supone limitar el tiempo diario de trabajo efectivo a 12 horas, lo que indirectamente implica condicionar el número máximo de horas extraordinarias que pueden realizarse al día<sup>1104</sup>. Desde esta perspectiva, por tanto, resulta denunciabile el contenido de algún convenio puntual que, para el caso de prolongación de la jornada a través de horas extraordinarias, reduce la duración del descanso normativo que debe mediar respecto a la jornada siguiente<sup>1105</sup>.

Por idéntico razonamiento, el mismo efecto limitativo de la jornada extraordinaria diaria es también aplicable a aquellos sectores sujetos a jornadas especiales para los que su normativa específica –en este caso, fielmente reiterada por la negociación colectiva examinada– limita la jornada diaria total a «doce horas, incluidas, en su caso, las horas extraordinarias» (arts. 8 y 16 RD 1561/1995 –transportes y trabajo en el mar–)<sup>1106</sup>.

b) Junto a las anteriores restricciones a la jornada extraordinaria, no hay que perder de vista los límites que para módulos temporales más amplios –pero todavía inferiores al anual– pueden derivar de la normativa comunitaria: en concreto, de los arts. 6 y 16 de la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, por los que se exige que la duración media del trabajo no debe exceder de 48 horas en un período de siete días, indicando también aquí que en este tope quedan «incluidas las horas extraordinarias» y habilitando a los Estados a que para la aplicación de esta previsión establezcan un período de referencia de hasta cuatro meses –ampliable, no obstante, conforme a las excepciones previstas en los arts. 17 a 19 de la Directiva–. La necesidad de respetar esta norma superior aparece, por tanto, como una limitación más al número máximo de horas extraordinarias a realizar en el módulo referencial, a fin de que su acumulación a las horas ordinarias no supere el promedio semanal de 48 horas de trabajo efectivo –riesgo que podría resultar factible en supuestos de distribución irregular en que se acumule un alto número de horas de trabajo en períodos concretos, sin compensar con descanso los excesos sobre la jornada ordinaria-<sup>1107</sup>. A modo de excepción, es verdad que el art. 22 de esta Directiva autoriza a que los Estados Miembros pueden no aplicar la previsión del art. 6 cuando el empresario «haya obtenido el consentimiento del trabajador» para superar el promedio de las 48 horas semanales: ahora bien, tal posibilidad queda supeditada a que se respeten los principios generales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, y también, a que se cumplan las diversas garantías que la norma estipula, habiendo aclarado además la jurisprudencia comunitaria que la excepción sólo juega cuando



existe consentimiento individual y expreso del trabajador, pero no cuando se haya estipulado por convenio colectivo<sup>1108</sup>.

b) *Naturaleza jurídica de los topes legales y facultades de actuación de la negociación colectiva*

Los anteriores límites de origen normativo constituyen máximos de imposible superación, pero de válida reducción por la autonomía de las partes<sup>1109</sup>.

La primera afirmación implica la nulidad de cualquier pacto que de manera directa o indirecta dé lugar a un número de horas extraordinarias por encima del techo legal<sup>1110</sup>. Si en la práctica se llegara, no obstante, a realizar un número superior al fijado por la ley, el Tribunal Supremo ya ha aclarado las consecuencias que se generarían para las dos partes implicadas. Sobre el empresario recaerían cuando menos tres tipos de responsabilidades: la contractual de retribuir las horas realizadas a fin de evitar su enriquecimiento injusto –incluidos los recargos que puedan corresponder por su carácter extraordinario– (por analogía, art. 9.2 ET)<sup>1111</sup>, la derivada de la obligación de cotizar por ellas a la Seguridad Social<sup>1112</sup>, y la posible responsabilidad administrativa fundada en el art. 7.5 LISOS<sup>1113</sup>. Por el contrario, el trabajador que ha realizado más horas extras de las permitidas adquiriría los siguientes derechos: el correlativo derecho a su abono y a que las cotizaciones integren la base reguladora de prestaciones derivadas de contingencias profesionales (art. 23.2.G RD 2064/1995)<sup>1114</sup>, y el derecho a que también se active la responsabilidad subsidiaria del FOGASA *ex* art. 33.1 ET cuando el empresario incurra en impagos del salario correspondiente a horas extraordinarias de exceso sobre las 80 anuales<sup>1115</sup>.

Por lo que se refiere a la segunda de las consideraciones efectuadas, no hay duda de que el tope legal de 80 horas extraordinarias anuales fijado en el art. 35.2.1º ET es una norma de Derecho necesario relativo, en el sentido de que la cifra puede ser rebajada por la autonomía de las partes, tanto colectiva como individual<sup>1116</sup>. El ejercicio de esta facultad por nuestra negociación colectiva es, sin embargo, escaso, en la medida en que la inmensa mayoría de los convenios que abordan el tema se remiten al máximo legal, ya sea a través de un reenvío genérico al tope fijado en la legislación vigente<sup>1117</sup> o ya sea mediante la reiteración de que el tope de horas extraordinarias a realizar por trabajador y año es de 80<sup>1118</sup>. Sólo un pequeño porcentaje de los convenios analizados incrementan las restricciones legales en este punto, bajo dos modalidades de actuación. En unos casos –si bien, menos del 2% de los acuerdos examinados–, las partes negociadoras optan directamente por rebajar el número máximo de horas extraordinarias anuales permitido a cada trabajador, fijando este tope en cifras que por lo general oscilan entre las 48 horas y media y las 70 horas al año<sup>1119</sup>. En otros casos, aunque a veces de forma simultánea a la anterior medida, los convenios se inspiran en criterios seguidos en normas del pasado y válidamente restringen el número de horas extras a realizar en períodos temporales inferiores al año, frenando así la inicial flexibilidad concedida por la decisión empresarial de fijar únicamente



un tope anual, sólo acotado por los límites indirectos señalados: la fórmula más habitual en tal sentido es la de establecer un máximo de hasta 2 horas extras al día y un máximo mensual que varía entre 8 y 20 horas extraordinarias<sup>1120</sup>, si bien de forma ocasional llegan a imponerse también límites semanales<sup>1121</sup>.

### **B) Previsiones específicas para determinados vínculos contractuales**

Aun cuando constituyen la regla general, los topes normativos indicados no rigen de forma mimética en algunas relaciones contractuales de trabajo, sea por las particularidades del vínculo **(a)** o del sector de actividad al que pertenecen **(b y c)**.

**a)** En relación al máximo legal de 80 horas extraordinarias al año fijado en el art. 35.2.1º ET, la matización de mayor alcance y con dirección claramente a la baja es la que establece el propio precepto respecto a «los trabajadores que por la modalidad o duración de su contrato realizasen una jornada en cómputo anual inferior a la jornada general en la empresa»: en tal caso, no se traslada automáticamente el tope de las 80 horas extras, sino que este máximo anual «se reducirá en la misma proporción que exista entre tales jornadas».

Esta previsión, de imperativa aplicación, resulta objeto de escasa atención por la negociación colectiva. Además, los pocos convenios que abordan el tema se limitan, por lo general, a reproducir literalmente el precepto legal<sup>1122</sup>. Rara vez los pactos colectivos descienden a especificar o ejemplificar el alcance de la norma, y cuando lo hacen, no siempre actúan con el mismo grado de acierto jurídico. En sentido negativo, son reprochables los convenios que, aun acordados recientemente, siguen haciendo alusión a la aplicación proporcional del tope legal respecto a los trabajadores a tiempo parcial<sup>1123</sup>; y ello porque, como ya se ha dicho, estos trabajadores tienen prohibida la realización de horas extraordinarias voluntarias<sup>1124</sup>, y si bien es cierto que pueden efectuar las motivadas por fuerza mayor, hay que tener en cuenta, como más abajo se explica, que este tipo de horas quedan excluidas de los topes cuantitativos legales. En sentido positivo, se ajustan, en cambio, a Derecho los convenios que reconducen la reducción proporcional del número máximo de horas extraordinarias a los trabajadores fijos discontinuos y a los trabajadores eventuales<sup>1125</sup>. Más ambiguas resultan otras cláusulas que establecen la aplicación del cálculo proporcional «en función de la jornada», sin limitarlo, como dice el art. 35.2.1º ET, a situaciones motivadas por «la modalidad o duración» del contrato y que, en principio, invitarían a incluir otros supuestos de reducción de jornada motivados por causas distintas, aun cuando respecto a algunos de ellos ya se ha puesto de relieve la dificultad de conciliar la finalidad de su disfrute con la ampliación de la jornada —en concreto, recuérdese lo indicado respecto a las reducciones *ex art.* 41 ET o las motivadas por el nacimiento y cuidado de hijos o familiares (*supra*, 5.4)-<sup>1126</sup>.

b) En la dirección opuesta encontramos un supuesto muy particular: el de los trabajadores de buques inscritos en el pertinente Registro Especial, a los que su específica normativa reguladora excluye de manera expresa de la aplicación del art. 35.2 ET y, por tanto, del límite máximo general de horas extraordinarias (D.A. 15.Ocho Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante).

c) Por último, aun cuando su naturaleza jurídica pueda ser discutida, no puede dejarse de hacer referencia a los límites especiales que los arts. 5.2 y 16.2 del RD 1561/1995 establecen respecto a las posibles prolongaciones de la jornada ordinaria pactada que, bajo determinadas circunstancias, pueden tener lugar en el trabajo en el campo y en el trabajo en el mar: se trata de ampliaciones de jornada a las que ambos preceptos denominan como «horas de exceso», omitiendo referirse a ellas como horas extraordinarias, aun cuando a efectos retributivos sí proceden a su expresa equiparación en tanto se remiten al régimen de compensación económica o en descanso previsto en el art. 35.1 ET<sup>1127</sup>. Concretamente, respecto al trabajo en el campo, el art. 5.2 RD 1561/1995 contempla la posibilidad de que la jornada se amplíe hasta un máximo de veinte horas semanales –sin superar el tope de doce horas diarias de trabajo efectivo–, tanto cuando se trate de labores agrícolas en que las circunstancias estacionales determinen la necesidad de intensificar el trabajo o concentrarlo en determinadas fechas o períodos, como también cuando se trate de trabajos de ganadería y guardería rural. Respecto al trabajo en el mar, el art. 16 RD 1561/1995 señala una jornada diaria máxima de doce horas –incluidas las extraordinarias–, pero prevé su posible superación tanto en supuestos de fuerza mayor, en que la ampliación será por el tiempo que resulte necesario, como cuando concurren otra serie de circunstancias específicas que describe el precepto –aprovisionamiento, deterioro de la mercancía, maniobras de entrada y salida,...–, en cuyo caso se indica que la jornada total resultante no podrá exceder en ningún caso de catorce horas por cada período de veinticuatro horas, ni de setenta y dos horas por cada período de siete días.

En la negociación colectiva examinada, la referencia a estas horas de exceso resulta tímida y en buena medida continúa inspirada en la normativa del derogado RD 2001/1983, tanto en relación a los topes –hay convenios del sector agrícola que siguen haciendo referencia al máximo de 4 horas diarias previsto en la normativa anterior y hoy eliminado<sup>1128</sup>–, como también –y aquí de forma reprochable– a efectos retributivos –en el mismo ámbito profesional, hay acuerdos que sólo remuneran como horas extraordinarias las horas de exceso realizadas en las labores agrícolas, pero en cambio siguen estableciendo que las tareas de guardería rural se abonarán a prorrata del salario ordinario<sup>1129</sup>–.

### C) *La habilitación gubernativa de reducción*

Por último, en cuanto a la fijación de la jornada máxima extraordinaria, ha de tenerse en cuenta la posibilidad que el art. 35.2.3º ET ofrece al Gobier-

no para «suprimir o reducir el número máximo de horas extraordinarias por tiempo determinado, con carácter general o para ciertas ramas de actividad o ámbitos territoriales, para incrementar las oportunidades de colocación de los trabajadores en paro forzoso». Más allá de las limitaciones introducidas por el RD 1561/1995 para determinados sectores de actividad y a las que más atrás ya se ha ido haciendo referencia, lo cierto es que, hoy por hoy, el Gobierno no ha hecho uso de esta facultad de supresión o reducción temporal. Con todo, pese a no existir novedades normativas al respecto, llama la atención cómo algunos pactos colectivos aislados reiteran de forma más o menos literal esta previsión legal, en una muestra de lo absurdo que a veces resulta la reproducción mimética de las normas por parte de la negociación colectiva, dado que, en este caso, supone incurrir en la engañosa apariencia de que es el convenio el que, impropiaemente, concede esta facultad a la autoridad gubernativa<sup>1130</sup>.

## **7.2. Criterios de cómputo del número de horas extraordinarias realizadas**

La delimitación cuantitativa del máximo de horas extraordinarias queda incompleta si se obvian los criterios fijados para su contabilización, dado que no todos los excesos sobre la jornada ordinaria son computables a estos efectos. Ya el propio art. 35 ET establece dos exclusiones concretas, a las que hay que unir ciertas reglas específicas que el RD 1561/1995 contiene respecto a la consideración que merecen determinadas prolongaciones de jornada. Como a continuación se comprobará, todos estos criterios de cómputo son objeto de atención por parte de la negociación colectiva, que no sólo los asume y perfila, sino que, de forma más cuestionable, a veces también los amplía.

### ***A) La exclusión de las horas extraordinarias por fuerza mayor***

La primera de las excepciones legales a comentar es la establecida en el art. 35.3 ET, en el que se declara que, tanto para la duración máxima de la jornada ordinaria como para el cómputo del número máximo de horas extraordinarias autorizadas, no se tendrá en cuenta el exceso de las trabajadas «para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias». Bajo diferentes redacciones, esta exclusión en el cómputo de las horas extras realizadas por fuerza mayor es recogida masivamente por la negociación colectiva<sup>1131</sup>. En ocasiones, no obstante, los convenios añaden contenidos o matizaciones que invitan a reflexionar sobre las posibilidades de la autonomía colectiva en esta materia. Para ello, resulta esencial aclarar que, pese a las discrepancias habidas entre la jurisdicción laboral y la contencioso-administrativa, del tenor del art. 35.3 ET se deduce que, desde la perspectiva de su causa o motivación, las únicas horas extraordinarias excluidas del cómputo son

las realizadas por fuerza mayor, no alcanzando la excepción del precepto ni a las habituales ni a las estructurales<sup>1132</sup>.

Esta conclusión, que es la defendida por la jurisdicción social<sup>1133</sup>, conlleva para los convenios la prohibición de ampliar las clases de horas extraordinarias que carecen de limitación cuantitativa, razón por la cual resultan rechazables los pactos que persiguen este objetivo, ya sea, excepcionalmente, de forma directa –caso de los que incluyen la declaración expresa de no aplicación del tope legal a las horas extraordinarias estructurales<sup>1134</sup>– o ya sea, más frecuentemente, de manera indirecta, esto es, limitando formalmente la exclusión a las horas extras por fuerza mayor, pero efectuando una definición y ejemplificación de éstas que excede de su estricta motivación como medida de prevención o reparación de siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes –recuérdese a este respecto lo ya indicado sobre el intento de algunos convenios de incluir en esta categoría excesos de jornada motivados por causas de clara naturaleza habitual o estructural, como los realizados para suplir ausencias o cambios de turno, etc (*supra*, 3.3)-<sup>1135</sup>. Con tales prácticas, poca coherencia se aprecia en el contenido interno de la negociación colectiva cuando, en algunas de sus cláusulas y como se ha visto, trata de reducir la realización de las horas extraordinarias al mínimo indispensable, y en otras, en cambio, persigue ampliar su posible uso mediante el fraudulento intento de escapar a su contabilización.

Las consideraciones anteriores suponen que el número máximo de horas extraordinarias sólo es aplicable a las de carácter habitual y estructural. En cambio, quedan libres de restricción cuantitativa las efectuadas por fuerza mayor, a salvo, no obstante, de los límites que puedan derivar del respeto a las normas sobre descansos: en especial, ha de tenerse en cuenta el preceptivo descanso interjornadas, que, como ya se indicó, rige también respecto a la realización de horas extraordinarias, incluidas, a mi modo de ver y dado que nada matiza la ley, las generadas por fuerza mayor –criterio éste reflejado de forma expresa en algún convenio concreto<sup>1136</sup>–. Ahora bien, la inexistencia legal de otros límites en cuanto al número de horas extras por fuerza mayor no parece impedir que, como mejora para el trabajador, esta libertad quede recortada por la autonomía colectiva: en tal sentido, y aun cuando resultan infrecuentes, es de destacar la existencia de convenios que tratan de fijar topes al número de horas extraordinarias por fuerza mayor que pueden efectuarse en módulos temporales determinados<sup>1137</sup>.

### **B) La exclusión de las horas extraordinarias compensadas en plazo con descanso**

Una vez excluidas del cómputo las realizadas por fuerza mayor –en todo caso y cualquiera que sea su fórmula de retribución–, en relación a los demás tipos de horas extraordinarias ha de tenerse en cuenta una segunda excepción fijada también por la ley: se trata de la establecida en el párrafo 2º del art. 35.2 ET, conforme al cual, «no se computarán las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro

meses siguientes a su realización». La previsión guarda relación con la doble posibilidad remuneratoria –económica o compensación con descanso– que, como más adelante se analizará, ofrece la ley para retribuir las horas extras (art. 35.1 ET). Cuando éstas se remuneren de forma monetaria, se impone su cómputo a efectos del tope máximo. En cambio, si la prolongación del trabajo es compensada con descanso a largo de los cuatro meses posteriores, el legislador parte de que, en realidad, no se ha producido un exceso efectivo de jornada, sino que los incrementos de tiempo de trabajo en un determinado momento han sido equilibrados con reducciones en un período posterior, de ahí que declare su no contabilización como horas extraordinarias<sup>1138</sup>. La lógica que guía esta exclusión lleva, por tanto, a extender su aplicación a aquellos supuestos, de los que ya se verán ejemplos, en que la autonomía de las partes prevé una retribución mixta de las horas extraordinarias, en que la compensación en descanso equivalente va acompañada de una contraprestación económica (*infra*, 8)<sup>1139</sup>.

Los efectos neutralizadoras que en este punto concede la ley a la compensación en descanso permiten realizar continuos y sucesivos excesos sobre la jornada ordinaria inicial sin llegar nunca a agotar el saldo máximo de las 80 horas extraordinarias anuales, lo que, en definitiva, supone dotar al empresario de un instrumento más para disponer del tiempo de trabajo del trabajador y adaptarlo a las necesidades y circunstancias de cada momento<sup>1140</sup>. Ahora bien, en la aplicación de esta disposición resulta fundamental fijarse en que el art. 35.2.2º ET supedita la exclusión legal a que el descanso compensatorio del exceso de trabajo se haya producido «dentro de los cuatro meses siguientes a su realización», exigencia que en estos mismos términos es reiterada por la mayoría de convenios que abordan esta excepción<sup>1141</sup>. Como más adelante se comprobará, la indicación de este plazo se efectúa en coherencia con el previsto en el art. 35.1 ET, que, para el caso de que la autonomía de las partes no se haya pronunciado sobre la forma de retribuir las horas extraordinarias, subsidiariamente dispone que serán compensadas en descanso «dentro de los cuatro meses siguientes a su realización» (*infra*, 8.3). Del precepto se deduce que este plazo en que efectuar el descanso sólo es aplicable en defecto de pacto y que, por tanto, en principio la fijación de su duración tiene carácter dispositivo para la negociación colectiva. Esto aclarado, la cuestión ahora reside en plantearse si esa naturaleza dispositiva del plazo de ejecución del descanso es también predicable respecto al plazo en que juega la exclusión del cómputo de las horas extraordinarias.

En relación a este interrogante, la imperatividad con que está redactado el art. 35.2.2º ET conduce a dar una respuesta negativa y a rechazar que estemos ante un plazo de libre disposición. Ahora bien, pese a no existir unanimidad doctrinal, considero que esta previsión normativa no constituye una norma de derecho necesario absoluto, inmodificable por pacto individual o colectivo, sino que, por el contrario, se trata de una disposición de derecho necesario relativo, que no habilita a la autonomía de las partes a ampliar el plazo legal en que juega la exclusión, pero sí a proceder a su reducción<sup>1142</sup>.

En el primer sentido, por tanto, hay que descartar que la negociación co-

lectiva pueda ampliar la excepción a supuestos en que los excesos de tiempo hayan sido compensados con descanso en un momento posterior al plazo de cuatro meses a que se refiere el art. 35.2.2º ET. Dicho en otras palabras, a estos efectos resulta indiferente el plazo que válidamente haya dispuesto la autonomía colectiva para descansar los excesos de trabajo, pues cualquiera que sea aquél, en todo caso habrán de contabilizarse como horas extraordinarias las prolongaciones de la jornada ordinaria que hayan sido remuneradas con descanso más allá de los cuatro meses legales. Entrarán en esta hipótesis los casos en que, pese a haber fijado el convenio un plazo para proceder al descanso no superior a cuatro meses, éste no se haya respetado. Asimismo, también se incluyen los supuestos en que el descanso posterior a los cuatro meses se haya producido en virtud de la válida disposición por convenio de un período superior de compensación<sup>1143</sup> –en cambio, a mi juicio, habrían de excluirse del cómputo las horas extras que, pese a la habilitación del convenio para ser descansadas en un momento posterior, lo han sido dentro de los cuatro meses siguientes a su realización–. Por último, las mismas consecuencias hay que aplicar a los habituales supuestos en que, con criticable ambigüedad, los pactos colectivos declaran la no contabilización de las horas extras compensadas con «descanso», sin añadir referencia alguna al presupuesto esencial del plazo en que debe producirse tal compensación<sup>1144</sup>: en estos casos, pese a la literalidad de la cláusula –que invitaría a excluir todas las horas descansadas, cualquiera que fuera el momento–, los términos imperativos del art. 35.2.2º ET obligan a entender que la excepción sólo será aplicable cuando el descanso se haya producido en el plazo de los cuatro meses siguientes a la realización del exceso de trabajo, pero no cuando dicho descanso tenga lugar más allá de este período legal.

En la dirección inversa, entiendo, por el contrario, que debe admitirse la adecuación jurídica de aquellas cláusulas convencionales, no demasiado abundantes, que habiendo establecido válidamente un período de compensación en descanso menor a los cuatro meses, aplican la exclusión del cómputo de horas extras únicamente a las que hayan sido descansadas en ese plazo inferior al legal<sup>1145</sup>. Si se piensa, una previsión del convenio en tal sentido no sería sino un mecanismo indirecto de reducir el número máximo de horas extraordinarias autorizadas –posibilidad que, como ya se ha explicado, puede ser perfectamente ejercida por la autonomía de las partes–. En la práctica, además, la validez de estas cláusulas puede quedar reafirmada en tanto, en ocasiones, el propio convenio prevé que, de no haberse producido el descanso en el plazo pactado, las horas extraordinarias realizadas habrán de ser remuneradas económicamente, por lo que, mediando esta fórmula retributiva, en todo caso habrán de incluirse en el cómputo a efectos de verificar el número máximo permitido<sup>1146</sup>.

De cualquier modo, en otro orden de cosas ha de tenerse presente que la exclusión ahora analizada sólo surtirá efecto una vez que las horas extraordinarias ya «*hayan sido*» compensadas mediante descanso» en los plazos indicados: por tanto, para escapar de su cómputo como horas extraordinarias no basta con la mera previsión o acuerdo de su futura compensación en descanso, sino que éste se tiene que haber concedido de forma efectiva. Lo anterior

supone que, una vez producido el exceso sobre la jornada ordinaria, éste habrá de contabilizarse en un inicio y en todo caso como hora extraordinaria hasta el momento en que el trabajador disfrute en plazo de su descanso equivalente. Por tanto, si por no haber optado por la compensación temporánea en descanso, el trabajador ya ha realizado el número máximo de horas extraordinarias autorizadas, cualquier prolongación de su jornada ordinaria a partir de ese momento implicará una superación del tope legal o pactado, por más que se hubiera estipulado su posterior compensación en descanso. Dicho en otros términos, tal y como está redactado el art. 35.2.2º ET parece que, una vez agotado el máximo permitido, no se pueden obtener horas extras *a crédito*, bajo el compromiso de una eventual y futura compensación con descanso<sup>1147</sup>. Por esta razón, en tanto parten de un presupuesto ilícito —la superación del máximo legal—, la doctrina ha tachado de ilegales las cláusulas de algunos convenios que, para los casos en que se haya sobrepasado este tope, ordenan necesariamente la compensación en descanso de las horas extraordinarias de exceso<sup>1148</sup>.

### ***C) Prolongaciones de jornada excluidas del régimen de las horas extraordinarias***

En un plano distinto se sitúan otros dos supuestos de prolongación del tiempo de trabajo, previstos ahora en el RD 1561/1995, que tampoco son computables a efectos del tope máximo, porque ya desde su origen la normativa les niega la condición de horas extraordinarias por tratarse de períodos que no integran siquiera la jornada ordinaria del trabajador.

#### *a) Actividades de puesta en marcha y cierre del trabajo: tratamiento convencional y reglas de cómputo sobre otras ampliaciones de jornada*

El primero de estos supuestos de origen reglamentario es el establecido en el art. 20 RD 1561/1995 respecto al exceso de tiempo dedicado al inicio y fin del trabajo (**a**), si bien, no es el único supuesto de ampliación de jornada que despierta el interés de la negociación colectiva (**b**).

**a)** Por lo que se refiere a la previsión normativa, el art. 20 RD 1561/1995 reconoce la posibilidad de ampliar por el tiempo estrictamente necesario la jornada de los trabajadores encargados de poner en marcha o cerrar el trabajo de los demás, siempre que el servicio no pueda realizarse turnándose con otros trabajadores dentro de las horas de la jornada ordinaria. Pues bien, respecto a su régimen jurídico el precepto indica que, sin perjuicio de la compensación que se pacte en favor de estos trabajadores, el tiempo de trabajo prolongado por estas tareas no se tendrá en cuenta ni a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria, ni para el cómputo del número máximo de horas extraordinarias.

Tratándose, como han señalado los tribunales, de tiempo de trabajo efectivo<sup>1149</sup>, esta previsión constituye una excepción a su consideración



como horas extraordinarias<sup>1150</sup>, razón por la cual ha de ser interpretada de forma restrictiva, tanto en relación a sus circunstancias de aplicación –limitada a los casos en que se acredite la imposibilidad de que el servicio se realice mediante turnos con otros trabajadores<sup>1151</sup>–, como sobre todo por lo que se refiere a las concretas actividades respecto a las que actúa la exclusión –tareas de «puesta en marcha y cierre del trabajo de los demás», entre las que se incluyen, por ejemplo, las de calentamiento de motores, encendido de hornos, ciertas tareas de limpieza, etc.–<sup>1152</sup>. En atención a estas consideraciones ha de rechazarse que la autonomía de las partes pueda extender la regla de no contabilización a otros trabajos distintos a los establecidos por la norma reglamentaria, dado que ello implicaría una huída indebida del tope legal de horas extraordinarias. En cambio, como mecanismo de reducción de este número máximo, nada impediría la eliminación o limitación del juego de esta exclusión.

Si descendemos al terreno práctico y observamos los convenios analizados, son varios los que se hacen eco de esta previsión sobre el tiempo dedicado a los trabajos de puesta en marcha o cierre. A efectos retributivos, una pauta común en la mayoría de ellos es la de reconocer que, pese a que las prolongaciones de jornada por estos trabajos no computan como horas extraordinarias, sí deben ser remuneradas como tales, siguiendo así el criterio marcado por el art. 14 del anterior RD 2001/1983 y que el art. 20 del actual RD 1561/1995 ha modificado al remitir su cuantía a lo establecido por acuerdo o pacto<sup>1153</sup>. En cambio, por lo que se refiere a la cuestión que en este epígrafe interesa –la referida estrictamente al cómputo del tiempo requerido por estos trabajos–, las diferencias entre los pactos resultan más apreciables.

De entre los examinados, sólo unos pocos se refieren a la exclusión sin apenas añadir matizaciones de relevancia respecto al precepto reglamentario<sup>1154</sup>. Escasos son también los pactos colectivos que válidamente mejoran el régimen normativo, ya sea de forma absoluta –computando el tiempo empleado en estos cometidos a efectos de jornada<sup>1155</sup>–, o ya sea de forma relativa –mediante el mandato de restringir la no contabilización únicamente a prolongaciones de jornada que no alcancen una determinada duración (v. gr. 15 minutos o 1 hora)–<sup>1156</sup>. En la dirección opuesta, por el contrario, ha de destacarse la acusada tendencia de nuestra negociación colectiva a superar el supuesto aplicativo del art. 20 RD 1561/1995 mediante la inclusión de cláusulas que no ciñen la exclusión a las estrictas tareas descritas en la norma reglamentaria, sino que la extienden a prolongaciones de jornada motivadas por actividades diferentes, que claramente constituyen tiempo de trabajo efectivo y que, por tal razón, merecen ser objeto de censura en tanto aparecen como una vía de ampliación del tope máximo de la jornada extraordinaria.

Un ejemplo de esta práctica convencional, fundamentalmente extendido en el sector de la construcción, es el de declarar que, junto a los trabajos de inicio y cierre, tampoco computan como horas extraordinarias las prolongaciones de jornada de los trabajadores con funciones de mantenimiento y reparación de instalaciones o maquinaria, que resulten necesarias para la rea-



nudación o continuidad del proceso productivo<sup>1157</sup>: es verdad que el supuesto podría ser dudoso en tanto, igual que los previstos en el art. 20 RD 1561/1995, se trata de cometidos de los que depende la actividad laboral del resto de trabajadores; sin embargo, al margen de esta conexión, parece obvio que el contenido de la prestación resulta distinto a las tareas descritas en el precepto reglamentario –el mismo hecho de que los convenios hagan alusión diferenciada a unos y otros trabajos ya demuestra su falta de identidad–. La misma valoración merecen las cláusulas que, aparte de reiterar la previsión reglamentaria, declaran la no contabilización como horas extraordinarias del trabajo realizado por un trabajador a turnos mientras espera la llegada de su relevo<sup>1158</sup>. Y asimismo, discutible es también la exclusión del tiempo dedicado por cada trabajador a la limpieza de los útiles o herramientas de trabajo que tengan asignadas a título individual, ya que, en atención a esta última circunstancia, no parece que se trate de una tarea de la que necesariamente dependa la actividad del resto<sup>1159</sup>.

**b)** Sin establecer ya vinculación con el supuesto regulado en el art. 20 RD 1561/1995, a menudo la negociación colectiva se pronuncia también sobre los criterios de cómputo a seguir en relación a otras prolongaciones de jornada derivadas de trabajos o circunstancias distintas a las anteriores.

Ninguna objeción merecen los convenios que, con carácter general y salvo excepciones, se refieren a una serie de trabajos concretos, a los que expresamente suelen atribuir la consideración de horas extraordinarias en tanto su realización implique la superación de la jornada ordinaria: es lo que ocurre con el tiempo dedicado a hacer inventario<sup>1160</sup>, y más puntualmente, así se prevé también respecto a los excesos de jornada provocados por el desarrollo de acciones formativas<sup>1161</sup>, el tiempo empleado para recoger herramientas necesarias para el inicio de la actividad laboral<sup>1162</sup>, o también, el empleado para efectuar viajes o desplazamientos a un lugar o centro distinto al habitual<sup>1163</sup>. Precisamente, la posibilidad de considerar que estamos ante un tiempo de trabajo que forma parte de la jornada ordinaria que el convenio estipula como exigible al trabajador es la razón por la que tampoco parecen plantear problemas las cláusulas que, en relación a determinados períodos de tiempo, siguen la opción contraria de negar su contabilización como horas extraordinarias: por ejemplo, el incremento de horas que pueden derivar para el trabajador como consecuencia de su movilización a otro centro de trabajo en el que rige una jornada mayor<sup>1164</sup>; o, en el trabajo a tarea, la continuación de la prestación laboral cuando el trabajador concluye su tarea antes de la finalización de la jornada máxima diaria<sup>1165</sup>.

En cambio, merece la pena llamar la atención sobre otras cláusulas, de redacción no demasiado clara, que resultan rechazables si se interpretan en el sentido de que la voluntad de los negociadores ha sido la de no computar como horas extraordinarias los excesos que deriven de situaciones tales como el tiempo trabajado por no haber sido posible disfrutar el descanso por jornada continuada<sup>1166</sup>, o la realización de trabajos en porciones de tiempo que no alcanzan una determinada duración<sup>1167</sup>.

b) *El «tiempo de presencia»: los distintos supuestos de disponibilidad del trabajador*

El segundo de los supuestos que el RD 1561/1995 excluye del régimen de las horas extraordinarias está relacionado con las «horas de presencia» propias de dos sectores de actividad concretos –transportes y trabajo en el mar– (a). Las previsiones referidas a este supuesto dan pie, no obstante, a un planteamiento de mayor alcance sobre la valoración que merecen los periodos de tiempo en que el trabajador está inactivo, pero a disposición del empresario (b).

a) En efecto, la exclusión normativa viene referida a las llamadas «horas de presencia» que se permite realizar en el sector de transportes y en el trabajo en el mar –hasta un máximo de 20 semanales de promedio mensual<sup>1168</sup>–. Concretamente, es el art. 8.3 RD 1561/1995 el que prevé que estas horas de presencia no resultan computables ni a efectos de la jornada ordinaria ni a efectos del límite de las horas extraordinarias, sin perjuicio de su remuneración, bien con descanso equivalente o bien con una cuantía económica no inferior al valor de la hora ordinaria<sup>1169</sup>.

Esta exclusión –que viene reiterada en los mismos términos por diversos convenios de los sectores afectados<sup>1170</sup>– encuentra justificación en la consideración de la norma de que el «tiempo de presencia» es un concepto distinto y contrapuesto al de «tiempo de trabajo efectivo». Ahora bien, es evidente que la adecuada aplicación de la exclusión exige clasificar con corrección las actividades que quedan dentro de uno y otro concepto, pues en otro caso se estaría abriendo un nuevo mecanismo para eludir los topes de la jornada ordinaria y extraordinaria. Por esta razón es necesario tener en cuenta los dos instrumentos básicos que contempla el ordenamiento para delimitar el contenido del tiempo de trabajo efectivo y del tiempo de presencia en el sector del transporte y el trabajo en el mar. Por un lado, hay que atender a las definiciones generales que ofrecen los arts. 8.1 y 10 RD 1561/1995, en los que se parte del rasgo común de que tanto en las horas de trabajo efectivo como de presencia el trabajador se encuentra a disposición del empresario, centrandó la distinción en la prestación o no de servicios durante esos periodos: así, se considera tiempo de trabajo efectivo aquél en que el trabajador está en el ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de conducción del vehículo u otros trabajos durante el tiempo de circulación, así como los trabajos auxiliares que se efectúen respecto al vehículo, sus pasajeros o su carga; por el contrario, se entiende por tiempo de presencia aquél en que el trabajador no presta trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares<sup>1171</sup>. Por otro lado, además, a los efectos de este estudio es importante destacar que la diferenciación entre horas de trabajo efectivo y horas de presencia en los sectores indicados exige tener en cuenta las previsiones de la negociación colectiva en esta materia, dado que el art. 8.1 RD 1561/1995 autoriza a los convenios a determinar en cada caso los supuestos concretos que deben ser calificados como horas de presencia: en la práctica, no obstan-

te, no es infrecuente que los pactos colectivos guarden silencio o se limiten a reiterar las definiciones reglamentarias<sup>1172</sup>, si bien, no faltan convenios que amplían o matizan la ejemplificación normativa, con criterios que no siempre resultan uniformes (*v.gr.* respecto a la calificación del tiempo de toma y deje del servicio –declarado por el Tribunal Supremo como horas de presencia<sup>1173</sup>–, el de liquidación de la recaudación y entrega del billete, o el tiempo dedicado a la limpieza del vehículo, el repostado, la revisión de niveles, etc<sup>1174</sup>).

En cualquier caso, en tanto no constituyen tiempo de trabajo efectivo, parece que, de sobrepasarse el máximo de horas de presencia estipulado, no cabría admitir la existencia de horas extras<sup>1175</sup>. Puntualmente, sin embargo, algún convenio declara que, a efectos retributivos, tal exceso se abonará como horas extraordinarias<sup>1176</sup>.

**b)** Superando los concretos sectores a que se refiere el art. 8.3 RD 1561/1995, la distinción formulada en este precepto invita a efectuar una reflexión más general sobre la calificación que merecen las horas que el trabajador está a disposición del empresario, pero sin llevar a cabo la prestación efectiva de su trabajo. Para ello resulta fundamental partir de la actual jurisprudencia sentada en torno a las guardias médicas. Como ya se adelantara, son muchas las sentencias del Tribunal Supremo que, en los últimos años y siguiendo el criterio de la jurisprudencia comunitaria<sup>1177</sup>, han declarado que las guardias médicas que exigen presencia física tienen la consideración de tiempo de trabajo efectivo y pueden integrar la jornada extraordinaria, pues, aunque conllevan períodos de inactividad, se trata de situaciones en que el trabajador está obligado a estar físicamente en el lugar de trabajo y a disposición del empresario –incluso aunque esté descansando–, en clara contraposición a los casos en que el trabajador se encuentra en régimen de mera localización o de guardias mixtas, que en tanto no impliquen prestación de servicios no constituyen trabajo efectivo y, por tanto, no se computan a efectos de la realización de horas extraordinarias<sup>1178</sup>. A partir de esta doctrina jurisprudencial y en función de si la presencia del trabajador en el centro de trabajo resulta o no exigible, es posible distinguir dos clases de puesta a disposición del empresario sin prestación de trabajo, con consecuencias jurídicas muy diferentes<sup>1179</sup>.

Por un lado, se encuentran los supuestos en que el trabajador está a disposición del empresario, pero no físicamente en el lugar de trabajo, sino en régimen de mera localización. Respecto a ellos, la postura de los tribunales ha sido uniforme, pues, ahora igual que en el pasado siguen manteniendo que, en tanto el trabajador no sea requerido para prestar servicios, estamos ante períodos que no merecen la calificación de tiempo de trabajo efectivo, y por tanto, no integran el cómputo de las horas extraordinarias, sin perjuicio, claro está, de las compensaciones económicas que habitualmente prevén los convenios colectivos para este tipo de disponibilidad<sup>1180</sup>.

Distintos, por otro lado, son los casos en que la situación de disponibilidad del trabajador exige su presencia en el lugar de trabajo, con independencia de que finalmente dé lugar a la prestación o no de servicios. En relación a

estos supuestos y por lo que se refiere al ámbito de la sanidad, ya se ha visto cómo la nueva jurisprudencia opta por su calificación como tiempo de trabajo efectivo, computable a efectos de horas extraordinarias: esta nueva doctrina supone un giro en el criterio mantenido en el pasado por nuestro Tribunal Supremo<sup>1181</sup> y obliga a la negociación colectiva a revisar sus cláusulas sobre el régimen jurídico de la jornada complementaria de atención continuada o guardias de presencia del personal sanitario, en tanto hasta hace poco se había negado su cómputo a efectos de la determinación de la jornada extraordinaria –recuérdese, por el contrario, cómo la nueva jurisprudencia exige su consideración como horas extraordinarias cuando sobrepase la jornada legal máxima (*supra*, 2.1)-<sup>1182</sup>. La importancia añadida de esta nueva postura radica en que su alcance no parece que deba quedar limitado al sector sanitario, sino que cabe extrapolar su aplicación a otros ámbitos profesionales: de hecho, y al margen de ciertos indicios normativos<sup>1183</sup>, ya la jurisprudencia comunitaria y la doctrina judicial se han mostrado favorables a esta traslación y han aportado ejemplos en tal sentido, calificando como tiempo de trabajo efectivo los períodos de presencia inactiva a que quedan sujetos los trabajadores en profesiones tales como la extinción de incendios<sup>1184</sup> o el control de cultivos<sup>1185</sup>. De consolidarse, por tanto, esta postura, también aquí los convenios colectivos habrían de prestar mayor atención a la redacción que alguno de ellos emplea en la regulación de las horas de presencia<sup>1186</sup>.

En todo caso, la consideración de tiempo de trabajo efectivo exige que la presencia del trabajador en la empresa vaya acompañada de su puesta a disposición del empresario. Por ello, ningún reproche merecen las cláusulas convencionales que excluyen la aplicación del régimen de las horas extras respecto a períodos de tiempo en que la estancia del trabajador en las dependencias empresariales es ajena a su obligación laboral de puesta a disposición –v.gr. la mera presencia voluntaria en la empresa<sup>1187</sup>, o la asistencia a asambleas de trabajadores<sup>1188</sup>–.

## 8. LA RETRIBUCIÓN DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS

En relación a la remuneración de las horas extraordinarias, el art. 35.1 ET admite dos posibilidades: su abono económico en la cuantía que se fije y que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o su compensación por tiempos equivalentes de descanso retribuido. La opción entre una u otra modalidad debe efectuarse «mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual», sin que como ha afirmado el Tribunal Supremo quepa su determinación unilateral por el empresario, ni siquiera a través de una práctica de empresa<sup>1189</sup>. Sólo en defecto de dicho pacto colectivo o individual, el precepto entiende que las horas extras realizadas deberán compensarse con descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

Tal y como la doctrina puso pronto de relieve, esta nueva regulación de la retribución de las horas extras, introducida tras la reforma de 1994, persigue fundamentalmente dos objetivos<sup>1190</sup>. Por un lado, potenciar un mejor re-

parto del empleo a partir, sobre todo, de dos decisiones normativas: una de ellas es el cambio de criterio respecto a la normativa precedente, consistente en la no imposición por ley de una retribución de las horas extras superior al valor de la hora ordinaria<sup>1191</sup>, en tanto esta circunstancia podría desincentivar el interés de los trabajadores por realizar horas extras voluntarias y de esta forma forzar a los empresarios a contratar nuevos trabajadores para cubrir las necesidades productivas<sup>1192</sup>; a la misma consecuencia se llega a partir de la preferencia expresa que muestra el legislador por la compensación con descansos –aplicable en defecto de pacto–, dado que la adopción de esta fórmula de remuneración podría fomentar el empleo de nuevos trabajadores para actuar como sustitutos durante estos períodos, teniendo en cuenta además que el posible pacto de tiempos de descanso superiores a los empleados en la jornada extraordinaria puede representar una reducción de la inicial jornada ordinaria del trabajador<sup>1193</sup>. A su vez, esta misma opción compensatoria en descanso constituye, por otro lado, la concesión al empresario de un nuevo mecanismo de flexibilización en la gestión empresarial, al permitir adaptar el ritmo y volumen de trabajo a las necesidades productivas que surjan en cada momento y de este modo tener acceso a un mecanismo indirecto de distribución irregular de la jornada<sup>1194</sup>.

Los datos que ofrece la negociación colectiva pueden hacer, sin embargo, que estos propósitos normativos se tambaleen en la práctica. A diferencia de lo previsto en el Acuerdo Interconfederal sobre negociación colectiva de 1997<sup>1195</sup>, en los más recientes no se incluyen directrices para impulsar o invitar a que las partes negociadoras adopten cómo fórmula preferente la compensación en descanso, y muestra clara de la ausencia de este mandato es que la retribución económica continúa contemplándose masivamente en los convenios colectivos como mecanismo de remuneración de las horas extras<sup>1196</sup>. Además, por más que el legislador no haya impuesto un valor económico superior para las horas extras, la realidad es que gran parte de los acuerdos que optan por esta fórmula prevén mejoras retributivas respecto al salario correspondiente a la hora ordinaria<sup>1197</sup>, y aunque los datos estadísticos inmediatamente posteriores a la reforma de 1994 parecían apuntar hacia una ligera disminución de tales recargos<sup>1198</sup>, su cuantía hace que su realización resulte todavía atractiva para los trabajadores: prueba de ello es el ya comentado aumento de las horas extras realizadas en el año 2006. Ahora bien, también es cierto que precisamente dichos incrementos en la remuneración económica pueden influir en el empresario para decantarse por la compensación en descanso de las horas extras<sup>1199</sup>, en los numerosos supuestos en que los convenios colectivos dejan la determinación de la opción retributiva al acuerdo de las partes o, en menor medida, al propio criterio empresarial.

Dentro del amplio margen de decisión que le deja la ley, la negociación colectiva resulta, pues, decisiva en la consecución de los objetivos indicados, que en buena medida quedarán determinados por los criterios que las partes adopten tanto en relación a la fórmula retributiva a aplicar, como respecto a la cuantía y alcance de la compensación económica o en descanso, según se haya elegido.

## 8.1. Fórmulas retributivas

El carácter dispositivo del art. 35.1 ET respecto a la elección de la opción retributiva es aprovechado de forma masiva por la negociación colectiva. Algunas veces, es cierto que los convenios se limitan a efectuar una remisión a la legalidad –con lo que renuncian a la posibilidad de regular la materia-<sup>1200</sup>, o también, tratándose de convenios de sector, deciden reenviar la determinación de la cuestión a convenios de ámbito inferior<sup>1201</sup> o a los pactos de empresa<sup>1202</sup>. La gran mayoría de convenios analizados entran, sin embargo, a regular directamente la modalidad de remuneración de las horas extraordinarias, contemplando no sólo el abono económico y la compensación con descanso –a menudo, respecto a esta última, con la condición de que no se perturbe el normal proceso productivo de la empresa–, sino que en algunas ocasiones –no demasiadas– se introduce la válida posibilidad de una retribución mixta, consistente en la percepción simultánea de descanso más una cierta cuantía dineraria<sup>1203</sup>. Ahora bien, en la determinación del criterio a seguir, las fórmulas retributivas utilizadas por la autonomía colectiva resultan de lo más variadas.

a) En su mayor parte, los convenios colectivos permiten que la compensación de las horas extras se realice tanto por vía económica como a través de descanso –o en su caso, a través de la remuneración mixta–. Es verdad que algunos de ellos dejan la cuestión abierta, sin concretar la regla a seguir para aplicar una u otra opción, con lo que a falta de pacto específico procederá aplicar la regla legal subsidiaria de la compensación en descanso en un período de cuatro meses<sup>1204</sup>. En su inmensa mayoría, sin embargo, los pactos colectivos sí especifican el criterio de determinación, y es en este punto donde se observa la gran diversidad existente entre ellos<sup>1205</sup>.

El criterio más seguido es, sin duda, el de atender al sujeto que debe efectuar la opción, con independencia de la clase de horas extraordinarias de que se trate. De entre los convenios que adoptan esta regla, son muchos los que remiten la elección al mutuo acuerdo de las partes: dentro de esta fórmula, algunos convenios tratan la opción dineraria o en descanso en el mismo plano, sin mostrar preferencia por una u otra y dejando totalmente la elección por una de ellas al acuerdo de las partes individuales, con lo que cabe entender que, de no haber consenso, regiría la preferencia legal por el descanso<sup>1206</sup>; lo más habitual, sin embargo, es que de la no siempre clara redacción del convenio se deduzca su inclinación por una de las alternativas –por lo general, la retribución en metálico y con menor frecuencia, en descanso–, previendo no obstante la facultad de aplicar la otra opción si así lo estipulan los interesados –normalmente a través de acuerdo individual<sup>1207</sup>, aunque alguna vez o bien se contempla el pacto con los representantes de los trabajadores<sup>1208</sup> o bien se omite la concreción de los sujetos<sup>1209</sup>–. La opción seguida en otro número muy considerable de convenios es la de conceder la elección por una u otra alternativa a una de las partes interesadas en exclusiva: por lo general, al trabajador<sup>1210</sup>, aunque no faltan acuerdos que atribuyen la facultad a la empresa<sup>1211</sup>.

Entre los convenios que asimismo contemplan la posibilidad de utilizar las diversas modalidades retributivas, son también bastantes los que en principio otorgan preferencia a la compensación en descanso, pero sin descartar la remuneración económica<sup>1212</sup> o admitiéndola expresamente, no ya por voluntad de las partes –como en el caso antes referido–, sino normalmente para supuestos excepcionales o de imposibilidad de disfrute del descanso<sup>1213</sup>.

Ya en menor medida, la tipología de las horas extraordinarias es otro de los criterios utilizados por la negociación colectiva para determinar la modalidad de retribución a aplicar cuando estamos ante convenios que contemplan las diferentes alternativas. Cuando se atiende a este factor de diferenciación, lo habitual es establecer reglas específicas para las horas extraordinarias por fuerza mayor o las obligatorias, respecto a las que a veces se pacta su preceptiva retribución económica<sup>1214</sup>, aunque es más frecuente que su modalidad de retribución se deje a opción del trabajador<sup>1215</sup>; en menor medida, las especialidades se fijan en otros convenios para las horas extras estructurales o las perentorias<sup>1216</sup>. En alguna ocasión, la determinación de la opción retributiva se establece en los convenios en función del carácter nocturno o festivo de la hora extraordinaria<sup>1217</sup>.

Otro de los criterios para delimitar los casos en que procede la retribución económica o el descanso es el de fijar el reparto en atención al número de horas extraordinarias realizadas, por lo general en relación al cómputo anual y estableciendo reglas diversas<sup>1218</sup>, y en alguna ocasión respecto a las efectuadas en la misma jornada<sup>1219</sup>. A su vez, por respeto al límite fijado en el art. 35.2.1º ET y dado que a tales efectos no computan las horas extraordinarias compensadas con descanso, algunas cláusulas convencionales explicitan que toda hora extra que exceda de las 80 anuales debe compensarse preceptivamente con tiempo de descanso, si bien ya en su momento se razonó sobre la premisa ilícita de la que parte esta previsión –la superación del tope legal-<sup>1220</sup> (*supra*, 7.2.B).

**b)** Aun en porcentaje algo menor, son también muy abundantes los convenios colectivos que únicamente contemplan una de las modalidades retributivas de las horas extraordinarias, al menos mediante regulación expresa y sin hacer explícita mención al resto de alternativas. De entre ellos, la mayor parte se refieren en exclusiva a la retribución económica<sup>1221</sup>. En bastante menor número, encontramos pactos que sólo aluden a la compensación en descanso<sup>1222</sup>, o más raramente a la remuneración mixta de descanso más complemento económico adicional<sup>1223</sup>.

En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta cómo algunos pronunciamientos judiciales han relativizado las consecuencias que se extraen de la literalidad de los convenios, bien por admitir que los pactos de empresa o individuales pueden estipular una modalidad retributiva distinta a la elegida en el convenio de sector<sup>1224</sup>, o bien por considerar razonable la interpretación de que la alusión del convenio al «abono» no debe entenderse referida necesariamente al pago en metálico, sino que también comprende la compensación por descanso<sup>1225</sup>.



## 8.2. Alcance de la retribución económica

Cuando bajo cualquiera de las fórmulas indicadas se contempla la posibilidad de remunerar económicamente las horas extraordinarias, la negociación colectiva suele calificar esta retribución como un complemento salarial de calidad o cantidad de trabajo<sup>1226</sup>, centrándose sobre todo en la regulación de tres aspectos específicos de su régimen jurídico: su cuantía (**a**), su compatibilidad con otros complementos retributivos (**b**) y su pago (**c**).

**a)** Respecto a la primera de estas cuestiones, de la literalidad del art. 35.1 ET se deduce que el abono económico de las horas extraordinarias se efectuará en la cuantía que libremente se determine en el convenio colectivo o el contrato individual, si bien, con el límite de derecho necesario relativo de que la cantidad estipulada nunca podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria<sup>1227</sup>. En relación a este mínimo, la jurisprudencia más moderna ha superado su antigua postura –caracterizada por su flexibilidad en cuanto al respeto de este límite por la negociación colectiva– y en la actualidad mantiene una posición más restrictiva, que exige que en la determinación del valor de la hora ordinaria se tenga en cuenta no sólo el salario base, sino también todos los complementos salariales<sup>1228</sup>. La aplicación de esta doctrina jurisprudencial supone, pues, la necesidad de revisar muchos de los convenios colectivos vigentes, a fin de comprobar si se ajustan al criterio judicial. Desde esta perspectiva, y siempre que en la práctica se tenga en cuenta el criterio indicado, no merecen objeción los convenios que de forma genérica se refieren al valor de la hora ordinaria o al salario real ordinario<sup>1229</sup>, o los que, también en términos generales, se refieren al resultado de dividir la retribución total anual por el número de horas al año<sup>1230</sup>. En cambio, en su caso y atendiendo a la cantidad resultante, podrían ser reprochables otros convenios que utilizan otros mecanismos habituales de determinación de la cuantía de las horas extras: en especial, los que establecen tablas retributivas con la cantidad concreta que corresponde por cada hora extraordinaria, sin tener en cuenta las circunstancias de su realización<sup>1231</sup> –a veces, incluso fijando una cantidad única para todas las categorías profesionales<sup>1232</sup>–; o también, los que incorporan fórmulas de cálculo del valor de la hora ordinaria, con inclusión únicamente de algunos complementos específicos<sup>1233</sup>.

El valor de la hora ordinaria, calculado en los términos indicados, es por tanto el mínimo económico a abonar por cada hora extraordinaria. No son muchos, sin embargo, los convenios colectivos que se limitan a fijar esta cuantía mínima, unas veces de forma expresa<sup>1234</sup> –aunque a menudo como tope mejorable<sup>1235</sup>–, y otras por remisión a la ley<sup>1236</sup>. Lo normal es establecer mejoras retributivas sobre el valor de la hora ordinaria del trabajador, cualquiera que sea la vía, de entre las indicadas, por la que se aluda al mismo –esto es, tanto cuando se hace una referencia genérica al valor de la hora ordinaria, como cuando, con los problemas ya indicados, se concreta la fórmula de su cuantificación–. En ambos casos, el criterio más habitual es establecer incrementos del 50%<sup>1237</sup> o, sobre todo, del 75%<sup>1238</sup>; no obstante, no faltan convenios que establecen aumentos inferiores –del 10 al 45%<sup>1239</sup>–, inter-



medios –v.gr. del 60<sup>1240</sup> ó 65%<sup>1241</sup>–, o superiores –por lo general, del 80 al 175%<sup>1242</sup>–.

Ahora bien, no todos los convenios mantienen un porcentaje de incremento uniforme para todas las horas extraordinarias, no siendo infrecuente que establezcan diferencias en atención a diversos factores. En tal sentido es muy habitual valorar el momento de su realización y establecer cantidades o recargos más altos cuando las horas extraordinarias se realizan tanto en días festivos, domingos o no laborables, como cuando se realizan en horario nocturno –por lo general, cuando la fijación se hace a través de porcentajes, el incremento suele oscilar entre un 5 % y un 150% adicional al porcentaje o valor previsto con carácter general para la hora extra, aun cuando, dentro de este arco, los suplementos más comunes son los del 25% y del 75%<sup>1243</sup>. En mucha menor medida, en ocasiones la mejora varía en función de la tipología de las horas extras, si bien con pautas dispares, dado que en unos convenios se otorga mayor retribución a las generadas por fuerza mayor u obligatorias<sup>1244</sup> y en otros se sigue el criterio inverso<sup>1245</sup>. También a veces se prevé que el incremento aumenta cuando se realiza un determinado número de horas extraordinarias –normalmente, a partir de la segunda<sup>1246</sup>. Finalmente, en algún convenio puntual se prevé una retribución añadida para los casos en que la realización de las horas extraordinarias implica que el trabajador debe reincorporarse al lugar de trabajo después de haberlo abandonado<sup>1247</sup>.

En todo caso, algunos de los convenios de sector que fijan la retribución de las horas extraordinarias por alguno de los mecanismos indicados advierten que la cantidad fijada constituye un mínimo y manifiestan de forma expresa su respeto a los importes superiores aplicados en las empresas o derivados de los usos y costumbres<sup>1248</sup> y, obviamente, a las condiciones más beneficiosas disfrutadas a título individual<sup>1249</sup>. En otras ocasiones, directamente los convenios sectoriales remiten la determinación del valor económico de la hora extraordinaria a convenios de ámbito inferior<sup>1250</sup> o a los acuerdos de empresa<sup>1251</sup>.

Desde otra perspectiva, y aunque no sea una cláusula habitual, resulta interesante destacar cómo algunos convenios remarcan de forma expresa que la retribución económica –y la compensación en general– de las horas extras debe hacerse conforme al principio de no discriminación<sup>1252</sup>. Por lo general, las previsiones de los acuerdos colectivos no plantean conflictos en este sentido. Excepcionalmente, sin embargo, todavía hay algún convenio que reproduce cláusulas de las antiguas Ordenanzas Laborales, en las que se prevé una retribución más favorable para el personal femenino, estableciendo una diferencia de trato que no parece justificada desde la perspectiva de la doctrina constitucional sobre no discriminación<sup>1253</sup>.

**b)** En atención al carácter mínimo de la cuantía retributiva prevista por la ley para las horas extraordinarias, es necesario plantearse la adecuación legal de las cláusulas convencionales que deniegan la percepción económica por jornada extraordinaria a trabajadores que perciben otros complementos salariales, no ya sólo en atención a la cantidad y calidad de su actividad<sup>1254</sup>, sino sobre todo en consideración a las características del puesto de trabajo

que ocupan –en especial, complementos de mando, de disponibilidad, de mayor dedicación, de especial responsabilidad, etc, o en general, cuando en la fijación de su retribución se han valorado estas circunstancias<sup>1255</sup>–. Al respecto, el Tribunal Supremo ha declarado que la retribución de horas extraordinarias no es compensable ni absorbible con otras remuneraciones, y aunque admite la validez de pactos de retribución global o genérica en compensación del exceso de jornada que el trabajador se compromete a efectuar, exige en todo caso el respeto a dos límites: el tiempo máximo de trabajo a realizar, y en lo que ahora interesa, la retribución a percibir por la superación de la jornada conforme al art. 35.1 ET<sup>1256</sup>. En consecuencia, ha de concluirse que la validez de este tipo de previsiones en los convenios queda supeditada a que, finalmente, la cuantía percibida en virtud de estos complementos vinculados al puesto de trabajo incluya cuando menos una cantidad igual a la retribución estipulada para las horas extraordinarias que se hubieran realizado, pues, en otro caso, asistiríamos a una inadmisibles renuncia de derechos de los trabajadores<sup>1257</sup>.

Aun cuando su presencia es excepcional, es interesante poner de relieve cómo algún convenio sectorial prohíbe expresamente que las empresas puedan imponer un incentivo o compensación económica que sustituya a las horas extraordinarias<sup>1258</sup>.

c) En relación a otro aspecto distinto de la retribución de las horas extraordinarias, algunos convenios, además de exigir el reflejo y desglose de dicha remuneración en los recibos de salarios (cfr. art. 35.5 ET)<sup>1259</sup>, concretan el momento en que debe procederse a su abono. La regla más habitual es la de estipular el pago para el mes siguiente a su realización<sup>1260</sup>. Como ya se ha dicho y se insistirá más adelante, la fijación de ese momento dependerá de los módulos de distribución de la jornada establecidos. Por ello, en alguna ocasión los convenios hacen referencia a plazos periódicos de pago, normalmente a efectos de hacerlos coincidir con los períodos de cómputo de horas extraordinarias que hayan estipulado –abono bimensual, trimestral,...–<sup>1261</sup>.

### 8.3. Alcance del descanso y de la compensación mixta

La alternativa a la retribución económica es la compensación en descanso, que conforme al art. 35.1 ET debe ser «retribuido» y «por tiempos equivalentes». Respecto a la primera de estas exigencias, los convenios colectivos se limitan a reiterarla, sin que salvo excepciones se ocupen de regular la incidencia de estos períodos de descanso sobre determinados complementos retributivos –v.gr: primas por rendimiento<sup>1262</sup>–. Mayor es la atención que presta la negociación colectiva a la duración de los descansos (a) y a la concreción del período y momento de su disfrute (b).

a) En cuanto a la primera cuestión, la referencia de la ley a la «equivalencia» del descanso ha sido interpretada por algún autor y pronunciamiento

judicial en el sentido de que su duración debe coincidir con el incremento pactado para la retribución económica, sin que ésta pueda establecerse en una proporción mayor<sup>1263</sup>. Sin embargo, tal y como se deduce de otras sentencias y confirma la doctrina, de la letra del precepto se colige que la equivalencia del descanso a que alude la norma debe predicarse respecto a la jornada extraordinaria realizada, de forma que, en todo caso y como mínimo, el trabajador habrá de descansar el mismo tiempo que haya dedicado a realizar horas extraordinarias<sup>1264</sup>. La práctica negociadora es reflejo de las distintas posibilidades, pues mientras un número abundante de convenios regulan la cuantía de la remuneración económica y del descanso de la hora extraordinaria en idéntica proporción<sup>1265</sup>, existe otro grupo también considerable que les conceden un valor dispar, unas veces previendo un mayor incremento para la compensación en descanso<sup>1266</sup> y otras para la retribución monetaria<sup>1267</sup>.

Por lo que se refiere concretamente a la duración específica atribuida a los descansos retribuidos, las pautas que sigue la negociación colectiva son muy similares a las establecidas para la remuneración económica. En este caso, son abundantes los convenios que se limitan a reproducir el mínimo legal y reconocen únicamente un descanso equivalente a la jornada extraordinaria realizada —esto es, una hora de descanso por cada hora extra efectuada—<sup>1268</sup>. Con todo, de entre los pactos analizados que abordan la materia, mayor es aún el número de convenios que establecen períodos superiores de descanso mediante la fijación de incrementos<sup>1269</sup>: normalmente, tales recargos se aplican sobre el módulo de la hora equivalente y por lo general oscilan entre el 10% y el 100%, siendo los más habituales los del 50% y, sobre todo, los del 75%<sup>1270</sup>; de forma más ocasional, la mejora se establece a través de módulos compensatorios más amplios —*v. gr.* concesión de un día de descanso por la realización de un determinado número de horas extraordinarias—<sup>1271</sup>.

Aunque no resulta una previsión tan habitual como en el pago económico, también en esta fórmula retributiva algunos convenios establecen incrementos distintos en función de factores similares a los indicados para la retribución monetaria. Sobre todo, tales diferencias se estipulan en atención al momento de realización de las horas extraordinarias, a efectos de otorgar mayor descanso a las efectuadas en días no laborables o de descanso y en horario nocturno —normalmente, se adicionan entre doce minutos y una hora más de descanso<sup>1272</sup>—. En mucha menor medida, los recargos de descanso varían según la tipología de las horas extras —por lo general, en los convenios analizados, a fin de conceder mayor descanso a las generadas por fuerza mayor o a las obligatorias<sup>1273</sup>—, o también, pueden diferir en virtud del número de horas extraordinarias realizadas<sup>1274</sup>.

Los tres factores anteriores son a su vez utilizados en algunos convenios como criterio determinante de la posibilidad de que las horas extraordinarias reciban una compensación mixta, otorgando un descanso equivalente al ocupado en la jornada extraordinaria —rara vez mejorado con una duración mayor<sup>1275</sup>— y al que se adiciona una determinada cuantía económica<sup>1276</sup>. En otros pactos, la retribución mixta aparece como una fórmula retributiva reconocida de forma general e independiente de las circunstancias en que se efectúen las horas extraordinarias, cuya aplicación, como ya se indicó, que-

da sujeta a los criterios de determinación o elección establecidos en cada convenio (mutuo acuerdo, elección por una de las partes, etc). Cualquiera que sea el caso, los convenios siguen criterios distintos en cuanto a la fijación de la cantidad dineraria adicional que se suma al tiempo de descanso equivalente: a veces, se acuerda un complemento económico igual a un determinado porcentaje del importe de la hora ordinaria<sup>1277</sup>; en otras ocasiones, se adiciona el valor monetario correspondiente a un específico porcentaje de la cuantía pactada para las horas extraordinarias<sup>1278</sup> –no siempre coincidente con el recargo establecido para la compensación exclusiva en descanso cuando el convenio concede también esta posibilidad<sup>1279</sup>–; de forma más esporádica se siguen otras fórmulas de determinación, como la de conceder directamente la diferencia entre el valor pactado para la hora extraordinaria y el valor de la hora ordinaria<sup>1280</sup>.

Finalmente, también aquí hay que remarcar que la duración del descanso pactada en algunos de estos convenios se califica por las propias partes negociadoras como un mínimo<sup>1281</sup>, incluyendo la declaración expresa de respetar las mejoras aplicadas en las empresas<sup>1282</sup>; y asimismo, se encuentran ejemplos de pactos sectoriales que no concretan la cuestión y remiten la fijación de la duración del descanso a convenios de ámbito inferior o a los acuerdos de empresa<sup>1283</sup>.

**b)** Un aspecto importante respecto a la compensación del descanso es la determinación de su período de disfrute.

Una primera cuestión en relación a este tema es la de delimitar el plazo dentro del cual debe hacerse uso del descanso. Al respecto, hay que tener en cuenta que la previsión contenida en el art. 35.1 ET respecto a la procedencia de que las horas extras se compensen en descanso «dentro de los cuatro meses siguientes a su realización» sólo constituye una norma subsidiaria, a aplicar únicamente en caso de que la autonomía de las partes no se haya pronunciado sobre la forma de retribuir las horas extraordinarias<sup>1284</sup>. Por tanto, de la letra del precepto se infiere que la fijación del plazo en que efectuar el descanso tiene carácter dispositivo para la negociación colectiva, siendo válida la inclusión en los convenios de períodos tanto inferiores como superiores al legal<sup>1285</sup>. En la práctica, es verdad que no todos los convenios abordan la cuestión, en cuyo caso parece que, ante el silencio, habrá de aplicarse el plazo marcado por la ley<sup>1286</sup>. Entre los que sí se pronuncian, la mayoría de ellos fijan también como máximo el período de cuatro meses previsto subsidiariamente por el legislador<sup>1287</sup> –a veces, admitiendo su modificación mediante pacto<sup>1288</sup>–; e incluso, son habituales los acuerdos colectivos que exigen el descanso en plazos inferiores –en concreto, dentro del mes o de los dos o tres meses siguientes a la realización de las horas extraordinarias<sup>1289</sup>–. No obstante, aunque con mucha menor frecuencia, es posible encontrar convenios que estipulan períodos de compensación más amplios –v.g.: dentro de los 6 ó 12 meses posteriores, o dentro del año natural siguiente a su realización<sup>1290</sup>–. También de forma esporádica, en otros casos la duración del plazo se hace depender del momento en que se efectúen las horas extraordinarias –en concreto, cuando se fija el período de disfrute dentro del mismo

año o en los primeros días del mes de enero siguiente<sup>1291</sup>-, o asimismo, en alguna ocasión se supedita a otros factores no temporales -v.gr: cuando se excluyen para el disfrute del descanso los períodos de mayor actividad productiva de la empresa<sup>1292</sup>-. En todo caso, recuérdese que las horas extraordinarias que se compensen en descanso dentro de plazos de hasta cuatro meses desde su realización no computarán como tales a efectos del límite numérico.

Cualquiera que sea el período estipulado, una pequeña parte de estos convenios explicitan las consecuencias que derivan en caso de que, por las necesidades del servicio o por causas imputables al empresario, no sea posible disfrutar del descanso dentro del plazo fijado: la regla general seguida en tales supuestos por la negociación colectiva es la de proceder a la retribución económica de las horas extraordinarias<sup>1293</sup>. De todos modos, como ya se explicara al delimitar el concepto de hora extraordinaria, a efectos de controlar el cumplimiento de este plazo es preciso tener en cuenta que el criterio legal y habitual en los convenios de fijar el inicio del período de disfrute en la fecha de «realización» de las horas extras queda directamente vinculado al sistema y módulo elegido para la distribución de la jornada, ya que sólo a la finalización de este módulo temporal será posible determinar si se *han realizado o no* horas extraordinarias.

Con relativa frecuencia y dentro de los plazos previstos, la negociación colectiva dispone que los períodos de descanso correspondientes a las horas extras efectuadas se acumulen en medias jornadas o jornadas completas de disfrute, y más rara vez se prevé la acumulación en módulos superiores -v.gr: unir tiempos de descanso hasta completar una jornada semanal entera, con el expreso propósito de facilitar contrataciones durante el mismo período<sup>1294</sup>-; tal posibilidad, unas veces se contempla como preferente, general o simplemente facultativa<sup>1295</sup>; en otras ocasiones, parece configurarse como criterio preceptivo<sup>1296</sup>. En relación a estos casos, y aun cuando la redacción no es demasiado clara, algunos convenios parecen establecer topes temporales a los períodos de acumulación -v.gr: mensual<sup>1297</sup>, trimestral<sup>1298</sup>, cuatrimestral<sup>1299</sup>, o anual<sup>1300</sup>-. También en algunos pactos colectivos se prevé de manera explícita la facultad de unir el tiempo compensado con otros períodos de descanso<sup>1301</sup> -fundamentalmente con las vacaciones<sup>1302</sup>-; con todo, algún otro convenio excluye expresamente tal acumulación al período vacacional<sup>1303</sup>. Asimismo, para el caso de que el trabajador no haya realizado suficientes horas extraordinarias para completar las jornadas o períodos de acumulación previstos, algunos convenios contemplan la solución a aplicar, decantándose por criterios muy diversos: seguir apostando por su compensación en descanso, pero con valores distintos<sup>1304</sup>; proceder a su remuneración en metálico<sup>1305</sup>; o sumarlas al siguiente período de acumulación<sup>1306</sup>.

No es infrecuente que los convenios colectivos establezcan criterios para determinar el momento concreto en que ha de llevarse a cabo el descanso compensatorio y que, a falta de pacto, parece que debería quedar como decisión propia del empresario incluida en su poder de dirección<sup>1307</sup>. En ocasiones, lo cierto es que sólo se incluyen previsiones indeterminadas que hacen depender la fecha de las necesidades del servicio o de la no inter-

ferencia en el programa de producción previsto<sup>1308</sup>. No obstante, las más de las veces en que se aborda esta cuestión, los convenios establecen reglas más concretas. Sin duda, la más seguida es la de remitir la fijación del momento de disfrute al mutuo acuerdo individual del trabajador y el empresario o jefe correspondiente<sup>1309</sup>, a veces advirtiendo expresamente de la preferencia por su coincidencia con los períodos de menor actividad de la empresa<sup>1310</sup>. En mucha menor medida, la elección del momento de disfrute se deja a una de las partes, bien el trabajador<sup>1311</sup> o bien el empresario<sup>1312</sup>. De forma más ocasional, la negociación colectiva contempla otros sistemas de determinación de la fecha del descanso: *v.gr.* reparto porcentual de la decisión entre el trabajador y el empresario<sup>1313</sup>; acuerdo entre la empresa y el comité de empresa<sup>1314</sup>; o fijación directa de la fecha de disfrute por el propio convenio<sup>1315</sup>.

En relación también con el momento del descanso, sólo unos pocos convenios de entre los analizados concretan la necesidad de que su conocimiento por las partes implicadas se haga con un determinado preaviso respecto a la fecha de disfrute. Las duraciones pactadas a tal efecto resultan de lo más variadas: *v.gr.* preaviso mínimo de 24 horas<sup>1316</sup>, de 48 horas<sup>1317</sup>, de una semana<sup>1318</sup>, de 15 días<sup>1319</sup>, determinación en el mismo momento del ofrecimiento y aceptación de las horas extraordinarias<sup>1320</sup>, o exigencias genéricas de «suficiente antelación»<sup>1321</sup>.

Finalmente, sólo de manera ocasional algún convenio exige que los descansos compensatorios sean comunicados a los representantes de los trabajadores<sup>1322</sup>.

## 9. EL CONTROL SOBRE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS

A fin de garantizar el cumplimiento de las previsiones legales o pactadas respecto a las horas extras, el propio ordenamiento establece ciertos mecanismos de control privado en favor de los trabajadores, tanto de carácter individual como colectivo, y de los que cabe predicar su carácter mínimo y, por tanto, mejorable por la autonomía de las partes<sup>1323</sup>. Evidentemente, a las anteriores medidas se añade el control público que efectúa la Administración laboral sobre la materia.

### 9.1. Control del trabajador individual

En relación al trabajador individual, el art. 35.5 ET impone dos obligaciones al empresario a efectos del cómputo de las horas extraordinarias.

En primer término se exige que la jornada de cada trabajador se registre día a día. Ha de tenerse en cuenta que, a diferencia de la redacción previa a la Ley 11/1994, en la actualidad la norma no refiere la obligación del registro únicamente a «las horas extraordinarias realizadas», sino que lo extiende a la totalidad de las horas trabajadas, sean finalmente éstas ordinarias o extraordinarias<sup>1324</sup>. La modificación, desde luego, resulta totalmente acorde con el

sistema de distribución de la jornada, que, como ya se vio, sólo permite conocer que se han realizado horas extraordinarias a la finalización del módulo temporal que en cada caso se haya estipulado<sup>1325</sup>. La negociación colectiva, sin embargo, no ha asumido este cambio de redacción en su articulado, dado que, salvo excepciones<sup>1326</sup>, la mayoría de convenios que aluden a esta obligación siguen haciendo referencia al registro diario de las *horas extraordinarias*<sup>1327</sup>. A tal efecto, algunos acuerdos, especialmente en el sector del transporte, prevén la provisión a cada trabajador de una libreta individual o parte de trabajo a visar diariamente por la empresa<sup>1328</sup>, o incluso la existencia de un libro de registro de horas extraordinarias<sup>1329</sup>.

Como segunda obligación se impone que la jornada realizada habrá de totalizarse en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente. Con ocasión de cada recibo de salarios facilitado al trabajador, el empresario habrá, pues, de cuantificar las horas de trabajo realizadas, a retribuir de acuerdo con su naturaleza ordinaria o, en su caso, extraordinaria<sup>1330</sup>. Conforme al art. 35.5 ET, el período a totalizar coincide con el estipulado para el abono de las retribuciones, previsión genérica reiterada de forma mimética por algunos convenios<sup>1331</sup>. Con todo, en tanto la periodicidad pactada para el pago de los salarios suele ser mensual, son varios los convenios en que se explicita que éste será también el plazo con que se efectúe la totalización y se facilite el resumen al trabajador<sup>1332</sup>. La mayoría, sin embargo, siguen reiterando la previsión anterior a la Ley 11/1994 que imponía una periodicidad semanal para estas obligaciones<sup>1333</sup>: en estos casos y aun cuando el período pactado para el pago de las retribuciones sea superior, no parece discutible la validez de tales cláusulas siempre que en el momento de entregar el recibo de salarios se incluya el resumen de la jornada totalizada. De ilegales, en cambio, hay que tachar las cláusulas convencionales que prevén la totalización y entrega del resumen de horas extras al trabajador con carácter anual y, por tanto, con periodicidad muy superior a la permitida para el abono de las retribuciones periódicas y regulares, cuyo pago no puede exceder de un mes (art. 29.1 ET)<sup>1334</sup>. No obstante, pese a no ajustarse a la ley, el criterio convencional de establecer períodos de totalización superiores al mensual puede resultar comprensible si se tiene en cuenta que la periodicidad del abono de las retribuciones no tiene necesariamente que coincidir con el módulo temporal elegido por las partes para la distribución de la jornada —a menudo, más amplio—, por lo que la exigencia legal de entregar el cómputo de la jornada realizada junto al recibo de salarios no siempre permitirá saber en ese momento si se han realizado horas extraordinarias y, en su caso, cuántas se han efectuado<sup>1335</sup>.

En todo caso, el cumplimiento de estas obligaciones de registro y totalización de la jornada de cada trabajador reviste una importancia determinante, no sólo a efectos de controlar si se respetan o superan el número máximo de horas extraordinarias posibles, sino también como medio de prueba a aportar en caso de que se reclame la realización y no retribución de dichas horas extras. Al respecto, cabe recordar la constante jurisprudencia que atribuye la carga de probar las horas extraordinarias a quien las alega —esto es, normalmente el trabajador—<sup>1336</sup>. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la



doctrina judicial ha flexibilizado la aplicación de este criterio, fundamentalmente cuando concurren dos circunstancias: de un lado, es frecuente en los pronunciamientos de los últimos años liberar al demandante de la prueba rigurosa y circunstanciada cuando la realización de excesos de trabajo y horas extraordinarias resulta habitual<sup>1337</sup>; de otro, también han destacado los tribunales que el incumplimiento por el empresario de la obligación de registro y totalización conlleva para el trabajador importantes dificultades probatorias que deben ser objeto de valoración por el juez, a fin de suavizar las exigencias de la acreditación<sup>1338</sup>. Para cumplir con las obligaciones probatorias, al margen de los registros y resúmenes referidos, en algún sector específico como es el de transportes se cuenta con algún otro instrumento como son los tacógrafos, admitidos como medios de prueba por los órganos judiciales<sup>1339</sup> y reconocidos de forma explícita en algunos convenios como pruebas válidas para dilucidar controversias sobre el cómputo de la jornada y la realización de horas extras<sup>1340</sup>.

Un aspecto indefectiblemente ligado a las reclamaciones de los trabajadores sobre el abono de las horas extraordinarias es el de la prescripción del plazo a que quedan sujetas, cuestión que evidentemente queda excluida de la actuación de la negociación colectiva por tratarse de materia de orden público, pero respecto a la que de manera indirecta sí pueden incidir algunas de las decisiones adoptadas en los convenios y a las que ya se ha ido haciendo referencia. Nuevamente, vuelve a ser fundamental el módulo temporal de distribución de la jornada elegido por las partes, pues, como se viene reiterando, sólo a su finalización será posible saber si se ha superado la jornada ordinaria y, por tanto, será en ese momento cuando comience a correr el plazo para reclamar la compensación de las horas extras que en su caso se hubieran realizado: como han señalado los tribunales, si la jornada se fija en cómputo anual y se distribuye de forma irregular, la prescripción empieza a computar a la conclusión de cada año<sup>1341</sup>; si se ha optado por un sistema de jornada regular o de distribución en períodos inferiores al año, será el final de estos módulos –o más exactamente, el momento en que a partir de entonces proceda el abono del salario– el que actúe como *dies a quo*<sup>1342</sup>. Ahora bien, un segundo factor a tener en cuenta es el de la modalidad retributiva seleccionada, pues si se ha elegido o procede la compensación en descanso o ésta constituye una posibilidad por haberse dejado libremente la opción al empresario, para la interposición de la acción de reclamación de su cumplimiento o de su conversión en dinero habrá que esperar a la finalización del margen de tiempo estipulado para el disfrute de dicho descanso, siendo razonable situar en ese momento el inicio del cómputo del plazo, siempre, por supuesto, teniendo en cuenta los criterios señalados con anterioridad<sup>1343</sup>.

## 9.2. Control de los representantes de los trabajadores

El ordenamiento legal otorga también ciertas competencias a los representantes de los trabajadores sobre las horas extraordinarias, concretamente



a través de la D.A. 3ª del RD 1561/1995<sup>1344</sup>. De acuerdo con esta previsión reglamentaria, los representantes de los trabajadores tienen 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 art. 35.5 ET. La finalidad de la norma es clara: tal y como reflejan algunos de los convenios analizados, dentro de las facultades generales de vigilancia e iniciación de acciones de los representantes de los trabajadores (arts. 64.1.9º y 65.1 ET), se trata de facilitarles el control específico sobre la adecuación de las horas extraordinarias tanto a las exigencias legales –v.gr. sujeción a los límites numéricos–, como a los requisitos concretos que se hayan añadido por vía convencional –v.gr. reparto equitativo entre los trabajadores, exclusión de horas extras habituales, imposibilidad de recurrir a la jornada extraordinaria cuando pueda cubrirse la necesidad mediante nuevas contrataciones, etc.<sup>1345</sup>.

Este derecho a recibir información a posteriori de las horas extraordinarias realizadas es recogido con frecuencia en la negociación colectiva. En su regulación, las partes negociadoras abordan los distintos aspectos que componen el régimen jurídico de esta facultad, adecuándose por lo general a la norma reglamentaria, aunque no siempre se aprecia un pleno ajuste.

a) Uno de los aspectos en que más divergencia se observa entre la formulación normativa y el apego a la tradición convencional es el relativo al contenido de la información a facilitar a los representantes tras la realización de las horas extras. Conforme a la D.A. 3ª RD 1561/1995, la comunicación mínima a recibir sobre «las horas extraordinarias realizadas» es la copia de los ya referidos resúmenes facilitados a los trabajadores. Con todo, la referencia a la entrega de estos resúmenes a los representantes sólo se contempla en tales términos por unos pocos convenios<sup>1346</sup>. Siguiendo las directrices del AMI-1980, el criterio plasmado en la gran mayoría continúa siendo el de referirse a la comunicación de aspectos o informaciones concretas<sup>1347</sup>. Algunas de estas menciones coinciden con las que habrán de incluirse en los referidos resúmenes: en tal sentido, los pactos exigen desde luego comunicar el número de las horas extraordinarias realizadas<sup>1348</sup>, y en menor medida, la indicación del nombre de los trabajadores que las han realizado<sup>1349</sup>. Es más; son también muy abundantes los convenios que, adicionalmente, requieren que se informe sobre su distribución por secciones y la especificación de las causas que las han motivado<sup>1350</sup>. Esta última exigencia guarda relación con otra previsión muy común en los convenios y tomada también del AMI-1980, mediante la que, a partir de la información recibida y de los criterios pactados, se insta a la empresa y a los representantes a determinar el carácter y naturaleza de las horas extraordinarias efectuadas<sup>1351</sup>, remitiendo en ocasiones las posibles discrepancias a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos estipulados en los respectivos pactos<sup>1352</sup>; sólo de forma puntual los convenios exigen que en la comunicación facilitada por el empresario se concrete directamente el carácter o calificación de las horas ex-

traordinarias<sup>1353</sup>. Con carácter excepcional, algún acuerdo aislado llega a exigir que además se informe a los representantes de los trabajadores sobre las medidas adoptadas para la disminución o supresión de las horas extraordinarias<sup>1354</sup>; o incluso, sobre las horas extras efectuadas por personal ajeno a la propia empresa<sup>1355</sup>.

En principio cabría pensar que, en algunos de estos pactos colectivos, la diferencia entre la regulación legal y la convencional es más formal que material, dado que buena parte de las informaciones requeridas por los convenios coinciden o mejoran las reflejadas en los resúmenes dados a los trabajadores. Esta impresión se hace todavía más sólida si se atiende a la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo, que, pegado a la letra de la D.A. 3ª RD 1561/1995, ha limitado la obligación informativa a los supuestos en que efectivamente *se han realizado* horas extraordinarias<sup>1356</sup>. Cuestión distinta es que la literalidad de la previsión y esta interpretación judicial parezcan adecuadas desde la perspectiva de la finalidad de la disposición, ya que, precisamente, la posibilidad de que los representantes de los trabajadores lleven a cabo un control efectivo sobre la realización o no de horas extraordinarias aconseja que los resúmenes de totalización de la jornada les sean entregados en todo caso, con independencia de la calificación que finalmente merezcan las horas de trabajo efectuadas, del mismo modo que se ha previsto respecto a los trabajadores individuales<sup>1357</sup>. Como se ha visto, sin embargo, la postura masiva de los convenios colectivos es la de ceñir el derecho de los representantes a recibir información sobre las horas extras realizadas y no sobre la jornada.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que la recepción de toda esta información queda sujeta al deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores en los términos previstos en el art. 65 ET. De hecho, al amparo de la letra de este precepto, algún convenio concreto especifica que las horas extraordinarias constituyen una de las materias específicas sobre las que expresamente se hace recaer tal deber<sup>1358</sup>.

**b)** Siguiendo la literalidad de la norma, ha de tenerse presente que, por lo que se refiere a su ámbito objetivo, el deber empresarial de información alcanza a todas las horas extras efectuadas, cualquiera que sea la fórmula seguida para su compensación<sup>1359</sup>, y se entiende también que con independencia de su tipología. Lo cierto es que así se refleja en prácticamente todos los convenios examinados, en tanto en ellos se predica el derecho respecto a las horas extraordinarias en general. Sólo de forma excepcional se encuentra algún acuerdo que, pese a no negar la facultad respecto a las demás clases de horas extras que contempla, únicamente alude de forma explícita a la obligación de informar sobre un tipo específico de hora extra<sup>1360</sup>.

**c)** Una cuestión que no genera controversia es la de la atribución subjetiva de esa facultad de información. En concreto, la norma otorga la titularidad del derecho a los «representantes de los trabajadores», término genérico, reiterado en bastantes pactos colectivos<sup>1361</sup>, en el que desde luego deben entenderse incluidos los representantes unitarios –según se refleja en mu-

chos convenios a través de sus referencias a los delegados de personal, comité de empresa o intercentros<sup>1362</sup>-, pero que por aplicación del art. 10.3.1º LOLS también debe ser reconocido a los delegados sindicales –reconocimiento también explicitado en buena medida en la negociación colectiva<sup>1363</sup>-. Respecto a ellos, la normativa diseña un derecho de aplicación automática, por lo que no parecen ajustados aquellos convenios que, aun de forma aislada, supeditan su cumplimiento a la previa petición de los representantes<sup>1364</sup>.

Algunos acuerdos extienden asimismo la obligación empresarial de información sobre horas extraordinarias a la respectiva comisión paritaria<sup>1365</sup>, entre cuyas funciones y dentro del margen abierto por el art. 85.3.e) ET, no es extraño atribuirle competencias de vigilancia sobre el cumplimiento de la normativa de horas extras<sup>1366</sup>. Es más, de forma ocasional se encuentran acuerdos que prevén la creación de una comisión específica de horas extraordinarias, formada por representantes de la empresa y de los trabajadores, a la que se asignan diferentes funciones –fundamentalmente, de propuesta, recepción de información, vigilancia del cumplimiento normativo y, en su caso, denuncia-<sup>1367</sup>.

**d)** En cuanto a su periodicidad, la D.A. 3ª RD 1561/1995 exige que la información sobre horas extras debe facilitarse a los representantes al menos con carácter mensual, criterio que es reiterado por la inmensa mayoría de los convenios analizados<sup>1368</sup>, en alguna ocasión puntual concretando incluso el momento específico en que debe comunicarse<sup>1369</sup>. Rara vez se mejora esta previsión mediante la fijación de una periodicidad inferior –*v.gr.* semanal o bisemanal<sup>1370</sup>-. En cambio, contraviniendo claramente la norma y aun cuando tampoco son habituales, pueden encontrarse convenios que estipulan una periodicidad superior a la mensual –*v.gr.* trimestral o semestral<sup>1371</sup>-. Tampoco son demasiado afortunados los acuerdos colectivos que, pese a la vigencia de la D.A. 3ª RD 1561/1995, continúan reproduciendo, también aquí, la ambigua referencia del AMI-1980 a la obligación de informar «periódicamente»<sup>1372</sup>.

**e)** Como acaba de constatar, la facultad normativa reconocida a los representantes de los trabajadores se limita a un derecho de información y, además, posterior a la realización de las horas extraordinarias<sup>1373</sup>. Ahora bien, ya se ha indicado que estamos ante una norma mínima que admite mejoras. En la práctica convencional, lo cierto es que sólo de forma tímida la negociación colectiva amplía estas competencias, por lo general en un doble sentido. Como ya se dijo al tratar los límites objetivos de las horas extraordinarias, algunos convenios llegan a requerir el previo acuerdo con los representantes de los trabajadores para su válida realización, excediendo con mucho, por tanto, del mero derecho de información reconocido por la regulación legal<sup>1374</sup>. En otras ocasiones, la mejora convencional consiste simplemente en imponer a los empresarios un deber adicional de comunicación *previa* de la realización de horas extraordinarias<sup>1375</sup>; en tal caso, de forma puntual alguno de los convenios concreta la antelación exigida<sup>1376</sup>, el conte-

nido de la información –sobre todo, número y causas<sup>-1377</sup>, o los supuestos excepcionales en que la obligación resulta inexigible<sup>1378</sup>.

### 9.3. Control administrativo

También la Administración puede ejercer, lógicamente, sus facultades de fiscalización sobre las horas extraordinarias. A diferencia de lo que ocurría en etapas normativas anteriores, en la actualidad ha desaparecido de nuestro ordenamiento la exigencia de autorización administrativa previa para la realización de horas extraordinarias, habiéndose suprimido esta premisa incluso respecto a las efectuadas en horario nocturno<sup>1379</sup>. Ahora, el control sobre las horas extras es exclusivamente a posteriori, a efectos de constatar el cumplimiento de la normativa sobre horas extraordinarias tanto en el área de la Seguridad Social como desde la perspectiva sancionadora. Desde este último enfoque, la inobservancia de las normas en esta materia se encuentra tipificada como infracción administrativa grave en los arts. 7.5 y 7.7 LISOS, tal y como señalan esporádicamente algunos convenios, si bien, con referencias no siempre ajustadas a la normativa vigente, y desde luego con finalidad de mero recordatorio, pues obviamente se trata de un ámbito de exclusiva competencia legal (arts. 127 y 129 Ley 30/1992)<sup>1380</sup>.

Bajo la vigencia del RD 2001/1983 –concretamente, en virtud de su art. 41–, las empresas estaban sujetas a la comunicación mensual a la autoridad laboral de las horas extraordinarias realizadas; e idéntica obligación era exigida en aplicación de las normas propias de la Seguridad Social (*v.gr.* RD 1858/1981 y O.M. de 1 de marzo de 1983). Hoy en día, todas estas previsiones han sido expresa o tácitamente derogadas, sin que más allá de la documentación exigida en materia de cotización a la Seguridad Social exista precepto alguno que imponga el deber de informar a la Administración sobre la jornada efectuada. Nos encontramos, sin embargo, ante un aspecto más en que la negociación colectiva es reacia a abandonar contenidos consolidados en los convenios, siendo bastantes los acuerdos que todavía siguen estableciendo el deber empresarial de remitir comunicación mensual a la autoridad laboral sobre las horas extras que se hayan realizado<sup>1381</sup>.

## 10. LAS HORAS COMPLEMENTARIAS EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL<sup>(\*)</sup>

Junto al tratamiento de las horas extraordinarias parece aconsejable introducir el de las horas complementarias propias del trabajo a tiempo parcial. Como es sabido, en el trabajo a tiempo parcial, la prestación de horas extraordinarias está legalmente prohibida, salvo fuerza mayor (art. 12.3.c] ET) –lo que se encargan de recordar de cuando en cuando los convenios co-

---

(\*) Epígrafe redactado por José María Goerlich Peset. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.

lectivos<sup>1382</sup>-. Se permite no obstante que, en los términos del art. 12.5 ET se pacte la prestación de horas complementarias que, además de atender las eventuales necesidades empresariales de incremento del tiempo de trabajo, lo hace de forma flexible por cuanto que las mismas integran un supuesto legal de trabajo a llamada.

La regulación legal de las horas complementarias es, por supuesto, auto-suficiente. No obstante, el legislador abre amplios márgenes de disposición a los convenios colectivos. Las consideraciones que siguen describen los criterios que estos utilizan sobre el particular.

### **10.1. La ampliación de la jornada a tiempo parcial: horas complementarias; criterios convencionales**

De acuerdo con el art. 12.5.c) ET, los pactos individuales sobre horas complementarias pueden prever la prestación de hasta un máximo del 15 % de las horas pactadas en el contrato. Este criterio resulta disponible por los convenios colectivos que pueden llegar a alcanzar hasta el 60 %. Al respecto, resulta necesario hacer las siguientes consideraciones:

a) La ampliación del número de horas complementarias debe ser protagonizada por los convenios colectivos de ámbito sectorial y, en su defecto, de empresa. En la negociación colectiva se detecta además una tercera posibilidad: que se desarrolle por acuerdo de empresa al que se remite el convenio de sector –que, además, establece normalmente un tope inferior al legal como límite del acuerdo de empresa<sup>1383</sup>-. Es claro que, aunque este tipo de previsiones no se ajustan de manera total a la literalidad legal, son perfectamente admisibles.

b) En cuanto a la determinación del tope de horas complementarias, conviene resaltar es que es muy frecuente que los convenios colectivos amplíen el máximo legalmente establecido. Si bien en algún caso reiteran innecesariamente el recogido en el Estatuto<sup>1384</sup>, lo normal es incrementarlo. Es más, el incremento suele ser elevado: es normal duplicarlo y existen numerosos convenios que se sitúan por encima del 30 %, hasta alcanzar el máximo de su capacidad de disposición<sup>1385</sup>. Cabe señalar, sin embargo, que, aunque no sea frecuentísimo, a medida que aumentan las horas complementarias que se permite pactar, aumentan las garantías para los trabajadores a tiempo parcial que están obligados a prestarlas de haberlas pactado. Estas garantías consisten en la exigencia de un mínimo de jornada efectiva para poder alcanzar el tope de horas convencionalmente establecido<sup>1386</sup>, un incremento del papel de la voluntad del trabajador a la hora de realizarlas efectivamente<sup>1387</sup> o, en fin, en la mejora de las posibilidades de acceso a la condición de trabajador a tiempo completo<sup>1388</sup>.

c) Junto a estos pactos acerca de la ampliación de las horas complementarias se encuentra en la negociación colectiva, aunque muy ocasional-

mente, un tratamiento de las llamadas ampliaciones de jornada. Estas ampliaciones de jornada consisten en un pacto novatorio por el cual el trabajador a tiempo parcial pasa a prestar servicios a tiempo completo de manera temporal.

Aun cuando un pacto de este tipo permite orillar los límites legales de las horas complementarias, puesto que el trabajador que los suscribe pasa a jornada completa, con independencia de cual sea la que venga desempeñando previamente, no parece que puedan ser considerados ilegales sin más puesto que vienen amparados por las facultades constitutivas de la autonomía individual –siempre, por supuesto, dentro de los límites que la misma presente en función, por ejemplo, con el carácter temporal de la ampliación–. De hecho, el criterio jurisprudencial que permite la posible acumulación de contratos a tiempo parcial entre un trabajador y una misma empresa permite con facilidad llegar a tal conclusión<sup>1389</sup>.

Aunque son pocos los convenios en los que la cuestión se regula, es muy probable que se trate de una práctica extendida. Ello explica, a nuestro juicio, que la virtualidad principal de aquellos sea establecer garantías para su correcta utilización, insistiendo, por ejemplo, en la aplicación del principio de causalidad de los contratos temporales a las indicadas ampliaciones<sup>1390</sup> o previendo que un período de prestación en este régimen superior a una cierta cantidad conduce a la definitiva novación del contrato<sup>1391</sup>.

## 10.2. Las garantías de la exigencia de horas complementarias

Si, como criterio general, los convenios colectivos miran a la ampliación del número de horas complementarias que pueden ser pactadas entre empresario y trabajador a tiempo parcial, parece razonable pensar que esta tendencia ha de ir acompañada de otra dirigida a rodear de garantías la exigencia de este tipo de horas. De hecho, se detectan en los convenios colectivos distintas clases de las mismas.

a) De manera excepcional, se encuentran algunas garantías de carácter formal. Así, en un convenio se impide expresamente la posibilidad de pactarlas de manera sobrevenida. Sólo cabe preverlas «en el contrato de trabajo, siendo nulo cualquier pacto que sobre dicha materia se pretenda formalizar con posterioridad a la celebración del contrato a tiempo parcial»<sup>1392</sup>. En otro caso, la garantía formal se relaciona con la predeterminación en el contrato o en el pacto de horas complementarias de las franjas horarias, días y períodos en los que serán exigibles, sin que quepa sobrevenidamente que todo ello pueda ser objeto de alteración unilateral<sup>1393</sup>. Por último, en algún convenio se prevé la notificación empresarial de su desarrollo al Comité de empresa<sup>1394</sup>.

b) Estas últimas ideas enlazan con las garantías vinculadas a la delimitación temporal de los momentos de exigencia de las horas complementarias. El sistema de franjas predeterminadas en el contrato se complementa en

algún convenio con el establecimiento de límites en relación con la jornada diaria del trabajador –de modo que no cabe exigirlos si no van antes o a continuación del horario ordinario, no cabe realizar más de una interrupción diaria o no son exigibles en los días en los que el horario ordinario alcance por sí mismo una cierta entidad<sup>1395</sup>– o con la exigencia semanal –aplicando con los matices oportunos el límite semanal previsto para los trabajadores a tiempo completo a los que lo son a tiempo parcial–.

De este tipo de cuestiones se ocupan, sin embargo, pocos convenios. La cuestión que más preocupa en el terreno de la concreción temporal de la exigencia de las horas complementarias se relaciona con su distribución regular o irregular. La negociación colectiva se decanta indudablemente por esta última. La mayor parte de los convenios que abordan la cuestión se inclinan por ella, directamente<sup>1396</sup> o indirectamente, mediante el reconocimiento de que la distribución de las horas complementarias se produce según las necesidades de la empresa<sup>1397</sup>. Es más, incluso en los casos en los que se recoge la necesidad de distribuir regularmente por trimestres, se admite la posibilidad de acumular eventuales excedentes de uno en el siguiente<sup>1398</sup>, exigiéndose como mucho informar sobre el particular a los representantes de los trabajadores<sup>1399</sup>. En esta misma línea, existe algún convenio que obliga a realizar, durante el primer trimestre, una planificación anual de la distribución de las horas complementarias<sup>1400</sup>.

Dentro de las cuestiones que ahora nos ocupan resulta interesante resaltar la estipulación convencional que, en un caso, permite al trabajador, con la finalidad de atender responsabilidades familiares o razones formativas, excluir períodos de hasta dos meses al año de la prestación de horas complementarias, con preaviso de quince días, siempre que los mismos no coincidan con los de mayor actividad de la empresa<sup>1401</sup>.

c) Esta misma tendencia flexibilizadora se detecta en relación con los criterios formales para la exigencia individual de las horas complementarias. Legalmente se prevé la necesidad de que se produzca un preaviso de siete días, si bien se trata de una norma dispositiva para el convenio colectivo (art. 12.5.d] *in fine* ET). Pues bien, los convenios colectivos que se ocupan de la cuestión, tienden a disminuir el período de preaviso. En algún caso se hace directamente, fijando en cinco días el preaviso exigible<sup>1402</sup>. Lo más normal es, sin embargo, introducir excepciones a la exigencia legal.

Cierto que algunos convenios la mantienen incólume<sup>1403</sup> pero en un número significativo de casos tal mantenimiento va acompañado del establecimiento de significativas excepciones. Así, aunque el preaviso se fija en 7 días, por razones organizativas cabe reducirlo a 48 horas con exigencia de que se informe a los representantes de los trabajadores<sup>1404</sup>. En esta misma línea, y sin necesidad de informar a los representantes, se permite reducir el preaviso a la mayor brevedad posible<sup>1405</sup> o al día anterior (o incluso al propio día) cuando la necesidad de que se trate «surja de forma no prevista» (o constituya «urgencia sobrevenida» que no haga posible el preaviso de un día)<sup>1406</sup>. En otros casos, la exigencia legal se reserva a aquellos casos en los



que la prestación de horas complementarias se haya de producir antes del inicio de la jornada ordinaria pero basta «simple aviso verbal» cuando lo que se hace es aplazar la finalización de la jornada<sup>1407</sup>.

d) Tampoco es muy frecuente prever otro tipo de garantías. Esta idea es predicable, de entrada, de la consolidación de horas complementarias. Se da en algunos convenios, aunque en condiciones diferentes. En algún caso, la consolidación no aparece sujeta a exigencia temporal alguna<sup>1408</sup>, aunque lo más normal es que se produzca en períodos largos de al menos tres años<sup>1409</sup>, condicionándose además en algún caso a que se haya realizado un mínimo de horas<sup>1410</sup>. El porcentaje de horas consolidables se fija en el 30 %<sup>1411</sup>, si bien en algún caso, es superior<sup>1412</sup>.

La misma idea es predicable de la mejora del sistema de denuncia por el trabajador del pacto de horas complementarias. Alguna vez se reproduce la regulación legal<sup>1413</sup>, aunque la mayor parte de los pocos convenios que se dedican al tema proceden a mejorar los criterios en los que el trabajador puede proceder a denunciar unilateralmente el pacto, bien porque se rebaja la exigencia anual prevista en el art. 12.5.g) ET para poder denunciarlo<sup>1414</sup>, bien porque, más frecuentemente, se permite denunciar el pacto sin sometimiento a exigencia causal alguna<sup>1415</sup>.

## Notas

<sup>859</sup> En la actualidad, apartado 3 del capítulo V del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2007 –prorrogado para 2008–, en el que se alude a la limitación de las horas extras que no sean estrictamente necesarias.

<sup>860</sup> Sobre la utilización de la jornada irregular y las bolsas de horas de disponibilidad como alternativa a las horas extras, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Horas extraordinarias (en torno al artículo 35)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 100, 2000, p. 753.

<sup>861</sup> Con apoyo en datos de la Encuesta de Coyuntura Laboral, la Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de 2006, elaborada por el CES, p. 411, indica que las horas extras realizadas por trabajador aumentaron 0,9 horas más en 2006.

<sup>862</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva», *Relaciones Laborales*, 1999-1, p. 318.

<sup>863</sup> En el ámbito estatal, <20<; <13<; <21<; <41<; <30<; <32<; <62<; <70<; <77<; <84<; <111<; <2<; <88<; <104<. A nivel provincial y autonómico, <126<; <145<; <163<; <209<; <216<; <230<; <232<; <233<; <234<; <238<; <242<; <244<; <262<; <264<; <283<; <291<; <299<. Y en el ámbito empresarial, <323<; <325<; <329<; <346<; <348<; <349<; <384<; <385<; <388<; <390<; <394<.

<sup>864</sup> Art. 10 <42<; y de hecho, el art. 13 <196< se remite al Convenio General del Sector, aunque sí establece tablas retributivas sobre las horas extras.

<sup>865</sup> Art. 4 <64<; art. 8 <45<; arts. 11 y 12 <89< –este último, reservando para ámbitos inferiores la retribución o compensación–. Por su parte, los arts. 3 <101< y 8 <12< se reservan para sí la «delimitación de las horas extraordinarias».

<sup>866</sup> Es el caso del art. 4 <83<.

<sup>867</sup> Art. 3 <332< –reserva al ámbito estatal las clasificaciones de horas extraordinarias, dejando las materias no relacionadas a los acuerdos de centro–.

<sup>868</sup> Art. 22 <345<, aunque, pese a la remisión, aborda la cuantía de la compensación.



<sup>869</sup> ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las horas extraordinarias», en APARICIO TOVAR, J. y LÓPEZ GANDÍA, J.: *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007, p. 60.

<sup>870</sup> Por ejemplo, la STS de 24 de junio de 1992, rec. n.º 2010/1991, indica que se considera hora extraordinaria la que implica una superación de la jornada ordinaria que «responde a una tarea ocupacional con existencia real, efectiva y actual». Asimismo, STS de 21 de julio de 1988 (Ar. 6223). En la doctrina, por todos, DE LA VILLA GIL, L.E.: «El concepto de “hora extraordinaria”», en DE LA VILLA GIL, L.E. (Coord.): *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Ed. ACARL, Madrid, 1991, pp. 366-367.

En la negociación colectiva, por ejemplo, el art. 17 <3< considera horas extraordinarias «las de trabajo *efectivo* que excedan de la jornada ordinaria anual de trabajo vigente en cada momento»; y asimismo, art. 16 <8<; art. 18 <12<; art. 22 <15<; art. 29 <64<; art. 11 <166<; art. 11 <178<; o art. 6 <387<.

<sup>871</sup> Sobre esta última cuestión, recordemos que la posición de los tribunales no resulta totalmente uniforme. En favor de integrar en el cómputo de la jornada los días de ausencia del trabajador, SSTSJ País Vasco de 20 de noviembre de 1998, rec. n.º 2400/1998 –considerando expresamente el exceso como horas extraordinarias–, Castilla y León (Burgos) de 30 de marzo de 2006, rec. n.º 218/2006; La Rioja de 13 de diciembre de 2007, rec. n.º 250/2007 –todas ellas respecto a permisos retribuidos–; y Cataluña de 19 de octubre de 2004, rec. n.º 8778/2003 –respecto a suspensión por incapacidad temporal, si bien con apoyo en el texto del convenio colectivo–. Entendiendo, por el contrario, que no computan a efectos de jornada, SSTSJ Castilla-La Mancha de 13 de octubre de 2006, rec. n.º 1464/2006 –respecto a permiso retribuido por asuntos propios–; y SSTSJ Andalucía (Granada) de 13 de enero de 2004, rec. n.º 2153/2003; Murcia de 27 de septiembre de 2004, rec. n.º 871/2004, 903/2004 y 904/2004; La Rioja de 13 de diciembre de 2007, rec. n.º 250/2007 –todas ellas respecto a la suspensión por incapacidad temporal–.

El tratamiento del tema en la negociación colectiva es escaso. En relación a la organización de la jornada flexible, el art. 82 <46< afirma que «En el supuesto de bajas por incapacidad laboral transitoria acaecidas durante los períodos de variación de jornada, las compensaciones se efectuarán por días efectivamente trabajados y de presencia en la empresa». Por su parte, el art. 8 <150< indica: «En el caso de ausencias al trabajo por incapacidad temporal, por disfrute de los permisos previstos en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores o en los artículos 28 y 29 de este convenio, o por cualquier otra causa que justifique la ausencia, sea o no ésta retribuida, a efectos del número anual de días de trabajo efectivo previstos en los apartados anteriores se computarán como trabajados los días laborables comprendidos en el período o períodos de ausencia».

En la doctrina, ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las horas...», cit., pp. 72-73, propugna que, tanto en supuestos de suspensión del contrato como de reducción de jornada, cabe admitir que el trabajador ha realizado horas extraordinarias cuando, pese a no sobrepasar la jornada anual pactada, sí ha realizado un número de horas mayor al que proporcionalmente le corresponderían en atención al tiempo en que ha estado en activo, sin el contrato suspendido. Al respecto, STSJ Cataluña de 1 de junio de 2006, rec. n.º 1852/2005. Advierte no obstante el autor que dicho cálculo proporcional no significa establecer la ficción de que el trabajador en suspensión contractual ha realizado las mismas horas extras que sus compañeros y que tiene derecho a su compensación –cfr. STS de 9 de febrero de 2000, recud. n.º 757/1999–.

<sup>872</sup> Sobre esta naturaleza jurídica, SALA FRANCO, T. (Dir.): *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva*, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, p. 97.

<sup>873</sup> Ténganse en cuenta, no obstante, las peculiaridades que respecto a duración de la jornada se prevén en el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, por el que se regulan las jornadas especiales de trabajo.

<sup>874</sup> En la doctrina, entre otros, SEMPERE NAVARRO, A.V.: «El marco jurídico de las “horas extras”», *Aranzadi Social* 2001-V, pp. 254-255; ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Comentarios al art. 35», en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Ed. Comares, Granada, 1998, p. 457.

En los tribunales, STS 15 de diciembre de 1992, recud. n.º 315/1992; y más claramente, afrontando de forma directa la alternativa expuesta, STS de 18 de septiembre de 2000, recud. n.º 1696/1999, en la que se explicaba que «los cánones de la interpretación gramatical y de la interpretación finalista apuntan en el sentido indicado, ya que la idea de horas extraordinarias surge

por contraposición a la de trabajo ordinario u horas ordinarias, y es más lógico referir éstas en concreto a las practicadas en las distintas empresas y sectores de actividad que al módulo legal abstracto establecido con carácter general. A ello debe añadirse, por vía de interpretación sistemática, que el propio legislador utiliza esta referencia de la jornada convencional o pactada, y no la de la jornada legal, en la definición del trabajo a tiempo parcial (art. 12.1 del ET), e implícitamente en la prohibición en el mismo de las horas extraordinarias (art. 12.4.b ET). La delimitación del concepto de horas extraordinarias por referencia a las horas ordinarias acordadas en convenios colectivos es también la tónica en Derecho comparado».

<sup>875</sup> Art. 28 <174>: «Se considerarán horas extraordinarias aquellas que excedan de la jornada laboral ordinaria»; y en términos parecidos, art. 16 <8>; art. 41 <10>; arts. 41 y 46 <26>; art. 21 <101>; art. 33 <96>; art. 36 <87>; art. 50 <109>; art. 23 <50>; art. 23 <71>; art. 39 <79>; art. 33 <44>; art. 34 <6>; art. 21 <128>; art. 83 <136>; art. 29 <156>; art. 42 <179>; art. 17 <188>; art. 31 <193>; art. 23 <282>; art. 24 <279>; art. 21 <297>; art. 17 <358>; art. 22 <363>; art. 45 <377>; art. 38 <378>; art. 32 <386>; art. 28 <392>.

<sup>876</sup> Capítulo II del Título X <27>: «Tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo efectivo que se realicen sobre la duración de la jornada ordinaria pactada en el presente Acuerdo o sobre la establecida en el ámbito de cada empresa, si fuere ésta inferior». Conforme al art. 30 <82>: «Tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada en los convenios colectivos de ámbito inferior». Y remitiéndose también a la superación de la jornada estipulada en convenio, entre otros, art. 29 <64>; art. 17 <80>; art. 20 <31>; art. 22 <33>; art. 32 <53>; art. 30 <54>; art. 42 <24>; art. 33 <25>; art. 41 <94>; art. 22 <15>; art. 10 <28>; art. 16 <106>; art. 42 <108>; art. 9 <14>; art. 16 <67>; art. 48 <149>; art. 24 <187>; art. 18 <227>; art. 21 <237>; art. 12 <241>; art. 12 <281>; cláusula adicional 3ª <298>; art. 24 <312>; art. 3 del capítulo V <340>; art. 27 <373>; etc. En algunos casos, los convenios se refieren también al exceso de la jornada programada o establecida en cada centro de trabajo: art. 6 <387>; art. 22 <396>.

Por su parte, algunos convenios se refieren tanto a la superación de la jornada convencional como de la menor jornada estipulada contractualmente. Es el caso del art. 19 <301>: «Tendrán la consideración de horas extraordinarias todas aquellas que excedan de la jornada laboral establecida en el presente Acuerdo o de la de aquellos trabajadores que, por razones legales o contractuales, tuvieran acreditada individualmente una jornada de trabajo inferior a la antes señalada»; y en parecidos términos, art. 15 <55>; art. 51 <9>; art. 49 <60>.

En algún caso, sólo se hace referencia al exceso sobre la jornada contractual: art. 34 <30>, conforme al cual, «son horas extraordinarias las que se realicen por encima de la jornada contractualmente establecida».

Y también, a veces, se hace alusión a la superación de la jornada «pactada», sin más precisiones: art. 24 <58>; art. 24 <118>.

<sup>877</sup> STS de 8 de octubre de 2003, rec. n.º 48/2003. También, SSTS de 21 de febrero de 2006, recud. n.º 2831/2004, 3338/2004; y de 22 de febrero de 2006, recud. n.º 3665/2004; dictadas en Sala General y seguidas por otros pronunciamientos como las SSTS de 6 de marzo de 2006, recud. n.º 2843/2004; de 24 de marzo de 2006, recud. n.º 2714/2004; de 28 de marzo de 2006, recud. n.º 5114/2004; de 29 de mayo de 2006, recud. n.º 2842/2004; de 8 de junio de 2006, recud. n.º 1693/2005; de 4 de julio de 2006, recud. n.º 858/2005; de 10 de julio de 2006, recud. n.º 3938/2004; de 18 de septiembre de 2006, recud. n.º 1659/2005; de 11 de octubre de 2006, recud. n.º 1641/2005; de 14 de noviembre de 2006, recud. n.º 5464/2004; de 27 de noviembre de 2006, recud. n.º 3134/2005 y 4919/2005; de 5 de diciembre de 2006, recud. n.º 2233/2005; o de 5 de julio de 2007, recud. n.º 1870/2006.

<sup>878</sup> Un análisis crítico de las conclusiones y problemas derivados de esta doctrina del Tribunal Supremo, en EZQUERRA ESCUDERO, L.: «Horas extraordinarias y horas complementarias: cuestiones cruciales», *Aranzadi Social* n.º 4, 2007, en especial, pp. 68 y 84-86.

<sup>879</sup> Por todas, la STS de 21 de febrero de 2006, recud. n.º 3338/2004, reconoce que aun cuando en alguna sentencia anterior el propio Tribunal Supremo afirmara que las horas extraordinarias eran las que se efectuaban por encima de la jornada pactada y no de la máxima legal de 40 horas del art. 34 ET (STS de 18 de septiembre de 2000), «sin embargo, parece más ajustada a la literalidad de los artículos 34 y 35 ET puestos en relación uno con otro, la interpretación de

que sólo cabe calificar de horas extraordinarias las que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior, el 34, en el que se establece en 40 horas semanales la duración máxima de la jornada ordinaria».

<sup>880</sup> De hecho, la doctrina judicial posterior a los pronunciamientos del Tribunal Supremo sigue partiendo de la existencia de horas extras a partir de la jornada máxima pactada en el convenio: SSTSJ País Vasco de 21 de febrero de 2006, rec. n.º 2318/2005; Cataluña de 15 de mayo de 2006 y de 5 de julio de 2006, rec. n.º 3730/2006 y 677/2005; etc.

<sup>881</sup> Vid. EZQUERRA ESCUDERO, L.: «Horas extraordinarias y...», cit., p. 79.

<sup>882</sup> Es el caso del art. 27 <53>: «Para el personal docente, la jornada lectiva semanal quedará referenciada en 27 horas. Así mismo, el centro dispondrá de 237 horas complementarias al año, que se podrán distribuir a lo largo del mismo por el titular, en atención a las especiales características y necesidades del centro, no pudiendo exceder la jornada diaria de 8 horas, incluidas las horas lectivas. [...] Previo acuerdo entre empresa y trabajador, la jornada laboral anual podrá ser incrementada en un máximo de 90 horas, que no tendrán el carácter de horas extraordinarias, siendo de libre oferta y de voluntaria aceptación, dándose preferencia a los contratados a tiempo parcial. Tales horas se retribuirán adicionalmente, tomando como referente el precio de la hora ordinaria establecido en este Convenio». Vid. asimismo, arts. 39.3 y 46 <95>.

En aplicación de una cláusula convencional que, habiendo fijado una jornada anual de 1.744 horas, permitía requerir el trabajo voluntario de los trabajadores hasta un máximo de ocho sábados, la STSJ La Rioja de 28 de marzo de 2000, rec. n.º 97/2000, declara la inclusión de este tiempo de trabajo dentro de la jornada ordinaria y afirma que la voluntad de las partes firmantes del convenio «no era la de dar a las horas trabajadas los sábados... la naturaleza de horas extraordinarias, sino la de complemento voluntario de la jornada obligatoria anual».

A su vez, argumentando en favor de esta posibilidad y repasando las posiciones doctrinales al respecto, MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Ed. Edersa, Madrid, 2000, pp. 24 a 27; asimismo, DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 53. En contra, entre otros, MERINO SENOVILLA, H. y ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: «Los convenios de enero y febrero. Las horas extraordinarias como medida de fomento al empleo en la negociación colectiva», *Relaciones Laborales*, n.º 9, 1987, p. 79; EZQUERRA ESCUDERO, L.: «Horas extraordinarias y...», cit., pp. 74-75, en tanto se trate de una jornada complementaria incierta en su realización y duración.

<sup>883</sup> Remarcando algunos riesgos ligados a esta posibilidad, ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las horas...», cit., pp. 67-68.

<sup>884</sup> Por ejemplo, <1<, cuyo art. 16 establece una jornada laboral ordinaria máxima de 1.800 horas anuales, limitándose a regular en su art. 36 la compensación o retribución de las horas extraordinarias, pero sin ofrecer una definición de las mismas; y un esquema similar en los arts. 29 y 34 <39>; arts. 25 y 31 <47>; etc.

<sup>885</sup> SSTS de 8 de octubre de 2003, rec. n.º 48/2003; y de 20 de febrero de 2007, recud. n.º 3657/2005.

<sup>886</sup> Cfr. ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las horas...», cit., p. 66.

<sup>887</sup> En su tenor literal parece el caso del art. 72 <112>: «Los porteros, guardas y vigilantes no comprendidos en el supuesto anterior, es decir, que no disfruten en su lugar de trabajo de casa-habitación podrán trabajar cuarenta y cinco horas semanales, remunerándose a prorrateo del salario convenio las que excedan de las cuarenta semanales y sólo se aplicará el recargo de horas extraordinarias, a que hace mención el artículo 61, sobre las que excedan de las aludidas cuarenta y cinco horas».

<sup>888</sup> En tal sentido, STSJ Extremadura de 19 de enero de 2006, rec. n.º 699/2005.

En la negociación colectiva, por ejemplo y en principio, art. 38 <165> y art. 11 <166>: «Se consideran horas extraordinarias las que rebasen las cuarenta horas semanales o las nueve horas diarias de trabajo efectivo»; o art. 29 <400>.

<sup>889</sup> Perfectamente se refleja en el art. 20 <119> que tras fijar una jornada anual «en el año 2006 1.788, en 2007 en 1.784 horas anuales de trabajo efectivo, todo ello estableciendo como norma 40 horas semanales», admite que «las empresas excepcionalmente y en un cómputo de 90 días continuados al año, es decir 454 horas, podrán establecer la jornada laboral de carácter

irregular, [...], considerándose que el exceso que se puede realizar en dicho período no tiene consideración de horas extraordinarias y podrán compensarse con los descansos correspondientes». En la doctrina, *vid.* EZQUERRA ESCUDERO, L.: *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006, pp. 388-389 y 396.

<sup>890</sup> Art. 14 <159>: «Al objeto de evitar un cómputo tan dilatado como es el anual para la determinación y percepción de las horas extraordinarias que pueden devengarse por exceso de la jornada anual pactada, se considerarán horas extraordinarias y se pagarán mensualmente todas aquellas que excedan de la jornada semanal que en cada empresa comporte la pactada anualmente, conforme al calendario laboral que pueda establecerse, que deberá efectuarse en el plazo de un mes a contar de la fecha de publicación en el BOP. En su defecto la jornada anual se corresponderá generalmente con una jornada semanal de cuarenta horas de trabajo real y efectivo». Vinculando también la existencia de horas extraordinarias con la superación de la jornada semanal, art. 36 <78>; art. 46 <95>; art. 34 <122>; art. 12 <125>; art. 17 <132>; art. 32 <135>; art. 11 <178>; art. 44 <182>; art. 31 <184>; art. 19 <198>; art. 15 <218>; art. 24 <278>; o art. 8 <280>. Calificando como horas extraordinarias las que excedan de la «jornada anual pactada o de la distribución semanal que, en cada momento, realice la empresa», art. 8.7 <11>; art. 44 <182>; art. 16 <212>. Consideran horas extraordinarias las que «excedan de la jornada ordinaria, diaria o semanal», fijada en convenios colectivos o acuerdos de empresa –art. 28 <116> y art. 29 <154>–, o establecida en calendarios laborales –art. 29 <161>–.

<sup>891</sup> Art. 6 <306>: «En los meses de junio a septiembre que las partes entienden como de mayor actividad, los trabajadores fijos discontinuos y eventuales efectuarán una jornada ordinaria mensual de 168 horas en junio, 168 horas en julio, 176 horas en agosto y 168 horas en septiembre como máximo de trabajo efectivo. Sólo a partir de la superación de las citadas horas mensuales se considerarán como extras las horas que excedan de aquellos»; o art. 9 <164>. Por su parte, art. 9 <150>: «Las horas de trabajo efectivo que rebasen el máximo legal semanal, pero no superen la jornada ordinaria que en cómputo de cuatro semanas corresponda, según se establece en el artículo 8, no tendrán naturaleza de extraordinarias. Las que excedan de la jornada correspondiente al período de cuatro semanas, así como las que rebasen las nueve horas diarias de trabajo efectivo, tendrán la naturaleza de horas extraordinarias».

<sup>892</sup> El <382> indica en su art. 18 que «la jornada anual se distribuirá bimestralmente en forma proporcional. Igualmente, finalizado el bimestre se verificará la realización de la jornada distribuida, de manera que, en su caso, el exceso se retribuya como horas extraordinarias»; añadiendo en su art. 20 que «en todo caso, se considerará como hora extraordinaria la que supere el máximo bimestral y/o anual de jornada regulado en el artículo 18 del presente convenio». También, art. 19 <57>; art. 39 <79>; art. 49 <165>; art. 16 <167>; art. 18 <171>.

<sup>893</sup> Art. 19 <235>: «Se considerarán horas extraordinarias las que excedan de la jornada ordinaria máxima anual pactada y aquellas que excedan de 40 horas efectivas semanales de promedio, en un período de referencia de 3 meses». También art. 28 <327>: «Tendrán la consideración de horas extras aquellas que excedan la jornada trimestral programada»; o art. 42 <105>.

<sup>894</sup> Art. 18 <12>: «Tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas que excedan, en cómputo semestral, de la jornada de trabajo efectivo pactada en este Convenio»; *vid.* asimismo, art. 21 <271>.

<sup>895</sup> Por ejemplo, art. 13 <157>: «Tendrán carácter de horas extraordinarias aquellas que –efectivamente trabajadas– excedan de los límites o cómputos de jornada ordinaria pactados diarios, semanal, bisemanal o anual». También, art. 16 <175>: «Se considerarán horas extraordinarias aquellas que superen las 1.816 horas al año, las 166 horas al mes o las 9 diarias». O asimismo, art. 38 <239>; y art. 17 <289>.

<sup>896</sup> Art. 13 <290>: «Se consideran horas extraordinarias aquellas que se realicen fuera o sobre la jornada laboral establecida en el calendario laboral de la Empresa»; asimismo, art. 29 <16>; art. 30 <39>; art. 41 <48>; art. 17 <158>; art. 19 <199>; art. 14 <229>; art. 24 <287>; art. 6 <306>; art. 11 <360>; o art. 44 <376>. Conforme al art. 31 <23>, son horas extraordinarias «todas aquellas que se realicen fuera del horario pactado en el Calendario Laboral»; y de modo similar, art. 43 <102>; art. 15 <308>; art. 21.1 <309>.

<sup>897</sup> Así se expresa, por ejemplo, el art. 10 <107>: «La Dirección de las empresas, avisando por escrito con una antelación mínima de siete días, podrán prolongar la jornada diaria habitual

del personal operario en una hora y quince minutos, como máximo, y durante dos períodos al año, que no excedan de sesenta horas de prolongación, cada período. [...] Si por cualquier circunstancia o causa el trabajador/a se viese afectado en la aplicación de la flexibilidad de forma superior a la proporción mencionada anteriormente, la empresa vendrá obligada a compensar el exceso como si de horas extraordinarias se tratase». También, art. 6 <306<, ya reproducido en una nota previa.

En los tribunales, en cierto modo parece deducirse de la STS de 19 de noviembre de 2002, rec. nº 58/2002, que en relación a un convenio que, además de fijar la jornada anual, establece una jornada semanal de 37,5 horas –si bien, de carácter general y con posibles excepciones–, se pronuncia respecto a su incidencia sobre unos centros de trabajo en que la jornada anual se halla distribuida de forma irregular en módulos semanales –fundamentalmente, unas semanas se trabajan 35 horas y otra 42–: al respecto, empieza afirmando que a este supuesto «no le sería de aplicación el módulo de jornada semanal fijo, sino sólo el límite modular anual»; más tarde, no obstante, reconoce que la cláusula por la que se permite la compensación de las horas extraordinarias por períodos de descanso en los cuatro meses siguientes a su realización «puede servir también para garantizar la compensación de las horas extraordinarias cuando éstas excedan de la jornada semanal irregular, en su caso, en ese cómputo cuatrimestral, pues con esa perspectiva ya es posible conocer tanto en una distribución regular como en cualquier distribución irregular de la jornada si cualquier concreto trabajador se ha hecho acceder o no al abono compensatorio de un exceso de jornada». Respecto a un supuesto en que el entonces vigente RD 2001/1983 admitía el cómputo de la jornada realizada en un ciclo de cuatro semanas, STS de 18 de noviembre de 1989 (Ar. 8080).

Con mayor claridad, la STSJ Castilla-León (Valladolid) de 13 de marzo de 2006, rec. nº 292/2006, señala que «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». Vid. también SSTSJ I. Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de mayo de 2002, rec. nº 821/2001; Asturias de 5 de diciembre de 2003, rec. nº 2164/2002; C. Valenciana de 14 de mayo de 2004, rec. nº 38/2004; Castilla-León (Valladolid) de 19 de diciembre de 2005, rec. nº 2117/2005.

<sup>898</sup> GARCÍA BLASCO, J.: «Flexibilidad del tiempo de trabajo; jornadas y descansos», en DE LA VILLA GIL, L.E. (Coord.): *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 311; PRADOS DE REYES, F.J.: «La ordenación del tiempo de trabajo en la Reforma del Estatuto de los Trabajadores», *Relaciones Laborales*, 1996, tomo I, p. 508; MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., pp. 29-30 y 33; DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El régimen jurídico...*, cit., pp. 38-39 y 42.

<sup>899</sup> Por ejemplo, art. 23 <276<: «Los cómputos semanales o anuales horarios que para cada colectivo se establezcan para cumplir con la jornada efectiva anual fijada, no podrán generar de por sí horas extraordinarias, ya que solamente tendrán tal carácter aquellas horas que con su realización se sobrepase la jornada efectiva anual pactada». Sobre esta declaración de ilegalidad, MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., p. 56; DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El régimen jurídico...*, cit., p. 49.

<sup>900</sup> Art. 34 <52<: «Tendrán la consideración de horas extraordinarias las horas de trabajo realizadas sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo en cómputo anual reflejada en el artículo anterior»; y en términos parecidos, art. 53 <9<; art. 28 <36<; art. 11 <38<; art. 30 <115<; art. 31 <97<; art. 35 <270<; art. 24 <317<; art. 26 <324<; art. 26 <326<; o art. 31 <330<. Por su parte, el art. 41 <48< indica: «Tendrá la consideración de hora extraordinaria, cada hora de trabajo que se realice sobre la duración de la jornada anual establecida en el artículo 37, o parte proporcional en el caso de contratos de duración inferior al año natural, puesta en relación con la distribución diaria o semanal que de la misma se haya establecido en el correspondiente calendario, según los criterios que se fijan en el artículo 38»; o art. 17 <3<.

<sup>901</sup> La STSJ I. Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 30 de septiembre de 1999, rec. nº 594/1999, constituye una buena síntesis de la doctrina que, por lo general, siguen los tribunales;

junto a otras afirmaciones indica que la autonomía colectiva «puede programar sistemas de distribución irregular que hagan posible que existan semanas laborales de más de cuarenta horas –artículo 34.2 ET–, siendo extraordinario el tiempo trabajado por encima de la jornada ordinaria correspondiente al módulo utilizado para programar la distribución irregular.[...] En este caso hay una nítida señalización de la duración de la jornada ordinaria anual de trabajo: 1728 horas de trabajo efectivo al año, cualquiera que fuere su distribución intraanual. Esta es la jornada de referencia en la empresa, según Convenio Colectivo en el que, tal jornada, se ha establecido, no hay otro inferior, y está acreditado que dicha jornada no ha sido superada, por lo que... no procede la percepción de horas extras». Tomando también como criterio de determinación de las horas extraordinarias el exceso sobre la jornada anual cuando ésta se distribuye de forma irregular, SAN de 18 de diciembre de 2001, rec. n.º 119/2001 –en fallo confirmado por la STS de 19 de noviembre de 2002, rec. n.º 58/2002–; SSTSJ Cataluña, n.º 2825/1998, de 16 de abril de 1998; Andalucía (Granada) de 14 de enero de 2003, rec. n.º 2501/2002; I. Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 8 de marzo de 2006, rec. n.º 979/2005; etc.

<sup>902</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Comentarios...», cit., p. 457; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Horas extraordinarias...», cit., pp. 750-751; ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las horas...», cit., pp. 70-71.

<sup>903</sup> SSTSJ Madrid de 25 de julio de 2000, procedimiento n.º 331/2000; C. Valenciana de 21 de noviembre de 2000, rec. n.º 57/1998.

<sup>904</sup> EZQUERRA ESCUDERO, L.: *Tiempo de trabajo...*, cit., p. 392.

<sup>905</sup> EZQUERRA ESCUDERO, L.: *Tiempo de trabajo...*, cit., pp. 392 y 397.

<sup>906</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., pp. 29-34 y 57-58 –que en tales casos apuesta por aplicar los límites legales, de forma que las horas trabajadas por encima de las 9 diarias y las 40 semanales serían extraordinarias–, y en *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, Ed. CES, Madrid, 2005, p. 186. También, DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El régimen jurídico...*, cit., pp. 38-42. No obstante, la STS 15 de diciembre de 1998, rec. n.º 1162/1998, admite la validez de una cláusula de jornada irregular en cómputo anual.

<sup>907</sup> Art. 37 <337<: «Los excesos de jornada derivados de esta distribución irregular, que por necesidades de empresa no puedan ser descansados en los seis meses siguientes a su realización, podrán considerarse y retribuirse como horas extraordinarias, previo arbitraje en los plazos previstos en el anexo 6 de este convenio». En la doctrina, MERINO SENOVILLA, H.: «Distribución del tiempo de trabajo en la negociación colectiva. El papel de la regulación tradicional y los nuevos contenidos», *Revista de Derecho Social*, n.º 2, 1998, p. 225.

<sup>908</sup> STS de 25 de febrero de 2008, recud. n.º 1058/2007, que en relación a un contrato temporal afirma que «el trabajador demandante solamente ha prestado servicios durante una parte del año (seis meses escasos), por lo que la jornada ordinaria máxima que a él corresponde debe ser proporcional con la que le correspondería en el caso de haber trabajado durante el año completo... Pero el actor, que ha trabajado durante aquella parte del año en que la jornada es más larga de lo normal, no ha podido compensar este exceso de horas con la jornada inferior que está fijada para aquellos meses en que se trabajan menos horas, y esta imposibilidad de compensación ha estado motivada por el hecho de que la duración de los servicios no se ha prolongado durante el tiempo suficiente para permitir haber llevado a cabo esta compensación. Así pues, ..., nos hacen llegar a la conclusión en el sentido de que habida cuenta de la duración de la relación laboral, el actor ha trabajado 42 más de las que correspondían a su jornada anual máxima y, consiguientemente, estas horas deben serle retribuidas como extraordinarias».

Con esta afirmación, el Tribunal Supremo se opone al criterio mantenido por varios pronunciamientos de la doctrina judicial, que venían negando la calificación de extraordinarias a estas horas de exceso –SSTSJ Navarra de 29 de mayo de 2006, rec. n.º 143/2006 (respecto a un supuesto de extinción por causas objetivas)–, sin perjuicio de reconocer el derecho a su retribución como horas ordinarias –SSTSJ Castilla-La Mancha de 23 de marzo de 2006, rec. n.º 1668/2004; de 11 de mayo de 2006, rec. n.º 307/2005; de 24 de mayo de 2006, rec. n.º 169/2005 (en relación a la finalización de contratos temporales)–. En esta línea, ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las horas...», cit., pp. 71-72.

<sup>909</sup> Así se indica en el art. 39 <45<: «Si como consecuencia de la irregular distribución de la jornada, al vencimiento de su contrato el trabajador hubiera realizado un exceso de horas, con



relación a las que corresponderían a una distribución regular, el exceso será abonado en su liquidación, según el valor de la hora extraordinaria»; y de forma similar, art. 82 <46<. Sin remitirse al régimen de las horas extras, pero reconociendo un incremento retributivo sobre el valor de la hora ordinaria para estas horas de exceso, art. 28 <64<; o art. 71 <112< –este último, no obstante, negándoles de forma expresa la consideración de horas extraordinarias–.

<sup>910</sup> Es el caso del art. 37 <103<, en que se señala que «se consideran horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada diaria de trabajo», pero sin concretar la duración de ésta; y de forma similar art. 31 <184<; art. 39 <304<; art. 31 <389<.

<sup>911</sup> Así, art. 29 <161<; art. 38 <239<.

<sup>912</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E.: «Autonomía colectiva, días semanales hábiles para trabajar y horas extraordinarias. Comentario a la STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 marzo 1999 (AS 1999,1517)», *Aranzadi Social*, 1999, vol. II, p. 2635; y del mismo autor, *Régimen jurídico...*, cit., pp. 19-20.

<sup>913</sup> Expresamente, art. 21 <8<; anexo I <39<; art. 9 <150<; art. 38 <165<; art. 11 <166<; art. 24 <170<; art. 16 <175<; art. 11 <178<; art. 32 <135<; art. 15 <188<; art. 15 <218<; art. 32 <235<; art. 31 <379<. Asimismo, por remisión al precepto que fija la jornada máxima diaria en 9 horas, art. 13 <157< y art. 12 <189<.

<sup>914</sup> STSJ I. Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 30 de septiembre de 1999, rec. n° 594/1999. Vid. BALLESTER PASTOR, I. y RUANO ALBERTOS, S.: «Horas extraordinarias (art. 35)», en *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los trabajadores (De 1980 a 2005)*, Ed. CEF, 2005, Madrid, p. 350.

<sup>915</sup> SSTs de 22 de diciembre de 1992, recud. n° 40/1992; de 9 de diciembre de 1994, recud. n° 1859/1994; de 27 de febrero de 1995, recud. n° 2091/1994; de 4 de julio de 1995, recud. n° 166/1995; se trata de pronunciamientos que en este punto mantienen su virtualidad, aun cuando se refieran a litigios anteriores a la Ley 11/1994, por la que se incorporó la posibilidad de la negociación colectiva de ampliar la jornada diaria de 9 horas.

<sup>916</sup> En general, vid. GARCÍA NINET, J.I.: «Ordenación del tiempo de trabajo» en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.): *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, tomo I, vol. 2°, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, pp. 58-59; DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El régimen jurídico...*, cit., p. 32. En particular, respecto a las jornadas contractuales reducidas, no derivadas de la estipulación de un contrato a tiempo parcial, sino fruto de una condición más beneficiosa, MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., pp. 20-22. En la doctrina judicial, v.gr. STSJ País Vasco de 6 de noviembre de 2001, rec. n° 2086/2001.

<sup>917</sup> Así, calificando como extraordinarias las horas de exceso sobre una jornada diaria de 8 horas, art. 8 <185< y art. 120 <365< (por remisión a su art. 115); las de exceso sobre una jornada diaria de 7 horas y 45 minutos, art. 18 del anexo II <335< (por remisión al art. 16); respecto a una jornada de 6 horas y 40 minutos al día, arts. 15 y 17 <289<; y sobre una jornada de 6 horas diarias, art. 10 <183<. Un supuesto específico es el contemplado en el anexo V bis <132<, que respecto a trabajadores de servicios extraordinarios de hostelería (banquetes, cócteles, ...) fijan la jornada en 4 horas, computándose como extraordinarias las que excedan de este límite.

En cambio, en un supuesto en que por *pacto de empresa* se acuerda una jornada diaria de 6 horas 40 minutos de lunes a sábado u 8 horas de lunes a viernes, la STSJ Cataluña de 3 de octubre de 2000, rec. n° 1806/2000, no considera como extraordinarias las horas de exceso, por cuanto el *convenio* sólo otorga tal calificación a las horas que excedan de la jornada ordinaria convencional, la cual se había establecido en cómputo mensual.

<sup>918</sup> STS de 17 de noviembre de 1998, rec. n° 410/1998.

<sup>919</sup> Califican como horas extraordinarias el exceso sobre una jornada diaria de 10 horas, art. 8.7 <11<; art. 8 <90< (por remisión a su art. 7); art. 28 <116< (por remisión a su art. 26); art. 29 <154< (por remisión a su art. 28). Por sobrepasar las 10 horas y 30 minutos para el año 2007, art. 18 <171<; y por superar las 11 horas diarias, art. 49 <165<; si bien en ambos casos se indica que, en caso de jornada partida, se considerarán extraordinarias a partir de 8 horas y 30 minutos diarios. Y por sobrepasar las 12 horas al día de lunes a viernes y 8 horas los sábados, domingos y festivos, art. 26 <363<.

<sup>920</sup> ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las horas...», cit., pp. 65 y 69.

<sup>921</sup> Consideran horas extraordinarias por implicar un exceso de la jornada ordinaria anual: respecto al trabajo realizado durante el tiempo previsto para las vacaciones, SSTSJ Andalucía (Sevilla) de 21 de marzo de 1995, rec. n.º 3246/1993, y de 9 de enero de 1996, rec. n.º 11/1995; Cataluña de 29 de mayo de 2001, rec. n.º 539/200; y respecto al trabajo en festivos y descansos, SSTSJ Galicia de 12 de noviembre de 1998, rec. n.º 4144/1995; Cataluña de 5 de mayo de 2003, rec. n.º 5866/2002; o C. Valenciana de 14 de septiembre de 2004, rec. n.º 829/2004.

<sup>922</sup> Art. 8 <185>: «Tendrán la consideración de horas extras todas las realizadas en domingos y festivos, ... y las que se realicen desde las 14 a las 24 horas de los sábados, ...». Contemplando la posibilidad de retribuir económicamente como horas extraordinarias el exceso de trabajo realizado en días festivos o no laborables como alternativa al descanso compensatorio, art. 20 <188>; art. 8 <190>; art. 19 <193>; art. 38 <344>; art. 11 <393>; y de forma similar, respecto al trabajo en sábados excepcionalmente considerados por el convenio como laborables, art. 7 <220>. Asimismo, algunos convenios otorgan la retribución económica de las horas extraordinarias en caso de incumplimiento del disfrute del descanso semanal o del descanso en jornada continuada: art. 36 <114>; anexo C <130>; y art. 11.9 <366>. Ahora bien, conforme a la STS de 5 de junio de 2007, rec. n.º 81/2006, el hecho de que el trabajo en domingo suponga la realización y tratamiento retributivo de horas extras no excluye de que, adicionalmente, deba concederse el descanso semanal al trabajador.

<sup>923</sup> STSJ C. Valenciana de 23 marzo 1999, rec. n.º 287/1999, comentada por MONREAL BRINGSVAERD, E.: «Autonomía colectiva...», cit., pp. 2632-2635.

<sup>924</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid) de 23 de octubre de 2006, rec. n.º 1696/2006: «Desde una cierta doctrina, sólo existirían horas extraordinarias si se superase esa jornada máxima anual, pero no dentro de tales límites, puesto que toda hora realizada fuera del horario pactado pero que no supere la jornada máxima anual habría sido compensada en descanso, de manera que la compensación en metálico solo procedería por la realización de horas en exceso. Esta tesis sin embargo ha de ser rechazada, puesto que hace total abstracción de las restantes normas relativas a la distribución de la jornada y el tiempo de trabajo, normas que, ..., siguen lógicas distintas a la del mero intercambio económico de trabajo por salario [...]. ...el concepto de hora extraordinaria del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores no solamente puede referirse al número de horas de trabajo que superen el máximo de jornada pactado en el período de referencia pactado, sino también a aquellas horas de trabajo realizadas en el interior de tiempos que debieran ser de descanso, conforme a la normas, legales, reglamentarias o convencionales, sobre distribución de la jornada. [...] las normas del artículo 35.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores que permiten compensar las horas extraordinarias en descanso y no computar las horas compensadas en descanso a efectos del límite anual de ochenta horas no son de aplicación en ningún caso frente a normas sobre distribución de la jornada anual derivadas de exigencias de seguridad y salud, puesto que para la efectividad del objetivo de estas normas es esencial que se respeten las pausas de descansos mínimos en ellas establecidas y no cabe su alteración por la vía del traslado de los descansos a momentos diferentes, fuera de las excepciones permitidas expresamente por tales normas. [...] Tampoco pueden aplicarse esas normas para permitir que la empresa traslade libremente horas o días de descanso que el convenio quiere continuados y coincidentes con determinados días de la semana (sábado y domingo) a cualesquiera otros días a su antojo, porque con ello se permitiría un fraude al contenido de la norma convencional en el sentido del artículo 6.4 del Código Civil».

<sup>925</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., p. 17.

<sup>926</sup> MERINO SENOVILLA, H.: «La jornada de trabajo», en *La reforma del mercado laboral*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1994, p. 284.

<sup>927</sup> ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Civitas, 19ª edición, Madrid, 2001, pp. 276-277.

<sup>928</sup> V.gr. SSTSJ, Cantabria, S. Social, de 3 de diciembre de 1993, rec. n.º 968/1993; Cataluña, S. Contencioso-Administrativa, de 9 de junio de 1998, rec. n.º 690/1995.

<sup>929</sup> STS, S. Contencioso-Administrativa, de 22 de diciembre de 1989 (Ar. 9014). Vid. GARCÍA NINET, J.I.: «Ordenación...», cit., pp. 71-72; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Horas extraor-



dinarias...», cit., p. 754; BALLESTER PASTOR, I. y RUANO ALBERTOS, S.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 376.

<sup>930</sup> Expresamente, STSJ Cantabria de 11 de febrero de 1999, rec. n.º 58/1999. La idea se deduce también de la STS de 18 de julio de 1995, rec. n.º 949/1994.

<sup>931</sup> Por ejemplo, art. 36 <87<; art. 50 <109<; art. 16 <81<; art. 31 <184<; art. 13 <256<; art. 26 <259<; art. 7 <306<; art. 31 <379<; art. 45 <377<.

<sup>932</sup> SSTS, S. Contencioso-administrativo, de 25 de marzo de 2003, rec. n.º 2217/1998; de 23 de junio de 2003, rec. n.º 2443/1999. En la jurisdicción social, STSJ Andalucía (Granada) de 1 de octubre de 2002, rec. n.º 2410/2002.

<sup>933</sup> STS, S. Contencioso-administrativo, de 12 de julio de 1985 (Ar. 4209); STS, S. Civil, de 31 de mayo de 1997, rec. n.º 1913/1993.

<sup>934</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., pp. 111 y 113-119; seguido por DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El régimen jurídico...*, cit., p. 95; BALLESTER PASTOR, I. y RUANO ALBERTOS, S.: «Horas extraordinarias...», cit., pp. 376-377.

<sup>935</sup> Así, el art. 18 <252< señala: «Son horas extraordinarias de fuerza mayor, aquellas con una realización que está motivada por un *acontecimiento extraordinario originado por causas ajenas a la propia actividad empresarial*: incendio, inundación, explosión, derrumbes, etc.»; e igualmente, art. 20 <253<.

<sup>936</sup> Art. 29 <16<.

<sup>937</sup> Art. 36 <332<; o art. 32 <399< (también respecto a actos de terceras personas).

<sup>938</sup> MARTÍN SERRANO, A.L.: «Horas por necesidades urgentes y por fuerza mayor», en DE LA VILLA GIL, L.E. (Coord.): *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Ed. ACARL, Madrid, 1991, pp. 389 y 403-405.

<sup>939</sup> Por ejemplo, art. 11 <7<; art. 46 <26<; art. 8.7 <11<; Disposición Transitoria 2ª <46<; art. 41 <94<; art. 43 <102<; art. 55 <255<; art. 43 <257<; art. 14 <307<; art. 33 <314<; art. C-9 <320<; etc.

<sup>940</sup> Incluyendo dentro de las horas extra por fuerza mayor a las destinadas a salvaguardar materias primas, GARCÍA NINET, J.I.: «Ordenación...», cit., p. 71; CRUZ VILLALÓN, J. y GARCÍA MURCIA, J.: «La regulación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos (1980-1982)», *Revista de Política Social*, n.º 137, 1983, p. 502. Por su parte, la STS de 9 de junio de 1987 (Ar. 4312) parece admitir que los casos de avería o peligro inminente de pérdida de materias primas se incluyen en el art. 35.3 ET, en tanto predica su obligatoriedad.

<sup>941</sup> Normalmente, se alude a las averías de forma genérica: por ejemplo, art. 24 <58<; art. 12 <267<; art. 79 <304<; art. 19 <319<; art. 20 <331<; art. 36 <332<; art. 37 <344<; art. 44 <376<. En algunas ocasiones, no obstante, se matiza que debe tratarse de averías graves que puedan paralizar la producción –art. 39 <333<, y art. 35 <368<–; o que se trate de reparaciones perentorias y urgentes –art. 34 <343< y art. 29 <359<–; o asimismo, art. 28 y anexo II-art. 18 <335<.

<sup>942</sup> En tanto declara su obligatoriedad, la STS de 9 de junio de 1987 (Ar. 4312) parece admitir que los casos de avería quedan dentro del art. 35.3 ET; también la STSJ Cantabria de 11 de febrero de 1999, rec. n.º 58/1999, respecto a la reparación de daños importantes en una empresa química. En cambio, las SSTSJ, S. Contencioso-administrativa, Extremadura de 16 y 17 de octubre de 2000, rec. n.º 1806/1997 y 1805/1997, mantienen una postura contraria respecto a las horas trabajadas para la reparación de averías provocadas por la lluvia en las líneas telefónicas, dado que ni por su nivel ni por la gravedad de las consecuencias causadas constituyen una situación excepcional y, por tanto, no pueden calificarse como imprevisibles ni inevitables en cuanto a sus efectos. Por su parte, SEMPERE NAVARRO, V.: «El marco...», cit., p. 259, integra la reparación de averías entre las horas de emergencia.

<sup>943</sup> Art. 14 <86<; art. 36 <332<.

<sup>944</sup> Art. 33 <22<.

<sup>945</sup> Art. 33 <22<.

<sup>946</sup> Art. 22 <363<.

<sup>947</sup> Art. 34 <44>; art. 17 <67>; art. 32 <399>.

<sup>948</sup> Art. 21 <100>.

<sup>949</sup> Art. 11 <73>.

<sup>950</sup> ROA RICO, L.F.: «El nuevo régimen jurídico de las horas extraordinarias», en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.): *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, tomo I, vol. 2º, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, p. 134; MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., p. 119.

<sup>951</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., p. 64.

<sup>952</sup> Sobre el alcance de estas normas y las exigencias que requerían para la aplicación del tipo reducido a las horas extras estructurales –determinación previa en convenio y acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores–, DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El régimen jurídico...*, cit., pp. 74-76; y BALLESTER PASTOR, I. y RUANO ALBERTOS, S.: «Horas extraordinarias...», cit., pp. 372-374.

<sup>953</sup> Sobre la nota de la «excepcionalidad» requerida por las horas extras estructurales, DE LA VILLA GIL, L.E.: «El concepto...», cit., p. 366.

<sup>954</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Horas extraordinarias...», cit., pp. 754-755; BALLESTER PASTOR, I. y RUANO ALBERTOS, S.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 372.

<sup>955</sup> DE LA VILLA GIL, L.E.: «El concepto...», cit., p. 376; FERNÁNDEZ PRATS, C.: «Las horas extraordinarias voluntarias a la luz de las últimas reformas», *Aranzadi Social*, 1999-V, pp. 775-776; MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., p. 63.

<sup>956</sup> Sobre el tema, y advirtiendo sobre el posible interés de trabajador y empresario en no declarar la realización de horas extraordinarias, FERNÁNDEZ PRATS, C.: «Las horas...», cit., pp. 776-777.

<sup>957</sup> Cfr. art. 111 LGSS.

<sup>958</sup> FERNÁNDEZ PRATS, C.: «Las horas...», cit., p. 767; BALLESTER PASTOR, I. y RUANO ALBERTOS, S.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 372.

<sup>959</sup> Por ejemplo, definen las horas extraordinarias habituales por exclusión de las catalogadas como estructurales o por fuerza mayor, art. 24 <58>; art. 33 <314>; o art. 19 <319>; junto con otros muchos convenios que también hacen referencia a estas tres clases de horas extras y de los que se da cuenta en apartados posteriores. En otros casos, se diferencia únicamente entre las horas extras por fuerza mayor y las normales: art. 8.7 <11>; art. C-9 <320>.

<sup>960</sup> Por ejemplo, art. 17 <158>; «Se considerarán horas estructurales, pese a haberse suprimido por el momento la cotización reducida a la Seguridad Social, ...»; o también, art. 17 <3>; art. 29 <16>; art. 46 <26>; art. 17 <75>; art. 14 <86>; o art. 21 <101>.

<sup>961</sup> Es el caso del art. 28 <124>, que recoge la menor cotización prevista en el RD 1858/1981 para las horas extraordinarias por fuerza mayor y las estructurales. *Vid.* asimismo, art. 15 <56>; y art. 18 <59>.

<sup>962</sup> Entre otros, art. 16 <5>; art. 19 <141>; art. 26 <151>; arts. 38 y 49 <165>; art. 4 <168>; art. 18 <171>; art. 14 <175>; art. 39 <210>; art. 29 <215>; art. 29 <277>; art. 31 <328>; art. 14 <355>; etc.

Sobre la derogación tácita de la O.M 1 de marzo de 1983, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 755; DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El régimen jurídico...*, cit., p. 86.

<sup>963</sup> *Vid.* ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 755. Sobre la admisibilidad de la referencia a las horas extras estructurales a efectos de exigir la nota de causalidad en la jornada extraordinaria, FERNÁNDEZ PRATS, C.: «Las horas...», cit., p. 767; y MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., p. 65.

<sup>964</sup> Alertando ya sobre este riesgo a partir de la Ley 65/1997, FERNÁNDEZ PRATS, C.: «Las horas...», cit., pp. 776 y 781; y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 755.

<sup>965</sup> *V.gr.* art. 16 <5>; art. 29 <16>; art. 25 <69>; art. 25 <197>; art. 32 <206>; art. 21 <297>; art. 26 <324>; art. 31 <328>; art. 14 <355> –aun cuando este último, las excluye de los límites legales–.

<sup>966</sup> STS, S. Contencioso-Administrativa, de 19 de octubre de 1987 (Ar. 6784), que a efectos de rechazar la exclusión del cómputo de horas extraordinarias, desestima la alegación empresarial de que se trata de trabajos relacionados con conducción, bomberos, mantenimiento de carros de combate, etc. También, STS, S. Contencioso-Administrativa, de 5 de febrero de 1988 (Ar. 1258), respecto al trabajo realizado para acoplar los servicios de una central térmica. En general, STSJ Andalucía (Sevilla), S. Contencioso-Administrativa, de 8 de abril de 1999, rec. n.º 371/1996.

<sup>967</sup> STSJ Madrid de 25 de mayo de 1993, rec. n.º 2695/1993, que en atención a la situación de un hotel —próximo al aeropuerto—, considera que no son casos excepcionales, sino previsibles, las incidencias que sobre sus trabajadores pueden tener determinadas incidencias del tráfico aéreo, como suspensiones o cancelaciones de vuelos por causas climatológicas, averías o huelgas. La misma solución se aplica en la STSJ Andalucía (Granada) de 1 de octubre de 2002, rec. n.º 2410/2002, que considera que la diligencia empresarial exigible debe prever los períodos de interrupción de suministro eléctrico practicados como consecuencia de un contrato de ahorro suscrito por la empresa.

<sup>968</sup> Es la consideración que hace la STSJ Madrid de 14 de octubre de 1994, rec. n.º 4522/1993, respecto a la prolongación de la jornada derivada del retraso de más de una hora de los comensales a un banquete.

<sup>969</sup> Art. 30 <391>, respecto al sector de Mantenimiento de Aeronaves en Línea.

<sup>970</sup> Art. 32 <399>. También, el art. 29 <16>, si bien, matizando que debe tratarse de ausencias que no se puedan cubrir con personal interino y que puedan producir evidentes y graves perjuicios a la propia empresa o terceros.

Niegan el calificativo de fuerza mayor a las horas extraordinarias realizadas por la cobertura de ausencias por permisos o incapacidad temporal: SJS n.º 1 de Navarra, de 13 de diciembre de 1999, procedimiento n.º 451/1999, y STSJ Navarra de 22 de marzo de 2000, rec. n.º 81/2000; también SJS n.º 4 de Granada, de 11 de julio de 2001, procedimiento n.º 19/2001. Idéntico criterio respecto a sustituciones en el régimen a turnos: STS, S. Contencioso-Administrativa, de 24 de noviembre de 1993, rec. n.º 3711/1990.

<sup>971</sup> Art. 32 <399>. Por su parte, la STSJ, S. Contencioso-Administrativa, de Galicia de 22 de julio de 1996, rec. n.º 8212/1994, rechaza el carácter de hora extra por fuerza mayor a la generada por la aparición de incrementos en la demanda de productos.

<sup>972</sup> Art. 14 <86>. En paralelo, pero en sentido contrario, la STS, S. Contencioso-Administrativa, de 22 de diciembre de 1989 (Ar. 9014) niega el carácter de fuerza mayor a las horas extras realizadas para la puesta en marcha de una central térmica; y la STS, S. Contencioso-Administrativa, de 24 de noviembre de 1993, rec. n.º 3711/1990, respecto a la supervisión de puestos en marcha.

<sup>973</sup> STSJ Cantabria de 3 de diciembre de 1993, rec. n.º 968/1993. Sobre la diferencia entre horas extras por fuerza mayor y horas extras de urgente necesidad, MARTÍN SERRANO, A.L.: «Horas...», cit., p. 405.

<sup>974</sup> Art. 34 <44>; art. 17 <67>.

<sup>975</sup> Art. 9 <143>; art. 40 <354>; art. 17 <358>; anexo VIII <397>.

<sup>976</sup> Junto a otros muchos que se citan en el epígrafe 6, expresivo en este sentido es el art. 21 <213>: «A fin de clarificar el concepto de la hora extraordinaria estructural, se entenderán como tales aquellas que no puedan ser sustituidas por contrataciones temporales o a tiempo parcial, previstas en la Ley».

<sup>977</sup> Por ejemplo, art. 6 <147> que califica como horas extras estructurales «las necesarias por pedidos imprevistos, períodos punta de producción, ausencias imprevistas, cambio de turno u otras circunstancias de carácter estructural derivadas de la naturaleza de la actividad, siempre que no puedan ser sustituidas por la utilización de las distintas modalidades de contratación previstas legalmente»; y en similares términos, entre otros muchos, art. 17 <3>; art. 46 <26>; art. 15 <56>; art. 27 <61>; art. 21 <101>; art. 50 <109>; art. 12 <125>; art. 19 <141>; art. 9 <143>; art. 26 <151>; art. 17 <158>; art. 4 <168>; art. 42 <174>; art. 18 <252>; art. 20 <253>; art. 14 <307>; art. 29 <400>; etc.

<sup>978</sup> Meritorio en este sentido es el art. 31 <330> que excluye de la cláusula de mantenimiento de horas extraordinarias a «los períodos punta de producción que puedan considerarse como previsibles».

<sup>979</sup> Por ejemplo, sin mayores matices, el art. 36 <332> contempla la realización de horas extras estructurales «para cubrir bajas por ausencias imprevistas y/o licencias, cuando sea necesario para el proceso de producción y expedición», o igualmente el art. 20 <276> respecto a la cobertura por permisos sindicales; o el art. 34 <343> respecto a las incidencias en el turno derivadas de licencias retribuidas o incapacidad temporal por enfermedad o accidente. Asimismo, llaman la atención algunos convenios que admiten la realización de horas extras estructurales para períodos punta de producción por pedidos especiales «no previsibles o estacionales»: art. 27 <316>; art. 24 <317>; art. 27 <318>.

En cambio, y al margen de que el período fijado pueda parecer más o menos acertado, el art. 33 <22> considera horas extras estructurales las necesarias para cubrir períodos punta de trabajo por cambio tecnológico «durante los dos primeros meses»; el art. 20 <331> limita la obligación del trabajador de permanecer en su puesto por falta de relevo en el turno hasta un máximo de 2 horas; y el art. 22 <363> señala que, a fin de reducir las horas extras, la empresa celebrará contratos de interinidad para cubrir ciertas ausencias prolongadas, añadiendo que «este tipo de contratación nunca tardará en efectuarse más de 20 días».

En relación a esta cuestión, *vid.* MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., pp. 67-68.

<sup>980</sup> Por ejemplo, art. 27 <39>; art. 39 <210>; art. 19 <272>; anexo VIII <397>.

<sup>981</sup> Art. 38 <378>.

<sup>982</sup> Art. 33 <314>.

<sup>983</sup> Art. 6 <162>; art. 9 <164>; art. 31 <166>; art. 13 <172>; Anexo II-art. 18 <335>; art. 32 <399>.

<sup>984</sup> Art. 14 <86>; art. 15 <75>; art. 28 <124>; art. 38 <239>; art. 12 <267>; art. 27 <352>; art. 14 <355>.

<sup>985</sup> *Vid.* MATÍA PRIM, I.: «Las horas extraordinarias estructurales: el problema de su delimitación y efectos sobre la política de reducción del trabajo extraordinario», *Relaciones Laborales*, n.º 9, 1986, p. 124, quien explica cómo el ANE interpretó erróneamente la referencia en el AMI de 1980 al «mantenimiento» de las horas extras estructurales, creando a partir de esta confusión un nuevo supuesto de hora extra estructural.

<sup>986</sup> Art. 27 <316>; art. 24 <317>; art. 27 <318>; art. 17 <358>.

<sup>987</sup> Art. 29 <16>.

<sup>988</sup> Art. 33 <22>.

<sup>989</sup> Art. 18 <231>; art. 77 <311>; art. 33 <314>; art. 6 <322>; art. 30 <330>. En cambio, el art. 32 <321> niega que las horas dedicadas a inventario tengan la condición de estructurales.

<sup>990</sup> Art. 16 <5>; art. 29 <16>; art. 29 <215>; art. 16 <226> (éste, respecto al acuerdo de prolongar la jornada la víspera de Reyes); o art. 21 <297>.

<sup>991</sup> *Vid.* MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., pp. 69-70.

<sup>992</sup> Art. 29 <116>; art. 30 <154>; art. 29 <156>; art. 13 <157>.

<sup>993</sup> Art. 14 <355>.

<sup>994</sup> Art. 33 <314>.

<sup>995</sup> Sobre el contenido de los convenios en este punto, *vid.* MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., pp. 67-71.

<sup>996</sup> Art. 25 <69>; art. 11 <73>; art. 14 <86>; art. 18 <227>; art. 18 <231>; art. 21 <297>; art. 26 <324>; art. 31 <328>; art. 14 <355>; art. 38 <378>.

<sup>997</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., p. 71.

<sup>998</sup> Por ejemplo, art. 36 <96> y art. 11 <73> señalan que las horas extras realizadas por estas necesidades no se incluyen en el cómputo del número máximo de horas extraordinarias autorizadas; y el art. 14 <355> declara que «no estarán sujetas a los límites establecidos legalmente».

<sup>999</sup> Vid. STS de 8 de mayo de 1986 (Ar. 2506). En la negociación colectiva, por ejemplo, art. 20 <31>; art. 32 <53>; art. 30 <54>; art. 22 <123>; art. 29 <116>; art. 30 <154>; art. 29 <155>; art. 29 <156>; art. 29 <161>; art. 33 <314>; art. 19 <319>; anexo II-art. 18 <335>. Algunos convenios hacen referencia a la necesidad de previa autorización de los superiores: art. 28 <335>; art. 26 <339>; art. 40 <354>; art. 22 <363>.

<sup>1000</sup> STS de 20 de diciembre de 1996, rec. n.º 3413/1995.

<sup>1001</sup> Art. 30 <391>: «En los casos en los que un TMA se encuentre solo, tanto en su base principal como destacado, él mismo decidirá la necesidad o no de realizar las Horas Extras que crea pertinente. A su vuelta a Base o a la mayor brevedad posible, dará una explicación escrita de los motivos derivados para tal actuación».

<sup>1002</sup> Art. 9 <14>; art. 14 <30>; art. 15 <56>; art. 18 <59>; art. 13 <157>.

<sup>1003</sup> Art. 30 <39>; anexo II-art. 18 <335>. Además, el art. 32 <135> declara la preferencia de los trabajadores que presten servicios en el centro donde deban hacerse las horas extraordinarias.

<sup>1004</sup> Caso del art. 19 <319>. El art. 26 <379> establece la imposibilidad de que la prolongación de jornada pueda afectar a un mismo trabajador más de una vez a la semana.

<sup>1005</sup> Entre otros muchos, art. 22 <4>; art. 18 <12>; art. 29 <64>; art. 17 <158>; art. 39 <201>; art. 55 <255>; art. 43 <257>; art. 33 <265>; art. 20 <382>; etc. También, por ejemplo, declarando la voluntariedad de las horas extras estructurales, art. 46 <26>; art. 30 <39>; art. 17 <75>; art. 28 <117>; art. 38 <239>; art. 26 <326>; anexo II-art. 18 <335>; etc. Y respecto a las horas extras habituales, art. 31 <184>; art. 15 <305>. En algún convenio, como el art. 20 <310>, se declara el compromiso del comité de empresa de no oponerse a la libre aceptación por los trabajadores de las horas extras programadas por la empresa.

<sup>1006</sup> Art. 45 <377>.

<sup>1007</sup> V.gr. STSJ C. Valenciana de 4 de octubre de 2006, rec. núm. 2691/2006.

<sup>1008</sup> SSTs de 8 de mayo de 1986 (Ar. 2506); de 9 de junio de 1987 (Ar. 4312).

<sup>1009</sup> MARTÍN SERRANO, A.L.: «Horas...», cit., p. 384; MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., p. 111; SEMPERE NAVARRO, V.: «El marco...», cit., p. 258. También, respecto a una orden empresarial concreta, STS de 9 de diciembre de 1985 (Ar. 6075).

<sup>1010</sup> Por ejemplo, art. 22 <4>; art. 18 <12>; art. 29 <16>; art. 46 <26>; art. 10 <51>; art. 68 <42>; art. 41 <48>; art. 17 <75>; art. 29 <64>; art. 28 <117>; art. 34 <72>; art. 34 <30>; art. 51 <9>; art. 33 <98>; art. 34 <6>; art. 24 <121>; art. 29 <137>; art. 48 <149>; art. 13 <157>; art. 31 <184>; art. 29 <215>; art. 38 <239>; art. 7 <306>; art. 14 <307>; art. 26 <324>; art. 26 <326>; art. 31 <330>; art. 38 <337>; art. 19 <338>; art. 36 <353>; art. 9.4 <366>; art. 44 <376>; art. 116 <383>; art. 31 <389>; art. 28 <392>; etc.

<sup>1011</sup> Entre otros, art. 9 <14>; art. 17 <80>; art. 37 <96>; art. 32 <22>; art. 10 <28>; art. 20 <31>; art. 28 <36>; art. 22 <37>; art. 24 <118>; art. 32 <135>; art. 29 <142>; art. 21 <148>; art. 29 <161>; art. 6 <186>; art. 19 <199>; art. 12 <281>; art. 23 <282>; art. 17 <289>; art. 19 <301>; art. 39 <304>; art. 40 <354>; art. 14 <355>; etc. También, art. 18 <129>, que sólo admite la realización de horas extras en circunstancias especiales y por mutuo acuerdo entre la empresa y los trabajadores.

<sup>1012</sup> Art. 18 <369>.

<sup>1013</sup> EZQUERRA ESCUDERO, L.: *Tiempo de trabajo...*, cit., pp. 406-407. Vid. STSJ Cantabria de 11 de febrero de 1999, rec. n.º 58/1999.

<sup>1014</sup> Con carácter general, sobre la posibilidad del empresario de disponer libremente de sus facultades en la negociación colectiva y la inexistencia de derechos irrenunciables para él, ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ed. Grapheus, Valladolid, 1992, pp. 397-402.

<sup>1015</sup> La STJCE de 8 de febrero de 2001, asunto C-350/99, declara el deber empresarial de comunicar por escrito al trabajador una cláusula en virtud de la cual se obliga al trabajador a realizar horas extraordinarias a petición del empresario, en tanto considera que constituye un elemento esencial de la relación laboral.

<sup>1016</sup> Plantea objeciones a la previsión normativa, ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Comentarios...», p. 460. En cambio, se admite en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Horas extraordinarias...», cit., pp. 755-756.

<sup>1017</sup> Algunos convenios de empresa declaran la voluntariedad de las horas extras «salvo pacto en contrario»: art. 27 <316>; art. 24 <317>; art. 27 <318>.

<sup>1018</sup> STSJ Cataluña de 2 de mayo de 2006, rec. n.º 4691/2005.

<sup>1019</sup> STSJ Aragón de 8 de enero de 2008, rec. n.º 1082/2007.

<sup>1020</sup> Art. 33 <25>; art. 17 <75>; art. 31 <97>; art. 18 <117>; art. 44 <376>; art. 116 <383>; art. 31 <389>; cláusula 17 <397> (este último, fijando un máximo de dos horas diarias y hasta un total de dos veces al mes por trabajador, en contraste con los supuestos de estricta fuerza mayor en los que expresamente se declara la inexistencia de límite temporal de la obligatoriedad).

<sup>1021</sup> Art. 11 <7>; art. 24 <58>; art. 33 <314>; anexo II-art. 18 <335>; art. 3 del capítulo V <340>; art. 29 <359>.

<sup>1022</sup> Art. 116 <383>; art. 31 <389>.

<sup>1023</sup> Art. 41 <94>; art. 43 <102>; art. 55 <255>; art. 43 <257>; art. 33 <265>; art. 17 <361>.

<sup>1024</sup> Art. 29 <16>; art. 46 <26>; art. 17 <75>; art. 30 <115>; art. 28 <117>; art. 34 <72>; art. 24 <121>; art. 34 <130>; art. 29 <215>; art. 26 <326>; art. 26 <324>; art. 31 <330>; art. 36 <353>; art. 9.4 <366>.

<sup>1025</sup> Art. 11 <7>; art. 28 <117>. También, art. 25 <69> (con un tope máximo de una hora diaria).

<sup>1026</sup> Art. 41 <26>; art. 25 <69>; 28 <117>; art. 116 <383>; art. 31 <389>.

<sup>1027</sup> Art. 11 <178>.

<sup>1028</sup> Art. 34 <6> y art. 28 <392>. También, art. 29 <16>; art. 33 <25>; art. 21 <101>; art. 34 <130>; art. 29 <155>; art. 24 <181>; art. 29 <277>; art. 12 <357>; art. 20 <382>.

<sup>1029</sup> Art. 28 <335>.

<sup>1030</sup> Art. 8 <90>; art. 42 <108>; art. 3 del capítulo V <340>; art. 22 <363>. También, art. 22 <4> y art. 10 <331> (con un máximo de dos horas); art. 11 <7> (por un máximo de una hora); cláusula 17 <397> (máximo de una hora diaria y hasta un total de dos veces al mes por trabajador); art. 29 <16> (cuando además de no poder cubrirse con personal interino, puedan producir evidentes y graves perjuicios a la empresa o a terceros); etc.

<sup>1031</sup> Art. 116 <383>; art. 31 <389>; art. 31 <395>; art. 22 <396>.

<sup>1032</sup> Art. 22 <396>.

<sup>1033</sup> Art. 25 <326>; art. 3 del capítulo V <340>; art. 116 <383>. También, art. 30 <115> (respecto a dos balances o inventarios); art. 24 <317> (máximo tres días).

<sup>1034</sup> Art. 29 <16>.

<sup>1035</sup> Art. 18 <157>.

<sup>1036</sup> Art. 29 <116>: «Dada la naturaleza de la actividad que las empresas afectadas por este Acuerdo general realizan, los trabajadores se obligan, no obstante lo expresado en el párrafo anterior, a realizar las horas extraordinarias necesarias para finalizar los trabajos de conducción, entrega o reparto y recogida, mudanza, preparación de vehículos y de la documentación de los mismos que estén iniciados antes de finalizar la jornada ordinaria de trabajo, con el límite máximo legalmente establecido. Tales horas extraordinarias tendrán la condición de estructurales»; y de forma similar, art. 9 <150>; art. 30 <154>; art. 29 <155>; art. 29 <156>; art. 14 <159>; art. 24 <177>. También, art. 31 <97>, respecto a las horas necesarias para finalizar una tirada. Asimismo, art. 42 <108>; art. 28 y anexo II-art. 18 <335>; art. 7.1 <375> (hasta un máximo de una hora).

<sup>1037</sup> Art. 3 del capítulo V <340>.

<sup>1038</sup> Art. 22 <363>.

<sup>1039</sup> Art. 45 <377<.

<sup>1040</sup> Art. 31 <379<; art. 32 <386<.

<sup>1041</sup> Art. 11 <160>: «A tenor del artículo 35.4 del Estatuto de los Trabajadores, los pactos de realización de las horas extraordinarias, se podrán convenir mediante contrato individual de trabajo o acuerdo de la empresa con los representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso será obligatoria para toda la plantilla a su realización. De este compromiso se podrán descolgar, individualmente, los trabajadores a los que no interese esta realización, siempre y cuando expresen su voluntad con siete días laborables de anticipación a la iniciación del pacto».

<sup>1042</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 756; BALLESTER PASTOR, I. y RUANO ALBERTOS, S.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 378.

<sup>1043</sup> STSJ I. Canarias (Las Palmas) de 25 de octubre de 1999, rec. n.º 1028/1999. Vid. asimismo, ROA RICO, L.F.: «El nuevo régimen...», cit., pp. 118-119.

<sup>1044</sup> En tal sentido, por ejemplo, FERNÁNDEZ LÓPEZ, A.: «Límites personales y materiales en la prestación de horas extraordinarias», en DE LA VILLA GIL, L.E. (Coord.): *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Ed. ACARL, Madrid, 1991, p. 489; y MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., p. 92. Alegando como apoyo la Recomendación 153 de la OIT, de 13-10-1976, sobre protección de los jóvenes marinos, MARTÍN SERRANO, A.L.: «Horas...», cit., p. 410; y ROA RICO, L.F.: «El nuevo régimen...», cit., pp. 119-120. También, BALLESTER PASTOR, I. y RUANO ALBERTOS, S.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 365, si bien, advierten que estas horas extraordinarias habrán de compensarse en todo caso por períodos de descanso y sólo serán posibles cuando no se dispusiera de trabajadores adultos; reclamando también esta última exigencia, DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El régimen jurídico...*, cit., p. 174; asimismo, con las mismas garantías y sólo para supuestos extremos, ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las horas...», cit., pp. 75-76.

<sup>1045</sup> El mismo tenor del art. 6.3 ET se reitera de manera específica respecto al trabajo de menores en el art. 53.4.b) RD 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, de la responsabilidad penal de los menores. Remarcando el carácter absoluto e incondicionado de la prohibición contenida en el art. 6.3 ET, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 748. Asimismo, PRADOS DE REYES, F.J.: «La ordenación...», cit., p. 509. Por su parte, también la STS, S. Contencioso-Administrativa, de 9 de junio de 1999, rec. n.º 5855/1993, alude a «la realización de horas extraordinarias por menores de dieciocho años prohibidas legalmente *sin excepción por dicha norma*».

<sup>1046</sup> Por ejemplo, art. 18 <129>: «Los menores de 18 años, no podrán realizar *en ningún caso* horas extraordinarias»; y asimismo, art. 29 <42>; art. 17 <64>; art. 29 <40>; art. 41 <112>; art. 32 <22>; art. 55 <9>; art. 53 <60>; art. 25 <76>; art. 18 <129>; art. 37 <128>; art. 83 <136>; art. 9 <179>; art. 22 <194>; art. 16 <195>; anexo IV <196>; art. 33 <197>; art. 30 <198>; art. 63 <199>; art. 30 <200>; art. 19 <201>; art. 18 <202>; art. 24 <203>; art. 18 <204>; art. 35 <205>; art. 17 <206>; art. 33 <231>; art. 21 <297>.

<sup>1047</sup> Con todo, ha de tenerse en cuenta el régimen de transitoriedad establecido en la D.T. 1ª del R.D.Ley 15/1998, en relación a los contratos a tiempo parcial celebrados antes de la entrada vigor de esta norma y la posibilidad de continuar aplicando la normativa conforme a la que se suscribieron.

<sup>1048</sup> Art. 20 <28>; art. 13 <31>; art. 11 <38>; art. 14 <33>; art. 21 <53>; art. 16 <58>; art. 13 <105>; art. 12 <118>; art. 8 <236>; art. 9 <255>; art. 24 <275>; o cláusula 30 <397>.

<sup>1049</sup> Así ocurre en el art. 23 <47>: «Todos los trabajadores contratados a tiempo parcial tendrán prohibida la realización de horas extraordinarias».

<sup>1050</sup> Art. 31 <330>: «Para el personal contratado a tiempo parcial, o con jornada reducida, tendrán carácter de horas extraordinarias las que excedan de la jornada contratada, salvo las ampliaciones reguladas en este Convenio o que hayan sido previstas en el propio contrato». Por su parte, el art. 29 <142> dispone: «Para los trabajadores/as con contrato a tiempo parcial, el número total de horas extraordinarias, será en proporción a las trabajadas en cómputo anual»; y asimismo, art. 13 <120>; o art. 12 <161>.

<sup>1051</sup> Es el caso del art. 11 <192> que parte de que la jornada de los fijos-discontinuos debe ser inferior al 77% de la jornada anual a tiempo completo y añade que «este porcentaje del 77% nunca podrá ser superado con la realización de horas extraordinarias».



Sobre la posibilidad de realizar horas extraordinarias por los trabajadores fijos discontinuos conforme a la normativa actual, GOERLICH PESET, J.M.: «La reforma de la contratación laboral: tiempo parcial y contratos de duración determinada», en ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M. y GOERLICH PESET, J.M.: *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pp. 29-30; o GOÑI SEIN, J.L.: «La nueva regulación del trabajo a tiempo parcial tras la reforma de 2001», en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (Coord.): *La reforma laboral de 2001 y el acuerdo de negociación colectiva para el año 2002*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2002, pp. 112-113.

<sup>1052</sup> Además de los convenios ya referidos con carácter general (*supra*, 3.3), un ejemplo específico respecto a los trabajadores a tiempo parcial puede verse en el art. 12 <19<, en el que, tras vedar la posibilidad de realizar horas extraordinarias, indica que «quedan excluidas de esta prohibición las horas por causa de fuerza mayor, *tales como sustitución por enfermedad, ausencias, etcétera*».

<sup>1053</sup> *Vid.* SSTSJ Castilla y León (Valladolid) de 2 de mayo de 2000, rec. n.º 438/2000; Cataluña de 21 de noviembre de 2002, rec. n.º 1731/2002. Respecto a la aplicación de los efectos retributivos de la jornada extraordinaria, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Una nueva modalidad de jornada de trabajo: las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial (I)», *Relaciones Laborales*, n.º 20, 1999, p. 5.

Por su parte, LÓPEZ GANDÍA, J. apunta que, desde la perspectiva de la protección social, sería más favorable para el trabajador considerar estos excesos de tiempo como horas complementarias, en ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T.: *Derecho del Trabajo. Tomo II. Contrato individual*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2005, p. 723. A su vez, ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las horas...», *cit.*, p. 77, considera que tales excesos merecen el tratamiento de jornada ordinaria.

<sup>1054</sup> Art. 12 <19<: «El trabajador fijo a tiempo parcial no podrá realizar horas extraordinarias. En caso de realizarlas, el contrato se transformará automáticamente en contrato fijo a tiempo completo».

<sup>1055</sup> PRADOS DE REYES, F.J.: «La ordenación...», *cit.*, p. 509.

<sup>1056</sup> En tal sentido, STSJ I. Canarias (Las Palmas) de 25 de octubre de 1999, rec. n.º 1028/1999.

<sup>1057</sup> Una muestra de los escasos convenios que vinculan la prohibición a los «trabajadores nocturnos» es el art. 29 <96<. Por su parte, sin ajustarse a la definición legal de trabajador nocturno, art. 31 <389<: «Los trabajadores cuya jornada incluya *más de cuatro horas* dentro de la franja horaria de las 22:00 a las 06:00 horas no podrán realizar horas extraordinarias».

<sup>1058</sup> Por ejemplo, art. 32 <22<; art. 8.7 <11<; art. 83 <136<; art. 19 <179<; o art. 27 <364<.

<sup>1059</sup> Sobre estas excepciones, con mayor detalle, PRADOS DE REYES, F.J.: «La ordenación...» *cit.*, pp. 515-517.

<sup>1060</sup> Art. 25 <76<; art. 50 <109<.

<sup>1061</sup> Art. 24 <85<; art. 17 <261<; y art. 75 <46<—aunque en este caso omite la referencia a la autorización del Ministerio de Trabajo—.

<sup>1062</sup> Un ejemplo concreto de esta excepción es el art. 17 <261<: «Se prohíbe la realización de horas extraordinarias en el período nocturno, salvo por necesidad de reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes y por riesgo de pérdida de materias primas».

<sup>1063</sup> Aun cuando queda fuera del listado de convenios analizados, un ejemplo donde se refleja esta limitación es el art. 17 del Convenio de la empresa Umbela, S.C. Centro Especial de Empleo (B.O. Zaragoza, 26 agosto 2006).

<sup>1064</sup> Si bien tampoco se encuentra entre los convenios seleccionados para el trabajo, un ejemplo de esta determinación efectuada por la negociación colectiva puede verse en el art. 9 del Convenio para el sector de minería de antracita y hulla de Palencia (B.O. Palencia, 23 febrero 2005): «Se eliminarán las horas extraordinarias para crear nuevos puestos de trabajo, con excepción de las que fueran necesarias por fuerza mayor y las estructurales por las causas que se detallan: • Las realizadas por los trabajadores que, al finalizar su jornada, deban cumplimentar



partes o documentos relativos a su trabajo. • Las necesarias en reparaciones y revisiones cuya no realización signifique una merma en la producción o preparación de labor. • Las realizadas por los maquinistas de extracción o tracción. • Las efectuadas por motivos de averías o comprobación de puesta en marcha de las instalaciones. • Las realizadas por conductores en viajes de larga duración que no permitan sustitución».

<sup>1065</sup> Art. 57 <179>: «Todo trabajo que sea declarado, penoso, tóxico o peligroso tendrá un carácter excepcional y provisional, ... Ello comportará necesariamente la prohibición absoluta de realizar horas extraordinarias». Sin llegar a prohibir, pero exigiendo su reducción al mínimo indispensable cuando las características del puesto lo aconsejen, art. 56 <364>.

<sup>1066</sup> Respecto al primer ejemplo, art. 17 <75>; y en relación con el segundo, art. 66 <102>.

<sup>1067</sup> Art. 25 <76>; art. 33 <72>.

<sup>1068</sup> Recuérdese la jurisprudencia constitucional sobre las normas meramente protectoras de la mujer, limitativas de su derecho al trabajo: SSTC 28/1992, de 9 de marzo; ó 229/1992, de 14 de diciembre. Desde esta perspectiva, resulta mucho más adecuada la redacción de otros convenios que en relación a las guardias médicas permiten a las trabajadoras solicitar la exención de las mismas en caso de que se presenten riesgos durante el embarazo: art. 22 <271>; y art. 36.11 <270>.

<sup>1069</sup> ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las horas...», cit., p. 76, extiende la previsión al descanso por paternidad a tiempo parcial.

<sup>1070</sup> BALLESTER PASTOR, I. y RUANO ALBERTOS, S.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 371.

<sup>1071</sup> Vid. MERINO SENOVILLA, H.: «La jornada...», cit., p. 290. Respecto a la reducción por cuidado de menores o familiares, SAN de 8 de febrero de 2007, procedimiento nº 189/2007.

<sup>1072</sup> Por ejemplo, art. 11.6 <368>: «la prolongación de jornada consecuencia de esta distribución irregular y de la aplicación de las horas flexibles, no podrá ser de aplicación a trabajadores/as que tengan limitada su presencia por razones de seguridad, salud, cuidado de menores, embarazo o períodos de lactancia»; o asimismo, art. 82 <46>.

<sup>1073</sup> Por ejemplo, Capítulo V.E del título II <27>: «Los trabajadores contratados para la formación no podrán realizar horas extraordinarias»; y asimismo, art. 23 <48>; art. 20 <45>; art. 34 <240>; art. 13 <246>; art. 13 <247>; art. 25 <248>; art. 11 <251>; art. 18 <254>. Reiterando esta prohibición respecto a los aprendices, art. 25 <76>; art. 8 <65>; art. 31 <23>.

<sup>1074</sup> Sobre la ausencia de prohibición legal, STSJ País Vasco de 9 de noviembre de 2004, rec. nº 2132/2004.

<sup>1075</sup> Art. 112 <383>; y con la salvedad de la fuerza mayor, art. 26 <392>.

<sup>1076</sup> Perspectiva manejada, por ejemplo, en el Anexo VIII <205> para declarar el carácter excepcional de las horas extraordinarias.

<sup>1077</sup> Enfoque que, junto al reparto de empleo, es aducido en el art. 26 <339>.

<sup>1078</sup> Punto de vista adoptado por el art. 33 <314>.

<sup>1079</sup> Por ejemplo, art. 36 <1>: «Las partes manifiestan la necesidad de tender a la eliminación de la realización de horas extraordinarias, como medida generadora de empleo». En el caso del art. 17 <3> se afirma: «Con el objeto de favorecer la creación de empleo, ambas partes acuerdan la conveniencia de reducir al mínimo indispensable las horas extraordinarias. Y con finalidad idéntica, entre los numerosos ejemplos que existen, art. 11 <7>; art. 8.7 <11>; art. 41 <48>; art. 22 <49>; art. 22 <37>; art. 20 <18>; art. 15 <56>; art. 30 <43>; art. 23 <50>; art. 23 <71>; art. 36 <78>; art. 13 <65>; art. 44 <114>; art. 51 <113>; art. 29 <137>; art. 29 <161>; art. 24 <177>; art. 44 <182>; art. 39 <195>; art. 38 <225>; art. 15 <240>; art. 44 <260>; art. 17 <289>; art. 15 <305>; art. 15 <308>; art. 50 <334>; art. 14 <355>; art. 26 <356>; art. 18 <369>; art. 38 <378>; cláusulas 5 y 23 <381>; etc.

En algún caso, llegan a proponerse medidas de índole económico, como en la D.A. 6ª <95>: «con el objetivo de ir reduciendo progresivamente la realización de horas extraordinarias, los Departamentos y Organismos, previo acuerdo de las Subcomisiones Departamentales, podrán proponer a la CECIR la reducción de la parte de masa salarial destinada a retribuir horas extraordinarias y su conversión en otras retribuciones de carácter complementario».

<sup>1080</sup> Art. 38 <337>: «Las partes firmantes se comprometen a realizar las actuaciones pertinentes para reducir las horas extraordinarias al mínimo imprescindible, fijándose como objetivo un máximo de 250.000 anuales». En el caso del art. 23 <398> se prevé una reducción progresiva de las horas extraordinarias durante los sucesivos años de vigencia del pacto hasta alcanzar el 30%. En el art. 32 <399>, la disminución prevista es del 25% respecto a las horas extras existentes en la firma del convenio.

<sup>1081</sup> El art. 26 <35> alude a la conveniencia de eliminar las horas extras, «procurando la sustitución en aquellos supuestos en que sea posible, por los sistemas de contratación»; o el art. 54 <268> que, reiterando el criterio establecido en los Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva (v. gr. apartado 1.f] del correspondiente a 2007), da cuenta del interés de las partes por fomentar los contratos a tiempo parcial indefinido como alternativa a las horas extraordinarias; o asimismo, art. 39 <333>. Por su parte, el art. 9.4 <92> señala: «Con el objeto de fomentar una política social solidaria que favorezca la creación de empleo, se acuerda la supresión de las horas extraordinarias habituales, manteniendo así el criterio ya establecido en Convenios anteriores. Asimismo, en función de dar todo su valor al criterio anterior se recomienda que en cada empresa se analice conjuntamente entre los representantes de los trabajadores y la Empresa la posibilidad de realizar nuevas contrataciones, dentro de las modalidades de contratación vigentes, en sustitución de las horas extraordinarias suprimidas»; y art. 73 <112>; art. 22 <134>; art. 38 <180>; art. 15 <226>; art. 21 <237>; o asimismo, con parecido alcance, art. 21 <9>; art. 20 <60>; art. 43 <102>; art. 55 <255>; art. 43 <257>; art. 33 <265>; art. C-9 <320>.

<sup>1082</sup> Por ejemplo, art. 23 <140>, que a salvo de las motivadas por fuerza mayor o estructurales, prohíbe las demás horas extraordinarias, «debiendo ser suplidas éstas por contratos a tiempo parcial para trabajadores en paro»; también, art. 29 <219>, que al regular las horas extras indica que «debe impulsarse la contratación de nuevos trabajadores para cubrir cualquier necesidad que coyunturalmente aparezca en la empresa, en las modalidades de contratación que permita la Ley». Asimismo, dentro de una política constante de reducción de las horas extraordinarias, el art. 19 <301> fija como criterio prioritario «proceder a la creación de empleo mediante contrataciones temporales, previa consulta a los Representantes de los trabajadores, a quienes se les dará conocimiento de cada una de las situaciones que se produzcan». O igualmente, el art. 22 <363>, que para reducir las horas extras en caso de determinadas ausencias prolongadas, ordena a la empresa celebrar contratos de interinidad.

<sup>1083</sup> V. gr. art. 32 <34>: «se considerarán como horas extraordinarias, aquellas que sean motivadas por fuerza mayor, reparación de siniestros, catástrofe o períodos punta de producción no previsibles y siempre que la realización de dichas horas no fuera posible sustituirlas mediante la contratación de trabajadores por los sistemas temporales previstos por la Ley». También, art. 9 <68>; art. 9 <143>; art. 12 <357>, además de los que se citan en la nota siguiente.

<sup>1084</sup> Por ejemplo, art. 17 <243>: «Se mantendrán, siempre que no quepa la utilización de las distintas modalidades de contratación temporal o parcial previstas por la Ley, las horas extraordinarias necesarias por períodos punta de producción, ausencias imprevistas, cambios de turno y otras circunstancias de carácter estructural derivadas de la naturaleza de la actividad de que se trate». Con un alcance similar, entre los numerosos convenios que recogen esta limitación, art. 11 <73>; art. 32 <34>; art. 34 <72>; art. 25 <69>; art. 43 <102>; art. 17 <75>; art. 17 <81>; art. 36 <87>; art. 50 <109>; art. 14 <86>; art. 44 <114>; art. 46 <26>; art. 9.4 <92>; art. 41 <94>; art. 21 <101>; art. 27 <61>; art. 15 <56>; art. 18 <59>; art. 33 <25>; art. 29 <40>; art. 73 <112>; art. 20 <18>; art. 30 <43>; art. 36 <78>; art. 12 <125>; art. 22 <134>; art. 6 <147>; art. 26 <151>; art. 4 <168>; art. 38 <180>; art. 16 <190>; art. 39 <195>; art. 17 <214>; art. 29 <215>; art. 15 <226>; art. 15 <240>; art. 40 <263>; art. 23 <282>; art. 79 <304>; art. 14 <307>; art. 31 <330>; art. 26 <326>; art. 31 <328>; art. 18 <369>; etc.

<sup>1085</sup> Un supuesto puntual en que sí se hace es el del art. 13 <256> y art. 26 <259>, que admiten la realización de determinadas clases de horas extraordinarias, pero añaden: «Deberá acreditarse, en cualquier caso, que no resulta posible la realización del exceso de trabajo con cargo a nuevo personal por alguna de las siguientes razones: a) Por tratarse de un tiempo de trabajo tan corto que no se haga viable una nueva contratación. b) Por no ser materialmente posible proceder a nuevas contrataciones en el tiempo requerido. c) Porque, habiéndose requerido la colaboración de los servicios públicos de empleo, éstos no hayan facilitado a la Empresa demandante personal con la cualificación adecuada al puesto correspondiente».

<sup>1086</sup> En el art. 17 <214>, ambas partes se comprometen «a la creación de un puesto de trabajo por cada *mil quinientas* horas extraordinarias realizadas en un año *dentro de cada centro de trabajo*». Asimismo, el art. 17 <261> establece: «Si el número de horas extraordinarias realizadas anualmente *por una sección o grupo de trabajo homogéneo* superasen las *cuatrocientas cincuenta*, la empresa contratará a un trabajador que preste una jornada anual equivalente al número de horas extraordinarias prestadas» –a tal efecto, no se computan las horas extraordinarias compensadas con descanso–.

<sup>1087</sup> Art. 14 <380>: «la Empresa se compromete a la contratación del 50% de las horas extraordinarias descansadas».

<sup>1088</sup> Por ejemplo, así se justifica en el art. 26 <363> y en los arts. 33 y 34 <343>.

Por su parte, el art. 82 <46> prohíbe realizar horas extras, salvo casos de fuerza mayor, durante los períodos de reducción de jornada derivados de una distribución flexible de la misma. Respecto a determinadas actividades, también el art. 43 <102> declara la incompatibilidad entre las horas extras y la utilización de ciertas medidas organizativas –jornada irregular, sistema de turnos, etc.–.

<sup>1089</sup> Por ejemplo, así se expresa en Capítulo II del Título X <27>; art. 29 <64>; art. 9.4 <92>; art. 41 <94>; art. 73 <112>; art. 22 <221>; art. 55 <255>; art. 43 <257>; art. 45 <258>; art. 23 <398>.

<sup>1090</sup> Art. 17.2 <366>.

<sup>1091</sup> Por ejemplo, entre muchos otros, art. 26 <63>; art. 17 <3>; art. 31 <23>; art. 46 <26>; art. 30 <39>; art. 73 <112>; art. 29 <40>; art. 22 <49>; art. 13 <74>; art. 17 <75>; art. 16 <81>; art. 15 <56>; art. 18 <59>; art. 30 <43>; art. 36 <78>; art. 27 <91>; art. 28 <117>; art. 34 <72>; art. 30 <115>; art. 31 <97>; art. 27 <61>; Disposición Transitoria 2ª <46>; art. 32 <66>; art. 25 <69>; art. 9.4 <92>; art. 41 <94>; art. 43 <102>; art. 21 <128>; art. 9 <138>; art. 10 <152>; art. 38 <180>; art. 29 <215>; art. 15 <226>; art. 21 <237>; art. 12 <241>; art. 17 <243>; art. 44 <260>; art. 37 <268>; art. 13 <274>; art. 23 <282>; art. 19 <288>; art. 17 <303>; art. 79 <304>; art. 26 <326>; art. 31 <330>; art. 31 <328>; art. 50 <334>; art. 17 <361>; art. 9.4 <366>; art. 35 <368>; art. 18 <369>; etc. Como consecuencia de la limitación de las horas extras a supuestos específicos, el art. 13 <256> insta a los acuerdos de empresa a establecer compromisos de empleo y ajustes organizativos derivados de su restricción.

En algunos otros convenios sólo se alcanza el compromiso de reducir –no prohibir– las horas extras habituales o comunes: art. 20 <18>; art. 11 <73>; art. 13 <86>; o art. 36 <332>.

<sup>1092</sup> Por ejemplo, art. 6 <147>: «Las horas extraordinarias habituales quedan suprimidas. Solamente se realizarán las motivadas por fuerza mayor y las estructurales, entendiéndose por tales, las necesarias por pedidos imprevistos, períodos punta de producción, ausencias imprevistas, cambio de turno u otras circunstancias de carácter estructural derivadas de la naturaleza de la actividad, siempre que no puedan ser sustituidas por la utilización de las distintas modalidades de contratación previstas legalmente». También, entre otros, art. 21 <128>; art. 23 <140>; art. 19 <199>; art. 13 <256>; art. 17 <261>; o art. 26 <259>.

Respecto al mantenimiento de las horas extras estructurales, por ejemplo, art. 10 <152>, art. 36 <353>, y un largo etcétera ya citado en normas anteriores. En cuanto a la declaración de realización de las horas extras por fuerza mayor y asimiladas, por ejemplo, art. 17 <3>; art. 20 <18>; art. 15 <56>; art. 18 <59>; art. 36 <87>; art. 50 <109>; art. 13 <120>; art. 38 <225>; art. 37 <268>; art. 50 <334>; art. 27 <364>; art. 35 <368>; etc.

<sup>1093</sup> Prohibiendo las horas extraordinarias, salvo las de fuerza mayor: art. 61 <19> –que además exige su compensación preferente con descanso–; art. 21 <100>; art. 21 <148>; o art. 13 <144> –que sólo admite las «exigidas por la necesidad de reparar siniestros u otras causas extraordinarias o por trabajos marcadamente urgentes»–. En algún caso, la limitación no se establece como un mandato imperativo, sino como un propósito: por ejemplo, art. 34 <52> –«las partes procurarán limitar la realización de horas extraordinarias a aquellos supuestos de fuerza mayor»–.

Entre los convenios que extienden la autorización a otros supuestos conexos que suelen equiparar a la fuerza mayor, el art. 22 <49> indica: «Horas extraordinarias: Sólo se podrán realizar por la necesidad de reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, *así como en caso de riesgo de pérdida de materias primas*». También el art. 25 <17> y el art. 37 <344> limi-

tan las horas extras a las que «sean ineludibles de acuerdo con la naturaleza del servicio que prestan las empresas firmantes. A estos efectos se consideraran como ineludibles por ser de fuerza mayor las horas extraordinarias que tengan que realizar para prevenir o reparar *averías*, siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes».

<sup>1094</sup> Remarcando el «carácter excepcional» de las horas extraordinarias, Capítulo II del Título X <27<; art. 29 <64<; art. 13 <191< –que exige, además, el previo acuerdo entre las partes–; y art. 45 <258<. Permitiendo sólo su utilización «en casos especiales», art. 41 <10<; art. 28 <335<; o art. 18 <129< –que sólo indica que «se establecen como casos especiales los que por su propia naturaleza del gremio se puedan dar por circunstancias ajenas a la empresa»; y requiere acuerdo entre empresa y trabajadores–. También otros convenios restringen las horas extras a «necesidades imperiosas» –Anexo VIII <300<–; o a «circunstancias imprevisibles» –art. 25 <192<–; o a casos de necesidades «urgentes e inaplazables» o «imprescindibles» –art. 32 <278<; art. 15 <285<; y aunque después hacen referencia expresa a las horas extraordinarias por fuerza mayor y estructurales, también, art. 28 <124< y art. 21 <213<–.

Un ejemplo, en cambio, de concreción es el de los arts. 24 y 30 <93<, en el que se prohíbe la realización de horas extraordinarias, con la única salvedad de la prolongación de tiempo que resulte del deber del trabajador de permanecer en el establecimiento y atender a los clientes que hubiesen entrado antes de la hora de cierre para terminar el servicio, sin que esta obligación pueda rebasar los treinta minutos.

<sup>1095</sup> Requieren el acuerdo previo de los representantes de los trabajadores: art. 32 <66<; art. 29 <219<; art. 23 <241<; art. 12 <357<; o art. 120 <365<. También el art. 14 <380< exige que las horas extras nocturnas se negocien con los representantes de los trabajadores.

<sup>1096</sup> Tras suprimir las horas extras habituales y supeditar las estructurales a la imposibilidad de contratación de trabajadores, el art. 46 <26< dispone: «Las excepciones enumeradas anteriormente lo serán con todo el rigor de la palabra, por lo que cualquier uso generalizado de las mismas, constatado fehacientemente por los trabajadores, facultará a éstos para tratar con la Dirección de la Empresa de su supresión en el futuro, no siendo obligatoria su realización en tanto se resuelva dicha contingencia».

<sup>1097</sup> Art. 103 <48<; art. 81 <112<; art. 69 <85<. Exigiendo control y denuncia de estos supuestos, art. 42 <174<.

<sup>1098</sup> Art. 18 <183<.

<sup>1099</sup> Sobre los objetivos de esta medida legislativa, ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Comentarios...», cit., p. 459; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 761; BALLESTER PASTOR, I. y RUANO ALBERTOS, S.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 362.

<sup>1100</sup> Sobre los antecedentes históricos en esta materia, *vid.* DE LA VILLA GIL, L.E.: «El concepto...», cit., p. 374; y DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El régimen jurídico...*, cit., pp. 164-167.

<sup>1101</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 761.

<sup>1102</sup> Igual ocurre en el art. 3 Directiva 2003/88/CE, sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que establece el derecho a un descanso mínimo diario de 11 horas consecutivas «en el curso de cada período de 24 horas».

<sup>1103</sup> GARCÍA NINET, J.I.: «Ordenación...», cit., p. 31; FITA ORTEGA, F.: *Límites legales a la jornada de trabajo*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 53; MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., p. 112.

En cualquier caso, respecto a la duración de este descanso interjornadas, recuérdense las especialidades establecidas en el RD 1561/1995. Una muestra de ello es el art. 6 <387<, que amparado por el art. 9 de la norma reglamentaria, indica: «Después de la realización de horas extraordinarias, el trabajador tendrá garantizado un periodo de descanso mínimo de diez horas antes de su incorporación al turno de trabajo».

<sup>1104</sup> FITA ORTEGA, F.: *Límites...*, cit., p. 45; BALLESTER PASTOR, I. y RUANO ALBERTOS, S.: «Horas extraordinarias...», cit., pp. 364-365.

<sup>1105</sup> Es el caso del art. 28 <363<, que tras señalar que entre la terminación de la jornada ordinaria de trabajo y el comienzo de la siguiente deberá transcurrir, como mínimo, doce horas, afirma: «De seguir trabajando, una vez cumplimentada la jornada ordinaria con la consiguiente

realización de horas extraordinarias, se respetarán, necesariamente, los siguientes principios: — No se podrán realizar más de dieciséis horas seguidas de trabajo efectivo. — Se garantizará al trabajador un tiempo para descanso mínimo de ocho horas entre la conclusión de la jornada prolongada y el inicio de la ordinaria siguiente». Asimismo, art. 25 <378>.

<sup>1106</sup> Reiterando la previsión legal, art. 11 <166>, o art. 13 <393>.

<sup>1107</sup> Tal posibilidad se explica en ALFONSO MELLADO, C.L. y GARCÍA ORTEGA, J.: *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1994, pp. 34-35, y p. 41: «Si tenemos en cuenta que en ese período de 4 meses entrarán aproximadamente 17 semanas y que nuestro ordenamiento establece un límite absoluto para el número de horas extraordinarias: 80 anuales, es claro que, aunque todas se concentrasen en un período de 4 meses, no llegarían a un promedio de 5 semanales por lo que, sumadas a las 40 horas semanales de jornada ordinaria máxima, no se superaría el promedio de 48 horas a que antes se hizo mención. Podría existir algún peligro de superación de ese límite en atención a que se diese la coincidencia, en un período de 4 meses, de una abundante realización de horas extras (pagadas y no compensadas) con la existencia de una jornada ordinaria superior a las 40 horas semanales (lo que puede suceder en atención a la posibilidad de distribución semanal irregular de la jornada ordinaria de trabajo); podría coincidir así, a lo largo de 4 meses, una jornada semanal, por ejemplo, de 45 horas, con la realización de más de 3 horas extraordinarias semanales —en promedio—. Por su parte, reclamando la adaptación del art. 35 ET a la normativa comunitaria, ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «La jornada ordinaria de trabajo y su distribución», en APARICIO TOVAR, J. y LÓPEZ GANDÍA, J.: *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007, p. 44.

<sup>1108</sup> SSTJCE de 3 de octubre de 2000, asunto C-303/98 (SIMAP); de 5 de octubre de 2004, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01 (Pfeiffer y otros).

<sup>1109</sup> STSJ Cantabria de 8 de mayo de 2003, rec. n.º 1251/2002.

<sup>1110</sup> DE LA VILLA GIL, L.E.: «El concepto...», cit., p. 374.

<sup>1111</sup> SSTS de 16 de septiembre de 1983 (Ar. 4249); de 17 de junio de 1989 (Ar. 4805); de 27 de enero de 1990 (Ar. 225); de 3 de febrero de 1990 (Ar. 1904).

<sup>1112</sup> STS de 2 de febrero de 1998, recud. n.º 290/1997. Cfr. asimismo art. 111 LGSS.

<sup>1113</sup> Vid. la jurisprudencia citada en las dos notas anteriores y en las dos siguientes.

<sup>1114</sup> SSTS de 2 de febrero de 1998, recud. n.º 290/1997 y de 25 de septiembre de 1998, recud. n.º 1917/1997.

<sup>1115</sup> STS de 29 de noviembre de 2006, recud. n.º 4100/2005, mediante la que se corrige el criterio contrario mantenido hasta entonces por la doctrina judicial —i.gr. SSTSJ Navarra de 4 de enero de 2006, rec. n.º 454/2005; I. Canarias (Las Palmas) de 20 de marzo de 2006, rec. n.º 1296/2003—.

<sup>1116</sup> SALA FRANCO, T. (Dir.): *Los límites...*, cit., p. 99; o ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 761.

<sup>1117</sup> Sirvan de ejemplo, art. 11 <7>; art. 32 <22>; art. 36 <78>; art. 21 <128>; art. 16 <211>; art. 6 <286>; art. 27 <318>; art. 44 <376>; etc.

<sup>1118</sup> Entre otros muchos, art. 31 <23>; art. 71 <46>; art. 17 <80>; art. 22 <123>; art. 16 <190>; art. 19 <272>; art. 79 <304>; art. 29 <400>; y un largo etcétera.

<sup>1119</sup> Estableciendo un máximo de horas extraordinarias de 48 horas y media anuales —art. 10 <28>; 50 horas al año —art. 42 <105>; 60 horas anuales —art. 21 <101>; art. 10 <51>; art. 46 <95>; art. 27 <287>; 70 horas al año —art. 22 <15>—.

<sup>1120</sup> Salvo excepcionalmente, máximo de 2 horas extras diarias y 8 al mes, y en todo caso máximo de 60 horas extras anuales: art. 15 <308>. Máximo de 2 al día, 10 al mes y 60 al año: art. 32 <66> (que permite ampliar el límite mensual a 20 horas por acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores) y art. 26 <266>. Máximo de 2 al día, 15 al mes y 50 al año: art. 12 <281>. Máximo de 2 al día, 15 al mes y 80 al año: art. 9 <14>; art. 11 <73>; art. 8 <185>. Máximo de 2 al día, 20 al mes y 80 al año: art. 57 <48>; art. 18 <194>. Máximo de 15 horas mensuales y 80 anuales: art. 28 <124>.

<sup>1121</sup> Art. 29 <161>: máximo de 1 hora diaria, 5 a la semana, 15 al mes, y 80 al año.

<sup>1122</sup> Art. 17 <80>; y art. 30 <82>.

<sup>1123</sup> Art. 13 <120>; art. 29 <142>; art. 12 <161>.

<sup>1124</sup> Recuérdese, no obstante, el régimen de transitoriedad establecido en la D.T. 1ª del R.D.Ley 15/1998.

<sup>1125</sup> Respecto a los fijos discontinuos, art. 29 <16>; y en cuanto a los trabajadores eventuales, art. C-9 <320>.

<sup>1126</sup> Art. 36 <353>: «El número de horas extraordinarias no podrá ser superior a ochenta horas al año o su parte proporcional en función de la jornada».

Sobre el tema, ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las horas...», cit., p. 78, apuesta por la reducción proporcional del número máximo de horas extras a realizar por los trabajadores que han estado en situación de reducción de jornada o han tenido suspensiones contractuales de cierta entidad.

<sup>1127</sup> En la doctrina, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Horas extraordinarias...», cit., pp. 751-752, mantiene la falta de equiparación entre estas horas de exceso y las horas extraordinarias. En cambio, GÓMEZ MUÑOZ, J.M.: *Las jornadas especiales de trabajo*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 221-223, parece inclinarse por reconducirlas a la categoría de horas extraordinarias.

<sup>1128</sup> En los términos que establecía el art. 32 RD 2001/1983, art. 15 <188>; y art. 17 <192>. En cambio, aludiendo sólo a la ampliación hasta 20 horas semanales, art. 31 <184>.

<sup>1129</sup> Conforme indicaba el art. 43 RD 2001/1983, art. 15 <188>.

<sup>1130</sup> Es el caso del art. 42 <174>: «El Gobierno podrá reestructurar, suprimir o reducir el número máximo de horas extraordinarias por tiempo determinado, con carácter general o para ciertas ramas de actividad o ámbitos territoriales, para incrementar las oportunidades de colocación de los trabajadores en paro forzoso»; o de forma similar, art. 17 <80>.

<sup>1131</sup> Como ejemplos de entre los muchos que existen, art. 69 <42>: «El número de horas extraordinarias que realice cada trabajador, salvo en los supuestos de fuerza mayor, no excederá de ochenta al año»; art. 10 <51>: «El número de horas extraordinarias no podrá ser superior a 60 horas al año, salvo lo previsto en el número 3 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores»; o art. 83 <136>: «El número de horas extraordinarias no será superior a 80 al año, a excepción que se hagan para prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes». Y de una extensa lista, por ejemplo, art. 16 <81>; art. 13 <120>; art. 38 <273>; art. 21.1 <309>; art. 34 <343>; etc.

<sup>1132</sup> A favor de esta conclusión y con una exposición más detallada de la cuestión a la luz de la normativa laboral y de Seguridad Social, FERNÁNDEZ PRATS, C.: «Las horas...», cit., pp. 768-771, y RODRÍGUEZ PASTOR, G.: *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 108-111. Entre otros muchos, manteniendo también que esta exclusión se ciñe a las horas extras por fuerza mayor y que no alcanza a las estructurales, DE LA VILLA GIL, L.E.: «El concepto...», cit., p. 374; MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., p. 91; BALLESTER PASTOR, I. y RUANO ALBERTOS, S.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 362; etc.

<sup>1133</sup> STS, S. Social, de 18 de julio de 1995, rec. nº 949/1994, en que se declara la nulidad de una cláusula convencional que excluye del cómputo las horas extraordinarias realizadas por el sistema de puntas de producción.

No obstante, en su Sala contencioso-administrativa, el Tribunal Supremo no ha mantenido siempre esta postura: en materia de sanciones, sí se ha mostrado favorable a la aplicación del máximo legal a las horas estructurales –STS de 24 de julio de 1989 (Ar. 5627)–; en cambio, en materia de cotización, ha defendido su no contabilización a estos efectos –v.gr. SSTS de 25 de junio de 1996, rec. nº 5432/1992; de 28 de enero de 1997 (Ar. 446); de 22 de abril de 1997, rec. nº 10789/1990–.

<sup>1134</sup> Aun cuando resulta un tanto confuso, parece ser el caso del art. 14 <307>: «el número máximo de horas extraordinarias a realizar, que no tengan la consideración de estructurales, serán las establecidas con carácter general en la legislación vigente».

<sup>1135</sup> Además de los ejemplos allí vistos, una muestra clara de esta idea es el art. 29 <16>: «Horas extraordinarias de fuerza mayor.-Se considerarán como tales las motivadas por la nece-



sidad de prevenir o reparar siniestros u otros daños análogos o *suplir ausencias o cambios en los turnos de trabajo* que no se puedan cubrir con personal interino y que puedan producir evidentes y graves perjuicios a la propia empresa o a terceros, así como en caso de pérdida de materias primas cuando no sea imputable a la empresa. Estas horas no se computarán como horas extraordinarias a efectos de los topes legales, siendo obligatoria su realización». En otros casos, la regla de no cómputo se aplica respecto a situaciones fronterizas, sobre las que es frecuente predicar su conexión con la fuerza mayor; en tal sentido, art. 11 <7<: «2. Serán horas extraordinarias por causa de fuerza mayor: las que vengan exigidas por la necesidad de prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, *así como en caso de riesgo de pérdida de materias primas*. 3. No se tendrá en cuenta a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral ni para el cómputo del número máximo de horas extraordinarias autorizadas, el exceso de las trabajadas según lo indicado en el apartado anterior de este artículo, sin perjuicio de su abono como si se tratase de horas extraordinarias»; o art. 24 <58<: «Son horas extraordinarias de fuerza mayor o perentoria necesidad las que se efectúan para evitar o reparar siniestros, *averías que impidan o dificulten gravemente las normales actividades* y otras calamidades extraordinarias. Su realización será obligatoria y su número no se tendrá en cuenta respecto a los límites máximos autorizados».

Sobre la imposibilidad de extender la exclusión legal a las horas extraordinarias motivadas por causas similares a las indicadas, RIVERO LAMAS, J.: «Régimen de la jornada y de los horarios en la reforma del Estatuto de los Trabajadores», *Documentación Laboral*, nº 47, 1995, p. 34.

<sup>1136</sup> En la doctrina, sin embargo, no existe unanimidad a este respecto. Para algunos autores, el respeto al descanso interjornadas juega respecto a las horas diarias de trabajo efectivo, ordinarias o extraordinarias –excluidas las de fuerza mayor–: LÓPEZ GANDÍA, J., en ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M, LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T.: *Compendio de Derecho del Trabajo. Tomo II. Contrato individual*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 146. Otros, en cambio, exigen el cumplimiento de este descanso sin distinguir la tipología y, por tanto, también cuando la jornada se haya prolongado por horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor: es el caso de GARCÍA NINET, J.I.: «Ordenación...», cit., pp. 27 y 31, y del mismo autor, «La jornada (art. 34 ET)», en *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los trabajadores (De 1980 a 2005)*, Ed. CEF, 2005, Madrid, pp. 319 y 322, quien, sólo por vía reglamentaria y excepcional admitiría reducir el descanso como consecuencia de este tipo de horas; también FUENTE LAVÍN, M.: *El régimen jurídico...*, cit., pp. 93-94; o BALLESTER PASTOR, I. y RUANO ALBERTOS, S.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 376.

Este último criterio se refleja en el art. 32 <66<: «Las horas extraordinarias de fuerza mayor no estarán sujetas a ningún tope, salvo el del período de descanso diario obligatorio»; o anexo II-art. 18 <335<.

<sup>1137</sup> En módulo diario, el art. 25 <69< prevé la obligada realización de «las horas extraordinarias exigidas por la reparación de siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, así como los casos de riesgo de pérdida de materias primas y terminación de tareas de carga y descarga de productos perecederos, en este caso, igualmente por causa extraordinaria no habitual, *con un tope máximo de una hora diaria*». En módulo anual, el art. 38 <337< indica que, en relación a las horas extraordinarias exigidas por la necesidad de prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios, «la Empresa procurará que no se superen 200 horas al año por empleado. Cuando se supere este límite, la Dirección correspondiente lo justificará ante las Secciones Sindicales.»

<sup>1138</sup> Remarcando la lógica de la decisión legislativa, ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las reformas...», cit., pp. 40-41.

<sup>1139</sup> Al respecto, ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las reformas...», cit., p. 40.

<sup>1140</sup> Sobre la flexibilidad que implica la decisión legal, MERINO SENOVILLA, H.: «La jornada...», cit., p. 288; RIVERO LAMAS, J.: «Régimen de la jornada...», cit., p. 53; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 761; BALLESTER PASTOR, I. y RUANO ALBERTOS, S.: «Horas extraordinarias...», cit., pp. 362-363. Una crítica al carácter ilimitado de la medida desde la perspectiva cuantitativa, en FERNÁNDEZ PRATS, C.: «Las horas...», cit., p. 773.

<sup>1141</sup> Art. 41 <48<: «tampoco tendrán la consideración de horas extraordinarias, a los efectos de su cómputo, las que hayan sido compensadas mediante descansos disfrutados dentro de

los cuatro meses siguientes a su realización»; y del mismo modo, art. 33 <25<; art. 29 <64<; art. 34 <6<; art. 30 <82<; art. 28 <116<; art. 41 <94<; art. 43 <102<; art. 13 <120<; art. 29 <156<; art. 31 <184<; art. 41 <201<; art. 14 <229<; art. 32 <278<; art. 34 <343<; art. 36 <353<; cláusula 23 <381<; art. 45 <377<; o art. 28 <392<.

<sup>1142</sup> En este mismo sentido, GARCÍA NINET, J.I.: «Ordenación...», cit., pp. 62-63 y 69; y MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., pp. 105-106. En cambio, calificando el precepto como norma de derecho necesario absoluto innegociable, SALA FRANCO, T. (Dir.): *Los límites...*, cit., p. 99.

<sup>1143</sup> No obstante, aun cuando no aborda directamente la cuestión, genera confusión la STS de 25 de abril de 2006, rec. n.º 147/2005, que en un supuesto en que por pacto se había estipulado un período de compensación con descanso de 6 meses, afirma que «para el límite de las 80 horas anuales no se computarán las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso, siempre y cuando, como es lógico, la compensación se haya producido dentro del tiempo legal o convencionalmente previsto». Y similar opinión parece mantenerse en SALA FRANCO, T. (Dir.): *Los límites...*, cit., p. 99, que tras recordar la posibilidad del convenio de establecer un plazo para el descanso superior a los cuatro meses, indica respecto a la exclusión del art. 35.2.2.º ET que «la disposición que ahora se estudia resultará aplicable sólo si no se ha dispuesto un plazo para el descanso superior a los cuatro meses. Si así ha sido, no se computarán como tales las horas extraordinarias realizadas que hayan sido compensadas mediante descanso dentro del período pactado».

<sup>1144</sup> Art. 70 <42<; «2. Las empresas, siempre y cuando no se perturbe el normal proceso productivo, podrán compensar la retribución de las horas extraordinarias por tiempos equivalentes de descanso. 3. En el supuesto de que se realizara la compensación prevista en el párrafo anterior, las horas extraordinarias compensadas no se computarán a los efectos de los límites fijados para las mismas». También, art. 33 <314<; «Salvo descanso equivalente compensatorio, sólo podrán realizarse horas extraordinarias hasta el límite máximo establecido en la legislación vigente». Y en similares términos, art. 29 <40<; art. 70 <42<; art. 51 <9<; art. 18 <194<; art. 40 <195<; art. 25 <197<; art. 19 <199<; art. 13 <200<; art. 44 <202<; art. 65 <203<; art. 55 <204<; art. 21 <205<; art. 32 <206<.

<sup>1145</sup> Es el caso del art. 29 <142<, que tras ofertar la posibilidad de retribuir las horas extras mediante «un tiempo igual de descanso en compensación por dichas horas, en un tiempo no superior a dos (2) meses», añade que «no se computarán como horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los dos (2) meses siguientes a su realización».

<sup>1146</sup> Por ejemplo, art. 13 <157<, que tras afirmar que no se computarán las horas extraordinarias compensadas con tiempo de descanso equivalente, establece: «Las horas extraordinarias podrán compensarse por tiempos de descanso equivalente dentro de los 60 días siguientes del término del periodo de cómputo bisemanal en el que se hicieron. Si no se compensasen en dicho plazo, se entenderá que se opta por abonarlas, en cuyo caso se abonarán en la nómina inmediata al vencimiento del plazo».

<sup>1147</sup> Vid. MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., pp. 109-110; BALLESTER PASTOR, I. y RUANO ALBERTOS, S.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 363.

<sup>1148</sup> Art. 3 del capítulo V <340<; «Hasta el cumplimiento del límite legal, la forma de compensación de las horas podrá ser cualquiera de las anteriores. Superado aquél, sólo podrán compensarse con descanso». También, art. 12 <357<; «toda hora extraordinaria que supere los límites legales se compensará únicamente con su disfrute en descanso»; o asimismo, art. 29 <16<; art. 13 <172<; art. 21.1 <309<. Declarando la ilegalidad de estas cláusulas, MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., p. 110.

<sup>1149</sup> Apreciación que confirma la STSJ Galicia de 14 de mayo de 2004, rec. n.º 1701/2004.

<sup>1150</sup> Vid. GARCÍA NINET, J.I.: «Las jornadas especiales de trabajo», en DE LA VILLA GIL, L.E. (Coord.): *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Ed. ACARL, Madrid, 1991, pp. 340-341.

<sup>1151</sup> En tal sentido, STS, S. Contencioso-Administrativo, de 25 de abril de 1989 (Ar. 4462).

<sup>1152</sup> STSJ Galicia de 14 de mayo de 2004, rec. n.º 1701/2004; de manera específica sobre la toma y deje del servicio, SAN de 28 de febrero de 2005, procedimiento n.º 99/2004. En la



doctrina, LÓPEZ GANDÍA, J., en ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M, LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T.: *Compendio...*, cit., p. 144.

<sup>1153</sup> Por ejemplo, capítulo III del título X <27>; art. 25 <24>; art. 73 <42>; art. 39 <48>; art. 13 <86>; art. 49 <201>; art. 53 <202>; art. 71 <203>; art. 58 <204>; art. 45 <206>.

<sup>1154</sup> Art. 38 <114>: «En los casos de los técnicos y directivos, de los mandos intermedios y operarios, cuya acción pone en marcha o cierra el trabajo de los demás, podrá prolongarse la jornada por el tiempo estrictamente preciso. El tiempo de trabajo prolongado no se computará a efectos de los límites de horas extraordinarias, aunque se abonarán como tales»; y de forma similar, art. 36 <302>; o art. 27 <324>. Por su parte, art. 120 <365>: «No tendrán la consideración de horas extraordinarias el tiempo empleado, el mínimo y por el mínimo personal, para parar y arrancar las instalaciones, en forma tal que se pueda obtener la totalidad de la producción diaria, correspondiente a 8 horas (arrancada y parada de las máquinas, después y antes del descanso semanal de cualquier día festivo o de cierre de fábrica)».

<sup>1155</sup> Art. 43 <102>: «Prolongaciones de Jornada.- El tiempo de permanencia en el centro de trabajo con posterioridad a la hora de salida, así como el requerido por aquellos trabajadores cuyo cometido consista en la puesta en marcha, apertura o cierre del centro de trabajo y que suponga una prolongación de su jornada habitual de trabajo, tendrá la consideración de tiempo extraordinario de trabajo únicamente en el supuesto de que como consecuencia de su realización se exceda de la jornada anual que rija en la empresa. Dicha prolongación de jornada, de producirse, se compensará en la forma que se acuerde en cada empresa con los afectados o, en su caso, con los representantes de los trabajadores». Por su parte, el art. 15 <305> califica como horas extras estructurales las dedicadas al encendido de los hornos.

<sup>1156</sup> Art. 22 <37>: «A efectos del límite de horas extraordinarias, tendrá siempre la consideración de tal el tiempo que, dedicado a las operaciones de cierre, exceda de quince minutos sobre la jornada laboral de cada trabajador. Ello sin perjuicio del abono del total exceso conforme a la legislación vigente». Y en el capítulo III del título X <27>, respecto a estos trabajos se indica que «el tiempo de prolongación de jornada no podrá superar el límite de una hora diaria, computándose el exceso como horas extraordinarias a todos los efectos».

<sup>1157</sup> Art. 73 <42>: «La jornada de los trabajadores con funciones de mantenimiento y reparación de instalaciones o maquinaria, necesarias para la reanudación o continuidad del proceso productivo, así como del personal que ponga en marcha o cierre el trabajo de los demás, podrá ampliarse por el tiempo preciso, sin que el exceso sobre la jornada ordinaria se compute como horas extraordinarias, debiendo abonarse, como mínimo, a prorrata del valor de la hora extraordinaria de trabajo»; e igualmente, art. 39 <48>; capítulo III del título X <27>; art. 32 <96>; art. 25 <194>; art. 49 <201>; art. 53 <202>; art. 71 <203>; art. 58 <204>; art. 45 <206>.

<sup>1158</sup> Capítulo III del título X <27>: «En las empresas que tengan establecidos sistemas a turnos, el trabajador viene obligado a permanecer en su puesto de trabajo hasta la llegada del relevo. El tiempo *trabajado* durante la espera, sin perjuicio de su compensación como hora extraordinaria de trabajo, no se computará como jornada extraordinaria», si bien matiza que ello será así hasta el máximo de una hora diaria, computando el exceso como hora extra. Por su parte, el art. 27 <324> extiende la exclusión del cómputo de horas extras a los *trabajos para la continuación del siguiente turno*.

<sup>1159</sup> Art. 39 <48>: «La limpieza de útiles o máquinas asignadas a título individual será responsabilidad del trabajador. En supuestos excepcionales el tiempo empleado para tal menester que exceda de la jornada ordinaria, se abonará al precio de horas extraordinarias y no tendrán la consideración de tales a efectos de su cómputo».

<sup>1160</sup> Art. 28 <124>: «Los inventarios realizados a más de la jornada normal, tendrán la consideración de horas extraordinarias»; e igualmente, art. 25 <326>; art. 26 <327>; art. 30 <330>. En cambio, art. 30 <328>: «Los inventarios se realizarán fuera del horario comercial, no teniendo éste la consideración de horas extraordinarias».

<sup>1161</sup> Art. 19 <363>: «Cuando las acciones formativas se realicen dentro de la jornada de trabajo, se procurará que éstas no produzcan horas extraordinarias o que las producidas estén originadas por razones de evidente necesidad, poniéndose en conocimiento de la Representación de los Trabajadores esta circunstancia».

<sup>1162</sup> Art. 14 <187>: «La jornada comienza al dar principio el trabajo en el tajo, y termina igualmente en él, a excepción de que, por la utilización de caballerías o maquinaria, se requiera la presencia del trabajador con antelación en otros lugares para el traslado o empleo de las mismas, en cuyo caso se tendrá en cuenta la circunstancia para la determinación de la jornada, computándose estos excesos como horas extraordinarias».

<sup>1163</sup> Art. 27 <257>: «Las horas invertidas en viajes que excedan de la jornada normal de trabajo, serán consideradas como horas extraordinarias o deducibles de la jornada siguiente, de común acuerdo entre empresa y trabajadores»; o con un régimen más detallado, art. 33 <253. Valorando incluso como extraordinario el incremento de tiempo experimentado respecto al usual, art. 11 <241>: «Cuando un trabajador se desplace, desde su puesto de trabajo habitual a otro distinto, y por tal razón se incremente el tiempo de su desplazamiento habitual en más de media hora, lo que exceda de éste incremento de tiempo se valorará como el valor de la hora extraordinaria. Se excluyen de esta aplicación los trabajadores que tengan un trabajo móvil o itinerante».

<sup>1164</sup> Se trata de una previsión extendida en el sector de la construcción, como, por ejemplo, art. 90 <42>: «El personal desplazado quedará vinculado a la jornada, horario de trabajo y calendario vigente en la obra o centro de trabajo de llegada. No obstante, en el supuesto de que la jornada de trabajo correspondiente al centro de origen, fuese inferior a la del de llegada, se abonará el exceso como horas extraordinarias, que no computarán para el límite del número de dichas horas»; y con el mismo tenor, art. 32 <48>; art. 25 <64>; art. 40 <199>; art. 71 <202>; art. 88 <203>; art. 77 <204>. También, art. 26 <66>.

<sup>1165</sup> Por ejemplo, también en el sector de la construcción, art. 88 <48>: «El trabajo a tarea consiste en la realización, por jornada, de una determinada cantidad de trabajo con independencia del tiempo invertido en su realización. Si el trabajador termina la tarea antes de concluir la jornada diaria, la empresa podrá ofrecerle y éste aceptar o no, entre continuar prestando sus servicios hasta la terminación de la jornada, o que abandone el trabajo, dando por concluida la misma. En el primer caso, la Empresa deberá abonar el tiempo que medie entre la terminación de la tarea y la conclusión de la jornada diaria, como si se tratase de horas extraordinarias, pero sin que se computen éstas al efecto del límite fijado para las mismas en el artículo 35.2 del Estatuto de los Trabajadores y sin que pueda exigirse durante dicho período un rendimiento superior al normal»; y en similares términos, art. 37 <42>; art. 38 <112>; art. 35 <197>; art. 57 <199>; art. 23 <202>; art. 32 <203>; art. 26 <204>. Asimismo, art. 12 <26>; art. 22 <69>.

<sup>1166</sup> Art. 11.9 <366>.

<sup>1167</sup> Directamente, el art. 14 <380> afirma que los diez primeros minutos de la jornada extraordinaria no se computarán a ningún efecto. También plantea problemas en tal sentido el art. 6 <387>, que por una parte indica que «no se considerará hora extraordinaria aquella prolongación de jornada que no alcance como mínimo los 30 minutos, en compensación por los 30 minutos de bocadillo» –se hace valer así la posibilidad que el art. 34.4 ET concede a la autonomía de las partes para atribuir o no al descanso por jornada continuada la condición de tiempo de trabajo efectivo–, pero que después añade que «a partir de estos 30 minutos de carencia, se devengará cada periodo de 30 minutos *vencidos*, media hora extraordinaria», con lo que parece excluir de tal consideración los tiempos de trabajo inferiores a este parámetro. Por su parte, tampoco resulta muy clara la interpretación del art. 12 <357>, según el cual, «toda hora extraordinaria deberá haber sido previamente autorizada por la Comisión de Seguimiento de las mismas en cada centro, sin que en ningún caso, pueda autorizarse ni consiguientemente compensarse con arreglo al presente régimen, fracciones de tiempo inferiores a media hora», lo que puede significar o bien que no resulta factible realizar prolongaciones de jornada inferiores a 30 minutos –lo cual no parece muy razonable para determinadas necesidades de la empresa– o bien que tales excesos no quedan dentro del régimen de las horas extraordinarias.

<sup>1168</sup> *Vid.* la posibilidad de ampliar el período de referencia a dos meses, conforme al nuevo art. 10.5 RD 1561/1995.

<sup>1169</sup> Sobre la interpretación de la previsión normativa en materia de retribución, STS de 20 de febrero de 2007, recud. nº 3657/2005.

<sup>1170</sup> Art. 7 <155>; art. 13 <157>; art. 11 <166>; art. 14 <167>; art. 3 <168>; art. 37 <173>; art. 15 <175>.

<sup>1171</sup> Esta definición es la ofrecida en el art. 8.1 RD 1561/1995. En el transporte por carretera, hay que atender además a las previsiones del art. 10 RD 1561/1995, en la redacción dada por el RD 902/2007, de 6 de julio.

<sup>1172</sup> Por ejemplo, art. 11 <166<, o art. 15 <175<.

<sup>1173</sup> STS de 2 de octubre de 2007, rec. n.º 30/2007, frente al criterio de algunos pronunciamientos de la doctrina judicial que habían defendido su consideración como tiempo de trabajo efectivo –v.gr. STSJ I. Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de febrero de 2007, rec. n.º 781/2006–.

<sup>1174</sup> Sirva de ejemplo la contraposición entre los siguientes convenios. Por un lado, el art. 3 <168< indica: «Para el personal de movimiento será *tiempo de trabajo*: 1. La conducción durante la circulación del vehículo *desde la recepción y hasta la entrega del mismo (toma y deje)* incluyéndose en dichos conceptos el trayecto desde el lugar en que el trabajador firme el registro de presencia o tome el vehículo para iniciar el viaje con servicio y el trayecto desde la terminación de éste hasta el lugar donde se entregue el vehículo, o se firme el correspondiente registro. Quedará incluida, igualmente, en este concepto, la carga y descarga, previa al inicio o final del viaje. En las empresas podrá determinarse de mutuo acuerdo el tiempo utilizado para tales conceptos. *Los trabajos para la conservación, limpieza y reparación del vehículo, cuando se realicen, en el mismo, durante su servicio.* 2. *Trabajos auxiliares.* a) *Los trabajos relacionados con la contabilidad, entrega de ingresos, firma de registro de hojas de servicios, entrega de billetes y trabajos similares.* b) *Los trabajos de conservación, limpieza y mantenimiento no incluidos en el apartado anterior; realizados por él, o que exijan su presencia.* 3. Tiempo de presencia: Será tiempo de presencia, de acuerdo con lo regulado en el Real Decreto 1561/1995, aquel período de jornada en que el trabajador aunque no preste trabajo efectivo se encuentra a disposición de la Empresa, tanto en los locales como en el vehículo. Tendrán la consideración de tiempo de presencia, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 8 del Real Decreto 1561/1995, las guardias, retenes, expectativas, averías, esperas, comidas en ruta, vigilancia del vehículo viajes sin servicio (aquellos en que el trabajador no conduciendo, acompaña al conductor con el fin de iniciar un nuevo servicio o por haber concluido el suyo), y otras similares en las que el trabajador, aunque no preste trabajo efectivo se encuentra a disposición de la Empresa». Asimismo, el art. 14 <167< califica como tiempo de trabajo efectivo trabajos auxiliares, como «los de *repostar, revisar niveles, entretenimiento y limpieza del vehículo y demás funciones complementarias, reposición de la hoja de ruta, acondicionar equipajes, expediciones de billetes, tiempo de toma y deje de servicio*, que será de 15 minutos por cada toma y por cada deje»; de forma similar, art. 8 <164<. A su vez, el art. 9 <172< clasifica como tiempo de trabajo efectivo «la preparación del billeteaje y liquidación de recaudación» –con un máximo de diez minutos diarios– y «el tiempo de repostaje en ruta». También dentro del tiempo efectivo de trabajo, el art. 7 <155< incluye la puesta a punto e inspección del vehículo; y el art. 6 <162<, la toma y deje del servicio, que también es computado por el art. 32 <399< a efectos de horas extraordinarias.

Por otro lado, en cambio, el art. 12 <178< considera tiempo de presencia «aquel en que el trabajador se encuentre a disposición del empresario, sin realizar actividad conceptualizada de trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta, repostado, *preparación de billeteaje, liquidación de recaudación, limpieza de vehículos, así como media hora cada día de trabajo para toma y deje de servicio*». Y de forma similar, art. 24 <170<: «*El tiempo destinado a “toma y deje”, se considerará tiempo de presencia...* Se entiende como tiempo de “toma y deje” el destinado en la jornada de trabajo por el Conductor a realizar las tareas complementarias para iniciar y dejar el servicio, como *repostar el vehículo, revisar niveles de agua, combustible, aceites y demás líquidos, presión de los neumáticos y similares, instalación de carteles de ruta, preparación de billeteaje, liquidación de recaudación*, así como todas aquellas tareas auxiliares para el adecuado desarrollo del servicio, tanto a su inicio como a su finalización».

<sup>1175</sup> En tal sentido, ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las horas...», cit., p. 61; y STSJ Asturias de 30 de abril de 2004, rec. n.º 624/2003. Por su parte, la STSJ Castilla-La Mancha de 27 de mayo de 1994, rec. n.º 201/1994, sí califica estos excesos como horas extras, pero respecto a un tiempo de espera en que el trabajador está a disposición de la empresa, realizando actividades de limpieza, revisión o engrase.

<sup>1176</sup> Art. 14 <74<.

<sup>1177</sup> En relación a servicios médicos de atención continuada, SSTJCE de 3 de octubre de 2000, asunto C-303/98 (SIMAP); de 9 de septiembre de 2003, asunto C-151/2002 (Jaeger); y ATJCE de 3 de julio de 2001, asunto C-241/99 (CIG). También, SSTJCE de 5 de octubre de 2004, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01 (Pfeiffer y otros), respecto a períodos de permanencia asegurados por socorristas en un servicio de asistencia médica urgente; y de 1 de diciembre de 2005, asunto C-14/04 (Dellas y otros), respecto a guardias en centros sociales y médico-sociales.

<sup>1178</sup> El inicio de esta doctrina se encuentra en la STS de 8 de octubre de 2003, rec. n.º 48/2003, sobre el régimen de las guardias médicas en el Convenio Colectivo para el personal laboral del sector sanitario de Galicia. A la anterior, le siguen un número considerable de pronunciamientos sobre la regulación de las guardias médicas en el Convenio Colectivo de los hospitales concertados de la red hospitalaria de utilización pública de Cataluña, que tienen origen en las SSTS de 21 de febrero de 2006, recud. n.º 2831/2004 y 3338/2004; y otra STS de 22 de febrero de 2006, recud. n.º 3665/2004, dictadas todas ellas en Sala General y que en términos similares son reproducidas por otras sentencias, como SSTS de 6 de marzo de 2006, recud. n.º 2843/2004; de 24 de marzo de 2006, recud. n.º 2714/2004; de 28 de marzo de 2006, recud. n.º 5114/2004; de 29 de mayo de 2006, recud. n.º 2842/2004; de 8 de junio de 2006, recud. n.º 1693/2005; de 4 de julio de 2006, recud. n.º 858/2005; de 10 de julio de 2006, recud. n.º 3938/2004; de 18 de septiembre de 2006, recud. n.º 1659/2005; de 11 de octubre de 2006, recud. n.º 1641/2005; de 14 de noviembre de 2006, recud. n.º 5464/2004; de 27 de noviembre de 2006, recud. n.º 3134/2005, y 4919/2005; de 5 de diciembre de 2006, recud. n.º 2233/2005; o de 1 de febrero de 2007, recud. n.º 3594/2005.

<sup>1179</sup> Sobre esta distinción, MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La jornada...*, cit. pp. 123-124.

<sup>1180</sup> SSTS de 11 de julio de 1990 (Ar. 6094) –trabajos portuarios–; de 18 de febrero de 1991, rec. n.º 1021/90, 30 de junio de 1994, recud. n.º 3619/1993, ó 22 de julio de 1996, recud. n.º 197/1995 –asistencia médica domiciliaria–; de 23 de abril de 1991, rec. n.º 826/90 –empresa de seguridad–; de 29 de noviembre de 1994, rec. n.º 752/1994 –empresa hidroeléctrica–.

Sobre el régimen y retribución de estas situaciones de disponibilidad o retén, pueden verse, entre otros muchos, art. 21 <360>; art. 23 <361>; art. 40 <363>; cláusula 7 <375>; anexo VII <397>; etc.

<sup>1181</sup> En el pasado, el Tribunal Supremo había afirmado que, a efectos de la calificación de horas extraordinarias, no computaban ni los supuestos de mera localización, ni tampoco –y aquí estaría la diferencia– las guardias médicas de presencia: SSTS de 21 de junio de 1982 (Ar. 4054); de 19 de octubre de 1982 (Ar. 6205); de 14 de marzo de 1985 (Ar. 1339); de 16 de junio de 1988 (Ar. 5404); de 24 de junio de 1992, rec. n.º 2010/1991.

<sup>1182</sup> En el <270>, su art. 36.2 afirma que «la jornada complementaria de atención continuada (guardias) queda excluida de la jornada máxima legal ordinaria y exceptuada del régimen de horas extraordinarias», reiterándose en su art. 36.7 que «las guardias no son horas extraordinarias». Asimismo, art. 30 <272>.

<sup>1183</sup> Tras su adaptación a la Directiva 2002/15, en la nueva redacción que sobre el transporte por carretera ofrece el art. 10 RD 1561/1995, su apartado 3º define el tiempo de trabajo efectivo como aquél en que «el trabajador móvil no puede disponer libremente de su tiempo y tiene que permanecer en el lugar de trabajo dispuesto a realizar su trabajo normal...», mientras que en su apartado 4 califica como tiempo de presencia los períodos en que «el trabajador móvil no lleva a cabo ninguna actividad de conducción u otros trabajos y no está obligado a permanecer en su lugar de trabajo, pero tiene que estar disponible para responder a posibles instrucciones que le ordenen emprender o reanudar la conducción o realizar otros trabajos».

<sup>1184</sup> ATJCE de 14 de julio de 2005, asunto C-52/04 (Personalrat der Feuerwehr Hamburg), respecto al servicio de bomberos.

<sup>1185</sup> STSJ Castilla-La Mancha de 29 de enero de 2004, rec. n.º 614/2002, respecto a la obligación del trabajador de permanecer en el centro de trabajo para efectuar un control cada dos horas de la temperatura de los cultivos de champiñón.

<sup>1186</sup> Por ejemplo, en tanto no especifica si es presencia voluntaria o tiempo de disposición respecto al empresario, art. 34 <53>: «Las horas de mera presencia de los trabajadores en el

Centro de trabajo no se considerarán dentro de la jornada de trabajo efectivo, ni se computarán a efectos del límite de horas extraordinarias». Por su parte, el art. 15 <55> deja su consideración a la estimación de la Dirección del centro.

<sup>1187</sup> Art. 14 <28>: «Las horas de mera presencia voluntaria de los trabajadores en el Centro de trabajo no se considerarán dentro de la jornada de trabajo efectivo, ni se computarán a efectos del límite de horas extraordinarias».

<sup>1188</sup> Art. 49 <308>: «El personal de Mahou, S.A. dispondrá de un máximo de ocho horas anuales para la asistencia a las Asambleas [de trabajadores] dentro del horario de trabajo. La asistencia o no a dichas Asambleas no será, en ningún caso, motivo justificado para la percepción de horas extraordinarias o para ausentarse del puesto de trabajo, respectivamente»; y art. 40.5 <309>.

<sup>1189</sup> STS de 26 de marzo de 1996, rec. nº 2702/1995.

<sup>1190</sup> Sobre las reflexiones que siguen, *vid.* RIVERO LAMAS, J.: «Régimen de la jornada...», cit., pp. 50 y 53.

<sup>1191</sup> En la normativa anterior, art. 35.1 ET y art. 40 RD 2001/1983.

<sup>1192</sup> *Vid.* GARCÍA NINET, J.I.: «Ordenación...», cit., pp. 69-70; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Horas extraordinarias...», cit., pp. 759-760. Sin embargo, no comparte los efectos disuasorios de la medida, DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El régimen jurídico...*, cit., pp. 140-142; y también con dudas al respecto, FERNÁNDEZ PRATS, C.: «Las horas...», cit., pp. 772-773.

<sup>1193</sup> BALLESTER PASTOR, I. y RUANO ALBERTOS, S.: «Horas extraordinarias...», cit., pp. 380-381.

<sup>1194</sup> ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las reformas...», cit., p. 41; ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Comentarios...», cit., p. 458. Con todo, una síntesis de las valoraciones críticas de la doctrina respecto a esta consecuencia, en DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El régimen jurídico...*, cit., pp. 159-161.

<sup>1195</sup> Apartado IV.5º del AINC de 28 de abril de 1997: «La posible reducción de las horas extraordinarias debe llevarse a cabo a través de los Convenios Colectivos nacionales así como su compensación por tiempo de descanso».

<sup>1196</sup> Respalda esta afirmación, no sólo los resultados obtenidos del análisis de los convenios examinados en este trabajo, sino también las sucesivas Memorias del CES. Por ejemplo, en la de 2005, se fija en el 60,6% el porcentaje de convenios que prevén la compensación dineraria.

<sup>1197</sup> Además de las conclusiones alcanzadas en este trabajo, corrobora este dato la Memoria del CES de 2003, pág. 346, en la que se señala que un 45% de los convenios que prevén el abono dinerario establecen un valor superior al de la hora ordinaria.

<sup>1198</sup> *Vid.* el análisis de DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El régimen jurídico...*, cit., pp. 136-139, basado en Memorias del CES.

<sup>1199</sup> *Vid.* RIVERO LAMAS, J.: «Régimen de la jornada...», cit., p. 50.

<sup>1200</sup> Art. 15 <110>.

<sup>1201</sup> Art. 51 <9>; art. 70 <42>; art. 49 <60>.

<sup>1202</sup> Art. 25 <69>; art. 24 <85> –si bien este último establece un régimen subsidiario en caso de ausencia de pacto–; art. 34 <130>; art. 3 <225>; art. 39 <228>.

<sup>1203</sup> BALLESTER PASTOR, I. y RUANO ALBERTOS, S.: «Horas extraordinarias...», cit., pp. 381-382.

<sup>1204</sup> Respecto a las horas extras, el art. 8.7 <11> indica que «su abono y realización se efectuarán dentro de los límites que establece el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, pudiendo sustituirlas o compensarlas por un tiempo equivalente de descanso, en lugar de ser retribuidas monetariamente». De manera similar, art. 10 <28>; art. 31 <47>; art. 34 <52>; art. 41 <10>; art. 71 y D.T. 2ª <46>; art. 28 <117>; art. 13 <65>; art. 18 <12>; art. 10 <51>; art. 24 <118>; art. 34 <6>; arts. 28 y 39 <116>; art. 30 <154>; art. 10 <127>; art. 29 <142>; art. 13 <157>; art. 16 <167>; art. 24 <177>; art. 8 <217>; art. 15 <226>; art. 14 <229>; art. 18 <231>; art. 38 <239>; art. 31 <253>; art. 38 <273>; art. 19 <288>; art. 23 <292>; art. 7 <306>; art. 17 y 23 <397>; art. 20 y 29 <400>.

<sup>1205</sup> Una ejemplificación de criterios posibles a seguir por la negociación colectiva, en RIVERO LAMAS, J.: «Régimen de la jornada...», cit., pp. 54-55.

<sup>1206</sup> Art. 22 <37>; «Previo acuerdo empresa y trabajador se compensarán dichas horas, abonándose con los recargos establecidos en el párrafo segundo o bien con tiempo equivalente de descanso retribuido...»; y en similar sentido, art. 20 <31>; art. 9 <68>; art. 29 <156>; art. 17 <214> (sólo para Segovia); art. 29 <222>; art. 30 <252>; art. 20 <276>; art. 24 <312>; art. 19 y 27 <319>; art. 40 <354>.

<sup>1207</sup> Art. 33 <98>; «Cuando por necesidades del servicio sea necesario realizar horas extraordinarias, éstas se abonarán por el importe que se establece para cada categoría en las tablas salariales anexas. Previo acuerdo entre la Empresa y el trabajador afectado las horas extraordinarias se podrán compensar, por un tiempo de descanso...»; o art. 12 <357>; «Las horas extraordinarias que...fuesen necesarias realizar dentro de los límites legales, se compensarán en metálico, salvo que por acuerdo entre la dirección de la Empresa y el trabajador se pactara su disfrute en descanso». También, arts. 16 y 21 <8>; art. 32 <34>; art. 26 <35>; art. 16 <67>; art. 17 <81>; art. 18 <59>; arts. 24 y 30 <93>; art. 51 <113>; art. 12 <125>; art. 14 <175>; art. 44 <182>; art. 19 <199>; art. 39 <210>; art. 18 <227>; art. 21 <237>; art. 15 <240>; art. 12 <241>; art. 10 <249>; art. 44 <260>; art. 29 <277>; art. 12 <281>; art. 7 <295>; art. 25 <361>. Por su parte, contemplando la posibilidad de sustituir la retribución monetaria por descanso más complemento económico, art. 4 <168> y art. 3 del capítulo V <340>.

Entre los convenios que se decantan por la compensación en descanso, salvo acuerdo individual, art. 36 <1>; capítulo II del Título X <27>; art. 30 <43>; art. 14 <65>; art. 36 <78>; art. 14 <159>; art. 19 <235>; art. 26 <339>; art. 27 <352>.

<sup>1208</sup> Art. 17 <75>; art. 3.1 <153>. También, art. 17 <3> y art. 13 <120> –que ofrecen alternativamente la estipulación por acuerdo individual–.

Estableciendo la opción del descanso, salvo acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores a favor de la compensación económica, art. 15 <63>; también, art. 19 <301>.

<sup>1209</sup> Art. 34 <30>; art. 28 <57>; art. 8 <169>; art. 44 <376>.

Decantándose por la opción del descanso, en ausencia de pacto, art. 22 <15>; art. 17 <80>; art. 36 <87>; art. 46 <95>; art. 21 <101>; art. 50 <109>; e igualmente, respecto a la opción de descanso más compensación económica, art. 29 <64>.

<sup>1210</sup> Art. 29 <40>; art. 28 <29>; art. 57 <48>; art. 43 <102>; art. 73 <112>; art. 27 <91>; art. 37 <103>; art. 34 <122>; art. 26 <151>; art. 10 <152>; art. 24 bis <170>; art. 31 <184>; art. 16 <190>; art. 13 <274>; art. 17 <289>; art. 16 <293>; art. 45 <300>; art. 17 <303>; art. 79 <304>; art. 39 <315>; art. 38 <337>; art. 22 <345>; art. 9.7 <366>; art. 38 <378>; art. 31 <389>; art. 33 <395>. A su vez, regulando la retribución económica y admitiendo la compensación en descanso a petición del trabajador, art. 17 <261> y art. 39 <333>. Por su parte, los arts. 50 <334>, 38 <344>, 17 <358> y 117 <383> permiten optar por la compensación mixta.

<sup>1211</sup> Art. 25 <76>; art. 29 <99>; art. 18 <194>; art. 40 <195>; art. 25 <197>; art. 13 <200>; art. 41 <201>; art. 44 <202>; art. 65 <203>; art. 55 <204>; art. 21 <205>; art. 32 <206>; art. 12 <245>; art. 37 <268>; art. 32 <278>; cláusula tercera <298>; art. 14 <355>.

<sup>1212</sup> Art. 25 <17>; art. 33 <25>; art. 61 <19>; art. 23 <50>; art. 23 <71>; art. 31 <97>; art. 42 <105>; art. 29 <215>; art. 55 <255>; art. 43 <257>; art. 18 <336>; art. 11 <347>; art. 14 <351>; art. 53 <379>.

<sup>1213</sup> Art. 11 <7>; art. 31 <23>; art. 10 <107>; art. 22 <123>; arts. 29 y 34 <161>; art. 24 <181>; art. 17 <188>; art. 25 <192>; art. 21 <271>; art. 27 <287>; art. 26 <324>; cláusula 23 <381> –que además de la excepcionalidad requiere acuerdo con los representantes de los trabajadores–; art. 32 <386>. También, art. 41 <94>, art. 14 <342> y art. 22 <396>, vinculando expresamente la imposibilidad del descanso a razones organizativas o necesidades del servicio.

<sup>1214</sup> Arts. 33 y 34 <44>. También, art. 9.4 <92> y art. 9.4 <366>, que sólo contemplan la compensación en descanso respecto a las horas extras que no sean de fuerza mayor.

<sup>1215</sup> Art. 50 <334>; art. 32 <399>. También art. 22 <4> y art. 29 <16>, que conceden la opción entre cobro económico o descanso al trabajador si las horas extras son obligatorias, y a la empresa, si son voluntarias; por su parte, el art. 33 <314> establece con carácter general la compensación en descanso, pero si las horas extras son obligatorias permite al trabajador optar

por la retribución económica. En el caso del art. 13 <256> y art. 26 <259>, de la regla general de remuneración en descanso se exceptúan las horas extras por fuerza mayor, respecto a las que se admite acordar su compensación económica.

<sup>1216</sup> Art. 15 <56> –que tras referirse genéricamente a la retribución económica, permite que las horas extras estructurales se compensen con descanso por mutuo acuerdo de empresa y trabajador–; arts. 115 y 117 <383> y art. 28 <392> –que, en relación a las horas perentorias, conceden la elección al trabajador–.

<sup>1217</sup> Es el caso del art. 45 <377>, que, frente al criterio establecido para el resto de horas extras, prohíbe la compensación en descanso de las nocturnas o festivas.

<sup>1218</sup> Por ejemplo, el art. 8 <90> exige la compensación en descanso hasta la mitad de las horas extras realizadas; el art. 41 <94> impide retribuir económicamente más de 30 horas extras al año; el art. 9.4 <366> indica que las horas extras que no sean de fuerza mayor deben compensarse en descanso, si bien, las que excedan de 77 horas anuales recibirán una remuneración económica adicional; el anexo II-art. 26 <335> (sólo Madrid) impone el descanso a partir de las setenta horas extraordinarias; y el art. 120 <365> establece la retribución económica para las primeras dieciséis horas extraordinarias, dejando en el resto que el trabajador opte por su compensación en descanso.

<sup>1219</sup> Así se prevé en el art. 14 <307>, que ordena la compensación en descanso de la primera hora estructural, indicando que en el resto de horas extras estructurales que se efectúen dentro de la misma jornada será el trabajador el que opte por su retribución económica o en descanso.

<sup>1220</sup> Art. 29 <16>; art. 13 <172>; art. 21.1 <309>; art. 3 del capítulo V <340>; art. 12 <357>.

<sup>1221</sup> Por ejemplo, arts. 46 y 47 <26>; art. 31 <39>; anexo II <86>; art. 32 <22>; art. 34 <96>; art. 42 <24>; art. 30 <115>; art. 16 <106>; art. 42 <108>; art. 24 <58>; art. 9 <14>; art. 74 <114>; art. 24 <121>; art. 28 <124>; art. 21 <128>; art. 18 <129>; art. 17 y Anexo V bis <132>; art. 32 <135>; art. 83 <136>; art. 9 <138>; art. 19 <141>; art. 9 <143>; art. 6 <147>; art. 21 <148>; art. 10 <150>; art. 29 <155>; art. 17 <158>; art. 6 <162>; art. 9 <164>; arts. 38 y 49 <165>; art. 31 <166>; art. 18 <171>; art. 22 <173>; art. 28 <174>; art. 24 <176>; art. 11 <178>; art. 38 <180>; art. 8 <185>; art. 6 <186>; art. 14 y 24 <187>; art. 12 <189>; art. 13 <191>; art. 31 <193>; art. 19 <198>; art. 18 <207>; art. 16 <211>; art. 21 <213>; art. 17 <214> (en centros de Palencia, Salamanca y Soria); art. 15 <218>; art. 13 <223>; art. 9 <224>; art. 14 <236>; art. 35 <270>; art. 24 <279>; art. 8 <280>; art. 23 <282>; art. 15 <284>; art. 15 <285>; art. 6 <286>; art. 14 <290>; art. 26 <294>; art. 21 <297>; art. 15 <305>; art. 15 <308>; art. 20 <310>; art. 28 <317>; art. C-9 <320>; art. 31 <328>; art. 20 <331>; art. 19 <338>; art. 20 <341>; art. 25 <350>; art. 26 <356>; art. 35 <368>; art. 13 <371>; art. 27 <373>; art. 20 <382>; art. 8 <387>; art. 69 <391>; cláusula 7 <397>.

<sup>1222</sup> Art. 22 <49>; art. 20 <119>; art. 13 <144>; art. 17 <214>; art. 22 <221>; art. 29 <359>; art. 7.1 <375>. Con alguna excepción para alguna circunstancia específica, arts. 33 y 34 <72>; arts. 25 y 26 <326>; arts. 14 y 53 <380>.

<sup>1223</sup> Art. 32 <66> –respecto a las horas extras por fuerza mayor, contemplando sólo descanso para las estructurales–; art. 29 <219> –establece la compensación mixta si lo acuerdan las partes, y en su defecto, procede el descanso–; art. 27 <364> –fija la compensación en descanso para las dos primeras horas del día y para el resto añade un abono económico–.

<sup>1224</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid) de 19 de diciembre de 2005, rec. n.º 2117/2005, con la condición de que el descanso estipulado por acuerdo de empresa mantenga el mismo incremento pactado en el convenio sectorial para la retribución económica; y STSJ Asturias de 18 de febrero de 2005, rec. n.º 3470/2003, respecto a un acuerdo de empresa que modifica la previsión del convenio, con apoyo en el art. 41 ET. También ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las horas...», cit., pp. 80-81, admite que, aunque el convenio se haya decantado por la retribución, cabe que por pacto individual se acuerde la compensación por descanso –no viceversa–.

<sup>1225</sup> STS de 15 de diciembre de 1997, rec. n.º 2583/1997.

<sup>1226</sup> Por citar sólo algunos, art. 21 <16>; art. 55 <42>; art. 34 <64>; art. 30 <82>; art. 66 <108>; art. 19 <158>; art. 34 <202>; art. 30 <302>; art. 31 <332>; art. 41 <379>; etc.



<sup>1227</sup> STS de 21 de febrero de 2007, rec. n.º 33/2006.

<sup>1228</sup> STS de 21 de febrero de 2007, rec. n.º 33/2006; STSJ Cantabria de 18 de octubre de 2006, rec. n.º 859/2006.

Aplicando la doctrina anterior, *v.gr.* SSTS de 30 de mayo de 1988 (Ar. 4672); de 23 de enero de 1991 (Ar. 174); de 27 de febrero de 1995, recud. n.º 981/1994. Dando cuenta del cambio de criterio jurisprudencial, entre otras muchas, SSTS de 2 de junio de 2003, recud. n.º 3153/2002; de 28 de noviembre de 2004, recud. 976/2004; de 18 de septiembre de 2006, recud. n.º 1659/2005; de 27 de noviembre de 2006, recud. n.º 3134/2005; etc.

<sup>1229</sup> *V.gr.* art. 50 <109<; art. 22 <123<; y los que más abajo se citan.

<sup>1230</sup> *V.gr.* art. 41 <10< art. 21 <205< –que excluye los pluses extrasalariales de distancia y transporte–; art. 17 <261<; art. 26 <266<; art. 32 <135<; etc.

<sup>1231</sup> De entre una larga lista, por ejemplo, art. 61 <19<; art. 31 <47<; art. 16 <67<; art. 22 <4<; art. 31 <39<; art. 17 <75<; art. 33 <98<; art. 42 <108<; art. 34 <30<; art. 39 <79<; art. 24 <118<; art. 46 <95<; art. 19 <141<; art. 26 <151<; art. 14 <159<; arts. 38 y 49 <165<; art. 13 <172<; art. 24 <181<; art. 18 <194<; art. 40 <195<; art. 13 <200<; art. 19 <235<; art. 31 <253<; art. 35 <270<; art. 15 <285<; art. 14 <290<; art. 21 <297<; art. 45 <300<; art. 17 <303<; art. 14 <307<; art. 21.1 <309<; art. 28 <317<; art. 39 <333<; art. 50 <344<; art. 25 <350<; art. 25 <361<; anexo I <369<; art. 45 <377<; art. 31 <389<; anexo I <397<; art. 29 <400<; etc. *Vid.* entre otras, SSTS de 28 de noviembre de 2004, recud. n.º 976/2004; o de 2 de diciembre de 2005, recud. n.º 3942/2004.

<sup>1232</sup> Art. 17 <80<; art. 29 <137<; art. 29 <156<; art. 9 <164<; art. 31 <166<; art. 4 <168<; art. 24 bis <170<; art. 24 <176<; art. 24 <177<; art. 11 <178<.

<sup>1233</sup> Entre otros, arts. 46 y 47 <26< y art. 24 <312< –con referencia únicamente al salario base–; arts. 15 <56< y 18 <59< –que parten del salario previsto para cada nivel profesional más el complemento de antigüedad–; también, la cláusula 23 <381< o el art. 14 <65<; y otros que se citan con posterioridad. Para el cálculo de la retribución de las horas extras, algunos acuerdos continúan incluso remitiéndose a los derogados Decreto 2380/1973, sobre ordenación del salario, y la OM de 22-11-1973: es el caso del art. 36 del anexo I <140<; y art. 17 <214<.

<sup>1234</sup> Art. 50 <109<; art. 22 <123<; art. 34 <130<; art. 22 <345<.

<sup>1235</sup> Configurada como cuantía mínima, art. 10 <28<; art. 33 <25<; art. 37 <103<; art. 50 <109<.

<sup>1236</sup> Art. 29 <99<; art. 15 <110<; art. 24 <278<.

<sup>1237</sup> Sobre el valor genérico de la hora ordinaria, art. 23 <50<; art. 29 <64<; art. 23 <71<; art. 25 <76<; art. 41 <94< (salvo pacto expreso en la Empresa); art. 14 <175<; art. 17 <188<; art. 25 <192<; art. 31 <193<; art. 6 <217<; art. 14 <229<; art. 38 <239<; art. 21 <271<; art. 38 <273<; art. 13 <274<; art. 20 <276<; art. 27 <287<.

Aplicando el incremento sobre el valor resultante de la fórmula indicada en el convenio, art. 11 <7<; art. 14 <65<; art. 17 <81<; art. 29 <154<; art. 44 <260<; art. 13.7 <269<; art. 17 <289<.

También con un incremento del 50%, art. 39 <315<.

<sup>1238</sup> Sobre el valor genérico de la hora ordinaria, art. 29 <40<; art. 32 <22<; art. 28 <117<; art. 32 <34<; art. 22 <37<; art. 11 <38<; art. 24 <58<; art. 9 <68<; art. 30 <115<; art. 10 <51<; art. 24 <85<; art. 34 <122< y art. 9 <143< (como mínimo); art. 32 <135<; art. 83 <136< (para Barcelona, Girona y Lleida, fijando para Tarragona un criterio distinto); art. 6 <147< (admite mejora por acuerdo de empresa); art. 21 <148<; art. 8 <185<; art. 13 <191<; art. 39 <210<; art. 16 <211<; art. 21 <213<; art. 17 <214< (para los centros de Soria); art. 13 <223<; art. 18 <227<; art. 14 <236<; art. 15 <240<; art. 12 <251<; art. 30 <252<; art. 26 <266<; art. 12 <267<; art. 24 <279<; art. 8 <280<; art. 12 <281<; art. 23 <282<; art. 15 <284<; art. 6 <286<; art. 15 <305<; art. 15 <308<; art. 28 <327<; art. 31 <328<; art. 28 <335<; art. 38 <337<; art. 26 <356<; art. 44 <376<; art. 20 <382<.

Aplicando el incremento sobre el valor resultante de la fórmula indicada en el convenio, art. 9 <14<; arts. 46 y 47 <26<; art. 13 <65<; art. 16 <8<; art. 20 <18<; anexo 3 <74<; art. 42 <105<; art. 10 <150<; art. 3.1 <153<; art. 17 <214<; art. 15 <226<; art. 18 <231<; art. 21 <237<; art. 12 <241<; art. 30 <252<; art. 43 <257<; art. 29 <277<; art. 7 <295<; art. 20 <331<;



art. 14 <342>; art. 14 <351>; arts. 55 y 69 <391>; arts. 34 y 35 <395>; art. 22 y anexo IV <396>.

Otros convenios que establecen el incremento del 75%, art. 10 <249>; también, art. 74 <114>—que admite pacto en contrario y remite la determinación de las bases de cálculo del valor de la hora extraordinaria a la Comisión Paritaria—.

<sup>1239</sup> En relación a convenios que hacen una alusión general al valor de la hora ordinaria, aplica un incremento del 10%, art. 34 <52>. Del 15%, art. 28 <57> (admite pacto en ámbito inferior). Del 20%, art. 28 <36>; art. 32 <386>. Del 25%, art. 18 <12>; art. 28 <29>; art. 27 <91>; art. 42 <24>; art. 34 <161>; art. 19 <272>; art. 23 <292>. Del 30%, art. 57 <48>; art. 21 <205>. Del 35%, art. 21 <101>. Del 40%, art. 15 <63>; art. 13 <256>; art. 32 <278>. Del 45%, art. 26 <259> (salvo acuerdo en contrario). En cuanto a los problemas interpretativos que a veces plantea la literalidad de las cláusulas convencionales, la STSJ C. Valenciana de 5 de diciembre de 2007, rec. n.º 1445/2006, considera que cuando se indica que el valor de la hora extra equivale al 130% del valor de la hora ordinaria, es patente que está previendo un incremento del 30% sobre el valor de la hora ordinaria y no un incremento del 130% sobre el mismo.

Sobre el valor resultante de la fórmula indicada en el convenio, se aplica un coeficiente multiplicador de 1,23 en el art. 3 del capítulo V <340>. Y aplicando un incremento del 25%, art. 31 <97>; art. 73 <112>; art. 51 <113>. Del 35%, art. 15 <56>; art. 18 <59>. Del 40%, art. 37 <268>. Por su parte, con una fórmula intermedia, el art. 34 <161> prevé un incremento del 25% sobre el valor de la hora ordinaria más antigüedad.

<sup>1240</sup> Art. 36 <1>; art. 55 <255>.

<sup>1241</sup> Sobre el valor de la hora ordinaria, art. 71 <46> (admite modificación por acuerdo de empresa, pero no por pacto individual); y aplicado sobre el resultado de la fórmula, art. 12 <125>; art. 24 <312>.

<sup>1242</sup> En relación a convenios que hacen una alusión genérica al valor de la hora ordinaria, aplican un incremento del 80%, art. 17 <3>; art. 12 <189>. Del 85%, art. 31 <23>. Del 100%, art. 21 <100>; art. 28 <124>; art. 10 <127>; art. 18 <129>; art. 17 <132>; art. 9 <138>; art. 9 <224>; art. 16 <190>; art. 47 <343>-. Del 150%, art. 16 <106>. Del 175%, art. 21 <128>.

Sobre el valor resultante de la fórmula indicada en el convenio, aplica un incremento del 100% el art. 17 <214>.

<sup>1243</sup> Cuando se realizan en festivos, adiciona a la hora extraordinaria común un 5%, art. 34 <395>. Un 15%, art. 55 <255>; art. 134 <365>. Un 20%, art. 17 <3>; art. 28 <36>; art. 21 <205> (y también las nocturnas); art. 20 <382>. Un 25%, art. 11 <7>; art. 3.1 <153> (y un 25% más si son nocturnas); art. 38 <180>; art. 12 <189>; art. 25 <192>; art. 26 <266>; art. 21 <271>; art. 13 <256>; art. 43 <257>; D.A. 3ª <292>; art. 15 <305>; anexo II-art. 26 <335> (y también las nocturnas); art. 44 <376> (y también las nocturnas). Un 30%, art. 28 <36>; art. 26 <259>. Un 40%, art. 36 <1>. Un 50%, art. 9 <138>; art. 9 <224>. Un 65%, art. 13 <65> (y sólo un 43% para las nocturnas); art. 14 <236> (y sólo un 25% para las nocturnas). Un 75%, art. 32 <34>; art. 22 <37>; art. 11 <38>; art. 39 <210>; art. 16 <211>; art. 17 <214>; art. 18 <227>; art. 18 <231>; art. 30 <252>; art. 12 <267>; art. 31 <328>. Un 90%, art. 14 <65>. Un 100%, art. 26 <324> (y sólo un 25% para las nocturnas). Un 125%, art. 29 <40>; art. 21 <213>. Por su parte, el art. 50 <379> establece la percepción del plus de trabajo en festivos y garantiza un mínimo de tres horas extraordinarias.

De forma específica, respecto a las horas extra nocturnas, establecen un incremento adicional del 15%, art. 38 <344>. Del 25%, art. 14 <236>; art. 20 <382>. Del 35%, art. 51 <113> (y un 55% si además son en festivos). Y con abono de un suplemento acumulable del 100%, art. 34 <395> (y del 120% si además son festivos). Por lo general, a estos efectos, se consideran horas extras nocturnas las realizadas entre las 22 y las 6 h, siguiendo así el criterio del art. 36.1 ET -v. gr. art. 9.4 <92>; art. 19 <198>; art. 9.4 y anexo III <366>; art. 44 <376>; art. 38 <378>-; no obstante, en algunos convenios se reduce esta franja—art. 26 <324> (de 23 a 6 h.)-, y en otros se amplía—art. 3.1 <153> (de 20 a 8 h.); art. 34 <395> (de 21 a 8 h.)—.

De entre los convenios que fijan la retribución de las horas extras a través de cantidades fijas, establecen cuantías más altas para las celebradas en festivos o en horario nocturno: art. 17 <80>; art. 31 <47>; art. 9.4 <92>; art. 42 <108>; art. 13 <120>; art. 29 <137>; art. 40 <149>; art. 40 <195>; art. 19 <198>; art. 13 <200>; art. 44 <202>; art. 65 <203>; anexo III <208>; art. 19 <235>; art. 45 <258>; art. 17 <303>; art. 39 <304>; art. C-9 <320>; art. 20 <331>; art. 20

<341<; art. 25 <350<; art. 25 <361<; art. 9.4 y anexo III <366<; art. 35 <368<; art. 38 <378<; anexo I <397<. Respecto a las realizadas en días festivos, establecen incrementos porcentuales sobre el valor de la hora extra general fijado en las tablas: art. 29 <155< –con un incremento del 20%–; art. 31 <253< –con un incremento del 45%–; art. 29 <400< –con un incremento del 50%–; art. 10 <152< –a razón del 150% para las ocho primeras, y del 190% para las restantes sobre el valor de la hora extra–.

<sup>1244</sup> Anexo II-art. 26 <335< –recargo del 70% para horas extra por fuerza mayor y del 55% para las estructurales y complementarias–; también, art. 9.4 <92< y art. 32 <399< –establecen mayor cuantía para las horas extra por fuerza mayor que para las necesarias por imprevistos, periodos punta, etc–. Respecto al mayor porcentaje atribuido a las horas extra perentorias, que se imponen como obligatorias, arts. 115 y 117 <383< –porcentaje del 250%, frente al incremento general del 75%–; y art. 28 <392< –porcentaje del 85%, frente al general del 50%–.

<sup>1245</sup> Art. 29 <142< –las voluntarias con incremento del 75%, y las de fuerza mayor como ordinarias–; art. 31 <184< –las de fuerza mayor con el valor de la hora ordinaria, las derivadas de labores propias del sector con el porcentaje del 25%, y las habituales con el incremento del 50%–; también art. 9.4 y anexo III <366< –establece retribución inferior para las de fuerza mayor–.

<sup>1246</sup> Art. 30 <82< (25% respecto a las dos primeras horas extraordinarias y para el resto del 50%); art. 38 <180< (75% para las dos primeras horas extras y 100% para las siguientes); art. 15 <218< (100% para las dos primeras horas extras y 200% para las restantes); art. 22.12 <358< (cuantías superiores para la tercera hora extra o cuando se trabajen ocho horas extras en el día); art. 134 <365< (75% para las dos primeras, y el 85% para las demás); art. 35 <368< (75% para cuando las horas extras *por día* no excedan de dos, y cuando superan esta cifra se pagan con el baremo del 2,5).

<sup>1247</sup> Art. 34 <395< –suplemento acumulable del 100%, fijando además un mínimo de cuatro horas–; o art. 22 <396<. Asegurando la retribución de un número mínimo de horas, con independencia de las trabajadas, art. 24 <181<; art. 3-capítulo V <340<.

<sup>1248</sup> Art. 11 <7<; art. 42 <24<; art. 28 <57<; art. 27 <91<; art. 6 <186< –en defecto de pacto individual o colectivo, se fija incremento del 30%–; art. 24 <279<; art. 8 <280<.

<sup>1249</sup> Art. 24 <121<; art. 29 <137<; art. 5 <235<; art. 17 <289<.

<sup>1250</sup> Art. 70 <42<; art. 39 <116< –en su defecto, el valor de la hora ordinaria–; art. 42 <179< –en su defecto, se pacta incremento del 75%–.

<sup>1251</sup> Art. 34 <6<; capítulo II del título X <27< –y en su defecto, se aplica la normativa laboral–; art. 20 <31<; art. 25 <69< –«se estará a las disposiciones legales vigentes o a los pactos de empresa»–; art. 34 <96<; art. 34 <102<.

<sup>1252</sup> Art. 71 <46<; art. 13 <157<; art. 31 <166<.

<sup>1253</sup> Art. 53 del anexo I <140< –con carácter general establece un recargo del 25% para las dos primeras horas y del 50% para el resto; y para el personal femenino fija un recargo del 50% en todo caso–.

Respecto a la jurisprudencia constitucional a la que se alude, SSTC 28/1992, de 9 de marzo, y 229/1992, de 14 de diciembre.

<sup>1254</sup> El art. 35 <57< declara la incompatibilidad de la percepción económica por horas extras con las primas a la producción; y asimismo, art. 18 <81<. También, cláusula 23 <381<, que excluye del cobro de horas extras al personal adscrito al sistema de trabajo por objetivos. Igualmente, *vid.* art. 12 <73<; art. 16 <86<.

<sup>1255</sup> Art. 75 <95<; art. 45 <300<; art. 26 <324<; art. 12 <357<; art. 50 <380<; art. 29 <400<. También art. 7 <307< –respecto al personal que se rige por horario flexible–. En el art. 32 <372<, la negativa al abono de horas extras se justifica «en atención al incremento salarial pactado en este convenio». Asimismo, la percepción de estos complementos específicos lleva a algunos convenios a sólo aplicar los criterios de retribución de las horas extras cuando el tiempo de trabajo efectivo supera un determinado tope: art. 7.2 <375< (5 horas); art. 45 <377< (3 horas y 15 minutos).

<sup>1256</sup> STS de 24 de julio de 2006, recud. n.º 1570/2005, con doctrina reiterada en la STS de 6 de marzo de 2007, recud. n.º 5293/2005.

<sup>1257</sup> SSTs de 30 de noviembre de 1993, rec. 1572/1992; de 28 de junio de 2006, rec. n.º 76/2005; SSTSJ País Vasco de 10 de enero de 1994, rec. n.º 2139/1992; Andalucía (Málaga) de 29 de marzo de 1999, rec. n.º 1767/1998; Cataluña de 10 de enero de 2003, rec. n.º 4906/2002. Admitiendo, por su parte, una cláusula convencional de incompatibilidad entre las compensaciones por disponibilidad y el cobro de horas extraordinarias, STS de 17 de noviembre de 1998, rec. n.º 410/1998. *Vid.* ROA RICO, L.F.: «El nuevo régimen...», cit., p. 124; MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., p. 155; ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las horas...», cit., pp. 79 y 82.

<sup>1258</sup> Art. 21 <178>.

<sup>1259</sup> Art. 30 <39>; art. 9 <138>; art. 6 <147>; art. 38 <180>; art. 8 <185>; art. 6 <186>.

<sup>1260</sup> Art. 34 <30>; art. 24 <58>; art. 134 <165>; art. 32 <278>; art. 12 <281> (como máximo); art. 50 <334>; art. 12 <335>; art. 19 <336>; art. 134 <365>; art. 35 <395>; art. 7 <397>. Por su parte, el art. 29 <137> fija el mes en que se realizan o el siguiente.

<sup>1261</sup> Bimestral: art. 39 <79>; art. 16 <67>. Trimestral o al final del contrato: art. 15 <55>.

<sup>1262</sup> Art. 12 <357>.

<sup>1263</sup> SJS Donostia-San Sebastián n.º 1, de 22 de abril de 1998, procedimiento n.º 114/1998; ROA RICO, L.F.: «El nuevo régimen...», cit., p. 125. Es verdad que también la STS de 7 de febrero de 2001, rec. n.º 2017/2000 concluye que el recargo previsto en el convenio es aplicable con independencia de la modalidad de retribución, pero en este caso lo hace atendiendo a la literalidad dada por las partes a la cláusula convencional.

<sup>1264</sup> SSTSJ n.º 7987/1999 de Cataluña de 9 de noviembre de 1999 (As. 7027); Aragón de 2 de diciembre de 2004, rec. n.º 1053/2004. ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las reformas...», cit., pp. 45-46; GARCÍA NINET, J.I.: «Ordenación...», cit., p. 63; MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., pp. 138 y 140. Sobre el carácter de mínimo mejorable de la equivalencia del descanso, STSJ País Vasco de 21 de febrero de 2006, rec. n.º 2318/2005.

<sup>1265</sup> Por ejemplo, art. 17 <3>; art. 18 <12>; art. 29 <29>; art. 22 <37>; art. 13 <74>; art. 25 <192>; art. 17 <214>; art. 18 <227>; art. 18 <231>; art. 38 <239>; art. 12 <241>; art. 10 <249>; art. 30 <252>; art. 44 <260>; art. 17 <261>; art. 38 <273>; art. 29 <277>; art. 23 <392>; art. 7 <295>; art. 39 <315>; art. 44 <376>; art. 115 <383>.

<sup>1266</sup> Por ejemplo, art. 36 <1>; art. 11 <7>; art. 29 <40>; art. 13 <256>; art. 26 <259>; art. 26 <266>; art. 27 <291>; art. 12 <281>; art. 27 <287>; art. 17 <289>; art. 3 capítulo V <340>; art. 40 <354>; arts. 120 y 134 <365>.

<sup>1267</sup> Por ejemplo, art. 6 <217>; art. 13 <274>; art. 3 <330>; art. 14 <355>; art. 14.10 <342>; art. 14 <351>; art. 32 <386>; arts. 28 y 87 <392>.

<sup>1268</sup> En el ámbito estatal, art. 22 <4>; capítulo II del Título X <27>; art. 70 <42>; art. 61 <19>; art. 10 <28>; art. 31 <47>; art. 16 <67>; art. 15 <56>; art. 18 <59>; art. 14 <65>; art. 36 <87>; art. 23 <50>; art. 23 <71>; art. 39 <79>; arts. 24 y 30 <93>; art. 22 <4>; art. 29 <99>; art. 51 <113>; art. 32 <34>; art. 26 <35>; art. 24 <118>; art. 13 <65>; art. 34 <72>; art. 8.7 <11>; art. 25 <17>; art. 20 <31>; art. 34 <30>; art. 32 <53>; art. 22 <15>; art. 21 <8>; art. 8 <90>. A nivel provincial y autonómico, art. 13 <120>; art. 22 <123>; art. 34 <130>; art. 29 <142>; art. 13 <157>; art. 14 <159>; art. 24 <177>; art. 42 <179>; art. 31 <184>; art. 16 <190>; art. 18 <194>; art. 40 <195>; art. 25 <197>; art. 19 <199>; art. 13 <200>; art. 41 <201>; art. 44 <202>; art. 65 <203>; art. 55 <204>; art. 21 <205>; art. 32 <206>; art. 6 <217>; art. 38 <225>; art. 15 <226>; art. 39 <228>; art. 21 <237>; art. 15 <240>; art. 12 <245>; art. 45 <258>; art. 13 <274>; art. 16 <293>; cláusula tercera <298>. En el ámbito de la empresa, art. 19 <301>; art. 7 <306>; art. 26 <326>; art. 14 <342>; art. 11 <347>; art. 14 <351>; art. 27 <352>; art. 36 <353>; art. 32 <386>; art. 31 <389>.

<sup>1269</sup> La Memoria del CES de 2005 reflejaba, sin embargo, que las cláusulas que prevenían compensaciones en descanso superiores a las previstas en el ET permanecieron en el 15,7% de los convenios, prácticamente igual que el año anterior.

<sup>1270</sup> Incremento del 10%, art. 34 <52>. Incremento del 25% o concesión de 75 minutos de descanso por cada hora extra, art. 18 <12>; art. 32 <66>; art. 33 <98>; art. 28 <29>; art. 41 <94>; art. 29 <261>; D.A. 3ª <292>; art. 18 <336>. Concesión de 80 minutos de descanso por cada hora extra, art. 21 <101>. Concesión de 83 minutos de descanso por cada hora extra, art.

17 <303<. Incremento del 40%, art. 15 <63<; art. 37 <268<. Incremento del 50% o concesión de 1 hora y 30 minutos, art. 57 <48<; art. 31 <97<; art. 25 <76<; art. 12 <125<; art. 13 <144<; art. 26 <151<; art. 10 <152<; art. 3.1 <153<; art. 16 <167<; art. 8 <169<; art. 25 <192<; art. 19 <235<; art. 38 <239<; art. 26 <259<; art. 13.7 <269<; art. 21 <271<; art. 38 <273<; art. 45 <300<; art. 39 <315<; art. 38 <344<; art. 14 <355<; art. 7.1 <375<. Incremento del 75% o concesión de 1 hora y 45 minutos, art. 41 <10<; art. 9 <68<; art. 13 <74<; art. 17 <75<; art. 22 <37<; art. 73 <112<; art. 30 <43<; art. 36 <78<; art. 42 <105<; art. 28 <117<; art. 10 <51<; art. 24 <85<; art. 9.4 <92<; art. 34 <122<; art. 29 <156<; art. 44 <182<; art. 39 <210<; art. 17 <214< (centros de Segovia); art. 18 <227<; art. 18 <231<; art. 12 <241<; art. 10 <249<; art. 30 <252<; art. 31 <253<; art. 13 <256<; art. 12 <267<; art. 29 <277<; art. 27 <287<; art. 19 <288<; art. 7 <295<; art. 26 <339<; art. 12 <357<; art. 11 <360<; art. 25 <361<; art. 22 <363<; art. 9.4 <366<; art. 44 <376<; art. 45 <377<; art. 38 <378<; art. 41 <379<; cláusula 23 <381<; art. 22 <396<. Incremento del 80%, art. 17 <3<. Incremento del 85%, art. 31 <23<. Concesión de 2 horas de descanso por cada hora extra, art. 17 <80<; art. 36 <1<; art. 11 <7<; art. 29 <40<; art. 11 <73<; art. 46 <95<; art. 27 <91<; art. 26 <266<; art. 12 <281<; art. 22 <345<; art. 17 <289<; art. 50 <334<; art. 40 <354<; art. 120 <365<; art. 14 <380<.

Sólo con carácter puntual algún convenio contempla que si de la aplicación de estos porcentajes resultaran decimales, se redondeará al alza: art. 29 <156<.

<sup>1271</sup> Art. 17 <214< (una jornada de descanso cuando se acumulen cinco horas extraordinarias); art. 38 <337< (un día de descanso, por cada 7,30 horas extra trabajadas en día laborable); art. 29 <400< (un día de descanso cada 5,15 horas de exceso; cada tres horas serán cuatro horas de descanso).

<sup>1272</sup> En domingos y festivos, concesión adicional del 20% más de descanso –art. 17 <3<–; de 13 minutos más de descanso –art. 17 <303<–; de 15 minutos más –art. 25 <192<; art. 26 <259<; art. 21 <271<; D.A. 3ª <292<; art. 33 <314<; art. 12 <357<; art. 44 <376< (también en horario nocturno)–; de 30 minutos más –art. 31 <47<; art. 51 <113<; art. 46 <95< (también en horario nocturno); art. 18 <231<; art. 30 <252<; art. 31 <253<–; de 45 minutos más –art. 22 <37<–; de una hora más –art. 17 <80<–. También para las nocturnas o festivas, con incrementos diferentes según sean estructurales o por fuerza mayor, anexo II-art. 26 <335< (Madrid). Y a su vez, art. 17 <303< que establece un incremento específico para la hora extra festiva nocturna. Asimismo, en módulos temporales de compensación más amplios, art. 38 <337<, que para las realizadas en días de descanso concede medio día de descanso si no exceden de 4 horas extras y un día de descanso cuando se supera esta cifra.

<sup>1273</sup> El anexo II-art. 26 <335< (Madrid) otorga diez minutos de descanso más a las horas extra por fuerza mayor; y el art. 28 <392< concede 45 minutos de descanso más a las perentorias obligatorias que a las voluntarias.

<sup>1274</sup> Art. 14 <307<, que establece descanso equivalente para la primera hora extraordinaria estructural y para el resto de horas extras que se realicen dentro de la misma jornada da la opción de un descanso de 1,6 horas.

<sup>1275</sup> Art. 27 <364< –para determinadas horas extras ofrece compensación de 2 horas de descanso por una de trabajo, más el abono económico–.

<sup>1276</sup> Para las horas extras realizadas en día no laborable parece ser el caso del art. 10 <51<. En atención a la clase de hora extraordinaria, art. 32 <66< (descanso a razón de 1,25 para las de carácter estructural, y descanso equivalente más el valor de 0,5 horas para las de fuerza mayor). A partir de un determinado número de horas extraordinarias, art. 9.4 <92< –compensación mixta para las horas extras que excedan de 52–, o art. 27 <364< –indica que a partir de las dos primeras horas extras trabajadas en la mañana o la tarde, el resto se compensarán con dos horas de descanso más abono del 0,25 por hora trabajada)–.

<sup>1277</sup> Art. 4 <168< (25% de la hora ordinaria); art. 57 <48< y art. 29 <64< (50% de la hora ordinaria); art. 34 <343< (100% del valor de la hora base pactado en el convenio para calcular la cuantía de la hora extraordinaria); y art. 117 <383< (175 % del salario hora base, respecto a las horas extras por necesidades perentorias).

<sup>1278</sup> Art. 29 <16< (50% del valor de la hora extra); art. 9.4 <92< (75% del valor de la hora extra fijado en las tablas del convenio); art. 3 del capítulo V <340< (gratificación equivalente al valor económico de media hora extraordinaria).

<sup>1279</sup> Mantiene la correspondencia con un recargo del 75%, el art. 11 <360>. En cambio, art. 50 <334> –ofrece dos horas de descanso por hora extraordinaria, pero en la opción de compensación mixta concede descanso equivalente más el recargo del 75%, aplicado para calcular el valor monetario de la hora extraordinaria–; o art. 38 <344> –otorga 1 hora y treinta minutos de descanso por hora extra, y en la modalidad de compensación mixta concede una hora de descanso más el 45% del valor de la hora extraordinaria, porcentaje que se incrementa al 60% para días de descanso u horario nocturno–.

<sup>1280</sup> Art. 17 <358>.

<sup>1281</sup> Por ejemplo, art. 50 <109>.

<sup>1282</sup> Caso del art. 29 <161>.

<sup>1283</sup> Art. 34 <6>; art. 43 <102>; art. 13 <256>.

<sup>1284</sup> La fijación del plazo en cuatro meses se ha justificado por razones de salud laboral y de ajuste a la normativa comunitaria: ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las reformas...», cit., p. 41; FITA ORTEGA, F.: *Límites...*, cit., p. 47.

<sup>1285</sup> Entre otros, ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las reformas...», cit., p. 44; PRADOS DE REYES, F.J.: «La ordenación...», cit., p. 510; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 758. En contra, ROA RICO, L.F.: «El nuevo régimen...», cit., pp. 125 y 129.

<sup>1286</sup> ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las reformas...», cit., p. 46.

<sup>1287</sup> Art. 13 <74>; art. 21 <101>; capítulo II del Título X <27>; art. 57 <48>; art. 29 <64>; art. 14 <65>; art. 34 <30>; art. 46 <95>; art. 8 <90>; art. 24 <118>; art. 25 <76>; art. 13 <120>; art. 29 <161>; art. 42 <179>; art. 31 <184>; art. 17 <188>; art. 25 <192>; art. 41 <201>; art. 38 <225>; art. 39 <228>; art. 14 <229>; art. 12 <245>; art. 37 <268>; art. 27 <287>; art. 17 <289>; art. 16 <293>; art. 19 <301>; art. 3 del capítulo V <340>; art. 34 <343>; art. 11 <360>; art. 14 <351>; art. 28 <392>.

<sup>1288</sup> Art. 30 <82>; art. 36 <87>; art. 50 <109>; art. 32 <278>.

<sup>1289</sup> Dentro del mes ó 30 días siguientes, art. 33 <98>; art. 12 <241>; art. 32 <386>; y art. 23 <326> –que exige el descanso dentro del mes siguiente al que finalice el trimestre en que se efectúa el cómputo de las horas extras–. Dentro de los dos meses ó 60 días siguientes, art. 28 <57> (con exclusión del período de disfrute de vacaciones); art. 22 <123>; art. 29 <142>; art. 13 <157>; art. 22 <221>; art. 26 <266>; art. 29 <277>; art. 117 <383>. Dentro de los tres meses ó 90 días siguientes, art. 31 <23>; art. 13 <65>; art. 32 <72>; art. 23 <50>; art. 23 <71>; art. 19 <235>; art. 38 <239>; art. 21 <271>; art. 19 <288>; art. 18 <336>; art. 14 <342>; art. 29 <359>; art. 31 <389>.

<sup>1290</sup> Plazo de 6 meses, art. 45 <258>; art. 38 <337>. Plazo de 12 meses, art. 50 <334> –si bien, para el descanso de la compensación mixta fija un período de cuatro meses–. Antes de la siguiente campaña o dentro del año natural siguiente, art. 29 <16>; también respecto a su disfrute en el año siguiente, art. 43 <102>.

<sup>1291</sup> Art. 30 <43> y art. 36 <78> (mismo año natural o como máximo en la primera semana de enero siguiente); art. 17 <303> (dentro del mismo año); art. 26 <339> (dentro del mismo año natural o como máximo en los primeros diez días de enero siguiente).

<sup>1292</sup> Art. 8 <169>.

<sup>1293</sup> Capítulo II título X <27>; art. 29 <64>; art. 13 <157>; 22 <123>; art. 29 <142>; art. 50 <334>; art. 3 capítulo V <340>; art. 14 <342>; art. 34 <343>.

<sup>1294</sup> Art. 17 <303>.

<sup>1295</sup> Art. 34 <72> («a ser posible»); art. 57 <48> («con carácter general»); art. 12 <241> (a instancia del trabajador). Previo acuerdo entre empresa y trabajador, art. 30 <43>; art. 36 <78>; art. 19 <199>; art. 30 <252>; art. 31 <253>; art. 29 <277>; art. 26 <339>. Estableciendo también el carácter acumulable de los descansos, art. 15 <63>; art. 73 <112>; art. 41 <94>; art. 26 <151>; art. 10 <152>; art. 18 <227>; art. 12 <267>.

<sup>1296</sup> Art. 11 <73>; art. 33 <98>; art. 17 <289>; art. 28 <327>; art. 14 <342>; art. 32 <399>.

<sup>1297</sup> Art. 18 <59>: «deberá existir acuerdo entre las partes sobre las horas extraordinarias que habrán de ser compensadas por tiempo de descanso, así como las horas o fechas en que será aplicado éste, con la única limitación de que su acumulación sólo podrá ser realizada mensualmente». También, art. 15 <56>; arts. 24 y 30 <93>.

<sup>1298</sup> Art. 29 <99>.

<sup>1299</sup> Art. 39 <210> (como plazo máximo de acumulación).

<sup>1300</sup> Art. 43 <102> (por acuerdo de empresa).

<sup>1301</sup> Art. 14 <307>.

<sup>1302</sup> A veces con carácter preceptivo, art. 45 <300> –si bien admite pacto expreso distinto–. Otras veces por mutuo acuerdo entre empresa y trabajador, art. 13 <157>. En algún caso, a elección del trabajador, art. 8 <169> (posibilidad del trabajador de destinar 48 horas de trabajo extra al año a un descanso de diez días naturales acumulables a las vacaciones anuales, o la parte proporcional si la duración del contrato es inferior). Y en algunos pactos sin acabar de concretar de forma clara los términos de esta opción, art. 10 <249>, que impide la acumulación del descanso correspondiente a más de 24 horas extraordinarias, salvo que dicho tiempo se reserve para ampliar vacaciones o fiestas de Navidad.

<sup>1303</sup> Art. 20 <400>.

<sup>1304</sup> Art. 38 <337> –prevé un día de descanso por cada 7,30 horas trabajadas en día laborable; el resto de horas extra que no completen este módulo se compensan con descanso equivalente–.

<sup>1305</sup> Art. 17 <303>; art. 14 <342>.

<sup>1306</sup> Art. 23 <326>.

<sup>1307</sup> DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El régimen jurídico...*, cit., p. 157; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, 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*, nº 58, 2005, p. 71.

<sup>1308</sup> Art. 22 <4>; art. 29 <16>; art. 27 <364>.

<sup>1309</sup> Art. 29 <40>; art. 17 <81>; art. 73 <112>; art. 15 <56>; art. 18 <59>; art. 41 <94>; art. 29 <161>; art. 22 <221>; art. 12 <241>; art. 27 <287>; art. 13.7 <269>; art. 23 <292>; art. 17 <303>; art. 23 <326>; art. 38 <337>; art. 3 del capítulo V <340>; art. 14 <342>; art. 34 <343>; art. 40 <354>; art. 17 <358>; art. 29 <359>; art. 120 <365>; art. 7.1 <375>; art. 117 <383>; art. 28 <392>; art. 29 <400>.

<sup>1310</sup> Art. 32 <72>; art. 28 <116>; art. 29 <154>; art. 29 <156>.

<sup>1311</sup> Art. 26 <151> (descanso que «disfrutará el trabajador a su elección y le será concedido salvo imposibilidad manifiesta de la Empresa, en cuyo caso se concederá el descanso en una segunda solicitud»); art. 17 <289>; art. 26 <259> («salvo que con ello se ocasione un perjuicio grave para la empresa, en cuyo caso el trabajador señalará en igual forma el período definitivo del descanso compensatorio»).

<sup>1312</sup> Art. 57 <48>; y parece también el caso del art. 16 <293>, que alude a la fijación del disfrute «a conveniencia de la empresa».

<sup>1313</sup> Art. 41 <10> (cada parte, el 50% del tiempo acumulado de descanso).

<sup>1314</sup> Art. 22 <123>.

<sup>1315</sup> Art. 14 <380>: «Los descansos compensatorios como consecuencia de la realización de horas extras se llevarán a cabo en los meses de febrero, las realizadas hasta el 1 de febrero; en el mes de junio, las realizadas hasta el 1 de junio y en el mes de octubre las realizadas hasta el 1 de octubre, no caducando el descanso compensatorio en el año natural respecto a las realizadas durante el último trimestre del año. No obstante lo anterior si por circunstancias de la producción, especificidad del puesto, situación de incapacidad temporal u otras análogas un trabajador no pudiera compensar los excesos de jornada generados en los meses anteriormente indicados excepcionalmente y previa autorización de la Empresa podrá compensar los mismos en los períodos que acuerde con ésta. Igualmente, y en los supuestos que no puedan compensarse en los

períodos indicados, podrán acumularse los descansos generados por realización de horas extras a las vacaciones anuales».

<sup>1316</sup> Art. 13 <157>.

<sup>1317</sup> Art. 26 <151>; art. 17 <289>.

<sup>1318</sup> Art. 41 <10>; art. 19 <288>; art. 26 <259>.

<sup>1319</sup> Art. 11 <73>.

<sup>1320</sup> Art. 73 <112>.

<sup>1321</sup> Art. 8 <169>.

<sup>1322</sup> Art. 29 <359> –informe trimestral–.

<sup>1323</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., p. 126; SEMPERE NAVARRO, V.: «El marco...», cit., p. 260. Respecto a la información a los representantes de los trabajadores, STSJ Cantabria de 11 de febrero de 1999, rec. n.º 58/1999.

<sup>1324</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid) de 13 de marzo de 2006, rec. n.º 292/2006; y MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., p. 128. En cambio, la STSJ C. Valenciana de 21 de marzo de 2006, rec. n.º 3098/2005 limita el deber de registro diario sólo cuando se hayan realizado horas extras.

<sup>1325</sup> DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El régimen jurídico...*, cit., pp. 196-197.

<sup>1326</sup> Art. 30 <82>; art. 9.4 <92>; art. 13 <120>; art. 22 <123>; art. 29 <137>; art. 29 <142>; art. 16 <190>; art. 9.4 <366>.

<sup>1327</sup> Art. 61 <19>; art. 35 <72>; art. 26 <63>; art. 17 <80>; art. 73 <112>; art. 32 <22>; art. 8.7 <11>; art. 21 <101>; art. 9 <14>; art. 41 <94>; art. 24 <121>; art. 22 <134>; art. 32 <135>; art. 42 <174>; art. 38 <180>; art. 29 <215>; art. 21 <237>; art. 13 <274>; art. 19 <301>; art. 32 <328>; art. 40 <354>; art. 17 <361>; art. 38 <378>.

<sup>1328</sup> Art. 49 <149>; art. 16 <165>; art. 28 <170>; art. 19 <171>. También, art. 20 <18>.

<sup>1329</sup> Art. 28 <124>; art. 29 <161>.

<sup>1330</sup> Vid. GARCÍA NINET, J.I.: «Ordenación...», cit., p. 76; MONREAL BRINGSVAERD, E.: *Régimen jurídico...*, cit., p. 127.

<sup>1331</sup> Art. 30 <82>; art. 9.4 <92>; art. 41 <94>; art. 22 <123>; art. 29 <137>; art. 29 <142>; art. 9.4 <366>.

<sup>1332</sup> Preven la totalización y entrega de resumen mensual, art. 13 <120>; art. 26 <289>; art. 32 <328>; art. 38 <337>; art. 19 <338>; art. 40 <354>; art. 17 <361>; art. 38 <337>; art. 19 <338>.

<sup>1333</sup> Art. 26 <63>; art. 17 <80>; art. 73 <112>; art. 32 <22>; art. 8.7 <11>; art. 21 <101>; art. 9 <14>; art. 24 <121>; art. 22 <134>; art. 32 <135>; art. 42 <174>; art. 38 <180>; art. 16 <190>; art. 29 <215>; art. 21 <237>; art. 13 <274>; art. 39 <304>; art. 38 <378>.

<sup>1334</sup> Art. 35 <72>; art. 61 <19>; art. 32 <330>.

<sup>1335</sup> Vid. MERINO SENOVILLA, H.: «La jornada...», cit., p. 287; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 751; DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El régimen jurídico...*, cit., p. 197.

<sup>1336</sup> SSTs de 19 de octubre de 1982 (Ar. 6205); de 5 de julio de 1988 (Ar. 5765); de 26 de septiembre de 1990 (Ar. 7051); de 21 de enero de 1991 (Ar. 67); de 11 de diciembre de 2003, rec. n.º 63/2003.

<sup>1337</sup> Por ejemplo, SSTSJ Cataluña de 9 de mayo de 2006, rec. n.º 5027/2005, y de 13 de noviembre de 2006, rec. n.º 977/2004; País Vasco de 16 de enero de 2007, rec. n.º 1790/2006.

<sup>1338</sup> SSTSJ Cataluña de 3 de febrero de 2006, rec. n.º 9646/2004; Castilla y León (Valladolid) de 13 de marzo de 2006, rec. n.º 292/2006.

<sup>1339</sup> Reconociendo el valor probatorio del tacógrafo, SSTSJ País Vasco de 14 de febrero de 2006, rec. n.º 2584/2005; Cantabria de 1 de septiembre de 2006, rec. n.º 601/2006; y advirtiendo no obstante de que los discos del tacógrafo sólo acreditan las horas en que el vehículo ha estado en marcha y que por sí solos no prueban la realización de horas extraordinarias, siendo



necesaria una lectura especializada sobre los mismos, STSJ Cataluña de 26 de mayo de 2006, rec. nº 3412/2005.

<sup>1340</sup> Art. 7 <155> y art. 14 <167>.

<sup>1341</sup> SSTSJ Aragón de 23 de noviembre de 1994, rec. nº 838/1994; C. Valenciana de 25 de mayo de 1999, rec. nº 1704/1996; Cataluña de 6 de mayo de 2003, rec. nº 1339/2002; Andalucía (Sevilla) de 26 de noviembre de 2002, rec. nº 1787/2002.

<sup>1342</sup> Una reflexión general en STSJ Cataluña de 28 de octubre de 2004, rec. nº 7262/2003. Respecto a jornada de cómputo semanal, SSTSJ Galicia de 26 de junio de 1998, rec. nº 217/1996; Cantabria de 17 de noviembre de 2006, rec. nº 911/2006. Respecto a jornada en que se fijan los horarios de trabajo por meses, STSJ Castilla y León (Burgos) de 28 de diciembre de 1998, rec. nº 802/1998.

<sup>1343</sup> SSTSJ Cantabria de 2 de abril de 2003, rec. nº 1090/2002; Castilla y León (Valladolid) de 8 de mayo de 2006, rec. nº 652/2006. También, SSTSJ Extremadura de 21 de julio de 2000, rec. nº 397/2000 y de 19 de enero de 2006, rec. nº 699/2005, que sitúan el inicio del plazo de prescripción en el final del plazo previsto para la concesión del descanso. En cambio, la STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2005, rec. nº 6385/2004, entiende que el plazo de prescripción empieza a contar desde la realización de las horas extras y no desde que finaliza el período estipulado para el disfrute del descanso. Sobre la posibilidad del trabajador de reclamar ante el incumplimiento empresarial en plazo bien la compensación en descanso o bien el abono económico, *vid.* las reflexiones de ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las reformas...», cit., pp. 46-47, y «Las horas...», cit., pp. 83-84; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 759.

<sup>1344</sup> Sobre la legalidad de esta norma reglamentaria, STS, S. Contencioso-Administrativa, de 9 de diciembre de 1998, rec. nº 756/1995.

<sup>1345</sup> Asignan a los representantes de los trabajadores funciones específicas de vigilancia y control sobre el cumplimiento de las normas sobre horas extraordinarias, art. 32 <7>; art. 32 <73>; art. 44 <86>; art. 46 <26>; art. 30 <39>; art. 28 <117>; art. 83 <136>; art. 9 <138>; art. 13 <274> («reservándose, en su caso, las acciones legales correspondientes por incumplimiento del acuerdo de supresión de las horas extraordinarias habituales»).

<sup>1346</sup> Art. 17 <80>; art. 22 <123>; art. 13 <157>; art. 40 <354>; art. 38 <378>. Prevént también la entrega de los partes de trabajo o jornada diaria de los trabajadores, a petición de los propios representantes, art. 16 <165>; art. 19 <171>; art. 40 <123>.

<sup>1347</sup> A veces, requiriendo expresamente su formalización por escrito: art. 20 <18>; art. 15 <56>; art. 18 <59>; art. 23 <140>; art. 6 <147>; art. 19 <199>; art. 26 <289>; art. 12 <281>; art. 29 <359>. Exigiendo firma y sello de la empresa, art. 17 <132>; art. 13 <256>; art. 107 <304>.

<sup>1348</sup> Art. 22 <4>; art. 29 <16>; art. 30 <39>; art. 28 <36>; art. 22 <37>; art. 21 <101>; art. 24 <85>; art. 39 <131>; art. 23 <140>; art. 6 <147>; art. 16 <165>; art. 19 <171>; art. 19 <199>; art. 32 <278>; art. 12 <281>; art. 20 <310>; art. 75 <363>; art. 67 <364>; art. 8 <367>; art. 26 <289>; art. 38 <337>; art. 19 <338>; art. 31 <379>; art. 14 <380>.

<sup>1349</sup> Art. 17 <132>; art. 16 <165>; art. 19 <171>; art. 107 <304>; art. C-9 <320>; anexo II-art. 18 <335>; art. 35 <368>; art. 38 <378>. Sobre la inclusión en la información remitida a los representantes de los trabajadores de la indicación individualizada del número de horas extraordinarias realizadas por cada trabajador, PRADOS DE REYES, F.J.: «La ordenación...», cit., p. 510; MORÓN PRIETO, R.: «Novedades en la ordenación de las jornadas especiales de trabajo», *Relaciones Laborales*, 1996-I, p. 1019; DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El régimen jurídico...*, cit., p. 199.

<sup>1350</sup> Art. 17 <3>; art. 46 <26>; art. 29 <40>; art. 35 <72>; art. 26 <63>; art. 22 <49>; art. 13 <74>; art. 17 <81>; art. 27 <91>; art. 73 <112>; art. 20 <18>; art. 36 <87>; art. 50 <109>; art. 30 <43>; art. 36 <78>; art. 28 <117>; art. 25 <69>; art. 9.4 <92>; art. 41 <94>; art. 43 <102>; art. 44 <114>; art. 13 <120>; art. 24 <121>; art. 22 <134>; art. 13 <144>; art. 9 <150>; art. 26 <151>; art. 4 <168>; art. 16 <190>; art. 40 <195>; art. 13 <200>; art. 17 <214>; art. 38 <225>; art. 39 <228>; art. 21 <237>; art. 43 <257>; art. 17 <261>; art. 37 <268>; art. 26 <266>; art. 13.7 <269>; art. 15 <284>; art. 19 <288>; art. 26 <326>; art. 32 <328>; art. 33 <314>; art. 32 <330>; art. 25 <350>; art. 29 <359>; art. 17 <361>; art. 27 <364>; art. 9.4 <366>; art. 18 <369>; art. 32 <386>. En referencia específica a la determinación de las horas extras por fuerza mayor, art. 12 <356>; art. 35 <368>.

<sup>1351</sup> En los convenios estatales, art. 17 <3>; art. 46 <26>; art. 29 <40>; art. 13 <74>; art. 17 <75>; art. 26 <63>; art. 73 <112>; art. 20 <18>; art. 50 <109>; art. 30 <43>; art. 36 <78>; art. 28 <117>; art. 25 <69>; art. 9.4 <92>; art. 44 <114>. En el ámbito provincial y autonómico, art. 13 <120>; art. 12 <125>; art. 18 <129>; art. 38 <180>; art. 16 <190>; art. 40 <195>; art. 13 <200>; art. 17 <214>; art. 38 <225>; art. 39 <228>; art. 21 <237>; art. 43 <257>; art. 37 <268>; art. 33 <265>; art. 13.7 <269>; art. 15 <284>; art. 19 <288>. A nivel de empresa, art. 32 <328>; art. 32 <330>; art. 50 <334>; art. 25 <350>; art. 37 <353>; art. 14 <355>; art. 17 <361>; art. 27 <364>; art. 9.4 <366>; art. 18 <369>.

Pese a estar derogada la normativa de Seguridad Social que exigía la determinación de las horas extras estructurales por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores (art. 3 Orden I de marzo de 1983), todavía algún convenio sigue exigiendo este requisito a efectos de cotización: por ejemplo, art. 13 <223>.

<sup>1352</sup> Art. 41 <94>; art. 43 <102>.

<sup>1353</sup> Art. 9 <68>; art. 28 <335>; art. 38 <344>.

<sup>1354</sup> Art. 42 <301>.

<sup>1355</sup> Art. 25 <360>.

<sup>1356</sup> STS de 11 de diciembre de 2003, rec. nº 63/2003.

<sup>1357</sup> Vid. ALFONSO MELLADO, C.L.: «Las horas...», cit., p. 85.

<sup>1358</sup> Art. 20 <310>.

<sup>1359</sup> Vid. STS de 25 de abril de 2006, rec. nº 147/2005, que con apoyo en las disposiciones normativas y en el tenor del pacto colectivo analizado, defiende que el derecho de los representantes de los trabajadores a ser informados de las horas extras realizadas incluye tanto las ya compensadas, como las pendientes de compensación.

<sup>1360</sup> Es el caso del art. 11 <73>, respecto a las horas extras por fuerza mayor y estructurales—nada dice, pese a citarlas, de las habituales—; o art. 24 <317>, respecto a las horas extras estructurales.

<sup>1361</sup> Art. 17 <80>; art. 29 <16>; art. 22 <37>; art. 9 <68>; art. 41 <94>; art. 43 <102>; art. 24 <121>; art. 21 <128>; art. 39 <131>; art. 17 <132>; art. 13 <157>; art. 29 <161>; art. 43 <257>; art. 17 <261>; art. 33 <265>; art. 13 <274>; art. 12 <281>; art. 28 y anexo II-art. 18 <335>; art. 38 <344>; art. 8 <367>; art. 45 <377>; art. 117 <383>.

<sup>1362</sup> En la negociación estatal, art. 61 <19>; art. 11 <73>; art. 13 <74>; art. 35 <72>; art. 15 <56>; art. 18 <59>; art. 30 <43>; art. 36 <78>; art. 21 <101>; art. 24 <85>. En los convenios provinciales y autonómicos, art. 22 <123>; art. 23 <140>; art. 6 <147>; art. 21 <148>; art. 9 <150>; art. 40 <195>; art. 19 <199>; art. 13 <200>; art. 29 <215>; art. 26 <266>; art. 26 <289>. En el ámbito empresarial, art. 107 <304>; art. 20 <310>; art. 33 <314>; art. 27 <316>; art. 24 <317>; art. 19 <319>; art. C-9 <320>; art. 26 <326>; art. 32 <328>; art. 32 <330>; art. 25 <350>; art. 37 <353>; art. 40 <354>; art. 14 <355>; art. 26 <356>; art. 29 <359>; art. 27 <364>; art. 9.4 <366>; art. 35 <368>; art. 44 <376>; art. 38 <378>; art. 31 <379>; art. 32 <386>; art. 50 <400>. Otorgan el derecho al comité intercentros, art. 25 <335> (con carácter trimestral); art. 67 <364>; art. 14 <380>.

<sup>1363</sup> Reconociendo el derecho a representantes unitarios y delegados sindicales, art. 17 <3>; art. 22 <4>; art. 46 <26>; art. 30 <39>; art. 29 <40>; art. 26 <63>; art. 22 <49>; art. 17 <75>; art. 17 <81>; art. 73 <112>; art. 20 <18>; art. 36 <87>; art. 50 <109>; art. 27 <91>; art. 28 <117>; art. 25 <69>; art. 9.4 <92>; art. 44 <114>; art. 13 <120>; art. 18 <129>; art. 22 <134>; art. 13 <144>; art. 26 <151>; art. 16 <165>; art. 4 <168>; art. 19 <171>; art. 38 <180>; art. 16 <190>; art. 17 <214>; art. 38 <225>; art. 39 <228>; art. 21 <237>; art. 13 <256>; art. 37 <268>; art. 13.7 <269>; art. 15 <284>; art. 19 <288>; arts. 50 y 68 <334>; art. 17 <361>; art. 18 <369>. Con referencia exclusiva a los representantes sindicales, art. 38 <337>; art. 19 <338>.

<sup>1364</sup> Art. 28 <36>.

<sup>1365</sup> Art. 46 <95>; art. 8 <169>.

<sup>1366</sup> Art. 28 <36>; art. 8.7 <11>; art. 10 <152>; art. 42 <174>; art. 21 <213>; arts. 25 y 118 <383>. Por su parte, el art. 12 <356> atribuye a la Comisión Mixta de Seguimiento y Vigilancia

funciones, entre otras, de determinación de las horas extras por fuerza mayor, estudio de las causas que originan las horas extras, y propuestas para su reducción o supresión.

<sup>1367</sup> Art. 3 capítulo V <340>; arts. 22 y 75 <363>.

<sup>1368</sup> Por citar sólo algunos, art. 61 <19>; art. 35 <72>; art. 22 <49>; art. 36 <87>; art. 50 <109>; art. 28 <117>; art. 39 <131>; art. 13 <144>; art. 16 <165>; art. 38 <180>; art. 19 <199>; art. 29 <215>; art. 21 <237>; art. 13 <256>; art. 12 <281>; art. 20 <310>; art. 33 <314>; art. 19 <319>; art. 32 <330>; art. 14 <355>; art. 31 <379>; art. 50 <400>; etc. En algunos casos, y sin que se aclare la aparente contradicción, en una de las cláusulas del convenio se declara el carácter mensual del derecho y en otra se hace referencia a la remisión de información a los representantes en el último trimestre del año, arts. 26 y 101 <63>; arts. 9.4 y 6.19 <92>; arts. 43 y 15 <102>; arts. 9.4 y 6.19 <366>.

<sup>1369</sup> Art. 29 <16> (al final de cada mes se informa de las horas extras realizadas en el mismo); art. 40 <354> («durante los diez primeros días de cada mes» respecto al mes vencido).

<sup>1370</sup> Art. 23 <140> (semanal); art. 30 <39> (mínimo cada dos semanas, o menos, si así lo acuerdan conjuntamente).

<sup>1371</sup> Cada tres meses, art. 20 <18>; art. 41 <10>; art. 24 <85>. Cada seis meses, art. 18 <369>.

<sup>1372</sup> Art. 22 <4>; art. 46 <26>; art. 29 <40>; art. 30 <43>; art. 36 <78>; art. 44 <114>; art. 21 <148>; art. 26 <151>; art. 4 <168>; art. 40 <195>; art. 13 <200>; art. 17 <214>; art. 38 <225>; art. 39 <228>; art. 40 <263>; art. 37 <268>; art. 26 <266>; art. 13.7 <269>; art. 15 <284>; art. 19 <288>.

<sup>1373</sup> Sobre la inexistencia de obligación empresarial de dar a conocer por anticipado a los representantes de los trabajadores las horas extras programadas, STS 11 de marzo de 1999, rec. nº 3301/1998.

<sup>1374</sup> Requieren el acuerdo previo de los representantes de los trabajadores: art. 32 <66>; art. 29 <219>; art. 23 <241>; art. 12 <357>; o art. 120 <365>. También el art. 14 <380> exige que las horas extras nocturnas se negocien con los representantes de los trabajadores.

<sup>1375</sup> Art. 29 <161>; art. 16 <211>; art. 21 <237>; art. 45 <258>; art. 17 <358>; art. 38 <378>.

<sup>1376</sup> Art. 20 <310> –preaviso de 8 días, en caso de programación colectiva–.

<sup>1377</sup> Art. 17 <261>; art. 27 <316>; art. 24 <317>; art. 27 <318>; art. 19 <319> (en caso de programación colectiva).

<sup>1378</sup> Art. 19 <319>; o art. 17 <261>, que se refiere a los supuestos de imposibilidad por razones de urgencia o fuerza mayor, en cuyo caso la información se dará a la mayor brevedad posible.

<sup>1379</sup> En el pasado, Decreto de 3 de abril de 1971 y art. 42 RD 2001/1983.

<sup>1380</sup> Art. 15 <56> y art. 18 <59> –con referencia al art. 57 ET–; art. 42 <174> –con referencia al art. 14 Ley 8/1988–; art. 22 <223> –sin mención ni remisión a la LISOS–. Sobre las dificultades de la Inspección de Trabajo para determinar la existencia de horas extraordinarias como consecuencia de la actual flexibilización de la jornada, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Horas extraordinarias...», cit., p. 763.

<sup>1381</sup> Art. 14 <86>; art. 26 <35>; art. 9 <68>; art. 8.7 <11>; art. 32 <66>; art. 41 <94>; art. 22 <134>; art. 38 <180>; art. 21 <213>; art. 21 <237>; art. 12 <267>; art. 35 <270>; art. 15 <305>; art. C-9 <320>; art. 27 <352>; art. 29 <359>. De manera específica, a los efectos del derogado RD 1858/1981, art. 28 <124>. Por reiteración de lo previsto en el art. 4 de la derogada Orden de 1 de marzo de 1983, en algún convenio se hace incluso referencia a ciertas obligaciones documentales de la autoridad laboral, quien claramente tiene la condición de tercero en el acuerdo: por ejemplo, art. 12 <125>.

<sup>1382</sup> Arts. 20 <28>, 13 <31>, 16.X <97>; art. 23 <47>; 12.h) <118>, 24 <275>. Ocasionalmente se prevé, además de la prohibición, que su incumplimiento supone la transformación del contrato en trabajo a tiempo completo, si bien se amplía la excepción del art. 12.3.c) incluyendo en el concepto de fuerza mayor las sustituciones por enfermedad, ausencias, (art. 12.III.4 <19>).

<sup>1383</sup> Véanse arts. 23.7 <34<, 12.2 <94< y 13.5 <102< (que permiten al acuerdo de empresa aumentar hasta el 50 %) y art. 62 <46< (que le permite alcanzar el 25 %).

<sup>1384</sup> Art. 28 <9<.

<sup>1385</sup> Considerando únicamente los convenios que establecen directamente el porcentaje, la situación es la siguiente. Por debajo del 30 % tenemos arts. 7.1. <17<, art. 20 <28<; 14 <33< (20 %) y arts. 40 <157<; 32.a) <258< (25 %). Total: 5 convenios. En el 30 % se sitúan arts. 23 <30<, 13 <31<; 23 <47<, 21 <53<; 16.h) <58<, 70.2 <63<, 12.h <118<, 10 <132<, 19 <326<, art. 13, art. 19 <327<, 13 E) <328<. Total: 11 convenios. Por encima del 30 se sitúan art. 35 <93< (35 %), arts. 11.A.2 <72<, 51 <81<, 21 <99<, 6.11 <68<, 16.6 <115< (40 %), art. 15 <225<, 16 <228<, 33.1 16 <229<, 46 <272<, 23 <302< (50 %) y arts. 22 <6<; art. 15.4.A) 2.1 <24<; 16.V <97<, 5.E) <120<; 8 <236<, art. 30.e) <259<, 44 e) <279<, 1, segunda parte <383<, 16 <324< (60 %). Total: 20 convenios.

<sup>1386</sup> Art. 8 <236<: solo puede acceder al tope de horas del 60 % quien realiza una jornada de, al menos, el 25 % de la habitual en la actividad y siempre, además, que la misma se encuentre distribuida proporcionalmente a lo largo del año.

<sup>1387</sup> Art. 16.V <97<: solo son obligatorias las que se encuentran por debajo del 40 %; por encima de esta cantidad y hasta el 60 % que se pacta resultan voluntarias para el trabajador.

<sup>1388</sup> Si bien en algún caso, el convenio se limita a reproducir la norma legal en cuya virtud la suma de jornada ordinaria y jornada complementaria no puede alcanzar la jornada a tiempo completo (art. 8 <236<), existen otros supuestos en los que el límite se establece por debajo en el 80 (art. 44 e) <279<) o en el 85 % (art. 16.VI <97<). Véase también art. 40 <157<.

<sup>1389</sup> Véanse SSTs de 17 de mayo de 2004, rec. 3223/2003, y 21 de marzo de 2005, rec. 4951/2003, dictada esta última en Sala General. Incluso el voto particular que se formula contra ella permite sustentar la idea del texto.

<sup>1390</sup> Art. 11.A.3 <72<.

<sup>1391</sup> «Se convertirán en contratos a jornada completa quienes durante 60 días hayan realizado ampliaciones de jornada» (art. 11.1 <38<).

<sup>1392</sup> Art. 22.2 <48<.

<sup>1393</sup> Arts. 11.A.2 <72<, 33.1 16 <229<.

<sup>1394</sup> Art. 46 <272<.

<sup>1395</sup> Art. 11.A.2 <72<.

<sup>1396</sup> Art. 23 <30<.

<sup>1397</sup> Art. 13 <31<; art. 14 <33<; art. 21 <53<; art. 16.h) <58<.

<sup>1398</sup> Arts. 25.2 <114< y 40 <157<.

<sup>1399</sup> Art. 7.2 <17<.

<sup>1400</sup> Art. 46 <272<.

<sup>1401</sup> Art. 21 <99<.

<sup>1402</sup> Art. 12.2 <94<.

<sup>1403</sup> Arts. 15 <33<, 12.h) <118<.

<sup>1404</sup> Art. 7.3 <17<.

<sup>1405</sup> Art. 16.VII.b) <97<.

<sup>1406</sup> Art. 35 <93<.

<sup>1407</sup> Art. 15.4.A) 2.1 <24<.

<sup>1408</sup> Art. 40 <157<.

<sup>1409</sup> Art. 19 <326<.

<sup>1410</sup> Arts. 11.A.2 <72< y 16.6 <115<.

<sup>1411</sup> Arts. 11.A.2 <72<, 16.6 <115<, 40 <157<.

<sup>1412</sup> Art. 19 <326<.

<sup>1413</sup> Art. 11.A.2 <72<.

<sup>1414</sup> Art. 21 <99<.

<sup>1415</sup> Con preaviso de tres meses (art. 20 <28<, art. 14 <33<) o de un mes (art. 23.c) <47<).

## Capítulo VII

### LAS VACACIONES

*Luis Enrique Nores Torres*

El art. 40.2 CE encomienda a los poderes públicos que garanticen el descanso necesario mediante una serie de medidas, entre ellas, las vacaciones periódicas retribuidas. El disfrute de las mismas permite reponer las fuerzas consumidas por la actividad laboral; además, el descanso vacacional proporciona un tiempo libre durante el cual se pueden desarrollar una pluralidad de actividades ajenas al trabajo; en definitiva, como ha destacado la doctrina<sup>1416</sup> y reconocido la jurisprudencia<sup>1417</sup>, las vacaciones cumplen una doble finalidad: recuperadora y de dedicación al ocio.

La legislación ordinaria se ha encargado de concretar este mandato constitucional. En este sentido, el artículo 38 ET regula con carácter general las vacaciones anuales; se trata de un precepto que se mueve en la línea de lo establecido en los planos internacional y comunitario por el Convenio nº 132 OIT y la Directiva 2003/88 respectivamente, que, en el caso del primero, al margen de su discutida aplicabilidad directa en ciertos puntos<sup>1418</sup>, proporciona sin lugar a dudas importantes criterios interpretativos para solucionar los problemas que se suscitan en relación con el ejercicio de este derecho<sup>1419</sup>. En fin, tanto el texto estatutario como las normas internacionales y comunitarias citadas dejan un amplio margen de actuación a la negociación colectiva en este terreno<sup>1420</sup> que se aprovecha con diferente intensidad por los sujetos legitimados en los distintos ámbitos de negociación: en efecto, aunque la mayoría de los convenios analizados contienen algún tipo de previsión relacionada con las vacaciones, no todos afrontan el conjunto de cuestiones *esenciales* que por hipótesis podrían regular<sup>1421</sup>.

Al respecto, el punto más abordado es el relativo a la duración; asimismo, otro tipo de aspectos en los que incide la regulación convencional sobre vacaciones son los relacionados con la determinación del modo y momento de disfrute, la retribución y la repercusión que puedan tener la incapacidad temporal y la maternidad sobre el derecho.

## 1. LA DURACIÓN DE LAS VACACIONES

El texto estatutario señala que la duración de las vacaciones anuales retribuidas será la fijada en convenio colectivo o contrato individual, sin que en ningún caso pueda ser inferior a treinta días naturales –art. 38.1 ET–, lo que supone una clara mejora tanto del Convenio nº 132 de la OIT –que alude a tres semanas por un año de servicios (art. 3.3), sin computar los días feriados oficiales o establecidos por la costumbre (art. 6.1)<sup>1422</sup>–, como de la Directiva 2003/88 –cuyo art. 7.1 recoge un período mínimo de cuatro semanas–.

### 1.1. El carácter mínimo de la duración

La doctrina científica no ha vacilado a la hora de atribuir al precepto la naturaleza de mínimo de derecho necesario<sup>1423</sup>, pues su literalidad no ofrece dudas al respecto. Así pues, la autonomía colectiva –y también la individual– podría incrementar la duración prevista en el ET, pero no reducirla. Con todo, la mayoría de los convenios analizados se limita a reproducir la duración de treinta días naturales que se recoge en el art. 38 ET<sup>1424</sup>, una equivalente –como veintiséis días laborables<sup>1425</sup> o, en su caso, veintidós, cuando el convenio decida no reputar al sábado como tal<sup>1426</sup>–, o fórmulas mixtas de contenido similar<sup>1427</sup>. Por otra parte, algunos convenios fijan la duración en un mes natural<sup>1428</sup>, lo que en determinados casos puede constituir una mejora del régimen estatutario; y es que, en tales supuestos, cuando las vacaciones se inician el primer día del mes, se entiende que se disfrutan hasta el último día del mismo –que puede ser de treinta días, pero también de treinta y uno–, y si dan comienzo en día diferente al primero, la jurisprudencia interpreta que, por aplicación de las reglas del Código Civil, el cómputo se efectúa de fecha a fecha<sup>1429</sup>. Finalmente, no faltan ejemplos de convenios colectivos que proceden a mejorar el mínimo estatutario con mayor claridad, ya sea de forma directa o indirecta.

#### A) *Las mejoras directas*

Las mejoras directas consisten en un aumento del número de días de vacaciones previsto en el texto estatutario, esto es, los treinta días naturales o su equivalente en días laborables. En este sentido, se han detectado convenios que elevan la duración a treinta y uno<sup>1430</sup>, treinta y dos<sup>1431</sup>, treinta y tres<sup>1432</sup>, treinta y cuatro<sup>1433</sup>, treinta y cinco<sup>1434</sup>, treinta y siete<sup>1435</sup>, treinta y ocho<sup>1436</sup>, y, así, hasta cuarenta y cinco días naturales<sup>1437</sup>; por otra parte, en cuanto a las fórmulas en días laborales, las previsiones detectadas sitúan la duración de las vacaciones en veintitrés<sup>1438</sup>, veinticuatro<sup>1439</sup>, veinticinco días<sup>1440</sup>, veintiséis<sup>1441</sup>, veintisiete<sup>1442</sup> o veintiocho<sup>1443</sup>; en fin, entre los que fijan la duración en meses, también es posible detectar mejoras de diversa cuantía<sup>1444</sup>. Asimismo, algunos convenios parecen mantener la duración mí-

nima prevista en el texto estatutario, aunque después añaden días libres a disfrutar a lo largo del año<sup>1445</sup>. Por lo demás, en algunos casos se superan con creces estas mejoras; la razón de ello probablemente reside en las peculiaridades que presenta la organización del trabajo en el sector de actividad regulado; así sucede, por ejemplo, en el caso de los convenios relacionados con la enseñanza<sup>1446</sup>.

Las mejoras indicadas, en ocasiones, son resultado de un proceso de reconocimiento gradual<sup>1447</sup>. Por otra parte, pueden presentar un carácter general o, diversamente, tener un alcance limitado y estar restringido a ciertos colectivos en atención a diferentes datos como la edad<sup>1448</sup>, la antigüedad<sup>1449</sup>, la época en que disfruten las vacaciones<sup>1450</sup>, la modalidad de disfrute<sup>1451</sup>, el departamento o sección al que pertenezcan<sup>1452</sup> o, incluso, el lugar de trabajo<sup>1453</sup>. alguna de estas previsiones plantea dudas de ajuste a las previsiones estatutarias, pues no queda garantizada la duración mínima<sup>1454</sup>.

### **B) Las mejoras indirectas**

Las mejoras indirectas detectadas en el análisis desarrollado consisten en un aumento de la duración de las vacaciones por una vía distinta a la del simple incremento en el número de días previstos, si bien normalmente vienen a producir un efecto similar o, al menos, introducen límites a eventuales acciones tendentes a reducir la duración práctica. Así sucede, en primer lugar, cuando se impide que el inicio del cómputo coincida con determinados momentos, como un domingo, un festivo y/o un día de descanso semanal<sup>1455</sup>, aunque algunas veces la precisión resulte innecesaria, pues la duración está fijada en días laborables<sup>1456</sup> y en tales circunstancias resulta evidente que los domingos, festivos y, seguramente, los días de descanso semanal quedan fuera del cómputo<sup>1457</sup>; por otra parte, en ocasiones, la prohibición va acompañada de excepciones<sup>1458</sup> o alcanza también a la víspera de tales fechas<sup>1459</sup>. En segundo lugar, cuando se establece que el inicio del cómputo tenga lugar en lunes o en cualquier otro día laborable<sup>1460</sup>, matizándose en algunos casos «*que no sea viernes*»<sup>1461</sup> y estableciéndose en algunos otros ciertas excepciones<sup>1462</sup>. En tercer lugar, cuando se emplea una fórmula mixta que conjuga los elementos anteriores<sup>1463</sup>. Asimismo, en cuarto lugar, la mejora puede consistir en excluir del cómputo alguno de los festivos que queden comprendidos dentro del período fijado para su disfrute<sup>1464</sup> o compensar la coincidencia mediante la concesión de un día de descanso en otra época del año<sup>1465</sup>. Finalmente, en algún caso se limita el número de festivos o domingos comprendidos en el período<sup>1466</sup> o, a la inversa, se fija un mínimo de días laborables a disfrutar<sup>1467</sup>.

## **1.2. El devengo anual de las vacaciones**

El texto estatutario, al fijar la duración mínima de las vacaciones retribuidas, emplea el calificativo de *anuales*, sin mayores concreciones; la mis-



ma técnica emplea el art. 7 de la Directiva 2003/88; algo más preciso –no mucho más– resulta el art. 3.3 del Convenio n° 132 de la OIT cuando señala que surgen *por un año de servicios*.

**A) El significado de la anualidad: la fijación del período de devengo y los intentos por solucionar los problemas derivados**

Así pues, el carácter anual del derecho a las vacaciones retribuidas es evidente; lo que no resulta tan claro es el significado que quepa atribuir a la mencionada anualidad. Al respecto, la doctrina científica ha ofrecido diferentes interpretaciones<sup>1468</sup> como son la de la postanualidad –el devengo del derecho surge *después* de un año de servicios o, más exactamente, tras once meses de trabajo–, la de la intranualidad –las vacaciones se devengan *por* un año de servicios ya completados o que previsiblemente se vayan a completar durante el año natural– o la de la interanualidad –las vacaciones se devengan durante un año de servicios, sin exigir que sea el natural–, siendo las dos últimas lecturas las que parecen tener un mayor predicamento doctrinal<sup>1469</sup> e, incluso, judicial<sup>1470</sup>, probablemente, por ser la que mejor se ajusta a ciertas previsiones del Convenio n° 132 de la OIT, en concreto, a los artículos 4.2 –*la expresión año significa año civil o cualquier otro período de la misma duración, determinado por la autoridad competente o por el organismo apropiado*– y 4.1 –donde se reconoce el derecho al disfrute proporcional cuando en un año no se haya completado el período de servicios requerido para generar el derecho a la totalidad de las vacaciones–. Precisamente, en relación con estas previsiones, la negociación colectiva podría desarrollar una importante actividad que colmase los vacíos del texto estatutario en este terreno.

a) En efecto, por un lado, los convenios colectivos pueden determinar el período de devengo en el que se generan las vacaciones<sup>1471</sup>. Y es que, a pesar de que ante el silencio legislativo los tribunales suelen manejar el criterio del año natural<sup>1472</sup>, no ofrece dudas que el art. 4.2 del Convenio n° 132 de la OIT apenas citado permite que se empleen otras fórmulas distintas, siempre que sean de idéntica duración, así como que la negociación colectiva puede ser considerada como *autoridad competente u organismo apropiado* a tales efectos<sup>1473</sup>. No obstante, pocos convenios se detienen en esta cuestión –tal vez porque el recurso al año natural se considere implícito–; en todo caso, cuando lo hacen, muchas veces es para reiterar ese criterio implícito del año natural<sup>1474</sup>, si bien, en algunos casos, se han detectado períodos de devengo diferentes: así, del uno de julio al treinta de junio<sup>1475</sup>; de uno de agosto a treinta y uno de julio<sup>1476</sup>; o de uno de septiembre a treinta y uno de agosto<sup>1477</sup>.

b) Por otro lado, la negociación colectiva se muestra como un instrumento idóneo para resolver algunos problemas que se derivan de la aplicación del art. 4.1 del Convenio n° 132, donde se recoge el reconocimiento

proporcional del derecho cuando el período de servicios es inferior al año, y del criterio de la interanualidad. Los problemas en cuestión se plantean desde dos perspectivas diversas

— En primer lugar, en función de lo indicado, resulta evidente que los trabajadores que llevan menos de un año en la empresa generan derecho a vacaciones, bien que de una manera proporcional al tiempo trabajado<sup>1478</sup>. Un sector doctrinal ha matizado que en el caso de que la empresa cierre totalmente durante el período vacacional, se deberán abonar los salarios por la totalidad del período también a estos trabajadores, pues se trataría de un supuesto de mora empresarial reconducible al art. 30 ET<sup>1479</sup>, salvo que se procediera a la suspensión del contrato por la vía del art. 47 ET, según añaden otros autores<sup>1480</sup>.

El análisis de los convenios seleccionados evidencia que son pocos los que afrontan estas cuestiones y cuando lo hacen, mayoritariamente, se pronuncian en el sentido indicado<sup>1481</sup>. Con todo, es posible detectar otras cláusulas de interés que manejan criterios diferentes. Así, algunos convenios, para los casos en que existe un disfrute colectivo, acompañado de un cierre de empresa, reconocen el derecho a la totalidad de las vacaciones retribuidas a cuenta de la liquidación final, ya sea de forma general<sup>1482</sup>, de manera subordinada a la imposibilidad de prestar servicios en otras dependencias<sup>1483</sup> o dejándolo a decisión del trabajador, quien podría optar por disfrutar una parte no retribuida<sup>1484</sup>. Otros convenios, a pesar de no existir una fijación colectiva, reconocen el derecho a la totalidad del período de vacaciones aunque no se haya trabajado un año, si bien éstas sólo se retribuyen en proporción al tiempo trabajado<sup>1485</sup>. Finalmente algunos convenios condicionan el devengo del derecho proporcional a que el trabajador haya prestado un mínimo de seis meses de servicios<sup>1486</sup>; estas previsiones se encontrarían amparadas en las posibilidades abiertas por el artículo 5 del Convenio nº 132 de la OIT en sus apartados 1 —*se podrá exigir un período mínimo de servicios para tener derecho a vacaciones anuales pagadas*— y 2 —*la duración de dicho período de calificación será determinada en cada país por la autoridad competente o por el organismo apropiado, pero no excederá de seis meses*—; no se puede decir lo mismo de las cláusulas que establecen el devengo de las vacaciones de julio a junio y que los trabajadores con contrato temporal que lleven más de seis meses y menos de un año pueden optar entre su abono o su disfrute<sup>1487</sup> —pues las vacaciones no son susceptibles de compensación económica—, salvo que se entienda que la previsión convencional alude a que el trabajador, respecto a la parte de las vacaciones no devengadas, puede optar entre trabajar y que se le abonen tales días como de trabajo o descansar sin retribución.

— El segundo problema se plantea en los casos en que el trabajador ha disfrutado de la totalidad de las vacaciones con anterioridad a haberlas generado y causa baja en la empresa. En este punto, algunos convenios prevén expresamente que se le deduzcan del importe de la liquidación final la cantidad equivalente a la retribución correspondiente a los días de vacaciones de exceso que hubiere disfrutado de manera anticipada<sup>1488</sup>. La doctrina científica<sup>1489</sup> ha defendido la admisibilidad de este tipo de ajustes.

## B) Los períodos computables

El hecho de que las vacaciones se devenguen por un año de servicios suscita la cuestión de si deben computarse determinadas ausencias del trabajador durante el período en que se está gestando el derecho. Al respecto, el artículo 5.4 del Convenio nº 132 de la OIT tan sólo alude a que se computen *las ausencias por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, pero en las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado*. El silencio del texto estatutario en este punto podría haber conducido a que la negociación colectiva asumiera un rol fundamental en esta tarea; no obstante, los convenios analizados, cuando abordan la cuestión de los períodos computables –cosa que no hacen mayoritariamente–, se limitan por lo general a determinar la repercusión que tienen la maternidad y la incapacidad temporal en el devengo, sin que se detengan en fijar las consecuencias que derivan de otro tipo de ausencias. En todo caso, el tratamiento que dispensa la negociación colectiva a la maternidad y a la incapacidad temporal es objeto de análisis en un punto posterior (*infra*, 8.4); respecto las otras causas, la falta de un tratamiento convencional determina que no hayan sido objeto de atención en este trabajo<sup>1490</sup>.

## 2. LA FIJACIÓN DEL PERÍODO DE DISFRUTE

La fijación del período de disfrute de las vacaciones se encomienda por el art. 38.2 ET al acuerdo individual, si bien dicho acuerdo debe someterse a la planificación anual que de las mismas efectúen los convenios colectivos; así pues, ni la empresa puede imponer las fechas unilateralmente, ni el trabajador determinarlas por su cuenta<sup>1491</sup>. Por otra parte, la falta de acuerdo entre las partes permite iniciar un procedimiento judicial de carácter preferente y sumario, regulado en los arts. 125 y 126 LPL, a efectos de que en dicha sede se determine el período de disfrute, siendo la decisión judicial irrecorrible; es más, un sector doctrinal ha destacado que el procedimiento judicial es aplicable incluso cuando se producen discrepancias individuales frente a la fijación colectiva, según se deduce del propio artículo 125 LPL, si bien la existencia de convenio operará como indicio de que la decisión empresarial es razonable<sup>1492</sup>. Todo ello permite destacar el papel de gran relevancia que la autonomía colectiva está llamada a desarrollar en este ámbito<sup>1493</sup>.

### 2.1. El sistema de fijación y la solución de discrepancias

En efecto, de entrada, la negociación colectiva podría incidir en el propio sistema de fijación de las vacaciones, así como en la solución de discrepancias que al hilo de dicha cuestión puedan surgir.

### A) *El sistema de fijación*

Por lo que respecta al procedimiento de fijación, algunos convenios colectivos de ámbito estatal<sup>1494</sup> y provincial<sup>1495</sup> remiten la cuestión al acuerdo de empresa, mientras en los convenios de empresa, por su parte, no resulta extraño aludir a que se confeccionen en cada área, departamento o sección<sup>1496</sup>. Otros convenios, en cambio, atribuyen a la empresa la potestad de determinar la época del año para el disfrute<sup>1497</sup>, lo que puede ir acompañado de un cierto control por parte de los representantes de los trabajadores –como puede ser una consulta previa con los mismos– o del establecimiento de ciertos límites, tales como las necesidades del servicio; otras veces, la actividad empresarial en orden a la fijación se califica de «propuesta»<sup>1498</sup> o presenta un carácter subsidiario a la falta de acuerdo<sup>1499</sup> o a la ausencia de solicitudes concretas<sup>1500</sup>; asimismo, en algún caso, se diferencia entre la programación de las vacaciones y su distribución, de manera que la empresa, previo informe de los representantes de los trabajadores, elabora el calendario de vacaciones, si bien la distribución se efectúa por acuerdo<sup>1501</sup>. Igualmente, en alguna ocasión, la facultad de determinación, siquiera sea de manera parcial, se confiere al trabajador<sup>1502</sup> o a sus representantes<sup>1503</sup>, aunque no siempre de forma automática<sup>1504</sup>, o se distribuye entre el trabajador y la empresa<sup>1505</sup>.

Al margen de la atribución de facultades en orden a la fijación del período de disfrute –o junto a ellas– la negociación colectiva también se preocupa por establecer unos plazos de actuación en la materia, tanto respecto la preparación del calendario –lo que puede incluir la elevación de eventuales solicitudes por parte de los trabajadores, manifestando sus preferencias–, como en relación con la fijación definitiva del mismo. En este sentido, los convenios analizados escogen diferentes límites temporales dentro de los cuales la labor de determinación debe estar realizada –así, por ejemplo, en el último trimestre del año anterior<sup>1506</sup>; en los dos últimos meses del año anterior<sup>1507</sup>; antes del treinta y uno de octubre<sup>1508</sup>; antes de la mitad de noviembre<sup>1509</sup>; antes del treinta de noviembre o el uno de diciembre del año anterior<sup>1510</sup>; en el mes de diciembre del año anterior<sup>1511</sup>; antes del uno de enero<sup>1512</sup>; en los «primeros» meses del año o en los dos últimos del anterior<sup>1513</sup>; en el mes de enero<sup>1514</sup>; en los dos primeros meses<sup>1515</sup>; antes del quince de marzo<sup>1516</sup>; antes del treinta y uno de marzo o en los tres primeros meses del año<sup>1517</sup>; antes del uno de abril<sup>1518</sup>; antes del quince de abril<sup>1519</sup>; antes del treinta de abril<sup>1520</sup>; en el primer cuatrimestre<sup>1521</sup>; antes del mes de mayo<sup>1522</sup>; antes del quince de mayo<sup>1523</sup>; en los seis primeros meses<sup>1524</sup>– o, en sentido parecido, establecen que la solución debe conocerse con una antelación mínima al inicio del disfrute, ampliando el plazo de dos meses establecido en el texto estatutario –así, por ejemplo, cuando se dispone que debe conocerse con tres meses de antelación<sup>1525</sup>.

### B) *La solución de discrepancias*

Por lo que respecta al establecimiento de sistemas que solventen los problemas derivados de la no consecución de un acuerdo en la fijación del

período de vacaciones, al margen de lo que luego se verá sobre la fijación de turnos y preferencias, pocos convenios afrontan esta cuestión; las escasas cláusulas detectadas pertenecen a dos grandes grupos:

Por un lado, el primero de ellos estaría compuesto por las que remiten el asunto a una instancia diversa –normalmente un tercero– a efectos de que en dicha sede se decida el asunto. En este sentido, por ejemplo, cuando se prevé que las discrepancias se resuelven en el sistema de conciliación autonómico<sup>1526</sup>; mediante un sistema de arbitraje propio<sup>1527</sup>; recurriendo a la autoridad laboral<sup>1528</sup>, a la Comisión Paritaria<sup>1529</sup> o a la actuación conjunta del comité y la dirección<sup>1530</sup>; asimismo, en algún caso se apunta a la solución judicial<sup>1531</sup>, lo que resulta innecesario, pues ya se recoge así en el texto estatutario.

Por otro lado, el segundo grupo lo conforman aquellos convenios que permiten la imposición unilateral del período vacacional cuando no se alcanza una solución pactada; en efecto, algún convenio recoge que ante la falta de acuerdo decide la empresa<sup>1532</sup>, a veces dentro de unos límites<sup>1533</sup>; algún otro establece que la mitad las determina el trabajador y la otra mitad la empresa<sup>1534</sup>.

## **2.2. Los límites**

El texto estatutario de 1980 establecía ciertos criterios generales sobre la fijación del período de vacaciones que, en la práctica, venían a operar como límites a la autonomía privada, tanto individual como colectiva, en el momento de acometer dicha labor. En este sentido, el artículo 38 ET mencionaba la posibilidad de que por acuerdo individual se dividiese en dos el período vacacional; asimismo, señalaba que la empresa, previa consulta con los representantes de los trabajadores, podía excluir como período de disfrute el que coincidiese con el de su mayor actividad estacional; igualmente, para los casos en que existiesen turnos de vacaciones, reconocía a los trabajadores con responsabilidades familiares una preferencia para que las suyas pudiesen coincidir con las vacaciones escolares; por último, admitía de forma expresa la posibilidad de establecer mediante acuerdo entre la empresa y la representación obrera una fecha común para todos los trabajadores con suspensión total de la actividad.

Estas previsiones desaparecieron del ET con la reforma de 1994, si bien algunas de ellas mantienen su vigencia en ciertos sectores de actividad, pues están presentes en la práctica negociadora que, además, ha introducido otras adicionales. Y es que, una segunda posible intervención de los convenios colectivos en esta materia es, precisamente, la indicada. En efecto, el silencio que el vigente texto estatutario guarda sobre este particular podría ser colmado por la negociación colectiva. El establecimiento de tales criterios en sede convencional deberá ser respetado por el pacto individual<sup>1535</sup>, mientras que la ausencia de previsiones convencionales al respecto deja una libertad total a las partes del contrato<sup>1536</sup>. Así las cosas, no es de extrañar que los convenios analizados muestren un especial interés por fijar límites a la actuación de las partes en esta materia.

### A) La fragmentación

En este sentido, una de las cuestiones más abordadas se relaciona con la posibilidad de fragmentar el período vacacional. La admisibilidad del disfrute fraccionado de las vacaciones aparece implícitamente reconocida en el art. 38 ET, cuando señala que por acuerdo individual se fijará *el período o períodos* de disfrute<sup>1537</sup>; en esta línea el análisis efectuado permite constatar que la negociación colectiva, cuando afronta la regulación de esta cuestión, normalmente lo hace para permitir la operación señalada. En efecto, son pocos los convenios que impiden el fraccionamiento o declaran el carácter ininterrumpido de las vacaciones<sup>1538</sup>; de hecho, cuando parecen posicionarse en esta segunda línea, por lo general apostillan «*salvo pacto en contrario*»<sup>1539</sup>.

Por otra parte, una vez reconocida la posibilidad de llevar a cabo la división del período de disfrute, resulta habitual someterla a límites de diferente tipo.

Así, en primer lugar, con frecuencia se parte del carácter voluntario que el fraccionamiento tiene para el trabajador, pues, como regla general, para que resulte operativo se exige un pacto entre las partes sobre el particular<sup>1540</sup>. Con todo, algún convenio se aparta de esta tendencia e impone directamente el disfrute fragmentado<sup>1541</sup>, o sólo exige el pacto individual en ciertos casos<sup>1542</sup>; en sentido diverso, en algún caso se reconoce como un derecho del trabajador<sup>1543</sup> o se exige la concurrencia de causas que justifiquen esta operación, a veces a modo de condicionante para su procedencia<sup>1544</sup>.

En segundo lugar, otro límite frecuente es el relativo al número de fracciones admisibles. En este sentido, lo normal es que se limiten a dos<sup>1545</sup>, aunque en algún caso se admite un mayor número de fracciones, normalmente tres<sup>1546</sup>, y de manera excepcional incluso más<sup>1547</sup>, llegando en algún caso a fórmulas extraordinariamente flexibles<sup>1548</sup>. Este tipo de previsiones no debe plantear, en principio, dudas de legalidad; en efecto, actualmente no existen límites en cuanto al número de fracciones que se pueden pactar, pues el texto estatutario ya no los prevé y el convenio n° 132 de la OIT no los recoge<sup>1549</sup>, si bien cabe entender la vigencia de un límite implícito consistente en no desnaturalizar las vacaciones por esta vía<sup>1550</sup>.

En tercer lugar, también existe un relativo interés convencional por garantizar una cierta extensión temporal de las fracciones por la vía de imponer una determinada duración mínima a cada uno de los períodos resultantes, o a alguno de los mismos, que varía según el convenio. En este sentido, se han detectado cláusulas que fijan dicha duración en al menos cuatro días<sup>1551</sup>, cinco días<sup>1552</sup>, siete días<sup>1553</sup>, diez días<sup>1554</sup>, doce días<sup>1555</sup>, dos semanas<sup>1556</sup>, quince días<sup>1557</sup>, dieciséis<sup>1558</sup>, dieciocho<sup>1559</sup> o veintiuno<sup>1560</sup>; igualmente, hay fórmulas más alambicadas<sup>1561</sup>. En cualquier caso, tampoco este tipo de previsiones debe suscitar dudas de admisibilidad<sup>1562</sup>; en efecto, aunque habitualmente se señale que el trabajador debe tener garantizado el disfrute continuado de al menos quince días<sup>1563</sup>, pues el art. 8.2 del Convenio n° 132 de la OIT exige que una de las fracciones sea de dos semanas por lo menos, lo cierto es que dicha norma también establece que ello será así *salvo si está previsto de otro modo en un acuerdo que vincule al empleador y a la persona empleada*.

En fin, en algún caso aislado, la negociación colectiva parece presumir que el disfrute fraccionado presenta peor condición que el continuado y tal vez por ello trata de establecer algún tipo de compensación al trabajador afectado, como, por ejemplo, que no se computen los festivos<sup>1564</sup> o se incrementa el número de días<sup>1565</sup>.

### **B) La época de disfrute**

Otra de las cuestiones más abordadas se relaciona con el intento por delimitar la época en que tendrá lugar el período vacacional. En este punto, existe una clara tendencia a garantizar que las vacaciones se disfruten en época estival o aledaña<sup>1566</sup>, a veces limitado a una parte de las mismas<sup>1567</sup> o a un porcentaje de la plantilla<sup>1568</sup>; de hecho, en algunos convenios, cuando no es así, el trabajador se ve compensado con un mayor número de días<sup>1569</sup> o con una indemnización económica<sup>1570</sup>. Este objetivo en ocasiones se afronta de una manera muy descafeinada, pues el convenio se ciñe a declarar una preferencia por esta época del año<sup>1571</sup> o a recomendar a las empresas que las concedan durante la misma<sup>1572</sup>. La época estival no es la única barajada en el ámbito convencional; en efecto, en algunos casos se manejan otros períodos como pueden ser entre semana santa y navidad<sup>1573</sup>, entre el 15 de diciembre y el 15 de enero<sup>1574</sup> o entre noviembre y mayo<sup>1575</sup>.

El convenio a veces efectúa la operación inversa: en lugar de garantizar una época, excluye un período<sup>1576</sup>, normalmente en atención a la estacionalidad de la actividad y/o la coincidencia con el período de mayor intensidad productiva<sup>1577</sup>; o permite que la empresa lleve a cabo esta operación excluyente<sup>1578</sup>; o aparece como una mera indicación<sup>1579</sup>, en una línea parecida, a veces se indica que debe garantizarse la continuidad del servicio<sup>1580</sup>.

Por otra parte, no faltan experiencias de fijaciones colectivas de carácter coincidente para toda la plantilla que llevan a que la empresa cierre sus centros de trabajo por vacaciones del personal<sup>1581</sup>.

Por último, debe destacarse el interés de algunos convenios por tratar de resolver los problemas que se pueden derivar de los casos en que el trabajador preste servicios en diferentes empresas. Así sucede especialmente en el caso de la negociación provincial del sector «empresas de limpieza», donde un cierto número de convenios establece que en los casos en que un trabajador preste servicios para dos o más empresas se le respetará el período vacacional que hubiera solicitado con la empresa en la que venga realizando mayor porcentaje de jornada diaria; por otra parte, si algún trabajador realiza el mismo porcentaje de jornada diaria en varias empresas, se tendrá en cuenta aquélla en la que a lo largo del año, realice mayor número de horas anuales<sup>1582</sup>.

### **C) La caducidad del derecho**

Una cuestión relacionada con la fijación del período de disfrute es la relativa a la caducidad del derecho. En este punto, los tribunales suelen defen-



der un planteamiento, ya tradicional, de conformidad con el cual el carácter anual de las vacaciones implica que caduquen con el año natural, por lo que si no se han disfrutado al finalizar el mismo, en principio, se pierden<sup>1583</sup>, aunque ello se matice posteriormente dando entrada a supuestos excepcionales en los que se admite el disfrute posterior<sup>1584</sup>. Con todo, esta tesis, que inicialmente pretendía funcionar como una garantía del efectivo disfrute de las vacaciones por parte del trabajador, resulta abiertamente criticable por los injustos resultados a los que puede conducir<sup>1585</sup>. Por ello, es compatible la opinión del sector doctrinal que aporta fundamentos para no seguirla o, al menos, para flexibilizarla<sup>1586</sup>: de entrada, la ausencia en el texto estatutario de dicho plazo; así las cosas, a falta de un plazo específico, se aboga por la aplicación del general de un año recogido en el art. 59.1 ET o, con mayor probabilidad, las previsiones del art. 59.2 ET, donde para las obligaciones de tracto único que no puedan tener lugar una vez finalizado el contrato se fija el plazo de un año a contar a partir del momento en que la acción pudo ejercitarse; por otra parte, ello podría quedar corroborado por el art. 9.1 del convenio nº 132 de la OIT, a cuyo tenor *La parte ininterrumpida de las vacaciones pagadas anuales mencionada en el párrafo 2 del artículo 8 deberá concederse y disfrutarse a más tardar en el plazo de un año, a partir del final del año en que se haya originado el derecho a esas vacaciones, y el resto de las vacaciones anuales pagadas, a más tardar dentro de los dieciocho meses, contados a partir de dicha fecha*, añadiendo el apartado segundo que *con el consentimiento de la persona empleada interesada, se podrá autorizar que se aplaze por un período superior al indicado en el párrafo 1 del presente artículo, y hasta un límite determinado, el disfrute de cualquier fracción de las vacaciones anuales que exceda de cierto mínimo que se determine al efecto*.

En todo caso, mientras no se modifique el criterio judicial, la negociación colectiva podría convertirse en un instrumento útil para incidir en esta cuestión. No obstante, a salvo de lo que luego se indicará respecto las situaciones de incapacidad temporal y maternidad, los convenios analizados no suelen afrontar el tratamiento de este tema y, cuando lo hacen, normamente es para asumir el planteamiento tradicional. En efecto, algunos convenios colectivos señalan que las vacaciones deben disfrutarse antes de que concluya el año natural<sup>1587</sup> o, en términos similares, que al finalizar el año se pierden<sup>1588</sup>, aunque en algún caso dejen abierta la puerta a la excepción<sup>1589</sup>.

Con todo, no faltan ejemplos de convenios más flexibles que permiten el disfrute de las vacaciones más allá del año natural, sin establecer condicionantes de carácter excepcional. En esta línea, por ejemplo, se admite el disfrute hasta el 15 de enero del año siguiente<sup>1590</sup>, hasta el treinta y uno de marzo<sup>1591</sup>, hasta el treinta de abril<sup>1592</sup> o, la fórmula más amplia detectada, *durante el año siguiente*<sup>1593</sup>. Algunos de estos convenios tratan de fijar ciertas cautelas de tipo formal y exigen que la empresa reconozca por escrito su deuda para con el trabajador<sup>1594</sup> e, incluso, que se informe a los representantes de los trabajadores<sup>1595</sup>; asimismo, en algún caso todo ello se encuentra condicionado a la existencia de acuerdo al respecto<sup>1596</sup>.

### D) *Los turnos de disfrute y las preferencias de elección*

Las necesidades productivas de la empresa determinan que, en muchas ocasiones, los empleados no puedan disfrutar de las vacaciones al mismo tiempo. Algunos convenios colectivos se preocupan en arbitrar un sistema que trate de evitar los conflictos que pudieran surgir entre los trabajadores que pretendiesen el disfrute de las vacaciones en un mismo período en los casos en que ello no resulte posible.

A tal efecto, lo más habitual consiste en establecer un sistema de turnos de carácter rotatorio para la elección<sup>1597</sup>, que puede ir acompañado de una serie de criterios, como que las necesidades del servicio deben quedar siempre cubiertas<sup>1598</sup>.

Otras veces, se establecen preferencias para la elección, siendo las más frecuentes las que se reconocen a los trabajadores con responsabilidades familiares —en general, hijos en edad escolar y con el objetivo de permitir la coincidencia de sus vacaciones con las de los hijos<sup>1599</sup>, aunque también hay ejemplos de convenios que persiguen facilitar la coincidencia de las vacaciones del matrimonio cuando ambos miembros trabajan<sup>1600</sup>—, a los que tienen una mayor antigüedad en la empresa<sup>1601</sup>, una superior categoría profesional<sup>1602</sup> o efectuaron primero la solicitud<sup>1603</sup>, a las mujeres gestantes<sup>1604</sup>, etc...

Asimismo, existen fórmulas mixtas, donde el ejercicio de la preferencia, ya sea por antigüedad o por cargas familiares, se limita a un año, pasando el trabajador que la ejercita a ser el último al año siguiente<sup>1605</sup>, o sirve sólo para poner en marcha el sistema rotacional<sup>1606</sup>.

Igualmente, en algún caso se remite la cuestión al pacto con los representantes<sup>1607</sup>, se recoge la adscripción por sorteo<sup>1608</sup> o un sistema de puntos<sup>1609</sup>, se admiten las permutas<sup>1610</sup> o se prevé la pérdida del turno como sanción<sup>1611</sup>.

En fin, un régimen algo más elaborado y también equitativo es el consistente en articular un sistema que combine la fragmentación de las vacaciones con los criterios preferenciales; así, dentro de cada fracción vacacional, se aplica la preferencia y cuando ya todos hayan cubierto la primera parte de las vacaciones, se procede a elegir la segunda por idéntico orden<sup>1612</sup>.

## 3. EL CARÁCTER RETRIBUIDO DE LAS VACACIONES

El carácter retribuido de las vacaciones aparece expresamente reconocido en el artículo 38 ET, que no efectúa mayores precisiones sobre el particular, lo que puede ocasionar ciertas dudas interpretativas en el momento de su aplicación práctica.

### 3.1. El alcance de la retribución

En efecto, de entrada, cabe detenerse en el alcance de la retribución, en concreto, a qué cuantía tiene derecho el trabajador. Al respecto, el artículo

7.1 del Convenio n° 132 de la OIT dispone que *toda persona que tome vacaciones... percibirá, por el período entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier otra parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado*. Así las cosas, y teniendo en cuenta el silencio del texto estatutario en este punto, la negociación colectiva se coloca en un primer plano de la escena a la hora de resolver la cuestión, pues tiene la consideración de «organismo apropiado» a estos efectos, como han destacado con insistencia los tribunales<sup>1613</sup>; de hecho, éstos han llegado a afirmar que la norma internacional es subsidiaria del convenio colectivo y que aquélla se aplicará en la medida en que éste carezca de una regulación específica<sup>1614</sup>, algo que refrenda un importante sector doctrinal<sup>1615</sup>.

Ello implica que si la negociación colectiva no regula la cuestión, se recurrirá al criterio de la retribución normal o media, esto es, la que regular y ordinariamente viniera percibiendo el trabajador<sup>1616</sup>, que funcionaría como regla general respecto los conceptos retributivos computables<sup>1617</sup> y cuya aplicación ha tratado de ser concretada por la doctrina<sup>1618</sup> y la jurisprudencia, la cual ha señalado<sup>1619</sup> que *comprenderá todos los conceptos salariales, exceptuándose los de carácter excepcional establecidos para compensar actividades extraordinarias*, sin que las comisiones tengan tal consideración, de manera que *si el convenio no las excluye deben incluirse en la retribución*.

Por el contrario, según ya se ha apuntado, la existencia de previsiones convencionales, llevará a la aplicación de las mismas, gozando el convenio colectivo de una amplia libertad a la hora de concretar los factores de cálculo de la retribución correspondiente, completando la regla general de la retribución normal o media, pudiéndose apartar de la misma<sup>1620</sup> y excluir partidas que habitualmente se perciben<sup>1621</sup>, siempre que respete los mínimos indisponibles de derecho necesario<sup>1622</sup>.

El análisis efectuado evidencia que la negociación colectiva hace uso de esta posibilidad con relativa frecuencia y la concreta con fórmulas diversas, más o menos amplias, que van desde la referencia a la totalidad del salario real, hasta la garantía exclusiva del salario base, pasando por el reconocimiento del derecho a que se calcule tomando en consideración exclusivamente ciertos complementos o la fijación de una retribución específica del período vacacional; por otra parte, a menudo se alude a un cálculo promedio, recurriendo para ello a diferentes espacios temporales —los últimos tres meses, los últimos seis meses, los doce meses anteriores, etc.— y que puede afectar a la totalidad de las retribuciones o a alguna de las partidas incluidas. Así se desprende de los convenios analizados, y ello tanto en los de ámbito estatal<sup>1623</sup>, como en los de ámbito provincial<sup>1624</sup> y de empresa<sup>1625</sup>.

Al hilo de lo anterior, se ha planteado la cuestión relativa a si en el cálculo de la retribución correspondiente a las vacaciones computan sólo las partidas que el convenio colectivo ha incluido a tales efectos entre las que el mismo regula con carácter general o también las que regula y no excluye de

manera expresa, habiendo resuelto la jurisprudencia en el primer sentido<sup>1626</sup>; obviamente, en el caso de que el convenio colectivo hubiese determinado la retribución vacacional mediante la operación inversa —esto, es, señalando las partidas que excluye—, en buena lógica habrá que entender que todas las restantes quedan incluidas.

### 3.2. El momento del pago

Otra cuestión no abordada en el texto estatutario es la relativa al momento en que se deben abonar las vacaciones. En este punto, el art. 7.2 del Convenio n° 132 OIT establece que *el monto debido en virtud del párrafo 1 deberá ser pagado a la persona empleada interesada antes de sus vacaciones, a menos que se haya previsto de otro modo en acuerdo que vincule al empleador y a dicha persona*. Así pues, aunque la norma internacional claramente conduce a sostener la satisfacción de la retribución con carácter previo al disfrute<sup>1627</sup>, nada obsta a que se pacte el pago posterior o globalizado<sup>1628</sup>, pues estamos ante una regla de carácter dispositivo para la autonomía privada, tanto individual como colectiva<sup>1629</sup>. En todo caso, la negociación colectiva parece presuponer que normalmente la retribución de las vacaciones seguirá en este punto el mismo régimen empleado para el pago de haberes en períodos no vacacionales<sup>1630</sup>, siendo ciertamente pocos los convenios que recogen el pago anticipado<sup>1631</sup>, condicionándose en algún caso a que lo solicite el trabajador<sup>1632</sup>; asimismo, ocasionalmente, se admite al menos la posibilidad de obtener anticipos a cuenta<sup>1633</sup>; en fin, algún convenio recoge algo diferente y establece que *el pago del mes anterior a las vacaciones se hará antes del inicio de estas*<sup>1634</sup>.

### 3.3. Las compensaciones económicas: compensaciones prohibidas y admitidas

Una importante garantía del efectivo disfrute de las vacaciones es la prohibición de sustituirlas por una compensación económica, algo que aparece expresamente impuesto por el art. 38.1 ET, en consonancia con lo establecido en el art. 12 del Convenio n° 132 de la OIT y en el art. 7.2 de la Directiva 2003/88, que tan sólo permiten exceptuar los casos de finalización del contrato<sup>1635</sup>. La negociación colectiva no puede alterar estas previsiones, pues estamos ante una norma de derecho necesario<sup>1636</sup>; en todo caso, los pocos convenios que aluden a esta cuestión reproducen tanto la regla general como la excepción<sup>1637</sup>.

Precisamente, al hilo de la excepción indicada han surgido otras previsiones convencionales, así como ciertos pronunciamientos judiciales a los que resulta conveniente hacer referencia. En efecto, de entrada, debe señalarse que la admisión de sustituir las vacaciones por compensación económica en los casos de finalización de la relación laboral conduce en la práctica a que, en ocasiones, los trabajadores temporales cuyo contrato finaliza

durante el año natural no disfruten realmente de las mismas, sino que se les abonan en la liquidación final; pues bien, algún convenio trata de reaccionar contra estas maniobras y establece que dichos trabajadores disfrutarán de las vacaciones durante el período contratado<sup>1638</sup>; asimismo, en algún caso también se recuerda que en caso de fallecimiento del trabajador se abone a los herederos<sup>1639</sup>. Por otra parte, para los casos en que no se haya cumplido con la obligación compensatoria, la jurisprudencia ha señalado que su reclamación en sede judicial está sujeta al plazo de prescripción de un año, siendo el *dies a quo* el momento del cese y no el de la sentencia que, en su caso, enjuicie el despido<sup>1640</sup>; igualmente, ha recalcado la naturaleza salarial de estas percepciones a los efectos del artículo 42 ET<sup>1641</sup>.

En fin, el hecho de que las vacaciones anuales no sean sustituibles por una compensación económica, no implica negar validez a cualquier tipo de «compensación» relacionada con el período vacacional. En este sentido, en páginas anteriores se ha constatado la existencia de abundantes cláusulas que compensan el «modo» de disfrute de las vacaciones o las fechas en que tienen lugar; pues bien, la admisibilidad de este tipo de previsiones no debe suscitar ningún tipo de duda.

### 3.4. Las bolsas de vacaciones

Algo similar puede decirse de las llamadas «bolsa de vacaciones» que en cuantía diversa reconocen ciertos convenios colectivos, bien con carácter general, bien para los que disfruten del período vacacional bajo ciertas circunstancias<sup>1642</sup>.

## 4. LA INCIDENCIA DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y LA MATERNIDAD

Un último foco de interés negocial en materia de vacaciones es el relacionado con la incidencia que sobre las mismas tiene la incapacidad temporal y la maternidad, tanto a efectos de su devengo, como en relación con su disfrute.

### 4.1. La incidencia de estas situaciones en relación con el devengo

Desde la primera perspectiva, el punto de partida debe ser el art. 5.4 del Convenio nº 132 de la OIT de conformidad, con el cual, *las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicios*. A partir de ahí, mayoritariamente se ha venido entendiendo que los períodos de tiempo correspondientes a tales situaciones se tienen en cuenta en el momento de calcular el nacimiento del derecho a las vacaciones o, en otras palabras, que la suspensión del contrato por incapaci-

dad temporal o por maternidad computan como período de servicios a tales efectos<sup>1643</sup>. Así se recoge en diferentes convenios colectivos<sup>1644</sup>; en algunos otros, se matiza algo más y se señala que el derecho a vacar se perdería si al finalizar el año el trabajador continuase en dicha situación o no hubiese una determinada prestación de servicios efectiva<sup>1645</sup>, algo que como regla general no ha encontrado oposición doctrinal, pues quedaría amparado por el propio convenio nº 132 de la OIT, ya que el art. 5.4 del mismo somete su aplicación a *las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado*<sup>1646</sup>.

## 4.2. La incidencia de estas situaciones en relación con el disfrute

Desde la segunda perspectiva, nuevamente cabe acudir al Convenio nº 132 de la OIT, en concreto, a su artículo 6.2, si bien dicho precepto tan sólo alude a *los períodos de incapacidad de trabajo resultantes de enfermedad o accidente*, los cuales *no podrán ser contados parte de las vacaciones*, pero nada prevé respecto la maternidad. Ello aconseja ofrecer un tratamiento diferenciado de ambas situaciones.

### A) *La incidencia de la incapacidad temporal*

Por lo que respecta a la incapacidad temporal, ciertamente el Convenio nº 132 de la OIT no acaba de resolver el problema, pues la solución apuntada en el art. 6.2 es aplicable *«en las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado»*. Tradicionalmente, de manera mayoritaria, se ha venido diferenciando en función de que la incapacidad fuera previa al inicio de las vacaciones o sobreviniera durante las mismas<sup>1647</sup>: en el primer caso, se reconocía el derecho a un nuevo señalamiento mientras en el segundo no, pues se entendía que era algo que entraría dentro del riesgo exclusivo del trabajador; no obstante, la jurisprudencia más reciente ha negado el derecho a un nuevo señalamiento incluso en el caso de la incapacidad previa<sup>1648</sup>, modificando la postura apuntada en pronunciamientos anteriores<sup>1649</sup>.

En todo caso, al margen de lo discutible de la respuesta judicial, lo que resulta indudable es la admisibilidad de otras soluciones introducidas por vía convencional. En este sentido, entre los convenios que afrontan esta cuestión, las respuestas manejadas pertenecen, básicamente, a tres categorías: en primer lugar, aquéllos que admiten un nuevo señalamiento tanto en los casos de incapacidad previa, como en los de incapacidad sobrevenida<sup>1650</sup>; en segundo lugar, los que niegan dicho efecto<sup>1651</sup>; finalmente, algunos convenios optan por una solución intermedia y reconocen el derecho al nuevo señalamiento sólo a la incapacidad temporal previa<sup>1652</sup> o exclusivamente a la sobrevenida<sup>1653</sup>.

El reconocimiento del derecho puede tener un carácter general o, diversamente, estar limitado a la concurrencia de ciertas circunstancias, como

puede ser el tipo de contingencia<sup>1654</sup>, que medie hospitalización<sup>1655</sup>, el momento en que se produce el suceso<sup>1656</sup>, la duración del mismo<sup>1657</sup>, que no haya una fecha única para el disfrute determinante del cierre de la empresa<sup>1658</sup>, o que ésta tenga una cierta dimensión<sup>1659</sup>, etc.

Asimismo, el derecho viene en ocasiones limitado en el tiempo, pues el nuevo señalamiento se condiciona a que sea posible el ejercicio dentro del año natural<sup>1660</sup> o, en algún caso, hasta una fecha posterior<sup>1661</sup>.

En fin, algún convenio, para las situaciones de coincidencia de las vacaciones con la incapacidad temporal, sin llegar a reconocer el derecho a un nuevo señalamiento, al menos impone que se le abone al trabajador la diferencia económica entre la prestación y la retribución vacacional<sup>1662</sup>.

## **B) La incidencia de la maternidad**

Por lo que respecta a la maternidad, la solución se presenta en la actualidad bastante más sencilla, pues viene dada por la propia normativa vigente. En efecto, la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombre, modificó el art. 38.3 ET, añadiendo un nuevo párrafo según el cual, *cuando el período de vacaciones fijado en calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el art. 48.4 de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan*. Así, la reforma viene a recoger el criterio que en este punto se había forjado en la jurisprudencia comunitaria<sup>1663</sup>, posteriormente asumida por los tribunales internos<sup>1664</sup> y que muchos convenios colectivos ya venían empleando, bien que con distinto alcance<sup>1665</sup>.

La amplitud del derecho reconocido en el nuevo art. 38.3.II ET obliga a revisar, de entrada, todas aquellas cláusulas que niegan la posibilidad de un nuevo señalamiento en estas circunstancias, pues quedan aquejadas de una nulidad sobrevenida<sup>1666</sup>; igualmente, deberán reputarse nulas aquellas cláusulas que reconocen el derecho a un nuevo señalamiento pero de forma más limitada de la que se deduce del tenor legal –por ejemplo, sólo durante el año natural<sup>1667</sup> o dentro de un plazo más amplio, pero en todo caso limitado<sup>1668</sup>–, o condicionado a que no haya una fijación colectiva común determinante del cierre<sup>1669</sup> o a que la organización del trabajo lo permita<sup>1670</sup>; en fin, aunque el convenio colectivo no lo prevea, el derecho es aplicable a todas las situaciones suspensivas recogidas en el art. 48.4 ET, como, por ejemplo, las relacionadas con la adopción o el acogimiento, algo que ya se venía recogiendo en algún caso aislado<sup>1671</sup>.



## Notas

<sup>1416</sup> Así, entre otros, MATIA PRIM, J. (1982), Vacaciones anuales, EN: BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales: el Estatuto de los Trabajadores, Tomo VII*, Madrid (EDERSA), p. 583; GARCÍA ORTEGA, J. (1994), Nacimiento, duración y disfrute del derecho a vacaciones, *Tribuna Social*, 38, p. 7; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1994), Las garantías del derecho a vacaciones, *Tribuna Social*, 38, p. 41; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *Vacaciones, fiestas y descanso semanal*, Valencia (Tirant lo Blanch), p. 25; FITA ORTEGA, F. (1999), *Límites legales a la jornada de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), p. 148; BODAS MARTÍN, R. (2002), *La jornada laboral*, Madrid (Dykinson), p. 60; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P. (2003), *Las vacaciones laborales*, Cizur Menor (Aranzadi), pp. 50-51; DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M. (2005), Vacaciones anuales (art. 38 ET), EN: GARCÍA NINET, J. I. (Dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2005)*, Madrid (CEF), p. 494; MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, Madrid (CES), p. 149; LÓPEZ GANDÍA, J. (2007), La determinación de la prestación de trabajo (III): el tiempo de trabajo, EN: ALBIOL MONTESINOS, I. et alri, *Compendio de Derecho del Trabajo. Tomo II. Contrato individual*, Valencia (Tirant lo Blanch), p. 173; MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (2007), *Derecho del Trabajo*, 16ª edición, Madrid (Tecnos), p. 570; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. et alri (2007), *Curso de Derecho del Trabajo*, 16ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch), p. 411.

<sup>1417</sup> SsTS de 30 de abril de 1996, rec. cas. en UD nº 3084/1995, de 13 de febrero de 1997, rec. cas. en UD nº 3265/1996 y de 25 de febrero de 2003, rec. cas. en UD nº 2155/2002.

<sup>1418</sup> Así, por ejemplo, GARCÍA ORTEGA, J. (1994), *op. cit.*, p. 8; MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *op. cit.*, p. 149. En efecto, el alcance del convenio, ya sea en general o en alguna de sus disposiciones ha sido objeto de discusión doctrinal. Al respecto, vid. MATIA PRIM, J. (1982), *op. cit.*, pp. 415 y ss.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1994), *op. cit.*, p. 42; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P. (2003), *op. cit.*, pp. 39-40 y BEJARANO HERNÁNDEZ, A. (2002), *El derecho a vacaciones anuales retribuidas*, Granada (Comares), pp. 15 y ss., quienes entienden, por un lado, que el art. 1 del Convenio no niega la ejecutividad inmediata del mismo, sino que simplemente establece las diferentes fórmulas para darle cumplimiento; por otro lado, señalan que en aquellos supuestos en los que el Convenio limita la obligatoriedad de sus disposiciones a los términos en que se determinen en cada Estado, ello no significa que no deban respetarse los principios inherentes a tales disposiciones.

<sup>1419</sup> En este sentido, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1994), *op. cit.*, p. 41.

<sup>1420</sup> En este sentido, por ejemplo, DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M. (2005), *op. cit.*, p. 496; MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *op. cit.*, p. 150.

<sup>1421</sup> MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (2007), *op. cit.*, p. 570.

<sup>1422</sup> El hecho de que en el texto estatutario se aluda a días naturales y en el Convenio nº 132 OIT se prevea la exclusión de los días feriados oficiales o derivados de la costumbre no supone una contravención de la norma internacional, pues dicha exclusión opera sobre el período de tres semanas que recoge el convenio: en este sentido, vid. GARCÍA ORTEGA, J. (1994), *op. cit.*, p. 17; MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *op. cit.*, p. 153.

<sup>1423</sup> Entre otros, GARCÍA ORTEGA, J. (1994), *op. cit.*, p. 17; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1994), *op. cit.*, p. 44; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, p. 29; SALA FRANCO, T. et alri (2001), *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva. El alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (MTAS), p. 117; BEJARANO HERNÁNDEZ, A. (2002), *op. cit.*, p. 146; BODAS MARTÍN, R. (2002), *op. cit.*, p. 61; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P. (2003), *op. cit.*, p. 97; MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *op. cit.*, p. 153; LÓPEZ GANDÍA, J. (2007), *op. cit.*, p. 173; MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (2007), *op. cit.*, p. 570.

<sup>1424</sup> Así sucede en los diferentes niveles de negociación analizados: el estatal (<1<, art. 17; <2<, art. 40; <3<, art. 18; <5<, art. 17; <6<, art. 35; <8<, art. 24, salvo ciertos trabajadores;

<10<, art. 39; <11<, art. 8.4; <12<, art. 19; <16<, art. 42; <17<, art. 26; <19<, art. 54; <23<, art. 22; <24<, art. 28; <29<, art. 41; <32<, art. 9; <34<, art. 34, con excepciones en las que se amplía; <35<, art. 27, con casos de duraciones ampliadas; <36<, art. 30; <37<, art. 23; <40<, art. 31; <42<, art. 77; <43<, art. 22; <45<, art. 40, de los cuales al menos 21 serán laborables; <47<, art. 29; <48<, art. 43; <49<, art. 23; <52<, art. 38; <62<, art. 30; <63<, art. 27; <65<, art. 20, con casos en los que se amplía; <66<, art. 33; <69<, art. 26; <70<, art. 10; <72<, art. 36; <75<, art. 26, con excepciones; <76<, art. 15; <78<, art. 24; <79<, art. 37; <81<, art. 20; <85<, art. 48, sin perjuicio de eventuales acuerdos de empresa; <90<, art. 9; <91<, art. 28, aunque luego matiza que serán veintidós días naturales ininterrumpidos y nueve días laborables; <92<, art. 95, de los cuales al menos veinticuatro serán laborables; <93<, art. 26, la que se pacte en los niveles inferiores, nunca por debajo de los treinta días naturales; <94<, art. 42; <96<, art. 39; <97<, art. 29; <100<, art. 22, cuando se fraccionan, pues cuando no se fraccionan tienen idéntica duración que el mes en que se toman; <101<, art. 22; <102<, art. 47; <105<, art. 36; <106<, art. 14; <107<, art. 8; <112<, art. 77; <114<, art. 47; <116<, art. 30), el provincial (<119<, art. 10; <120<, art. 15; <122<, art. 10; <123<, art. 24; <124<, art. 29; <125<, art. 19; <127<, art. 25; <128<, art. 24; <130<, art. 30; <132<, art. 18; <139<, art. 19; <141<, art. 23; <143<, art. 17; <147<, art. 7; <148<, art. 20; <150<, art. 12; <151<, art. 31, salvo que se fraccionen, caso en que serían treinta y uno; <152<, art. 13; <153<, art. 7; <156<, art. 26; <158<, art. 18, aunque si se disfrutan fuera de los meses estivales se incrementan en dos días; <159<, art. 16; <160<, art. 20; <161<, art. 25; <164<, art. 11; <165<, art. 17; <166<, art. 15; <168<, art. 7, si bien cabe añadir algún día derivado de la reducción paulatina de jornada; <169<, art. 15; <171<, art. 20; <173<, art. 39; <174<, art. 10; <175<, art. 17; <176<, art. 28; <177<, art. 12; <178<, art. 26; <179<, art. 25; <180<, art. 16; <181<, art. 26; <182<, art. 33; <184<, art. 22; <185<, art. 9; <186<, art. 7; <187<, art. 16; <189<, art. 10; <192<, art. 27; <194<, art. 27; <195<, art. 50; <196<, art. 9; <197<, art. 28; <198<, art. 38; <200<, art. 7; <201<, art. 53; <202<, art. 58; <202<, art. 74; <204<, art. 63; <205<, art. 44; <206<, art. 48; <207<, art. 19; <208<, art. 27; <209<, art. 30; <211<, art. 17; <212<, art. 17; <213<, art. 22; <216<, art. 13; <217<, art. 9; <218<, art. 8; <219<, art. 11; <220<, art. 8; <223<, art. 11; <224<, art. 15; <225<, art. 27; <230<, art. 10, con incremento fuera de ciertas fechas; <232<, art. 13; <233<, art. 14; <234<, art. 21; <235<, art. 21, que aumentan si no se disfrutan al menos veintidós días entre mayo y septiembre; <236<, art. 16; <237<, art. 13, que aumentan si se disfrutan fuera de ciertas fechas; <238<, art. 12, incrementándose si son fuera de ciertas fechas; <239<, art. 37; <240<, art. 18; <242<, art. 12; <243<, art. 14; <248<, art. 9; <249<, art. 9; <250<, art. 11; <251<, art. 13; <252<, art. 19; <253<, art. 21; <254<, art. 51; <256<, art. 12; <257<, art. 44; <258<, art. 48; <259<, art. 14; <260<, art. 42; <261<, art. 27; <264<, art. 26; <265<, art. 29; <266<, art. 34; <267<, art. 14; <268<, art. 23; <269<, art. 15; <270<, art. 22, aunque en algún caso son superiores; <271<, art. 26; <272<, art. 32, con excepciones; <273<, art. 43; <274<, art. 16; <276<, art. 24; <277<, art. 6; <278<, art. 25; <282<, art. 15; <283<, art. 8; <284<, art. 23; <285<, art. 18, aunque respeta las duraciones superiores derivadas de convenios anteriores hasta un máximo de treinta y dos días) y el empresarial (<300<, art. 24; <302<, art. 39; <305<, art. 10; <306<, art. 8; <307<, art. 17; <308<, art. 11; <312<, art. 30; <314<, art. 31; <315<, art. 21; <316<, art. 24; <317<, art. 21; <318<, art. 24; <319<, art. 21; <323<, art. 24; <324<, art. 28; <341<, art. 64; <351<, art. 15; <352<, art. 22; <357<, art. 7; <358<, art. 16; <363<, art. 23; <368<, art. 11.10; <365<, art. 121, para el personal adscrito al sistema de cinco turnos; <369<, art. 14; <371<, art. 15; <381<, art. 7; <383<, art. 152; <384<, art. 82; <385<, art. 73; <388<, art. 14; <390<, art. 5.8; <392<, art. 29; <393<, art. 36; <400<, art. 33).

<sup>1425</sup> <73<, art. 14; <86<, art. 17; 193<, art. 18, para quienes el sábado tenga la consideración de laborable; <335<, art. 17; <339<, art. 25; <347<, art. 12; <349<, art. 28; <362<, art. 16, aunque los trabajadores de ciertas secciones disfrutan de más días.

<sup>1426</sup> <4<, art. 21; <7<, art. 12; <50<, art. 22; <51<, art. 11; <64<, art. 30; <105<, art. 47; <110<, art. 18; <162<, art. 7; <188<, art. 18; <193<, art. 18, que serán veintiséis para quienes el sábado tenga la consideración de laborable; <199<, art. 21; <263<, art. 31; <301<, art. 20; <303<, art. 18; <332<, art. 40; <343<, art. 35; <359<, art. 32; <360<, art. 22; <365<, art. 121, para el personal adscrito al sistema de cuatro turnos; <367<, art. 14; <378<, art. 28, pero sólo para el personal con jornada de treinta y cinco horas semanales de lunes a viernes, pues para el personal de treinta y cinco horas distribuidas en cuatro días, son dieciocho días laborables y para el personal con horario intensivo de fin de semana con veintisiete horas, la duración es de

trece días laborales; <379<, art. 32; <382<, art. 21; <386<, art. 31; <87<, art. 6.3; <389<, art. 32; <391<, art. 27.

<sup>1427</sup> Así, por ejemplo, cuando se establece que serán de treinta días naturales o veintiséis laborales; treinta días naturales o veintidós laborales (<26<, art. 49 y anexo 4; <39<, art. 34 y anexo; <73<, art. 14; <81<, art. 20).

<sup>1428</sup> <80<, art. 18; <137<, art. 14; <279<, art. 16; <281<, art. 22.

<sup>1429</sup> SsTS de 18 de enero de 2000, rec. cas. 327/1999, y de 15 de febrero de 2000, rec. cas. 2185/1999.

<sup>1430</sup> Esta mejora es la más repetida en los diferentes convenios, ya sean estatales (<15<, art. 23; <38<, art. 21; <44<, art. 25; <57<, art. 20; <60<, art. 54; <67<, art. 29; <74<, art. 15; <88<, art. 21, si la antigüedad es superior a un año; <99<, art. 31; <106<, art. 45; <115<, art. 31), provinciales (<121<, art. 27; <135<, art. 23; <136<, art. 59; <138<, art. 13; <149<, art. 54; <154<, art. 31; <155<, art. 8; <167<, art. 20; <170<, art. 27, donde si se disfrutan fuera de la temporada alta, se concede una bolsa de cuatro días; <172<, art. 18, pero sólo a partir del segundo período de vigencia; <210<, art. 43; <214<, art. 15; <215<, art. 30; <221<, art. 24; <222<, art. 19; <226<, art. 17; <227<, art. 11; <228<, art. 26; <229<, art. 16, que pasan a 33 si es fuera de ciertas fechas; <231<, art. 14; <246<, art. 8; <247<, art. 8; <288<, art. 9; <289<, art. 16; <295<, art. 8; <296<, art. 11) o de empresa (<320<, art. C-8; <325<, art. 20; <326<, art. 28; <328<, art. 33; <330<, art. 33; <353<, art. 38; <354<, art. 18; <373<, art. 28).

<sup>1431</sup> <113<, art. 28; <140<, art. 21; <245<, art. 13; <362<, art. 16, para los trabajadores de ciertas secciones; <364<, art. 25; <372<, art. 24.

<sup>1432</sup> <129<, art. 16, e incluso más en ciertas circunstancias; <310<, art. 19.

<sup>1433</sup> <157<, art. 18; <270<, art. 22, pero sólo si se disfrutan fuera de ciertas fechas; <272<, art. 32, pero sólo en ciertas circunstancias; <369<, art. 14, si se disfrutan en ciertas fechas.

<sup>1434</sup> <131<, art. 17; <371<, art. 15, si se disfrutan fuera de determinadas fechas.

<sup>1435</sup> <142<, art. 16.

<sup>1436</sup> <146<, art. 9, para 2007, tras incrementos sucesivos en años anteriores.

<sup>1437</sup> <21<, art. 12.

<sup>1438</sup> <18<, art. 26, con incrementos adicionales en determinados casos; <56<, art. 16; <87<, art. 34; <109<, art. 51, con incrementos adicionales en ciertos casos; <255<, art. 31, entendiendo como tal los que median entre lunes y viernes; <338<, art. 22; <356<, art. 9, si se trabaja de lunes a viernes; <377<, art. 38; <396<, art. 25.

<sup>1439</sup> <98<, art. 29, desde 2007, tras un incremento gradual; <380<, art. 13.

<sup>1440</sup> <22<, art. 35, con incrementos adicionales en determinadas circunstancias; <59<, art. 19; <309<, art. 17; <329<, art. 14, en jornadas de cinco días; <331<, arts. 8 y 12, entendiendo por laborales los comprendidos entre el lunes y el viernes; <337<, art. 39, donde los sábados no se trabaja; <344<, art. 57; <345<, art. 26, en convenio en el que se trabaja de lunes a viernes; <346<, art. 21; <376<, art. 30; <395<, art. 38, en general, pues hay duraciones superiores.

<sup>1441</sup> <190<, art. 10, sin contar sábados, domingos ni festivos; <348<, art. 10, siempre que se disfruten en ciertas fechas, pues de lo contrario se experimenta una merma de conformidad con una escala que proporciona el propio convenio; <395<, art. 38, para ciertos trabajadores.

<sup>1442</sup> <144<, art. 10; <145<, art. 20; <287<, art. 23, para 2006 y 2007; <327<, art. 30; <334<, arts 33 y 34; <356<, art. 9, si se trabaja de lunes a sábado.

<sup>1443</sup> <134<, art. 23, computados de lunes a sábado; <163<, art. 13, reputando como tal el sábado, siempre que no coincida con festivo; <329<, art. 15, en jornadas de seis días; <399<, art. 34, entendiendo por tales todos menos los domingos y festivos.

<sup>1444</sup> Así, un mes de vacaciones más el día anterior a la navidad y a nochevieja, salvo que en tales días hubiera exámenes fijados por tráfico, en cuyo caso, la empresa concederá discrecionalmente otro día de descanso en la semana correspondiente, además de dos días adicionales a fijar de común acuerdo (<14<, art. 10); un mes y diez días laborales a lo largo del año, distribuidos por la empresa, previa audiencia a los representantes, a repartir entre navidad, verano y semana santa (<28<, art. 28).

<sup>1445</sup> En este sentido, por ejemplo, <280>, art. 9, prevé treinta días naturales, pero añade dos días en Navidad y uno en semana santa; <293>, art. 22, además de los treinta días naturales, reconoce dos días más a lo largo del año de los cuales dispone el trabajador preavisando con ocho días; <294>, art. 7, añade a los treinta días naturales otros tres días ininterrumpidos a disfrutar antes o después de las vacaciones en fecha a determinar por acuerdo mutuo; <336>, art. 15, además de los veintidós días laborables, establece cuatro días adicionales no acumulables a las vacaciones; <342>, art. 13, además de los veintidós días naturales de vacaciones, reconoce dos puentes y cuatro días en navidad; <361>, art. 14, prevé treinta días naturales, pero posteriormente el art. 12 reconoce cuarenta y ocho horas de vacaciones suplementarias a disfrutar fuera del período estival, a no ser que las necesidades del servicio permitan tomarlas en dichas fechas; <365>, art. 121, prevé cinco o seis días adicionales con un régimen de disfrute específico.

<sup>1446</sup> Así, por ejemplo, <30>, art. 38: además del mes de vacaciones por año natural, el personal docente disfruta de las mismas vacaciones que los alumnos según disponga el calendario escolar en Navidad y Semana Santa; el personal no docente disfrutará de nueve días naturales en Navidad y seis en semana santa, si bien los centros podrán establecer turnos entre el personal al efecto de mantener el servicio en los mismos no considerándose extraordinario el trabajo realizado en tales turnos. Todo el personal de estos centros disfrutará de un día más de vacaciones al año –dos en el caso del personal no docente–, correspondiendo a la dirección del centro la determinación del momento de disfrute; <31>, arts. 22 y 23: un mes de vacaciones, en general; además, el personal no docente cuenta con seis días naturales en semana santa y ocho días naturales en navidades, mientras el personal docente disfruta de las mismas vacaciones que los alumnos en tales períodos; todos los trabajadores cuentan con cuatro días laborales adicionales durante el año, dos a determinar por la empresa y otros dos por el trabajador. Unas previsiones similares en <53>, arts. 42 y ss., si bien los días adicionales son tres laborales a lo largo del año y a determinar por el titular del centro; por otra parte, establece que al menos el 50% del personal docente tiene derecho a dos semanas más a lo largo período estival; <33>, art. 23: un mes de vacaciones, en general; además, sin distinguir, seis días naturales en semana santa y ocho días naturales en navidad; asimismo, dos días más a lo largo del año, establecidos por el empresario, según necesidades de la empresa, y previa consulta con los representantes de los trabajadores; <54>, arts. 32 y 33: el personal docente cuenta, además del mes de vacaciones, de manera conjunta y consecutiva otro mes adicional, salvo que se precisen sus servicios por la organización de cursos de verano, recibiendo en tal caso un complemento salarial específico del 35% del salario bruto mensual; asimismo, cuenta con los mismos días que los alumnos en semana santa y navidad. Por otra parte, el personal no docente cuenta con seis días de vacaciones durante el año, tres a determinar por el empresario y otros tres de común acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores; el personal de administración, tendrá derecho a dos días más de vacaciones al año, uno a determinar por el empresario y otro por el trabajador; todo el personal no docente tendrá derecho a disfrutar de seis días consecutivos de los que tengan la condición de laborables de permiso retribuido durante el período navideño y tres laborables consecutivos durante la semana santa, pudiendo el empresario establecer turnos; <55>, art. 16: además del mes general y común, el personal docente cuenta en semana santa y en navidad los días de vacaciones que la empresa conceda a los alumnos y, en caso de prestar servicios en tales períodos, se les compensa con unos días de permiso retribuido; por su parte, el personal no docente, disfruta de la semana santa y la navidad cuando la empresa suspenda sus actividades no docentes o, en cualquier caso y como mínimo de cuatro días laborables al año; <58>, art. 38: todos un mes de vacaciones al año; además, en navidad y semana santa, el personal docente las mismas vacaciones que los alumnos y el no docente de nueve días naturales en navidad y seis días naturales en semana santa, pudiendo en este caso, la empresa establecer turnos a efectos de mantener el servicio, sin que dicho trabajo tenga la consideración de extraordinario; por último, todo el personal cuenta con dos días más de vacación de los señalados como laborables por el calendario escolar, de común acuerdo con la empresa, que se fijará a comienzo del curso; <118>, art. 25, un mes de vacaciones; en semana santa y navidad, el personal docente disfruta de las mismas vacaciones que los alumnos, con la obligación de incorporarse un día antes que ellos; el personal no docente, disfruta de ocho días laborables entre navidad y semana santa, programándose a inicios del curso y pudiendo la empresa fijar turnos para garantizar el servicio necesario.

<sup>1447</sup> <287>, art. 23: veintiséis días en 2006, veintisiete en 2007 y 2008 y veintiocho en 2009.

<sup>1448</sup> <109<, art. 51, incrementa los días para el personal que tenga más de sesenta años de conformidad con una escala que el propio convenio proporciona; <129<, art. 16, las eleva a treinta y ocho días en el caso de los mayores de sesenta años; <346<, art. 21, a partir de los sesenta años se incrementa el número de días de conformidad con una escala.

<sup>1449</sup> <88<, art. 21, prevé treinta y un días naturales para el personal con una antigüedad mínima de un año, pues el resto disfruta de dos días y medio por cada mes de antigüedad al tiempo de tomarlas computados de uno de agosto a uno de agosto; <312<, art. 30, a los treinta días se añaden tres para los trabajadores con más de diez años de antigüedad; <315<, art. 21, los días se incrementan en función de la antigüedad en la empresa, con dos escalas diversas según la fecha de ingreso sea antes o después de 1995; <360<, art. 22, sobre los veintidós días laborales previstos con carácter general, establece un aumento de un día por cada cinco años de trabajo con un máximo de cuatro días; <365<, art. 121, al personal con más de cuarenta años en la empresa se le conceden quince días adicionales; <395<, art. 38, prevé un día adicional para los trabajadores con una antigüedad superior a los cinco años; <396<, art. 25, se incrementa un día por cada tres años de servicio, hasta un máximo de veintiocho días.

<sup>1450</sup> <8<, art. 24, otorga un día adicional a quienes no disfruten de al menos una quincena en época estival, salvo que ello se deba que a petición del propio trabajador se ha disfrutado del mes entero e ininterrumpido en otra época del año; <18<, art. 26, otorga un día adicional a quienes disfruten más de cinco días fuera del período comprendido entre el 1 de abril y el 31 de octubre; <34<, art. 34, se eleva a treinta y dos días y medio o treinta y cinco cuando se fijan fuera del período comprendido entre mayo y octubre; <65<, art. 20, se añaden cinco días cuando se disfrutan entre noviembre y abril; <75<, art. 26, donde al personal fijo de plantilla se le conceden cinco días adicionales que compensan las fechas de disfrute –por eso en Canarias, dado que los meses excluidos son menos problemáticos, la compensación es de tan sólo dos días adicionales–; <80<, art. 14, donde pasan a ser treinta y cuatro días en el caso de que se disfruten fuera del período fijado por el convenio; <129<, art. 16, un día adicional si se disfrutan fuera de la época estival; <158<, art. 18, fuera de los meses estivales se incrementan en dos días; <170<, art. 27, fuera de la temporada alta se concede una bolsa de cuatro días; <217<, art. 9, se aumenta un día si se fijan fuera de ciertas fechas; <229<, art. 16, la duración pasa a treinta y tres si son fuera de ciertas fechas; <230<, art. 10, el incremento es de cinco días si se disfrutan fuera de ciertas fechas; <235<, art. 21, se elevan a treinta y dos días si no se disfrutan al menos veintidós días entre mayo y septiembre; <237<, art. 13, la duración es de treinta y seis días si por necesidades de la empresa son fuera de ciertas fechas; <238<, art. 12, si se disfrutan fuera de ciertas fechas se incrementa un día por semana fuera; <256<, art. 12, dos días más en los casos en que el trabajador tuviera fijadas en julio y agosto y por circunstancias extraordinarias debieran variarse las fechas inicialmente asignadas en meses distintos; <270<, art. 22, el disfrute fuera del período comprendido entre mayo y septiembre puede llevar al reconocimiento de treinta y cuatro días naturales; <272<, art. 32, el disfrute fuera del período comprendido entre mayo y septiembre puede llevar al reconocimiento de treinta y cuatro días naturales; <307<, art. 17, los treinta días se incrementan si se disfrutan entre noviembre y marzo; <344<, arts. 57 y 91, añade cinco días a los veinticinco laborales a quienes las disfruten en invierno; <369<, art. 14, los treinta días se elevan a treinta y cuatro en determinadas fechas; <371<, art. 15, los treinta días naturales se elevan a treinta y cinco si se disfrutan fuera del período marcado en el convenio; <380<, art. 13, hay un incremento de tres días hábiles sobre los veinticuatro laborales de carácter general para los trabajadores que voluntariamente las tomen entre octubre y junio; <395<, art. 38, prevé incrementos para quienes las disfruten fuera de ciertas fechas; <396<, art. 25.

<sup>1451</sup> <151<, art. 31, son treinta y un días si se disfrutan fraccionadas.

<sup>1452</sup> <362<, art. 16.

<sup>1453</sup> <18<, art. 26, añade cinco días al personal que trabaje en Canarias y disfrute de las vacaciones en la península; <22<, art. 35, añade dos días para el personal que presta servicios en Canarias; o, en general, los convenios provinciales del metal suelen ampliar los días para los trabajadores que se encuentran desplazados en alguna obra.

<sup>1454</sup> Así, por ejemplo, cuando se prevén cuatro semanas en verano y cinco en Navidad (<311<, art. 94; <321<, art. 33). Y es que, las cuatro semanas equivalen a veintiocho días natu-

rales, por debajo de los treinta días naturales establecidos en el art. 38.1 ET; los términos de la opción sólo serán válidos en la medida en que ambos respeten los mínimos.

<sup>1455</sup> <8<, art. 24, no pueden empezar en día de descanso semanal; <44<, art. 25, nunca empiezan en festivo ni descanso grafiado; <47<, art. 29, ni en festivo ni en día de descanso; <105<, art. 36, no pueden empezar durante el descanso semanal y, además, si el reingreso coincide con día libre, éste deberá respetarse; <101<, art. 22, no pueden comenzar en día no laborable; <120<, art. 15, después del descanso semanal; <121<, art. 27, no podrá coincidir con día de descanso semanal y si la finalización coincidiera con el descanso semanal del trabajador, previamente establecido como días de descanso fijos, la reincorporación al trabajo se producirá después del mismo; <128<, art. 24, igual que el anterior; <131<, art. 17, igual que el anterior; <132<, art. 18, igual que el anterior; <136<, art. 59, ni en domingo, ni en festivo, ni en día de descanso; <139<, art. 19, ni en domingo, ni en festivo, ni en día de descanso; ; <147<, art. 7, ni en domingo, ni en festivo ni en día de descanso; <148<, art. 20, ni en domingo, ni en festivo, ni en día de descanso, con la misma regla para el regreso; <155<, art. 7, no comienzan en día de descanso del trabajador; <170<, art. 27, ni en descanso semanal ni en festivo; <177<, art. 12, no comienzan en descanso semanal; <220<, art. 8, ni con descanso semanal ni con festivo; <222<, art. 19, ni en domingo ni en festivo; <223<, art. 12, ni en sábado ni en domingo; <231<, art. 14, ni con descanso semanal ni con festivo, que también limita el reingreso, pues si coincide con festivo o descanso semanal se incorporan al día siguiente; <246<, art. 8, no coincidirá con día de descanso semanal; <247<, art. 8, no coincidirá con día de descanso semanal; <268<, art. 23, ni en sábado, ni en domingo, ni en festivo; <273<, art. 43, no puede coincidir con un día de descanso semanal, de forma que en estos casos se entenderán iniciadas al día siguiente del descanso semanal; si el reingreso coincide con el día libre, éste deberá ser respetado, iniciándose el trabajo al día siguiente; <274<, art. 16, después del descanso semanal; <276<, art. 24, a partir del disfrute de los días libres que le correspondan; <286<, art. 11, ni en descanso semanal ni en festivo; <302<, art. 39, no puede coincidir con los días de descanso semanal, entendiéndose en tal caso iniciadas al día siguiente y previéndose algo similar para la reincorporación, que tendrá lugar al día siguiente del descanso, salvo que ello impida a otro compañero iniciar sus vacaciones, en cuyo caso ese día se guarda; <354<, art. 19, computan después del descanso semanal; <369<, art. 14, no comienzan en domingo ni en festivo; <371<, art. 15, no comienzan en domingo ni en festivo.

<sup>1456</sup> <98<, art. 29.

<sup>1457</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P. (2003), *op. cit.*, p. 108. La innecesariedad de esta precisión pudiera ser absoluta, pues según un importante sector doctrinal las vacaciones no pueden comenzar hasta haber disfrutado del descanso semanal (ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, p. 31; BEJARANO HERNÁNDEZ, A. (2002), *op. cit.*, p. 149; DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M. (2005), *op. cit.*, p. 499); con todo, otros autores (SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P. (2003), *op. cit.*, pp. 106-107; MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *op. cit.*, p. 153) defienden que la dilación del inicio a momento posterior a tales días cuando las vacaciones están fijadas en periodos naturales requiere de previsión expresa en el convenio. A mi juicio, esta postura resulta más acertada: por un lado, por coherencia con el hecho de la fijación del período en días naturales –lo que impide excluir los no laborables–; por otro lado, si se debiera esperar al disfrute del descanso semanal «generado» para iniciar las vacaciones, ello obligaría también a otorgar la parte proporcional del mismo cuando se iniciasen cualquier día de la semana.

<sup>1458</sup> <135<, art. 23, no comenzarán en domingo, festivo o día de descanso salvo empresas que tengan establecido un período de cierre vacacional; <138<, art. 13, no comenzarán en domingo, festivo o día de descanso, ni su víspera, salvo en el caso de los trabajadores cuya jornada comprenda el domingo; <149<, art. 54, no empiezan en sábado, domingo o festivo, salvo que el cese de actividad para el disfrute colectivo de las mismas comience en dicha fecha; <156<, art. 26, ni en festivos ni en día de descanso, salvo que se fijen por quincenas o meses naturales; <212<, art. 17, ni con descanso semanal ni con festivo, salvo que sea un mes natural.

<sup>1459</sup> <50<, art. 22, no empezarán en sábado, domingo o festivo, ni sus vísperas, salvo petición expresa del trabajador; <63<, art. 27, no pueden iniciar en festivo ni víspera de festivo; <78<, art. 34, no comenzarán en sábado, domingo o festivo, ni sus vísperas, salvo petición expresa del trabajador; <129<, art. 16, no en víspera de día no laborable; <144<, art. 10, ni en



domingo, ni en festivo, ni en descanso, ni en víspera; <158<, art. 18, ni en descanso semanal ni en su víspera; <174<, art. 10, ni sábados, ni festivos, ni vísperas; <210<, art. 43, no pueden empezar en víspera de festivo, salvo cuando comiencen el día primero del mes; <211<, art. 17, ni en festivo ni en víspera; <213<, art. 22, ni en festivo ni en víspera; <224<, art. 15, ni en festivo ni en víspera; <227<, art. 11, no pueden empezar en víspera de festivo, salvo cuando comiencen el día primero del mes o el día dieciséis; <288<, art. 9, ni descanso semanal ni víspera de fiesta.

<sup>1460</sup> <23<, art. 22, un lunes que no sea festivo; <42<, art. 77, un día laborable que no sea viernes; <43<, art. 22, el primer día laborable; <45<, art. 40, un día laborable; <46<, art. 89, un lunes que no sea festivo, al menos en el caso del tramo largo; <66<, art. 33, un día laborable que no sea viernes; <75<, art. 26, el cómputo comenzará el primer día laboral de la semana; <78<, art. 24, el primer día laborable; <85<, art. 48, un lunes que no sea festivo; <112<, art. 77, el primer día laborable de la semana; <113<, art. 28, en día laborable para el trabajador; <142<, art. 16, el primer día hábil siguiente a un domingo; <143<, art. 17, necesariamente un lunes y si éste fuese festivo, el siguiente día hábil; <153<, art. 7, siempre en día laborable; <154<, art. 31, siempre en lunes; <197<, art. 28, siempre en día laborable; <207<, art. 19, en lunes o martes laborable; <243<, art. 15, las vacaciones empiezan en lunes; <248<, art. 9, siempre en día laborable; <252<, art. 19, siempre en día laborable; <253<, art. 21, siempre en día laborable; <259<, art. 14, el primer día laboral de la semana; <264<, art. 34, el primer día laboral de la semana; <272<, art. 32, siempre en día laborable; <289<, art. 16, comienzan siempre en día laborable; <309<, art. 17, se inician en lunes; <318<, art. 24, se inician en lunes y si es festivo se concede un día más a disfrutar en la fecha que determine el trabajador; <323<, art. 24, computan desde el primer día hábil en que no se trabajen hasta el día anterior a la incorporación; <376<, art. 30, empiezan en día laborable.

<sup>1461</sup> <194<, art. 27; <195<, art. 50; <200<, art. 7; <202<, art. 58; <204<, art. 63; <206<, art. 48; <208<, art. 27.

<sup>1462</sup> <258<, art. 48, en lunes no festivo, excepto las que se inician en día uno o dieciséis del mes.

<sup>1463</sup> <10<, art. 39, el período empieza siempre en día uno y no puede coincidir el primer día con sábado, domingo ni festivo; <150<, art. 12, salvo pacto en contrario, el inicio de cada período o turno será el día uno o dieciséis del mes, siempre que no coincida con día de descanso del trabajador; <162<, art. 7, si se disfrutan por meses, el cómputo se inicia en el primer día laborable del mes y el comienzo no coincidirá ni con sábados, ni con festivos ni con vísperas de fiestas; <230<, art. 10, el primer día no festivo de la semana que no sea víspera de fiesta; <249<, art. 9, en lunes no festivo.

<sup>1464</sup> <3<, art. 18; <9<, art. 56, si el período de vacaciones coincide con algún festivo oficial se compensará dicho día; <99<, art. 31, si durante las vacaciones existe algún día no laborable oficial, no coincidente con su habitual descanso semanal, esos días se compensan con otros suplementarios; <293<, art. 22; <306<, art. 8; <309<, art. 17, que lo hace extensivo a los puentes; <324<, art. 28, los festivos nacionales o autonómicos incluidos en el período vacacional determinan que señala un día más al período.

<sup>1465</sup> <123<, art. 24, los trabajadores que no tengan acumulados los festivos a las vacaciones tendrán a un día adicional por cada fiesta que coincida con su período vacacional; <129<, art. 16, en caso de que durante el período de disfrute de las vacaciones coincidiese algún día festivo, éste no será descontado al trabajador bajo ningún concepto; <141<, art. 24, si durante las vacaciones hubiera más de dos fiestas, se dará un día más por la tercera perdida; <171<, art. 20, donde en caso de coincidir algún festivo con el período vacacional se compensa con otro día o se abona según establece el art. 14, con un máximo de dos días sobre los treinta de vacaciones; <182<, art. 33, si durante las vacaciones hay algún festivo intersemanal, se compensa en otro momento; <192<, art. 27, si durante las vacaciones hay algún festivo, se disfruta en otro momento; <285<, art. 18.

<sup>1466</sup> <68<, art. 9.4, no comprenderá más de cuatro domingos; <310<, art. 19, son treinta y tres días, con un máximo de cuatro domingos y un festivo; <323<, art. 24, los trabajadores que habitualmente trabajen en sábado incluyen cuatro domingos o festivos en sus treinta días, mientras que los restantes tendrán cuatro domingos o festivos y cuatro sábados.



<sup>1467</sup> <45<, art. 40, 30 días de los cuales al menos 21 serán laborables; <92<, art. 95, 30 días naturales de los cuales al menos 24 serán laborables; <197<, art. 28, son treinta días con un mínimo de veintiuno laborables; <201<, art. 53, de los 30 al menos 21 serán laborables; <202<, art. 74, el mínimo es el mismo; <252<, art. 19, treinta días de los que por los menos veintiuno serán laborables; <253<, art. 21, de los treinta días al menos 22 serán laborables; <269<, art. 15, de los treinta días al menos 25 serán laborables; <366<, art. 9.5, donde los treinta días naturales, al menos veinticinco serán laborables.

<sup>1468</sup> Las diferentes teorías aparecen recogidas y desarrolladas ampliamente en BEJARANO HERNÁNDEZ A. (2002), *op. cit.*, pp. 25 y ss., con las oportunas referencias doctrinales y judiciales a las mismas.

<sup>1469</sup> Así, entre otros, MATIA PRIM, J. (1982), *op. cit.*, pp. 409 y ss.; GARCÍA ORTEGA, J. (1994), *op. cit.*, pp. 8-9, si bien admite que el convenio podría establecer el criterio de la postnatalidad; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, pp. 26 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P. (2003), *op. cit.*, pp. 59 y ss. Por el contrario, en defensa de la postnatalidad, *vid.* ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E. (2006), *Derecho del Trabajo*, 24<sup>a</sup> edición, Madrid (Civitas), p. 348; BODAS MARTÍN, R. (2002), *op. cit.*, p. 61; DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M. (2005), *op. cit.*, p. 497, aunque reconocen el derecho al disfrute proporcional cuando el tiempo trabajado sea inferior al año.

<sup>1470</sup> STS de 17 de septiembre de 2002, rec. cas. en UD n<sup>o</sup> 4255/2001: *La expresión vacaciones anuales que utiliza el art. 38.1 ET significa que se tiene derecho a ellas por cada año de trabajo, pero también indica la obligación de disfrutar las vacaciones dentro de cada año natural, distinguiéndose entre el devengo o formación del derecho a vacaciones que va produciéndose con el transcurso de cada año de servicio, y el disfrute de esas vacaciones que ha de realizarse dentro del año natural correspondiente. Este criterio está implícito en la regla de la proporcionalidad del art. 4 del Convenio n<sup>o</sup> 132 de la OIT... El problema consiste en que la fecha de disfrute efectivo de las vacaciones... no tiene por qué coincidir con el cierre de cada período de devengo, mientras que el disfrute de las vacaciones en cada año comprende o debe comprender, en principio, todas las vacaciones devengadas ese año. En realidad, lo que se produce son ajustes –normalmente, adelantados– en el disfrute sobre el devengo.*

<sup>1471</sup> Así, por ejemplo, GARCÍA ORTEGA, J. (1994), *op. cit.*, p. 9; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, p. 28; BEJARANO HERNÁNDEZ, A. (2002), *op. cit.*, p. 21.

<sup>1472</sup> STS de 17 de septiembre de 2002, recurso de casación en U. D. n<sup>o</sup> 4255/2001: *El período devengado en el año anterior ha sido ya de forma completa disfrutado en ese año, por lo que el criterio de la sentencia recurrida de empezar el devengo en 1 de enero del año del cese no puede considerarse incorrecto.*

<sup>1473</sup> En este sentido, por ejemplo, GARCÍA ORTEGA, J. (1994), *op. cit.*, p. 9; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1994), *op. cit.*, p. 42; BEJARANO HERNÁNDEZ, A. (2002), *op. cit.*, p. 21.

<sup>1474</sup> Así, por ejemplo, <9<, art. 56; <60<, art. 54; <63<, art. 28.

<sup>1475</sup> <300<, art. 24; <303<, art. 18; <304<, art. 57; <357<, art. 7; <365<, art. 121.

<sup>1476</sup> <367<, art. 14; en sentido parecido, el <88<, art. 21, lo fija entre el 1 de agosto y el 1 de agosto, pero para el personal que cuenta con una antigüedad inferior al año.

<sup>1477</sup> <54<, arts. 32 y 33.

<sup>1478</sup> Entre otros, SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P. (2003), *op. cit.*, p. 100; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, p. 32; BEJARANO HERNÁNDEZ, A. (2002), *op. cit.*, p. 152; LÓPEZ GANDÍA, J. (2007), *op. cit.*, p. 174; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. (2007), *op. cit.*, p. 411.

<sup>1479</sup> GARCÍA ORTEGA, J. (1994), *op. cit.*, p. 12; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, p. 32; BEJARANO HERNÁNDEZ, A. (2002), *op. cit.*, p. 154.

<sup>1480</sup> ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, p. 32; solución propugnada de forma directa por DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M. (2005), *op. cit.*, p. 499.

<sup>1481</sup> Así, diversos convenios prevén que si el trabajador no lleva un año en la empresa, tendrá derecho a la parte proporcional; pero si hay un cierre general por un mes, no experimenta

merma retributiva: <219<, art. 11; <255<, art. 31; <257<, art. 44; <260<, art. 42; <261<, art. 27; <266<, art. 34.

<sup>1482</sup> <198<, art. 38.

<sup>1483</sup> <63<, art. 28.

<sup>1484</sup> <205<, art. 44.

<sup>1485</sup> <198<, art. 38: siempre que lo soliciten, sin baja en la Seguridad Social pero cotizando por las bases mínimas y siendo de cuenta del trabajador la cuota del período no retribuido—; <314<, art. 31: el personal que lleve menos de un año disfruta de la parte proporcional y el resto de días podrá disfrutar de permiso no retribuido.

<sup>1486</sup> <199<, art. 21; <270<, art. 22, salvo pacto en contrario; <272<, art. 32, salvo pacto en contrario; <360<, art. 22; en esta línea, cabe citar también el <372<, art. 24, donde se prevé que los trabajadores que no lleven un año devengan la parte proporcional, salvo los que se incorporen tras el mes de octubre a quienes se les compensa económicamente.

<sup>1487</sup> <300<, art. 24.

<sup>1488</sup> <64<, art. 30; <83<, art. 57; <87<, art. 34; <109<, art. 51; <135<, art. 23.

<sup>1489</sup> GARCÍA ORTEGA, J. (1994), *op. cit.*, p. 10; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, p. 28; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P. (2003), *op. cit.*, p. 64.

<sup>1490</sup> En todo caso, sobre esta cuestión existe un rico tratamiento doctrinal, generalmente acompañado de un importante material judicial, al cual me remito. Así, entre otros, pueden consultarse GARCÍA ORTEGA, J. (1994), *op. cit.*, pp. 10 y ss.; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, pp. 33 y ss.; BODAS MARTÍN, R. (2002), *op. cit.*, pp. 61 y ss.; BEJARANO HERNÁNDEZ, A. (2002), *op. cit.*, pp. 53 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P. (2003), *op. cit.*, pp. 70 y ss.; DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M. (2005), *op. cit.*, pp. 497-498; LÓPEZ GANDÍA, J. (2007), *op. cit.*, p. 174; MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (2007), *op. cit.*, p. 571.

<sup>1491</sup> En este sentido, por ejemplo, GARCÍA NINET, J. I.; LLEÓ CASANOVA, B. (1994), La fijación del período vacacional: el calendario de las vacaciones, *Tribuna Social*, 38, p. 22; BODAS MARTÍN, R. (2002), *op. cit.*, p. 65.

<sup>1492</sup> ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, pp. 46-47.

<sup>1493</sup> DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M. (2005), *op. cit.*, p. 509.

<sup>1494</sup> Así, por ejemplo, <3<, art. 18; <4<, art. 10; <6<, art. 35; <8<, art. 24; <23<, art. 22, con los representantes o, en su defecto, con el personal; <35<, art. 27; <38<, art. 21; <46<, art. 89, con la representación unitaria; <49<, art. 23, con los trabajadores; <65<, art. 12; <66<, art. 33; <67<, art. 29; <75<, art. 26, con la representación unitaria; <61<, art. 25, con los trabajadores; <99<, art. 31; <105<, art. 36, con los trabajadores; <114<, art. 47.

<sup>1495</sup> <119<, art. 10; <120<, art. 15; <121<, art. 28, tras abrir un período para que los trabajadores indiquen sus preferencias; <123<, art. 24; <124<, art. 29, en cada sección o departamento; <128<, art. 24; <130<, art. 30; <132<, art. 18; <134<, art. 23; <135<, art. 23; <142<, art. 16, tras facilitar la representación unitaria a la empresa un cuadro de prioridades previamente acordado en asamblea; <145<, art. 20; <147<, art. 7; <152<, art. 13; <154<, art. 31, se elabora en cada sección; <158<, art. 18; <170<, art. 27, la mitad; <178<, art. 26, tras recibir las solicitudes de los trabajadores; <179<, art. 25; <180<, art. 16; <182<, art. 33; <185<, art. 9; <186<, art. 7; <187<, art. 16; <190<, art. 10; <192<, art. 11; <209<, art. 30; <211<, art. 17; <213<, art. 22; <220<, art. 8; <221<, art. 9; <224<, art. 15; <226<, art. 17; <229<, art. 16; <230<, art. 10; <231<, art. 14; <234<, art. 21; <239<, art. 37; <240<, art. 18; <245<, art. 13; <246<, art. 8; <247<, art. 8; <257<, art. 44; <258<, art. 48; <264<, art. 26; <265<, art. 29 <271<, art. 26; <277<, art. 6; <278<, art. 25; <281<, art. 22; <282<, art. 8; <284<, art. 23; <289<, art. 11, y si no hubiera, con los propios trabajadores; <295<, art. 8; <297<, art. 23.

<sup>1496</sup> <324<, art. 28; <335<, art. 17, cada unidad confecciona su programa de vacaciones; <351<, art. 15, se pactan en cada departamento; <376<, art. 38, en las fechas que se determinen con los respectivos mandos; <377<, art. 30, que además se someten a la aprobación por la dirección de la empresa; <378<, art. 28, con la debida antelación para asegurar la continuidad del servicio; <380<, art. 13, en principio por medio de acuerdos entre los trabajadores de una mis-

ma dirección o departamento; <382<, art. 21, atendiendo a las necesidades del servicio y teniendo en cuenta los intereses particulares; <386<, art. 31, tras presentar los trabajadores sus solicitudes antes del treinta y uno de octubre y supeditándose a las necesidades del servicio y a la voluntad manifestada del trabajador.

<sup>1497</sup> En este sentido, se mueven algunos convenios de ámbito estatal (<2<, art. 40, o en su defecto, con la comisión paritaria; <26<, art. 49; <39<, art. 34; <97<, art. 29; <101<, art. 22, dentro de una fecha, pues de lo contrario las fija el trabajador), provincial (<131<, art. 17; <136<, art. 59, donde el plan elaborado por la empresa, y conocido por los trabajadores y sus representantes, después sólo puede alterarse en caso de urgencias, imponderables o subrogaciones no previstas que alteren dicho plan y de común acuerdo con los representantes; <148<, art. 20, previa audiencia e intervención de la representación unitaria; <159<, art. 16; <165<, art. 17; <168<, art. 7, aunque previamente se abre un período de tiempo para que los trabajadores remitan sus solicitudes a la empresa; <171<, art. 20; <172<, art. 18, en colaboración con los delegados de personal; <174<, art. 10, con la colaboración de los representantes de los trabajadores o, en su defecto, de los trabajadores afectados; <177<, art. 12, la empresa fija los turnos y se asignan en función de la antigüedad, aunque por decisión mayoritaria de los trabajadores se puede establecer otro criterio distinto; <181<, art. 26, previa consulta con los representantes de los trabajadores; <249<, art. 9) y de empresa (<325<, art. 29, dando cuenta a la representación unitaria; <326<, art. 28; <352<, art. 22, donde se establece que tras la apertura de un período de consultas entre la dirección y el comité de empresa entre el uno y el quince de septiembre de cada año para la fijación de las vacaciones del siguiente, las partes convienen en facultar a la dirección de la empresa para que, respetando los acuerdos parciales, proceda a fijar el calendario; <359<, art. 22, procurando satisfacer las peticiones razonables que puedan formular los trabajadores en un plazo de quince días para disfrutar de sus vacaciones fuera del período hábil o de aquél que le correspondiera).

<sup>1498</sup> <9<, art. 56; <60<, art. 54.

<sup>1499</sup> <48<, art. 43.

<sup>1500</sup> <148<, art. 20: los turnos de vacaciones deben ser propuestos a la empresa con al menos dos meses de antelación, pues de lo contrario ésta los fijará por su cuenta.

<sup>1501</sup> <90<, art. 9. En esta línea, el <149<, art. 54; el <280<, art. 9, prevé que la empresa fija los turnos y el número de personas por cada categoría y departamento, mientras los representantes de los trabajadores designan los nombres de las personas.

<sup>1502</sup> <17<, art. 26, al menos la mitad; <101<, art. 22, si la empresa no lo ha determinado antes del uno de mayo; <146<, art. 9, con diferente grado de vinculación empresarial en función de la época elegida; <169<, art. 15, quince días; <170<, art. 27, la mitad; <185<, art. 9; <353<, art. 39, una parte; <362<, art. 16, pero sólo cinco días, preavisando al Jefe de Servicio con al menos cuarenta y ocho horas, salvo que se trate de prolongar una licencia no penalizada, en cuyo caso el preaviso no resulta necesario; <382<, art. 21, al menos la mitad, siempre que se garantice un nivel de plantilla suficiente; <348<, art. 10, previo acuerdo con el responsable de la organización a la que pertenezca.

<sup>1503</sup> <138<, art. 13, donde los representantes de los trabajadores elaboran el calendario vacacional antes del treinta de abril, dando copia a la dirección; todos los trabajadores tienen derecho a vacar fuera de ese período siempre que se preavise con un mes de antelación a la elaboración del calendario; <371<, art. 15, por acuerdo entre el trabajador y el delegado de personal.

<sup>1504</sup> Así, por ejemplo, el trabajador solicita la fijación con tres meses de antelación a la fecha pretendida y si no se le contesta en el plazo de un mes se entienden concedidas.

<sup>1505</sup> <151<, art. 31, cuando se fraccionan, dieciséis días los fija la empresa y quince el trabajador; <161<, art. 25, la mitad cada uno; <188<, art. 18, la mitad cada parte.

<sup>1506</sup> <44<, art. 25; <67<, art. 29; <152<, art. 13; <178<, art. 26; <273<, art. 43, que lo alarga hasta el primer mes del año en que se disfrutan.

<sup>1507</sup> <123<, art. 24; <131<, art. 17.

<sup>1508</sup> <385<, anexo 5, iniciándose el proceso en agosto/septiembre del año anterior y conociéndose antes del treinta y uno de octubre.

<sup>1509</sup> <388<, art. 14, donde la compañía hace llegar el formulario de solicitudes en septiembre, se presenta hasta el diez de octubre, se asignan, se permiten las permutas y se efectúan las asignaciones definitivas.

<sup>1510</sup> <115<, art. 31; <121<, art. 28, el trabajador comunica sus preferencias durante la primera quincena de noviembre y la empresa con los representantes fija el calendario durante la segunda; <385<, nexo 5, se solicitan en octubre, resolviéndose y asignándose ese mismo mes, después se permiten las permutas y el calendario definitivo en noviembre; <387<, anexo V, la compañía publica el calendario el uno de noviembre y los puntos de cada uno, las solicitudes se presentan antes del quince de noviembre y antes del uno de diciembre se resuelve el calendario definitivo; <389<, art. 32; <391<, art. 27, antes de finales de noviembre.

<sup>1511</sup> <19<, art. 54, por una sola vez, a partir de la cual se establecen turnos rotatorios; <112<, art. 77; <165<, art. 17; <170<, art. 27; <171<, art. 20; <326<, art. 28; <393<, art. 36, antes del uno de octubre se publican tablas y calendarios de elección, entre el quince de octubre y el quince de noviembre se produce la elección, publicándose la lista de períodos asignados antes del diez de diciembre.

<sup>1512</sup> <130<, art. 30, o en los treinta días siguientes a la apertura de la empresa; <383<, art. 154.

<sup>1513</sup> <239<, art. 37.

<sup>1514</sup> <132<, art. 18; <172<, art. 18; <275<, art. 13; <277<, art. 6; <300<, art. 24.

<sup>1515</sup> <57<, art. 20; <61<, art. 25, o en los dos últimos del año anterior; <81<, art. 20; <124<, art. 29, o en los treinta días siguientes a la apertura; <140<, art. 21; <168<, art. 7; <190<, art. 10; <209<, art. 30; <225<, art. 27; <335<, art. 17, antes del uno de marzo; <372<, art. 24.

<sup>1516</sup> <294<, art. 7.

<sup>1517</sup> <49<, art. 29; <59<, art. 19; <90<, art. 9; <93<, art. 26; <119<, art. 10; <135<, art. 23; <145<, art. 20; <154<, art. 31; <155<, art. 7; <158<, art. 18; <182<, art. 33; <213<, art. 22; <218<, art. 8; <222<, art. 19; <231<, art. 14; <249<, art. 9; <257<, art. 44; <258<, art. 48; <265<, art. 29; <278<, art. 25; <282<, art. 8; <284<, art. 23; <324<, art. 28; <347<, art. 57, teniendo en cuenta las preferencias de los trabajadores y las necesidades productivas; <363<, art. 23, previa apertura de unos turnos de elección; <376<, art. 38.

<sup>1518</sup> <10, art. 39, las listas se colocarán antes de dicha fecha; <264<, art. 26; <395<, art. 38.

<sup>1519</sup> <303<, art. 18; <360<, art. 22, donde la empresa, del uno al veinte de marzo de cada año, a través de los jefes de sección, pasará un listado en el que todos los colaboradores anotarán las fechas previstas de sus vacaciones oficiales y del veintinueve de marzo al quince de abril, las mencionadas jefaturas estudiarán las fechas indicadas; si hasta esa fecha no se ha manifestado ninguna objeción las fechas previstas se considerarán aceptadas por ambas partes.

<sup>1520</sup> <56<, art. 16; <65<, art. 12; <68<, art. 9.4, pues de lo contrario se entiende que comienzan el 1 de agosto; <138<, art. 13; <293<, art. 23; <357<, art. 7.

<sup>1521</sup> <47<, art. 29; <93<, art. 26; <180<, art. 16; <219<, art. 11, y el trabajador tiene quince días para impugnar; <396<, art. 25, no más tarde del mes de abril.

<sup>1522</sup> <1<, art. 17; <101<, art. 22, pues de lo contrario lo fija el trabajador; <196<, art. 9.

<sup>1523</sup> <281<, art. 22

<sup>1524</sup> <75<, art. 26.

<sup>1525</sup> <34<, art. 34; <37<, art. 23; <66<, art. 33; <94<, art. 42; <102<, art. 47; <114<, art. 47; <211<, art. 17; <221<, art. 9 y antes del 1 de enero de cada año; <224<, art. 15; <230<, art. 10; <232<, art. 13; <237<, art. 13; <263<, art. 31; <266<, art. 34; <318<, art. 24; <358<, art. 16, noventa días antes; <361<, art. 14; <380<, art. 13.

<sup>1526</sup> <130<, art. 30; <209<, art. 3; <358<, art. 16, para los casos en que se discuta sobre la necesidad de trabajar durante el mes de agosto.

<sup>1527</sup> <132<, art. 18.

<sup>1528</sup> <154<, art. 31.

<sup>1529</sup> <348<, art. 10.

<sup>1530</sup> <110<, art. 18.

<sup>1531</sup> <185<, art. 9; <186<, art. 7.

<sup>1532</sup> <35<, art. 27, sin perjuicio de las eventuales reclamaciones; <291<, art. 12, pero sólo una parte.

<sup>1533</sup> <198<, art. 38: La falta de acuerdo lleva a que la empresa deba preavisar con tres meses de antelación del plan y turno y, entonces, necesariamente tendrán lugar entre el uno de junio y el treinta de septiembre.

<sup>1534</sup> <218<, art. 8.

<sup>1535</sup> ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E. (2006), *op. cit.*, p. 348; MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (2007), *op. cit.*, p. 573.

<sup>1536</sup> LÓPEZ GANDÍA, J. (2007), *op. cit.*, p. 177.

<sup>1537</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *op. cit.*, p. 159.

<sup>1538</sup> <75<, art. 26, los 30 días, pero los cinco adicionales se disfrutan por separado; <103<, art. 47; <104<, art. 17; <210<, art. 43; <216<, art. 13; <221<, art. 24; <233<, art. 14; <294<, art. 7.

<sup>1539</sup> <9<, art. 56; <19<, art. 54; <42<, art. 77; <52<, art. 38; <66<, art. 33; <85<, art. 48; <120<, art. 15; <121<, art. 27; <144<, art. 10; <194<, art. 27; <195<, art. 50; <200<, art. 7; <201<, art. 53; <202<, art. 58; <203<, art. 75; <204<, art. 63, con los representantes de los trabajadores; <206<, art. 48; <208<, art. 27; <219<, art. 11; <225<, art. 17; <228<, art. 26; <248<, art. 9; <252<, art. 19; <253<, art. 21; <273<, art. 43; <292<, art. 18; <356<, art. 9; <396<, art. 25.

<sup>1540</sup> <9<, art. 56; <15<, art. 23; <19<, art. 54; <22<, art. 35; <26<, art. 49; <37<, art. 23, salvo que haya razones organizativas; <39<, art. 34; <63<, art. 28; <66<, art. 33; <78<, art. 24; <79<, art. 37; <85<, art. 48; <86<, art. 17; <88<, art. 21; <105<, art. 36; <117<, art. 19; <148<, art. 20; <153<, art. 7; <158<, art. 18, en presencia de los representantes; <160<, art. 20; <165<, art. 17; <171<, art. 20; <181<, art. 26; <184<, art. 22; <192<, art. 27; <227<, art. 11; <249<, art. 9; <255<, art. 31; <263<, art. 31; <265<, art. 29; <275<, art. 13; <281<, art. 22; <295<, art. 8; <297<, art. 23; <300<, art. 24; <303<, art. 18; <307<, art. 17; <380<, art. 13; <386<, art. 31; <400<, art. 23.

<sup>1541</sup> <57<, art. 20, en dos períodos salvo pacto en contrario; <112<, art. 77, uno de 21 días y otro de nueve; <125<, art. 19, donde se prevé que para el disfrute ininterrumpido se requiere de acuerdo individual; <179<, art. 25; <214<, art. 14; <217<, art. 9; <234<, art. 21; <235<, art. 21; <251<, art. 13; <266<, art. 34; <325<, art. 29, salvo pacto en contrario.

<sup>1542</sup> Así sucede en algunos convenios para establecer una tercera fracción: <18<, art. 26; <50<, art. 22, cuando sea superior a dos; <52<, art. 38; <56<, art. 16; <59<, art. 19; <87<, art. 34; <109<, art. 51; <179<, art. 25.

<sup>1543</sup> <110<, art. 18; <142<, art. 16; <149<, art. 54, condicionado a que las necesidades del servicio lo permitan; <377<, art. 38, el tercer período sólo a instancia del trabajador; <379<, art. 32, a petición del trabajador y siempre que la organización del trabajo lo permita; <382<, art. 21, a instancia del trabajador y siempre que las necesidades del servicio lo permitan; <383<, art. 154, el cuarto período es a instancias del trabajador; <387<, art. 6.3, los trabajadores pueden optar por disfrutar los días de vacaciones hasta en tres períodos, en función de las necesidades del servicio y de los criterios que determine la compañía; <389<, art. 32.

<sup>1544</sup> <37<, art. 23; <337<, art. 39, excepcionalmente, por razones del servicio; <338<, art. 22, excepcionalmente, por razones del servicio; <341<, art. 64, si las necesidades del servicio lo permiten.

<sup>1545</sup> <8<, art. 24; <40<, art. 21, para más fracciones se requiere acuerdo con los representantes; <22<, art. 35; <33<, art. 23, que además han de ser ambos de quince días, salvo acuerdo entre las partes; <37<, art. 23; <48<, art. 43; <66<, art. 33; <67<, art. 29; <76<, art. 15; <85<, art. 48; <97<, art. 29; <105<, art. 36; <115<, art. 31; <116<, art. 30; <119<, art. 10; <122<, art. art.

10; <123<, art. 24; <125<, art. 19; <128<, art. 24; <142<, art. 16; <148<, art. 20; <149<, art. 54; <156<, art. 26, salvo pacto en contrario; <160<, art. 20; <163<, art. 13, salvo que medie acuerdo entre las partes; <167<, art. 20; <175<, art. 17; <179<, art. 25, salvo pacto en contrario; <184<, art. 22; <192<, art. 27; <204<, art. 63; <205<, art. 44; <214<, art. 14; <217<, art. 9; <234<, art. 21; <235<, art. 21; <242<, art. 12; <249<, art. 9; <251<, art. 13; <266<, art. 34; <267<, art. 14; <271<, art. 26; <274<, art. 16; <275<, art. 13; <281<, art. 22; <293<, art. 22; <295<, art. 8; <297<, art. 23; <299<, art. 11; <300<, art. 24; <303<, art. 18; <307<, art. 17; <324<, art. 28; <325<, art. 29, salvo pacto en contrario; <337<, art. 39; <339<, art. 25, como regla general; <344<, art. 57; <378<, art. 28; <379<, art. 32; <380<, art. 13; <384<, art. 52, si bien permite más períodos en el caso de vacaciones voluntarias; <385<, anexo 5; <388<, art. 14; <391<, art. 27; <393<, art. 36.

<sup>1546</sup> <18<, art. 26; <21<, art. 12; <56<, art. 16; <59<, art. 19; <87<, art. 34; <109<, art. 51; <121<, art. 27; <153<, art. 7; <157<, art. 18, salvo pacto en contrario; <331<, art. 12; <338<, art. 22, previa autorización de la empresa; ; <339<, art. 25, previa autorización de la empresa; <376<, art. 30; <377<, art. 38, el tercero sólo a instancia del trabajador; <382<, art. 21; <389<, art. 32; <395<, art. 40; <396<, art. 25.

<sup>1547</sup> <361<, art. 14, hasta en seis partes, si bien una de ellas debe ser por lo menos de diez días; <383<, art. 154, hasta en tres períodos o incluso cuatro a instancias del trabajador; <386<, art. 31, en dos o tantas fracciones como acuerde el trabajador con su jefe de departamento; <390<, art. 5.8, en un máximo de cuatro períodos; <392<, art. 29, parte de la posibilidad de fijar hasta tres períodos, si bien, en ciertos centros o áreas operativas la empresa podrá ampliar en más de tres períodos dicho disfrute de común acuerdo con la representación legal de los trabajadores.

<sup>1548</sup> <345<, art. 16: un período mínimo de diez días laborables consecutivos; el resto de los días, hasta alcanzar los señalados como período vacacional podrán disfrutarse de forma discontinua quedando a convenir entre el empleado y la empresa las correspondientes fechas.

<sup>1549</sup> ASÍ, ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, p. 42.

<sup>1550</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P. (2003), *op. cit.*, p. 147.

<sup>1551</sup> <395<, art. 40, ninguna de las tres fracciones en las que como máximo se puede distribuir puede ser inferior a cuatro días.

<sup>1552</sup> <105<, art. 47; <191<, art. 11, cinco días hábiles o siete naturales; <378<, art. 28, tratándose de dos períodos; <379<, art. 32, tratándose de dos períodos.

<sup>1553</sup> <79<, art. 37; <110<, art. 18; <281<, art. 22; <300<, art. 24; <307<, art. 17; <329<, art. 14, las fracciones no pueden ser inferiores a una semana; <335<, art. 17; <380<, art. 13, sobre dos períodos; <390<, art. 5.8, cada uno de los cuatro períodos que como máximo se pueden fijar tiene una duración mínima de siete días.

<sup>1554</sup> <345<, art. 26, como mínimo un período de tal duración; <361<, art. 14; <396<, art. 25, uno de los tres períodos.

<sup>1555</sup> <64<, art. 30.

<sup>1556</sup> <52<, art. 38.

<sup>1557</sup> <2<, art. 40; <4<, art. 21; <122<, art. 10; <125<, art. 19; <148<, art. 20; <204<, art. 63; <227<, art. 11; <265<, art. 29; <271<, art. 26; <274<, art. 16; <275<, art. 13; <303<, art. 18; <367<, art. 15; <383<, art. 154, uno de los períodos por lo menos; <384<, art. 52; <388<, art. 14; <389<, art. 32, uno de los tres períodos; <391<, art. 27; <392<, art. 29, al menos uno de los períodos; <393<, art. 36.

<sup>1558</sup> <289<, art. 16; <295<, art. 8; <297<, art. 23.

<sup>1559</sup> <142<, art. 16.

<sup>1560</sup> <37<, art. 23, si es por decisión empresarial, <46<, art. 89; <70<, art. 10; <90<, art. 9; <91<, art. 28; <114<, art. 47; <119<, art. 10; <158<, art. 18; <198<, art. 38; <205<, art. 44; <214<, art. 14; <234<, art. 21; <235<, art. 21; <293<, art. 22; <326<, art. 28.

<sup>1561</sup> <113<, art. 28: se podrán dividir en períodos de siete días continuados, debiéndose disfrutar en período estival, preferentemente, al menos catorce días continuados, respetando las

necesidades del servicio; podrán disfrutarse cuatro días sueltos, bien de forma separada o conjunta, cualquier día laborable del año, de común acuerdo entre empresa y trabajador; <123<, art. 24: se pueden acumular los festivos a las vacaciones y dividir en dos períodos de veintidós días el resultado.

<sup>1562</sup> En esta línea, por el argumento que luego se recoge, parecen estar ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, pp. 42-43.

<sup>1563</sup> ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E. (2006), *op. cit.*, p. 347; BODAS MARTÍN, R. (2002), *op. cit.*, p. 63; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. *et alri* (2007), *op. cit.*, p. 413.

<sup>1564</sup> 40<, art. 32.

<sup>1565</sup> <151<, art. 31.

<sup>1566</sup> Así, se barajan diferentes períodos: **entre marzo y octubre** (<288<, art. 9, aunque por pacto individual podrá fijarse un período distinto; <352<, art. 22, el mayor número posible); **entre el uno de mayo y el treinta de septiembre** (<150<, art. 12, el 12 5 de cada categoría y en las empresas de carga fraccionada el 80%; <153<, art. 7, siempre que lo solicite el trabajador; <270<, art. 22, preferentemente, pues de lo contrario se aumentan los días; <277<, art. 6, sin perjuicio de que por acuerdo individual se fije otra fecha; <294<, art. 7); **entre mayo y octubre** (<199<, art. 21; <276<, art. 24, siendo preferentes los meses de junio a septiembre, si bien voluntariamente se pueden disfrutar en otro momento siempre que el trabajador lo solicite con quince días de antelación, entendiéndose concedido si la empresa no contesta en cinco días; <350<, art. 27, que lo alarga hasta el nueve de noviembre); **entre el 15 de mayo y el 15 de septiembre** (<36<, art. 30, salvo acuerdo individual en contrario); **entre mayo y septiembre** (<213<, art. 22; <225<, art. 17, siendo posible modificar las fechas en zonas turísticas); **entre junio y julio** (<21<, art. 12, al menos 30 días naturales consecutivos y, en el caso de los trabajadores que se incorporen a la selección, al menos 21); **entre el uno de junio y el quince de septiembre** (<229<, art. 16); **entre junio y septiembre, ambos inclusive** (<11<, art. 8.4, sin perjuicio de eventuales acuerdos; <23<, art. 22; <38<, art. 21, si la empresa tiene más de tres trabajadores, y entre julio y septiembre en caso contrario; <51<, art. 11, salvo acuerdo entre las partes; <100<, art. 22, pero admite excepciones; <101<, art. 22, sin perjuicio de eventuales acuerdos; <115<, art. 31; <136<, art. 59, pero admite acuerdo individual en contrario; <140<, art. 21, incrementándose los días en caso contrario; <145<, art. 20; <198<, art. 38, salvo pacto en contrario; <211<, art. 17; <215<, art. 31, aunque admite períodos de disfrute diferentes en zonas turísticas o de veraneo, eso sí, pactados con la representación de los trabajadores; <219<, art. 11; <220<, art. 8; <222<, art. 19; <224<, art. 15; <228<, art. 26, aunque admite modificaciones en zonas turísticas; <232<, art. 13; <278<, art. 25, salvo pacto en contrario; <280<, art. 9, salvo casos excepcionales, justificados y acordados entre la empresa y los representantes de los trabajadores; <285<, art. 18, salvo que en esos meses la empresa tenga un incremento estacional de la producción; <293<, art. 23; 315<, art. 21, y además, preferentemente entre julio y agosto; <371<, art. 15; <400<, art. 23, pudiendo disfrutarse voluntariamente en otros períodos); **entre junio y octubre** (<359<, art. 32, aunque el trabajador puede reservarse tres días fuera de dicho período y, por otra parte, la dirección atenderá las peticiones razonables de disfrutarlas en otro período); **entre el quince de junio y el quince de septiembre** (<16<, art. 42, en algunos casos; <236<, art. 16); **entre el quince de junio y el treinta de septiembre** (<238<, art. 12, aunque también admite que se disfruten en semana santa o navidad); **entre el veinte de junio y el treinta de septiembre** (<210<, art. 43; <227<, art. 11), **entre julio y agosto** (<144<, art. 10, pero respetado los porcentajes de trabajadores a mantener durante tales meses que al efecto establezcan los pliegos de prescripciones técnicas de los correspondientes concursos); **entre el uno de julio y el treinta de septiembre** (<10<, art. 39; <33<, art. 23; <44<, art. 25, en general, y salvo pacto en contrario; <80<, art. 18; <103<, art. 17, salvo pacto en contrario individual; <104<, art. 17, salvo acuerdo individual en contrario; <135<, art. 23, sin perjuicio de que por acuerdo individual se fije una fecha distinta; <137<, art. 14, en los centros con más de 25 trabajadores, pues en los restantes se amplía también la posibilidad al mes de junio; <138<, art. 13; <148<, art. 20, salvo acuerdo en contrario entre la empresa y los representantes; <226<, art. 17; <231<, art. 14 salvo que el trabajador solicite otra fecha y la organización del trabajo lo permita; <279<, art. 16, si bien voluntariamente se pueden disfrutar en otro momento siempre que el trabajador lo solicite con quince días de antelación, entendiéndose concedido si la empresa no contesta en cinco días; <281<, art. 22, pero admite pacto individual en contrario; <284<, art. 22, pudiendo



ser otra fecha previa solicitud a la empresa y acuerdo del trabajador con ésta); **en agosto** (<357<, art. 7, con excepciones; <358<, art. 16, con excepciones; <381<, art. 7, no obstante, por razones de actividad debidamente justificadas, previa información a los representantes de los trabajadores, se podrá modificar hasta la mitad del período oficial de vacaciones para grupos específicos de trabajadores, siempre que el período desplazado se pueda disfrutar entre el uno de julio y el treinta de septiembre); **de forma genérica en verano** (<28<, art. 28; <300<, art. 24, teniendo en cuenta las necesidades del servicio).

<sup>1567</sup> Al respecto, las fórmulas manejadas son las siguientes: **entre abril y septiembre** (<125<, art. 19, un mínimo de quince días en caso de que se fraccionen); **entre mayo y septiembre** (<196<, art. 9, al menos la mitad; <197<, art. 28, al menos la mitad, siempre que no se perjudique la organización empresarial; <235<, art. 21, al menos veintidós días ininterrumpidos; <274<, art. 16, por lo menos quince días, salvo pacto en contrario; <323<, art. 24, al menos quince días); **entre mayo y octubre** (<172<, art. 18, al menos quince días, salvo notificación en contra por parte de la mayoría de los trabajadores de la empresa; <325<, art. 29, al menos diecisiete continuados, o catorce si se conceden entre junio y septiembre); **entre el veinte de mayo y el treinta de septiembre** (<2<, art. 40, pero sólo entre siete y quince días); **entre el uno de junio y el treinta y uno de agosto** (<190<, art. 10, el trabajador tienen garantizado poder elegir al menos quince días en dicha época); **entre el uno de junio y el quince de septiembre** (<57<, art. 20, al menos quince días, salvo acuerdo individual); **entre el uno de junio y el treinta de septiembre** (<37<, art. 23, al menos veintidós días, salvo que concurren motivos organizativos que lo impidan, en cuyo caso el trabajador percibe una compensación económica; <66<, art. 33; <68<, art. 9.4, al menos dieciséis días, siendo obligatorio para las empresas con más de cien empleados fijos conceder quince días en julio o agosto a los trabajadores con hijos en edad escolar que lo soliciten y el resto en navidad o semana santa; <72<, art. 36, al menos veintidós días, salvo que concurren motivos organizativos en cuyo caso el trabajador percibe una compensación económica; <79<, art. 37, al menos un tercio; <93<, art. 26, al menos doce días; <94<, art. 42, al menos quince días; <97<, art. 29, al menos quince días; <102<, art. 47, al menos quince días ininterrumpidos, salvo en empresas que tengan acuerdo de distribución pactado con los representantes; <129<, art. 16, al menos quince días; <157<, art. 18; <161<, art. 25, al menos la mitad; <164<, art. 11, al menos quince días; <167<, art. 20, siempre que el trabajador lo solicite; <212<, art. 17, al menos veintidós días ininterrumpidos, salvo pacto en contrario; <214<, art. 15, al menos veintidós días; <217<, art. 9, al menos dieciséis días; <230<, art. 10, al menos tres semanas; <234<, art. 21, al menos veintidós días, salvo pacto en contrario; <286<, art. 11, al menos diez días, siempre que el trabajador lo solicite; <290<, art. 15, al menos veintidós días; <326<, art. 28, al menos veintidós días, salvo acuerdo individual que irá compensado con una bolsa de vacaciones; <327<, art. 30, al menos quince días; <328<, art. 34, al menos veintidós días, aunque si por necesidades del servicio no fuera así, se compensa económicamente; <330<, art. 33, al menos veintidós días; <331<, art. 12, al menos diecisiete días; <353<, art. 39, al menos veintidós días; <362<, art. 16, al menos el sesenta por ciento de las vacaciones); **entre el quince de junio y el quince de septiembre** (<48<, art. 43, al menos quince días, pero sólo rige en el caso de disfrute fragmentado; <60<, art. 54, al menos quince días; <112<, art. 77, al menos veintidós días; <289<, art. 11, al menos dieciséis días, en las localidades donde ello sea posible), **entre el dieciséis de junio y el treinta de septiembre** (<127<, art. 25, al menos diecisiete días; <329<, art. 14, al menos dos semanas consecutivas; <384<, art. 82, al menos quince días); **entre el veinte de junio y el quince de septiembre** (<90<, art. 9, al menos veintidós días); **entre julio y agosto** (91<, art. 28, al menos veintidós días ininterrumpidos); **entre julio y septiembre** (<67<, art. 29, al menos quince días si se fragmentan; <342<, art. 13, al menos once días); **entre el quince de julio y el quince de septiembre** (<318<, art. 24, al menos veinte días laborables, garantizándose cuatro semanas consecutivas); **de forma genérica, en verano** (<8<, art. 24, al menos quince días; <107<, art. 8, al menos veintidós días en verano y siete cuando la empresa lo determine, aunque admite que por acuerdo individual se disfruten los treinta días en otras fechas; <205<, art. 44, al menos veintidós días; <242<, art. 12, al menos quince días están garantizados pero sólo en el caso de que se hayan fraccionado; <251<, art. 13, al menos quince días y los restantes en fecha a convenir; <309<, art. 17, al menos dos semanas; <385<, anexo 5, al menos ocho días a quien lo solicite.

<sup>1568</sup> <308<, art. 11, al menos el 50% del personal entre junio y septiembre; <341<, art. 64, al menos el 75% de la plantilla entre junio y septiembre.

<sup>1569</sup> <8<, art. 24; <18<, art. 26, quienes disfruten más de cinco días fuera del período comprendido entre abril y octubre, gozan de un día adicional; <35<, art. 27, el disfrute entre noviembre y abril se penaliza con más días, salvo que sea por petición del trabajador; <65<, art. 20, si no son entre junio y septiembre, el trabajador tiene derecho a cinco días adicionales, siempre que sea por razones que no le sean imputables; <100<, art. 22; <129<, art. 16, se incrementan un día; <140<, art. 21; <199<, art. 21, si se pactan fuera del período comprendido entre mayo y septiembre por iniciativa empresarial, se añaden seis días; <217<, art. 9; <230<, art. 10, cinco días cuando no se garantizan tres semanas entre junio y septiembre; <229<, art. 16; <235<, art. 21; <236<, art. 16, si no se disfrutan entre el quince de junio y el quince de septiembre por causas imputables a la empresa, se concede una bolsa de cinco días; <237<, art. 13, si no se conceden entre julio y septiembre por necesidades empresariales, la duración aumenta a treinta y seis días; <270<, art. 22; <307<, art. 17, entre noviembre y marzo se conceden más días; <325<, art. 29, si el trabajador las disfruta voluntariamente fuera del período garantizado, se le concede un mayor número de días; <344<, art. 57, concede cinco días más a quienes las disfruten en invierno; <380<, art. 13, si se disfrutan entre octubre y junio a instancia del trabajador se percibe una prima de tres días.

<sup>1570</sup> <37<, art. 23; <57<, art. 20, 90 euros, pero sólo respecto el mínimo que se debe conceder en verano cuando no se hubiera concedido por razones empresariales; <72<, art. 36; <152<, art. 13, si es fuera del período escogido, navidad o semana santa y siempre que no derive de una necesidad del trabajador; <214<, art. 15; <220<, art. 8, salvo que sea imputable al trabajador; <220<, art. 8, salvo que sea imputable al trabajador; <308<, art. 11, si el trabajador voluntariamente las disfruta fuera de los meses comprendidos entre junio y septiembre, percibe una compensación económica de más de trescientos euros; <309<, art. 17, si se disfrutan íntegramente entre enero y febrero se percibe una compensación económica; <311<, art. 94; <325<, art. 29, si se disfrutan fuera del período garantizado por necesidades empresariales se debe abonar una compensación económica; <326<, art. 28; <328<, art. 34; <337<, art. 39, cuando la empresa por razones del servicio fija más de once días entre el uno de octubre y el treinta de abril, el trabajador percibe un plus de casi diecisiete euros por día disfrutado en dicho período; <363<, art. 23, en ciertas fechas que, además, resultan voluntarias; <380<, art. 13, si se disfrutan fuera del período preferente, por necesidades del servicio se concede una compensación económica.

<sup>1571</sup> <1<, art. 17; <14<, art. 10; <17<, art. 26; <29<, art. 41; <30<, art. 38; <34<, art. 34, aunque garantiza al menos quince días entre mayo y octubre si el trabajador lo solicita; <31<, art. 22; <40<, art. 31; <49<, art. 23, siempre que las necesidades del servicio lo permitan; <50<, art. 22; <54<, art. 31; <55<, art. 16; <61<, art. 26; <71<, art. 22; <79<, art. 37; <87<, art. 34; <88<, art. 21; <92<, art. 95; <98<, art. 29, previo acuerdo de la empresa con los delegados de personal; <105<, art. 36; <109<, art. 51; <120<, art. 15; <130<, art. 30; <143<, art. 17; <147<, art. 7; <154<, art. 31, que además incluye la primavera; <155<, art. 7; <158<, art. 18; <160<, art. 20; <162<, art. 7; <191<, art. 11, y además sin coincidir con las recolecciones; <200<, art. 7; <209<, art. 30; <218<, art. 18; <221<, art. 24; <223<, art. 12; <239<, art. 37; <242<, art. 12, aunque si se fraccionan se garantizan quince días en verano; <245<, art. 13; <248<, art. 9; <252<, art. 19; <253<, art. 21; <255<, art. 31; <257<, art. 44, salvo que la naturaleza de la empresa y las circunstancias de la misma aconsejen otra época o que voluntariamente los trabajadores así lo soliciten o tácitamente lo acepten; <259<, art. 14; <260<, art. 42, al menos veintidós días ininterrumpidos; <261<, art. 27; <264<, art. 26; <265<, art. 29; <266<, art. 34, al menos veintidós días ininterrumpidos; <267<, art. 14, al menos la mitad, salvo acuerdo entre las partes; <268<, art. 23, al menos veintidós días; <269<, art. 15; <271<, art. 26; <273<, art. 43; <275<, art. 13; <282<, art. 15; <291<, art. 12; <295<, art. 8; <303<, art. 18, entre el uno de junio y el quince de septiembre; <347<, art. 12; <356<, art. 9; <367<, art. 15; <369<, art. 14; <376<, art. 30; <377<, art. 38; <378<, art. 28; <379<, art. 32; <380<, art. 13; <382<, art. 21.

<sup>1572</sup> <165<, art. 17; <171<, art. 20.

<sup>1573</sup> <73<, art. 14, salvo pacto en contrario; <152<, art. 13, aunque también habilita los meses comprendidos entre mayo y septiembre; <157<, art. 18, además de fallas y verano; <205<, art. 44, además de los veintidós días de verano; <238<, art. 12, aunque también prevé el verano; <310<, art. 33, además del verano; <311<, art. 94, además del verano; <321<, art. 25.

<sup>1574</sup> <75<, art. 26, pero sólo para los cinco días adicionales que prevé; <363<, art. 23, con carácter voluntario para el trabajador.

<sup>1575</sup> <141<, art. 23, donde además los meses de diciembre, enero y febrero implican el incremento de la duración en un día.

<sup>1576</sup> Así, por ejemplo, <388<, art. 14, si se disfruta el mes seguido, queda excluido enero, junio, julio, agosto, septiembre y diciembre.

<sup>1577</sup> <32<, art. 9, fuera de las épocas en que haya competición oficial; <75<, art. 26, entre abril y agosto salvo en Canarias, donde sólo se excluye un mes de verano y otro de invierno; <158<, art. 18; <169<, art. 15, los meses de alta producción que son los que median entre mayo y octubre; <177<, art. 19; <190<, art. 10, en principio, salvo acuerdo, después de la recolección, aunque el trabajador tiene garantizados, si lo desea, quince días en verano; <312<, art. 30, que además lo concreta entre el quince de junio y el quince de septiembre.

<sup>1578</sup> <3<, art. 18, previa consulta con los representantes de los trabajadores; <4<, art. 21, permite que el empresario excluya los meses comprendidos entre mayo y septiembre; <26<, art. 49; <39<, art. 34; <48<, art. 43; <56<, art. 16, previa consulta con los representantes de los trabajadores; <59<, art. 19, previa consulta con los representantes de los trabajadores; <63<, art. 29; <72<, art. 36; <86<, art. 17; <94<, art. 42; <102<, art. 47; <115<, art. 31; <156<, art. 26; <181<, art. 26; <184<, art. 22, rige solo para el caso de falta de acuerdo individual; <248<, art. 9; <252<, art. 19; <253<, art. 21; <323<, art. 24; <324<, art. 28; <325<, art. 29; <326<, art. 28, respetando los veintidós días entre junio y septiembre; <330<, art. 33; <382<, art. 21; <383<, art. 155, prevé que todos los meses pueden ser empleados, pero la empresa puede limitar el disfrute durante los períodos de mayor carga de trabajo o incremento de tráfico al 10% de la plantilla de la respectiva unidad o cuadrante; <345<, art. 21, la empresa sólo puede excluir períodos vacacionales por necesidades reales de la producción y previo acuerdo con los representantes de los trabajadores; <354<, art. 19, se pueden excluir, en cada centro y en cómputo que no exceda de tres meses, los períodos que coincidan con la mayor y acreditada actividad productiva.

<sup>1579</sup> <6<, art. 35; <155<, art. 7; <180<, art. 16; <185<, art. 9, y a ser posible al término de las tareas de recolección; <186<, art. 7, y a ser posible al finalizar la recolección; <187<, art. 16; <392<, art. 30. En este sentido, a veces se establece un porcentaje máximo de personal ausente al mismo tiempo: <345<, art. 26, hasta el 50% del personal que compone el servicio, salvo autorización expresa del responsable del mismo.

<sup>1580</sup> <151<, art. 31.

<sup>1581</sup> <16<, art. 42 entre el mes siguiente a la finalización de la campaña y el mes y medio anterior a su inicio; <194<, art. 29, previo acuerdo con la representación unitaria para su instauración; <211<, art. 17; <210<, art. 43; <233<, art. 14; <248<, art. 9, mediando acuerdo con la representación legal; <293<, art. 22; <365<, art. 121, prevé que todo el personal deberá disfrutar de sus vacaciones en la fecha en que se marque como cierre de la fábrica, con las excepciones que sean necesarias para mantener el servicio de guardia y retén, terminación de trabajos urgentes y necesarios, conservación, mantenimiento y reparación e inventarios, operaciones de apertura y cierre de las instalaciones o cualquiera otra de naturaleza análoga, lo mismo si se dan en talleres que en oficinas y servicios; en todos estos casos, la empresa se pondrá de acuerdo con los interesados sobre la fecha de disfrute con una antelación mínima de dos meses; si las necesidades son de última hora e introducen cambios en el plan inicial, el trabajador tiene derecho a ser indemnizado por los perjuicios causados y justificados.

<sup>1582</sup> <134<, art. 23; <135<, art. 23; <136<, art. 59, añadiendo que a idéntico número de horas, prevalece la antigüedad; <138<, art. 13, donde parece que hay una preferencia previa por las vacaciones de la empresa que cierra; <140<, art. 21, a efectos de lograr la coincidencia, tiene preferencia el turno fijado en la empresa donde mayor jornada semanal efectúa; en igualdad, donde tenga mayor antigüedad; para ello debe solicitar por escrito su preferencia, acompañado de certificado de la empresa donde tenga prioridad; <142<, art. 16; <143<, art. 17; <144<, art. 10; <147<, art. 7, en cambio, señala que las empresas afectadas regularán con la representación unitaria un sistema que procurará adoptar un reparto que permita al trabajador disfrutar en el mismo período.

<sup>1583</sup> Al mismo aluden las SsTS de 17 de septiembre de 2002, rec. cas. en UD 4255/2001 y de 25 de febrero de 2003, rec. cas. en UD 2155/2002.

<sup>1584</sup> ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, p. 55; DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M. (2005), *op. cit.*, p. 505; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. *et alii* (2007), *op. cit.*, p. 413. Así, por ejemplo, GARCÍA ORTEGA, J. (1994), *op. cit.*, p. 18 alude entre tales casos excepcionales a los supuestos en los que la empresa ha impedido el ejercicio del derecho y éste viniera impuesto judicialmente; por su parte, BODAS MARTÍN, R. (2002), *op. cit.*, p. 62 menciona como ejemplo los casos que obedezcan a una causa imputable al empresario o los supuestos en que la suspensión del contrato impidió su ejercicio.

<sup>1585</sup> MATIA PRIM. J. (1982), *op. cit.*, p. 450; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1994), *op. cit.*, p. 47; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, p. 55; BEJARANO HERNÁNDEZ, A. (2002), *op. cit.*, p. 204; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P. (2003), *op. cit.*, p. 169.

<sup>1586</sup> MATIA PRIM. J. (1982), *op. cit.*, p. 450; ; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1994), *op. cit.*, p. 47; ALARCÓN CARACUEL, M. R. (1998), *op. cit.*, p. 472; BEJARANO HERNÁNDEZ, A. (2002), *op. cit.*, pp. 203 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P. (2003), *op. cit.*, p. 169; ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E. (2006), *op. cit.*, p. 348.

<sup>1587</sup> <127<, art. 25; <132<, art. 18; <303<, art. 18; <323<, art. 24; <337<, art. 39; <345<, art. 26, en el año en que se devenguen; <351<, art. 15; <358<, art. 16.

<sup>1588</sup> <19<, art. 54; <42<, art. 77; <105<, art. 36; <363<, art. 23; <95<, art. 28.

<sup>1589</sup> <9<, art. 56, al finalizar el año se pierden, salvo pacto en contrario; <60<, art. 52, al finalizar el año se pierden, salvo pacto en contrario; <119<, art. 10, salvo circunstancias excepcionales de carácter individual; <302<, art. 18, deben disfrutarse dentro del año natural, aunque admite excepciones; <346<, art. 21, hasta el último día de febrero del año siguiente, aunque sólo alude a las vacaciones planificadas para diciembre que por razones del servicio no hayan podido disfrutarse, requiriéndose la autorización del responsable respectivo para su traslado excepcional; <335<, art. 17, hasta el 31 de marzo del año siguiente, pero sólo en casos excepcionales como enfermedad o necesidades del servicio; <361<, art. 14 señala que se pierden con el año natural, salvo que el trabajador no haya podido disfrutarlas en las fechas previstas por necesidades de la empresa.

<sup>1590</sup> <105<, art. 47.

<sup>1591</sup> <17<, art. 26; <121<, art. 27; <131<, art. 17; <302<, art. 39; <342<, art. 14; <396<, art. 25.

<sup>1592</sup> <360<, art. 22.

<sup>1593</sup> <264<, art. 26.

<sup>1594</sup> <121<, art. 27, dejando constancia del año al que corresponden; <131<, art. 17.

<sup>1595</sup> <121<, art. 27.

<sup>1596</sup> <121<, art. 27; <264<, art. 26.

<sup>1597</sup> <1<, art. 17; <3<, art. 18, aboga por su establecimiento; <4<, art. 25, cuando no se alcanza acuerdo; <9<, art. 56; <10<, art. 39; <19<, art. 54; <34<, art. 34; <35<, art. 27; <47<, art. 29; <51<, art. 11, salvo quienes tengan hijos con edad escolar que gozan de preferencia para coincidir con las de sus vástagos; <57<, art. 20; <63<, art. 29, salvo quienes tengan hijos en edad escolar que tienen siempre preferencia para favorecer la coincidencia; <75<, art. 26, dentro de cada sección; <97<, art. 29, salvo que medie acuerdo individual; <106<, art. 45; <109<, art. 47, cuando haya discrepancias; <110<, art. 18; <132<, art. 18; <137<, art. 14; <138<, art. 13; <141<, art. 23, o por sorteo, todo ello subsidiario al acuerdo de personal; <143<, art. 7, cuando sea factible; <148<, art. 20; <150<, art. 12; <152<, art. 13; <153<, art. 7, dentro de cada departamento y con respeto a la preferencia de los trabajadores con hijos en edad escolar; <155<, art. 7, cuando haya coincidencia en las peticiones; <156<, art. 12, dentro de la categoría; <159<, art. 16; <165<, art. 17; <171<, art. 20; <173<, art. 39; <178<, art. 26; <180<, art. 16, dentro de cada servicio o centro de trabajo; <212<, art. 17; <213<, art. 22; <216<, art. 13; <220<, art. 8, respetando previamente la preferencia de los trabajadores con hijos en edad escolar para hacer coincidir sus vacaciones con las escolares; <221<, art. 24; <224<, art. 15; <225<, art. 17, sin tener en cuenta la antigüedad; <226<, art. 16, en caso de desacuerdo; <226<, art. 11; <228<, art. 26, sin tener en cuenta la antigüedad; <230<, art. 10; <233<, art. 14, sin tener en cuenta la antigüedad; <239<, art. 37; <259<, art. 14; <266<, art. 34; <271<, art. 26, en defecto

de acuerdo colectivo y empezando por los de mayor antigüedad; <277<, art. 6; <278<, art. 25, pero dentro de cada departamento o sección; <280<, art. 9; <281<, art. 22, sin preferencia por antigüedad; <282<, art. 15, por servicios; <294<, art. 7; <285<, art. 18; <294<, art. 7; <326<, art. 28; <328<, art. 34; <330<, art. 33; <341<, art. 64, pero respetando la preferencia de los trabajadores con responsabilidades familiares para que coincidan con las escolares; <351< art. 15; <357<, art. 7; <358<, art. 16, cuando se trabaje en agosto más de dos años consecutivos; <360<, art. 22, cuando haya coincidencia de fechas solicitadas para personas que ocupan un mismo puesto; <361<, art. 14, para el caso de discrepancias; <363<, art. 23, parcialmente, pues hay unas fechas garantizadas y unos turnos electivos rotatorios; <367<, art. 15, dentro de cada sección, eliminando de manera expresa la costumbre de elegir por antigüedad; <376<, art. 30; <380<, art. 13, en defecto de acuerdo; <373<, art. 28; <400<, art. 23.

<sup>1598</sup> <26<, art. 49; <39<, art. 34; <277<, art. 6; <186<, art. 7, estableciendo para ello un límite en el porcentaje de trabajadores que pueden disfrutar de las vacaciones al tiempo; <278<, art. 25, dentro de cada departamento o sección.

<sup>1599</sup> <3<, art. 18; <18<, art. 26, y además en caso de empate, se atiende a la antigüedad y tras ésta a la edad, operando las preferencias dentro de la categoría; <22<, art. 35; <26<, art. 49; <39<, art. 34; <51<, art. 11; <63<, art. 29; <86<, art. 17; <124<, art. 29, y en caso de empate se aplica el acuerdo entre los trabajadores afectados, mediante sorteo efectuado por la dirección; <127<, art. 25; <135<, art. 2; <140<, art. 21; <153<, art. 7; <156<, art. 12, al menos quince días y siempre que sea compatible con la actividad de la empresa; <164<, art. 11; <179<, art. 25, turnándose en años posteriores; <181<, art. 26; <184<, art. 22, sólo para el caso en que no haya acuerdo entre empresa y trabajador; <220<, art. 8, y supletoriamente rotación por antigüedad; <223<, art. 12; <231<, art. 14; <240<, art. 18; <248<, art. 9; <257<, art. 44; <269<, art. 15; <273<, art. 43; <360<, art. 22; <377<, art. 38, donde, en caso de cargas similares, se recurre a la antigüedad.

<sup>1600</sup> Así, por ejemplo, el <304<, art. 60, si ambos son de la misma empresa, pues si el cónyuge trabaja en otra empresa con vacaciones cerradas, se arbitra un mecanismo que procura la coincidencia: el trabajador lo comunica; si la empresa puede aceptar; si no puede, propiciará el cambio con otro trabajador; si no se soluciona, se traslada al comité; se tendrá en cuenta para años venideros; no se garantiza para todos los años de forma permanente; en esta línea, el <351<, art. 15 prevé que en los casos en que los dos cónyuges o las parejas de derecho (sic) presten servicios para la empresa, se les asignará el mismo turno de vacaciones. No obstante, si la aplicación de este precepto causase graves perjuicios al funcionamiento de los servicios, se podrá dejar sin efecto por la comisión paritaria reunida a tal fin..

<sup>1601</sup> <11<, art. 8.4; <56<, art. 16; <59<, art. 19; <154<, art. 31; <177<, art. 12, salvo que los trabajadores por mayoría establezcan un criterio diverso; <190<, art. 10.

<sup>1602</sup> <8<, art. 21, y dentro de ésta, a mayor antigüedad.

<sup>1603</sup> <309<, art. 17.

<sup>1604</sup> <346<, art. 11.

<sup>1605</sup> <2<, art. 40; <8<, art. 24; <26<, art. 49; <39<, art. 34; <40<, art. 14; <72<, art. 37; <115<, art. 31; <257<, art. 44, aunque parece que la de preferencia por hijos en edad escolar mantiene un carácter autónomo; <311<, art. 94, tras la cobertura mediante voluntarios; <353<, art. 39; <345<, art. 26.

<sup>1606</sup> <36<, art. 30, recurriendo a la antigüedad; <105<, art. 36, recurriendo a la antigüedad; <218<, art. 8; <273<, art. 43, recurriendo a la antigüedad; <274<, art. 26, dentro de cada categoría o servicio y recurriendo a la antigüedad; <275<, art. 13, en defecto de acuerdo y recurriendo a la antigüedad; <279<, art. 16, rotatorio por antigüedad en la categoría; <282<, art. 8, recurriendo a la antigüedad; <327<, art. 30, recurriendo a la antigüedad en la unidad; <372<, art. 24, recurriendo a la antigüedad; <380<, art. 13, recurriendo a la preferencia de los trabajadores con hijos en edad escolar.

<sup>1607</sup> <271<, art. 26, y de no existir acuerdo, orden rotatorio empezando por los que tengan mayor antigüedad; <292<, art. 18; <382<, art. 11, se fijará un sistema de turnos que tenga en cuenta los hijos con edad escolar, la rotación anual y la antigüedad.

<sup>1608</sup> <123<, art. 24; <325<, art. 29, a partir del cual se rota.

<sup>1609</sup> En efecto, algunos convenios fijan un sistema de puntos para la elección de turno, donde el disfrute según qué fechas otorga una puntuación distinta –mayor cuanto mejor sea la fecha– y al año siguiente se sigue un orden proporcional inverso a los puntos obtenidos: <383<, art. 156; <384<, anexo 5; <385<, anexo 5; <386<, art. 31; <387<, anexo V; <388<, art. 14; <389<, art. 33; <390<, anexo III, que además prevé para los nuevos que se les compute con la puntuación máxima incrementada en cinco puntos; <391<, art. 27; <392<, art. 30, con carácter supletorio; <393<, art. 36, con la antigüedad para deshacer los empates; <395<, art. 41; <396<, art. 25: los turnos se determinan con un sistema de puntos que emplea tres criterios como son la antigüedad, la situación familiar y las fechas de disfrute en los dos últimos años.

<sup>1610</sup> <308<, art. 11; <326<, art. 28; <357<, art. 7; <384<, anexo 5; <388<, art. 14.

<sup>1611</sup> <290<, art. 34.

<sup>1612</sup> <18<, art. 26; <59<, art. 19.

<sup>1613</sup> Entre otras, SsTS de 16 de diciembre de 2005, rec. cas. en UD 4790/2004, de 29 de diciembre de 2005, rec. cas. en UD 764/2005, de 14 de marzo de 2006, rec. cas. en UD 998/2005 o de 2 de febrero de 2007, rec. cas. 57/2006.

<sup>1614</sup> SsTS de 9 de noviembre de 1996, rec. cas. n.º 3318/1995, de 7 de julio de 1999, rec. cas. n.º 4320/1998.

<sup>1615</sup> En este sentido, por ejemplo, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1994), *La retribución de las vacaciones*, *Tribuna Social*, 38, p. 38; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, p. 50; en sentido diverso, BEJARANO HERNÁNDEZ, A. (2002), *op. cit.*, pp. 171 y ss.

<sup>1616</sup> MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (2007), *op. cit.*, p. 571.

<sup>1617</sup> SsTS de 21 de enero de 1992, rec. n.º 792/1991, de 29 de octubre de 1996, rec. cas. en UD n.º 1030/1996, de 16 de diciembre de 2005, rec. cas. en UD n.º 4790/2004, de 29 de diciembre de 2005, rec. cas. en UD n.º 764/2005, de 14 de marzo de 2006, rec. cas. en UD n.º 998/2005, de 25 de abril de 2006, rec. cas. en UD 16/2005, de 6 de junio de 2006, rec. cas. en UD 2733/2005, de 26 de enero de 2007, rec. cas. en UD n.º 4284/2005 o de 2 de febrero de 2007, rec. cas. n.º 57/2006.

<sup>1618</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1994), *op. cit.*, pp. 36 y ss.; BEJARANO HERNÁNDEZ, A. (2002), *op. cit.*, pp. 163 y ss.; BODAS MARTÍN, R. (2002), *op. cit.*, pp. 64-65; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P. (2003), *op. cit.*, pp. 120 y ss.; DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M. (2005), *op. cit.*, pp. 501 y ss.; MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, F. (2007), *op. cit.*, p. 572; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. *et alri* (2007), *op. cit.*, pp. 413-414.

<sup>1619</sup> STS de 17 de diciembre de 1996, rec. cas. en UD 1321/1996; en esta línea, STS de 19 de abril de 2000, rec. cas. 2980/1999, señala que ante el silencio habrá que tomar los conceptos retributivos que correspondan a la jornada normal.

<sup>1620</sup> SsTS de 21 de enero de 1992, rec. n.º 792/1991, de 29 de octubre de 1996, rec. cas. en UD n.º 1030/1996, de 16 de diciembre de 2005, rec. cas. en UD n.º 4790/2004, de 29 de diciembre de 2005, rec. cas. en UD n.º 764/2005, de 14 de marzo de 2006, rec. cas. en UD n.º 998/2005, de 25 de abril de 2006, rec. cas. en UD 16/2005, de 6 de junio de 2006, rec. cas. en UD 2733/2005, de 26 de enero de 2007, rec. cas. en UD n.º 4284/2005 o de 2 de febrero de 2007, rec. cas. n.º 57/2006. Al respecto, *vid.* las críticas a esta postura en BEJARANO HERNÁNDEZ, A. (2002), *op. cit.*, pp. 171 y ss. y en MONREAL BRINGSVAERD, E. (2005), *op. cit.*, pp. 165-167.

<sup>1621</sup> Así, en la jurisprudencia, STS de 22 de septiembre de 1995, rec. cas. 1348/1994; en la doctrina, por ejemplo, LÓPEZ GANDÍA, J. (2007), *op. cit.*, p. 175.

<sup>1622</sup> SsTS de 21 de enero de 1992, rec. n.º 792/1991, de 29 de octubre de 1996, rec. cas. en UD n.º 1030/1996, de 16 de diciembre de 2005, rec. cas. en UD n.º 4790/2004, de 29 de diciembre de 2005, rec. cas. en UD n.º 764/2005, de 14 de marzo de 2006, rec. cas. en UD n.º 998/2005, de 25 de abril de 2006, rec. cas. en UD 16/2005, de 6 de junio de 2006, rec. cas. en UD 2733/2005, de 26 de enero de 2007, rec. cas. en UD n.º 4284/2005 o de 2 de febrero de 2007, rec. cas. n.º 57/2006.

<sup>1623</sup> <4<, art. 10: el plus de asistencia se percibe durante las vacaciones de conformidad con la media de los últimos tres meses; <7<, art. 22, el plus de asistencia según la media de los



últimos tres meses, mientras el art. 12 garantiza el 100% del salario real; <8<, art. 24, se retribuyen de acuerdo con el salario base, más el plus ambulanciero y la antigüedad correspondiente; <9<, art. 56, el promedio del salario real percibido durante los tres últimos meses; <15<, art. 23, quienes trabajen a prima o participación en recaudación percibirán el promedio de la obtenida en los tres meses últimos anteriores a su disfrute; <24<, art. 24, el promedio de lo obtenido por cada trabajador en las trece últimas semanas; <26<, art. 49 y anexo 4, recogen reglas específicas para la retribución, diferenciando en función de cuál sea el sistema retributivo del trabajador –con incentivos o sin ellos–; <34<, art. 34, promedio obtenido por el trabajador por todos los conceptos en jornada laboral normal durante los tres últimos meses; <38<, art. 21, el promedio de las cantidades o conceptos salariales, excluidos los extrasalariales, y horas extraordinarias percibidas en los seis meses anteriores; <39<, art. 34, recogen reglas específicas para la retribución, diferenciando en función de cuál sea el sistema retributivo del trabajador –con incentivos o sin ellos–; <40<, art. 31, el promedio de los últimos tres meses, incluidos los incentivos; <42<, art. 77, la cantidad fija que establezcan los convenios colectivos provinciales o de Comunidad Autónoma; <46<, art. 89, el salario normal; para los incentivos se promedian las 13 últimas semanas; <63<, art. 30, las retribuciones variables se abonan calculándolas conforme al promedio obtenido por el trabajador por todos los conceptos salariales –con exclusión de los pluses de distancia, transporte, dietas y otros conceptos no salariales– en jornada normal, con exclusión en todo caso de las horas extraordinarias, en los tres meses naturales anteriores a la fecha de inicio de las mismas; <64<, art. 30, con arreglo a la tabla salarial anexa o, en su defecto, el promedio de las remuneraciones salariales ordinarias devengadas en los últimos 90 días inmediatos al inicio de las vacaciones; <66<, art. 33, la establecida en la tabla salarial; <69<, art. 26, el salario total de la tabla (Salario base más plus convenio) más la antigüedad en su caso; <74<, art. 15, se abona con el salario base, incrementado con el porcentaje de antigüedad que a cada cual corresponda; ese incremento no se produce con los contratados después del uno de enero de 1995; <75<, art. 19 reconoce una paga específica de vacaciones para los trabajadores fijos de plantilla a percibir en el mes de septiembre; por otra parte, el art. 22.3 señala que los autovendedores percibirán durante las vacaciones el salario de convenio, la antigüedad y el promedio de comisiones e incentivos de los últimos doce meses; <76<, art. 16, el promedio del salario real de los seis primeros meses del año, sin computar las pagas extra, ni incluir los días de baja por enfermedad o accidente y sin que nunca sea inferior al salario vigente en la tabla; <79<, art. 39, el comercial tendrá derecho a cobrar el salario garantizado por el convenio y el plus de vinculación y además devengará a su favor un porcentaje que no podrá ser inferior al 25 % de las comisiones que le hubiese correspondido percibir por operaciones cerradas durante dicho período de descanso que, habiendo sido iniciadas por él, de no haber interrumpido su actividad para el disfrute de sus vacaciones habrían sido concluidas por el mismo; <80<, art. 18, el promedio de las percepciones salariales y antigüedad de los últimos seis meses, excluidos los conceptos extrasalariales y las horas extra; <81<, art. 20, se compondrá como mínimo de salario base, antigüedad y plus de asistencia; <83<, art. 57, el promedio de los últimos tres meses; <85<, art. 48, el salario normal; para los incentivos se promedian las trece últimas semanas; <88<, art. 21, las vacaciones se abonarán para el mensajero, a razón del promedio salarial percibido por el trabajador en los seis meses naturales anteriores al mes en que se inicie el disfrute, excluidos los gastos de locomoción, pagas extra y plus de peligrosidad; para el personal restante su importe será igual a una mensualidad de la tabla salarial en función a cada categoría; <90<, art. 9, el promedio de los últimos tres meses; <94<, art. 42, el promedio de los últimos tres meses; <96<, art. 39, se fijará por convenio; <97<, art. 29, la retribución incluye sólo el salario mínimo de grupo y el complemento personal convenio; <99<, art. 32: en general será las de las tablas, más la parte proporcional de las pagas extra; en el caso de los repartidores, será la media de los últimos seis meses, incluyendo la parte proporcional de pagas extra y excluyendo los gastos de vehículo y demás conceptos no salariales; <100<, art. 22: las vacaciones se abonarán conforme al promedio de la totalidad de los emolumentos fijos o programados en el régimen de organización obtenidos por el trabajador durante los tres meses anteriores al disfrute, sin perjuicio de lo que resulte de los pluses pactados en los acuerdos de empresa; <101<, art. 22, la media de los conceptos salariales de los tres últimos meses, excluidas primas y comisiones; <102<, art. 47, el promedio de los últimos tres meses, pudiendo percibir anticipos a cuenta de hasta el 90%; <106<, art. 14, a razón de salario base, aunque después e art. 45 señala que incluye el plus de antigüedad y la media de los últimos doce meses del plus de peligrosidad; <112<, art. 77, sala-



rio base, plus salarial (25 días), antigüedad y promedio de los incentivos de los últimos tres meses efectivamente trabajados; <114>, art. 75, para los incentivos se promedian las 12 últimas semanas efectivamente trabajadas dentro de los doce meses anteriores a su inicio; <117>, art. 19, cuenta con una retribución específica que incluye más la antigüedad correspondiente.

<sup>1624</sup> <124>, art. 29, el trabajador percibe el salario del convenio más los complementos que tuviera reconocidos a dicha fecha, incluyendo el complemento por extinción el porcentaje de servicio; <127>, art. 25, el salario base y la antigüedad; <128>, art. 24, la pactada en cada empresa sin que sea inferior a las percepciones mínimas establecidas en el anexo, con inclusión de la antigüedad y el complemento personal; <130>, art. 30, el salario base y la antigüedad, con un régimen especial para las empresas que funcionan con un sistema retributivo de participación mediante el porcentaje de servicio; <134>, art. 23, se tiene en cuenta el salario base, la antigüedad y en su caso el promedio de los tres últimos meses del importe de los pluses de puestos tóxicos, penosos y peligrosos, plus hospitalario y nocturnidad; <140>, art. 21, salario base, antigüedad, plus convenio, plus de nocturnidad y promedio de los incentivos de los tres meses anteriores; <141>, art. 23, salario de la tabla y antigüedad; <142>, art. 16, salario base, antigüedad, y, en su caso, cualquier condición más beneficiosa de carácter cotizable fija en su cuantía y periódica en su vencimiento; <143>, art. 17, salario base, antigüedad, plus convenio, plus de nocturnidad y promedio de los incentivos de los tres meses anteriores; <144>, art. 10, salario mensual, incluidos pluses y antigüedad; <146>, art. 9, salario base, antigüedad, plus convenio, plus de nocturnidad y promedio de los incentivos de los tres meses anteriores; <148>, art. 20, todos los conceptos salariales; <149>, art. 54, los períodos de vacaciones se abonarán a razón del salario base más la antigüedad o superior si la empresa hubiese mejorado este salario; <150>, art. 12, las vacaciones se retribuyen a razón del salario base, plus de convenio y complemento personal de antigüedad; <151>, art. 31, el fijo del convenio con la media del variable por día obtenida por el trabajador durante los últimos seis meses; <152>, art. 13, salario real; <153>, art. 7, salario real; <154>, art. 31, salario base, plus de asistencia y antigüedad; <156>, art. 26, las vacaciones se retribuyen a razón del salario base, plus de convenio y complemento personal de antigüedad; <157>, art. 18, salario base y antigüedad; <158>, art. 18, salario real; <159>, art. 16, salario, antigüedad, plus de calidad y cantidad, más 75 euros; <165>, art. 17, salario de las jornadas ordinarias; <167>, art. 20, salario base, antigüedad y complemento personal; <170>, art. 27, salario base y antigüedad; <171>, art. 20, salario de las jornadas ordinarias; <175>, art. 17, salario de las jornadas ordinarias, salvo los conductores que no perciben el plus de interrupción de jornada; <176>, art. 28, salario base, plus personal consolidado, plus convenio y, en su caso, plus de presencia y plus de transporte; <179>, art. 25, la totalidad de su retribución; <193>, art. 18, salario del convenio; <194>, art. 27, tienen una retribución específica; <195>, art. 50, tienen una retribución específica; <197>, art. 28, tienen una retribución específica; <198>, art. 38, tienen una retribución específica; <199>, art. 21, tienen una retribución específica; <200>, art. 12, tienen una retribución específica; <201>, art. 53, tienen una retribución específica; <202>, art. 40, tienen una retribución específica; <202>, art. 58, tienen una retribución específica; <203>, art. 75, tienen una retribución específica; <205>, art. 44, tienen una retribución específica que, en general, aparece en la tabla y se incrementa con la antigüedad; <206>, art. 29, tienen una retribución específica; <207>, art. 19, tienen una retribución específica; <208>, art. 27, tienen una retribución específica; <209>, art. 30, el salario de la tabla y la antigüedad; <211>, art. 7, el salario del convenio, antigüedad y media de las primas o pluses de los 3 últimos meses, excepto comisiones o contrapartidas en función de compras o ventas; <222>, art. 19, el promedio del salario base, antigüedad y gratificaciones voluntarias concedidas por las empresas; <230>, art. 18, el salario del convenio, antigüedad y media de las primas o pluses de los 3 últimos meses, excepto comisiones o contrapartidas en función de compras o ventas; <240>, art. 18, salario, antigüedad y plus de asistencia; <241>, art. 4, promedio de la totalidad de retribuciones salariales percibidas durante el trimestre natural inmediatamente anterior a excepción de las horas extra y gratificaciones extraordinarias; <243>, art. 15, promedio de la totalidad de retribuciones salariales percibidas durante el trimestre natural inmediatamente anterior a excepción de las horas extra y gratificaciones extraordinarias, matizando que si lleva menos de tres meses trabajando, será el promedio de la retribución de dicho período; <245>, art. 13, el promedio del salario realmente percibido por el trabajador en el último trimestre; <246>, art. 8, promedio de la totalidad de retribuciones salariales percibidas durante el trimestre natural inmediatamente anterior a excepción de las horas extra y gratificaciones extraordinarias, incluyendo los 31 días del plus

de asistencia; <247<, art. 8, promedio de la totalidad de retribuciones salariales percibidas durante el trimestre natural inmediatamente anterior a excepción de las horas extra y gratificaciones extraordinarias <248<, art. 9, promedio de la totalidad de retribuciones salariales percibidas durante el trimestre natural inmediatamente anterior a excepción de las horas extra y gratificaciones extraordinarias; <249<, art. 9, salario real; <251<, art. 13, promedio de la totalidad de retribuciones salariales percibidas durante el trimestre natural inmediatamente anterior a excepción de las horas extra y gratificaciones extraordinarias; <254<, art. 51, el promedio del salario realmente percibido por el trabajador en el último trimestre, aunque alude al promedio de los salarios cotizados percibidos, excluidas pagas y horas extra; <255<, art. 31, el promedio de lo obtenido en los últimos tres meses, computando salarios, primas, antigüedad, toxicidad, penosidad y peligrosidad; <256<, art. 12, la cantidad fijadas en las tablas, incrementada con antigüedad y plus de toxicidad, penosidad y peligrosidad; <257<, art. 44, el promedio de lo obtenido en los últimos tres meses, computando salarios, primas, antigüedad, toxicidad, penosidad y peligrosidad; <259<, art. 14, el salario real de los últimos noventa días naturales multiplicado por treinta y dividido entre noventa, sustituyendo los días de baja por días en alta; <260<, art. 42, el promedio de lo obtenido en los últimos tres meses, computando salarios, primas, antigüedad, toxicidad, penosidad y peligrosidad; <261<, art. 27, el salario de los últimos noventa días con excepción de las horas extra; <263<, art. 31, el promedio de lo obtenido en los últimos tres meses, computando salarios, primas, antigüedad, toxicidad, penosidad y peligrosidad; <264<, art. 26, el salario base, antigüedad, compensación y asistencia de los días laborables del período vacacional; <265<, art. 29, las vacaciones se abonarán computándose los mismos conceptos salariales que hubieran sido tenidos en cuenta para pagar las del año anterior, con el valor económico que tengan en el año de que se trate y los días que, dentro del período de vacaciones, tengan la condición de laborales se incrementarán con el promedio de la prima, incentivo o plus carencia de incentivo en su caso que el trabajador hubiera obtenido en los tres meses naturales anteriores a su disfrute contándose únicamente los días de presencia en el trabajo durante los tres meses citados; <266<, art. 24, alude al promedio pero no especifica el período; <269<, art. 15, el salario de los últimos noventa días con excepción de las horas extra; <270<, art. 22, incluye el salario base y todos los complementos salariales que retribuyan la jornada ordinaria; <274<, art. 16, se retribuyen a razón del salario real; <278<, art. 25, el promedio obtenido por el trabajador en los últimos tres meses; <281<, art. 22, el promedio obtenido por el trabajador en los últimos tres meses; <282<, art. 15, el promedio obtenido por el trabajador en los últimos tres meses; <283<, art. 8, salario base, antigüedad y plus de residencia; <286<, art. 11, establece que se percibe el salario base, la antigüedad, más la cantidad resultante de multiplicar por 25 días el plus de asistencia que corresponda a cada categoría laboral; <288<, art. 9, se percibe el salario base, antigüedad y mecanización; <292<, art. 18, la media del último trimestre; <294<, art. 7, el salario real; <295<, art. 8, retribuye con salario, antigüedad, plus de calidad y cantidad o la cantidad consolidada equivalente, y el promedio de lo percibido en los meses anteriores por nocturnidad; <296<, art. 11, se percibe el importe salarial en las mismas condiciones que en cualquier otro mes que estuviese trabajando, incluidos los pluses de transporte y nocturnidad; <298<, DA 4ª, se abonan con el promedio real de los jornales percibidos durante los últimos noventa días; <299<, art. 11, salario base y antigüedad.

<sup>1625</sup> <300<, art. 48, el salario del convenio y algunos complementos promediados; <303<, art. 18, las vacaciones serán retribuidas por todos los conceptos salariales excluido el plus de transporte; <306<, art. 8, salario base y antigüedad, excluyendo pluses variables; <314<, art. 31, la media de los tres últimos meses en cuanto a los pluses; <337<, art. 39, se retribuyen a razón de salario, antigüedad y complemento de polifuncionalidad; <357<, art. 7, al personal operario, incrementada con el promedio de primas percibidas durante los cinco meses anteriores a aquel en que se disfruten, excepto para el personal de montaje cuyo promedio será el correspondiente al período comprendido en los doce meses anteriores; <358<, art. 22, salario, prima, antigüedad, retribución personal, plus compensatorio cuando proceda; <359<, art. 32, el promedio de lo obtenido por el trabajador en jornada normal en concepto de salario y complementos en los tres últimos meses; <361<, art. 28, el personal de día es retribuido en vacaciones de acuerdo con el salario de grupo, antigüedad y demás complementos de carácter fijo; para el personal de relevo o turno, el importe de las gratificaciones de los domingos y festivos a los que tiene derecho este personal durante el disfrute de las vacaciones, está incluido en las cantidades mensualizadas por dichos conceptos que aparecen en el anexo; <364<, art. 25, se abonan igual que los

restantes días del año; <365<, arts. 129 –derecho al plus de nocturnidad– y 135 –fórmula específica de la retribución en vacaciones–; <366<, art. 9.5, durante las vacaciones se perciben los pluses de turnicidad, toxicidad, nocturnidad o compensación por jornada continuada, aplicando un número de días –en general veinticinco, salvo el de nocturnidad que serán siete; <369<, art. 14, salario base, antigüedad y demás pluses; <373<, art. 24, igual que los meses en activo; <376<, art. 30, se perciben los conceptos fijos de devengo mensual; <378<, art. 41.6, durante las vacaciones no se percibe el complemento de enlaces y emisoras, pero sí el de disponibilidad prorrateado; <380<, art. 13, se percibe el salario base más la media de los complementos de antigüedad, nocturnidad, mando orgánico, disponibilidad, turnicidad, polivalencia, especial responsabilidad interna, idioma y productividad percibidos en el último semestre; <382<, arts. 31 y ss., no se percibe complemento de trabajo en sábado, domingo y festivo, ayuda de comidas, nocturnidad y transporte nocturno; <383<, art. 152, se efectúa tomando como base lo establecido en cuadrante, en cuanto pluses de festividad, nocturnidad y parte correspondiente a la compensación económica adicional por madrugue, a excepción de la cuantía establecida por transporte; <385<, art. 111, sueldo base, premio de antigüedad, gratificación complementaria si le corresponde y prima de responsabilidad; por otra parte, la prima por razón de viaje promediada del año anterior.

<sup>1626</sup> SsTS de 25 de abril de 2006, rec. cas. en UD nº 16/2005 y de 26 de enero de 2007, rec. cas. en UD nº 4284/2005.

<sup>1627</sup> Así, por ejemplo, ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E. (2006), *op. cit.*, p. 349; LÓPEZ GANDÍA, J. (2007), *op. cit.*, p. 175.

<sup>1628</sup> ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E. (2006), *op. cit.*, p. 349.

<sup>1629</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1994), *op. cit.*, p. 37; BEJARANO HERNÁNDEZ, A. (2002), *op. cit.*, pp. 187-188.

<sup>1630</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P. (2003), *op. cit.*, p. 131.

<sup>1631</sup> <81<, art. 20, el día anterior al inicio del disfrute; <117<, art. 19; <274<, art. 16; <294<, art. 7.

<sup>1632</sup> <131<, art. 17; <179<, art. 25, en los primeros cuatro días.

<sup>1633</sup> <94<, art. 42, hasta el 90%; <102<, art. 47, hasta el 90%; <137<, art. 14, hasta el 75% del salario al inicio de las vacaciones, debiéndose solicitar con quince días de antelación.

<sup>1634</sup> <138<, art. 13.

<sup>1635</sup> Así, entre otros, GARCÍA ORTEGA, J. (1994), *op. cit.*, pp. 18-19, que añade los casos en que no se disfrutan por estarse tramitando un despido que después deriva en la readmisión; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1994), *op. cit.*, pp. 46 y ss.; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, p. 52; FITA ORTEGA, J. (1999), *op. cit.*, p. 63; BODAS MARTÍN, J. (2002), *op. cit.*, p. 62; DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M. (2005), *op. cit.*, p. 503; LÓPEZ GANDÍA, J. (2007), *op. cit.*, p. 176; MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (2007), *op. cit.*, p. 572.

<sup>1636</sup> Entre otros, BODAS MARTÍN, R. (2002), *op. cit.*, p. 62.

<sup>1637</sup> <4<, art. 21; <10<, art. 39; <26<, art. 29; <39<, art. 34; <73<, art. 14; <81<, art. 20; <125<, art. 19; <196<, art. 9.

<sup>1638</sup> <196<, art. 9; <125<, art. 19, añade la necesidad de que así se haya pactado.

<sup>1639</sup> <11<, art. 8.4; <34<, art. 34; <101<, art. 22.

<sup>1640</sup> STS de 20 de enero de 2006, rec. cas. en UD nº 3811/2004.

<sup>1641</sup> SsTS de 23 de diciembre de 2004, rec. cas. en UD nº 4525/2003, de 9 de marzo de 2005, rec. cas. en UD nº 6537/2003, de 31 de enero de 2006, rec. cas. en UD nº 4895/2004, de 1 de febrero de 2006, rec. cas. en UD nº 3306/2004 y de 27 de abril de 2006, rec. cas. en UD nº 112/2005.

<sup>1642</sup> <18<, art. 26 de cuantía variable según la época de disfrute: –entre junio y septiembre, de 123 euros; marzo, abril, mayo y octubre, 198; el resto de meses, 346 euros–; <110<, art. 37 y anexo I; <124<, art. 16; <156<, art. 26, 156,12 euros; <158<, art. 18, para compensar los desplazamientos vacacionales, con la consideración de suplido que, por tanto, no cotiza a la Se-

guridad Social; <173<, art. 39, donde tiene la consideración de suplido y cuya cuantía oscilaba en 2005 entre los 238 y los 145 euros, en función de la categoría; <283<, art. 8; <287<, art. 14; <288<, art. 9; <304<, art. 60; <353<, art. 39; <362<, art. 16, prevé una bolsa de vacaciones, pero sólo para los casos en que se disfruten fuera de los meses comprendidos entre mayo y septiembre, siendo de cuantía variable según los meses (enero y diciembre, 72,12 euros; febrero y noviembre, 54,09; octubre, marzo y abril, 36,06); <363<, art. 49, recoge unas vacaciones primadas económicamente por disfrutarse en determinadas fechas; <399<, art. 33, prevé una gratificación económica por disfrutarlas fuera de los meses de verano por imposición de la empresa –278 euros–; <400<, art. 23, gratificación económica cuando tienen lugar entre enero y mayo.

<sup>1643</sup> En este sentido, por ejemplo, ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, p. 36; BEJARANO HERNÁNDEZ, A. (2002), *op. cit.*, p. 83; BODAS MARTÍN, R. (2002), *op. cit.*, p. 61; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P. (2003), *op. cit.*, p. 77; DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M. (2005), *op. cit.*, p. 498; ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E. (2006), *op. cit.*, p. 348; MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA (2007), *op. cit.*, p. 571; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. (2007), *op. cit.*, p. 411; en sentido diverso, GARCÍA ORTEGA, J. (1994), *op. cit.*, p. 14, quien entiende que la norma internacional en este punto no es *self executing*, por lo que su aplicación requeriría de previsiones legales o convencionales que le dotasen de contenido.

<sup>1644</sup> Así, por ejemplo, <7<, art. 12; <40<, art. 31; <42<, art. 77; <45<, art. 40; <66<, art. 33; <74<, art. 15; <83<, art. 57; <124<, art. 29; <128<, art. 24; <130<, art. 30, salvo casos de notorio abuso en los que la empresa podrá desatender esta obligación, siendo obligatorio someterse a los procedimientos de solución del TLC; <131<, art. 17; <147<, art. 7; <181<, art. 26; <194<, art. 27; <195<, art. 50; <198<, art. 38; <199<, art. 21; <200<, art. 7; <201<, art. 53; <202<, art. 58; <203<, art. 75; <206<, art. 48; <208<, art. 27; <241<, art. 4; <259<, art. 14; <261<, art. 27, no así las ausencias injustificadas; <266<, art. 34; <302<, art. 39; <354<, art. 19; <378<, art. 28. Algunos autores –SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P. (2003), *op. cit.*, p. 77– han justificado el hecho de que este tipo de previsiones no estén más extendidas en la *claridad de la solución*.

<sup>1645</sup> Así, por ejemplo, <123<, art. 24, si el trabajador se encuentra en incapacidad temporal todo el año no tendrá derecho a las vacaciones, si es igual o inferior a 180 días continuados no sufre descuento y si es superior a 180 días continuados se le descuenta del período vacacional la parte proporcional; <132<, art. 18, si el trabajador está en IT todo el año, no genera el derecho; <246<, art. 8, si continúa en IT al finalizar el año, las pierde, sin perjuicio de que le abone la diferencia económica; <247<, art. 8, si continúa en IT al finalizar el año, las pierde, sin perjuicio de que le abone la diferencia económica; <251<, art. 13, si continúa en IT al finalizar el año, las pierde, sin perjuicio de que le abone la diferencia económica; <252<, art. 19, si continúa en IT al finalizar el año, las pierde, sin perjuicio de que le abone la diferencia económica; <253<, art. 21, si continúa en IT al finalizar el año, las pierde, sin perjuicio de que le abone la diferencia económica; <254<, art. 51, si continúa en IT al finalizar el año, las pierde, sin perjuicio de que le abone la diferencia económica; <303<, art. 18, si un trabajador permanece en IT durante todo el período de devengo de las vacaciones perderá el derecho a disfrutarlas en el año correspondiente; <309<, art. 17, si un trabajador permanece en IT durante todo el período de devengo de las vacaciones perderá el derecho a disfrutarlas en el año correspondiente.

<sup>1646</sup> En este sentido, *vid.* GARCÍA ORTEGA, J. (1994), *op. cit.*, p. 14; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S. (1996), *op. cit.*, p. 36; SEMPERE NAVARRO, A. V.; CHARRO BAENA, P. (2003), *op. cit.*, p. 79, siempre que no se socave el principio general contenido en el convenio internacional; DE VICENTE PACHÉS, F.; MIÑARRO YANINI, M. (2005), *op. cit.*, p. 498; en sentido diverso, BEJARANO HERNÁNDEZ, A. (2002), *op. cit.*, pp. 87 y ss., critica la jurisprudencia que, partiendo del carácter dispositivo del convenio internacional en este punto, parece permitir estas limitaciones convencionales, pues niega la indicada naturaleza.

<sup>1647</sup> MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (2007), *op. cit.*, p. 571; LÓPEZ GANDÍA, J. (2007), *op. cit.*, p. 174. En todo caso, no se trata de una postura unánime: al respecto, *vid.* BEJARANO HERNÁNDEZ, A. (2002), *op. cit.*, pp. 126 y ss.

<sup>1648</sup> SsTS de 11 de julio de 2006, rec. cas. n<sup>o</sup> 87/2005 y de 3 de octubre de 2007, rec. cas. en UD n<sup>o</sup> 5068/2005.

<sup>1649</sup> SsTS de 10 de noviembre de 2005, rec. cas. en UD nº 4291/2004 y de 21 de marzo de 2006, rec. cas. en UD nº 681/2005.

<sup>1650</sup> Así sucede en diferentes convenios estatales (<23<, art. 22; <37<, art. 23; <44<, art. 25; <45<, art. 40; <63<, art. 29; <65<, art. 20; <66<, art. 33; <83<, art. 57; <87<, art. 34; <90<, art. 9; <100<, art. 22; <112<, art. 77), provinciales (<131<, art. 17; <135<, art. 23; <138<, art. 13; <141<, art. 23; <144<, art. 10; <147<, art. 7; <148<, art. 20; <161<, art. 25; <199<, art. 21; <211<, art. 17; <213<, art. 22; <226<, art. 17; <230<, art. 10; <225<, art. 27; <228<, art. 26; <249<, art. 9; <259<, art. 14; <272<, art. 32; <292<, art. 18) y de empresa (<305<, art. 10; <317<, art. 24; <320<, art. C-8; <325<, art. 29; <363<, art. 23; <365<, art. 121; <366<, art. 9.5; <389<, art. 35; <390<, art. 5.8; <391<, art. 28; <392<, art. 30).

<sup>1651</sup> Estos son más escasos, pues parecen presuponer que su silencio al respecto resulta suficiente para negar el derecho a un nuevo señalamiento; en todo caso, cabe encontrar algún ejemplo: <105<, art. 36, en el caso de la sobrevenida; <194<, art. 27, en relación con la sobrevenida; <195<, art. 50, si es sobrevenida; <200<, art. 7, si es sobrevenida; <201<, art. 53, si es sobrevenida; <202<, art. 58, si es sobrevenida; <203<, art. 75, si es sobrevenida; <206<, art. 49, si es sobrevenida; <208<, art. 27, si es sobrevenida; <271<, art. 26, en el caso de la sobrevenida que afecte a menos de quince días; <303<, art. 19, a la sobrevenida; <354<, art. 19, en el caso de la sobrevenida; <381<, art. 7, para la sobrevenida; <400<, art. 23, para la sobrevenida.

<sup>1652</sup> En este sentido se mueven diferentes convenios estatales (<3<, art. 18; <19<, art. 54; <34<, art. 34; <40<, art. 31; <42<, art. 77; <80<, art. 18; <85<, art. 48; <106<, art. 45; <117<, art. 19), provinciales (<121<, art. 27; <136<, art. 59; <139<, art. 19; <140<, art. 21; <145<, art. 20; <146<, art. 9; <157<, art. 18; <194<, art. 27; <195<, art. 50; <198<, art. 38; <200<, art. 7; <201<, art. 53; <202<, art. 58; <203<, art. 75; <204<, art. 63; <205<, art. 44; <206<, art. 48; <208<, art. 27; <209<, art. 30; <214<, art. 15; <218<, art. 8; <219<, art. 11; <241<, art. 4; <252<, art. 19; <253<, art. 21; <256<, art. 12; <266<, art. 34; <270<, art. 22; <271<, art. 26; <274<, art. 16; <287<, art. 23; <289<, art. 11; <294<, art. 7) y de empresa (<303<, art. 19; <304<, art. 60; <311<, art. 94; <319<, art. 21; <321<, art. 33; <358<, art. 16; <356<, art. 9; <379<, art. 32; <388<, art. 14; <400<, art. 23).

<sup>1653</sup> Nuevamente, es posible encontrar ejemplos de este tipo en los diferentes ámbitos analizados. Así, entre los de ámbito estatal, cabe mencionar los siguientes: <7<, art. 12; <18<, art. 26; <35<, art. 27; <36<, art. 30; <37<, art. 23; <38<, art. 21; <49<, art. 23; <50<, art. 22; <68<, art. 9.4; <105<, art. 47; <59<, art. 19; <92<, art. 95; 109<, art. 51, siempre que la baja exceda de quince días. Por lo que respecta a los convenios provinciales, sirven los que a continuación se relacionan: <119<, art. 10; <134<, art. 23; <137<, art. 14; <142<, art. 16; <143<, art. 17; <152<, art. 13; <155<, art. 7; <167<, art. 20; <188<, art. 18; <191<, art. 11; <193<, art. 18; <210<, art. 43; <227<, art. 11; <238<, art. 36; <239<, art. 37; <243<, art. 15; <255<, art. 31; <257<, art. 44; <260<, art. 42; <268<, art. 23; <269<, art. 16; <273<, art. 43; <278<, art. 25; <281<, art. 22; <288<, art. 9; <371<, art. 15. Finalmente, en cuanto a los de empresa, se pueden citar los siguientes: <306<, art. 8, los días de baja no computan; <307<, art. 17, los días de baja no computan; <308<, art. 11; <327<, art. 30; <329<, art. 14; <380<, art. 13; <383<, art. 157; <384<, anexo 5; <393<, art. 36; <396<, art. 25.

<sup>1654</sup> <19<, art. 54, si deriva de accidente; <34<, art. 34, si es por accidente de trabajo o enfermedad profesional; <44<, art. 25, si deriva de accidente; <63<, art. 29, si deriva de accidente; <65<, art. 20, si es por enfermedad común o accidente; <90<, art. 9, en la previa, si deriva de contingencia profesional o enfermedad común que requiera de hospitalización, mientras que para la sobrevenida alude a las contingencias comunes; <100<, art. 22, accidente o enfermedad grave; <112<, art. 77, si deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional; <117<, art. 29, si es por accidente de trabajo; <136<, art. 59, si es accidente laboral o intervención quirúrgica con hospitalización de duración superior a cinco días; <141<, art. 23, si es por intervención quirúrgica o accidente laboral; <157<, art. 18, si es por accidente de trabajo; <161<, art. 25, si es por accidente de trabajo o enfermedad grave; <214<, art. 15, si es por accidente de trabajo; <219<, art. 11, si es por accidente laboral; <225<, art. 27, si deriva de accidente; <228<, art. 26, si deriva de accidente; <256<, art. 12, si es por accidente de trabajo; <270<, art. 22, si deriva de accidente laboral o enfermedad profesional o está motivada por una intervención quirúrgica urgente; <272<, art. 32, si es por contingencias profesionales; <273<, art. 43, accidente laboral o ingreso hospitalario de cierta duración; <278<, art. 25, alude a contingencias comunes, en bue-

na lógica, pues se refiere a la incapacidad sobrevenida; <281>, art. 22, si es por accidente o intervención quirúrgica; <292>, art. 18, por accidente laboral; <319>, art. 21, si es por accidente de trabajo producido en fábrica; <325>, art. 29, accidente de trabajo que requiera de intervención quirúrgica y hospitalización; <327>, art. 30, enfermedad grave; <329>, art. 14, enfermedad grave; <390>, art. 5.8, accidente laboral y hospitalización; <392>, art. 30, exige enfermedad o accidente grave.

<sup>1655</sup> <3>, art. 18, derivado de enfermedad grave o accidente que obligue al internamiento o inmovilización del trabajador por un período superior a siete días; <18>, art. 26, si media internamiento clínico, con o sin intervención quirúrgica, o enfermedad grave, justificada y notificada a la empresa, en el plazo de 24 horas; <19>, art. 54; <36>, art. 30; <37>, art. 23; <38>, art. 21; <44>, art. 25; <59>, art. 19, si media internamiento clínico, con o sin intervención quirúrgica, o enfermedad grave, justificada y notificada a la empresa, en el plazo de 24 horas; <90>, art. 9, para la previa; <92>, art. 95, hospitalización o accidente; <100>, art. 22; <131>, art. 17, en el caso de la sobrevenida; <136>, art. 59; <137>, art. 14; <138>, art. 13; <140>, art. 21; <141>, art. 23; <143>, art. 17; <148>, art. 20; <152>, art. 13; <155>, art. 7, si es por enfermedad grave; <161>, art. 25, si es por accidente laboral o enfermedad grave que conlleve ingreso hospitalario; <167>, art. 20; <211>, art. 17; <213>, art. 22; <227>, art. 11; <230>, art. 10, si media hospitalización o internamiento domiciliario sin posibilidad de salir de casa por prescripción facultativa; <238>, art. 36; <243>, art. 15, o intervención quirúrgica grave; <257>, art. 44; <259>, art. 14; <260>, art. 42; <268>, art. 23; <273>, art. 43; <278>, art. 25; <288>, art. 9; <308>, art. 11; <309>, art. 17; <320>, art. C-8; <325>, art. 29; <327>, art. 30; <329>, art. 14; <356>, art. 9, o accidente laboral; <363>, art. 23; <371>, art. 15; <383>, art. 157, enfermedad grave; <388>, art. 14; <390>, art. 5.8; <396>, art. 25, o enfermedad grave.

<sup>1656</sup> <10>, art. 39, hasta una semana antes, salvo que derive de un accidente laboral; <136>, art. 59, en el caso de intervención quirúrgica con hospitalización se precisa que haya tenido lugar al menos quince días antes; <241>, art. 4, exceptúa del nuevo señalamiento los casos en que se trata de una enfermedad común en los diez días previos al inicio; <311>, art. 94, si el proceso se inicia al menos quince días antes del comienzo de las vacaciones; <321>, art. 33, si el proceso se inicia al menos quince días antes del comienzo de las vacaciones.

<sup>1657</sup> <36>, art. 30, si la hospitalización supera los quince días; <44>, art. 25, si coinciden más de once días; <50>, art. 22, si supera la mitad del período vacacional que se estuviera disfrutando; <90>, art. 9, si supera los seis días en el caso de la previa y los ocho en el caso de la sobrevenida; <109>, art. 51, si la baja supera los quince días, no se computan como días de vacaciones los que excedan del décimosexto; <135>, art. 23, al menos once días; <136>, art. 59, en el caso de intervención quirúrgica con hospitalización ha de rebasar los cinco días; <138>, art. 13, intervención quirúrgica no programada que requiera de hospitalización durante al menos siete días; <141>, art. 23; <148>, art. 20, la hospitalización debe ser superior a tres días; <211>, art. 17, la hospitalización debe ser superior a dos días; <213>, art. 22, la hospitalización debe superar los dos días; <236>, art. 16, quince días con hospitalización y treinta sin ella; <257>, art. 44, la hospitalización debe superar los quince días; <259>, art. 14, la hospitalización superará los cinco días; <260>, art. 42, si supera los cuatro días; <268>, art. 23; <271>, art. 26, si supera los quince días; <273>, art. 43, el ingreso hospitalario debe superar los siete días; <301>, art. 20, enfermedad que requiera atenciones médicas o quirúrgicas durante más de cinco días; <363>, art. 23, superior a cuatro días; <308>, art. 11, sin hospitalización se exige que sea superior a quince días.

<sup>1658</sup> <66>, art. 33; <120>, art. 15; <121>, art. 27; <194>, art. 27; <195>, art. 50; <198>, art. 38; <200>, art. 7; <201>, art. 53; <202>, art. 58; <203>, art. 75; <206>, art. 48; <208>, art. 27; <211>, art. 17; <213>, art. 22; <236>, art. 16; <241>, art. 4; <292>, art. 18.

<sup>1659</sup> <227>, art. 11, que exceda de veinte trabajadores.

<sup>1660</sup> <42>, art. 77; <44>, art. 25; <45>, art. 40, aunque al menos garantiza la retribución; <66>, art. 33; <83>, art. 57; <85>, art. 48; <90>, art. 9; <92>, art. 95; <117>, art. 19; <134>, art. 23; <135>, art. 23; <138>, art. 13; <140>, art. 21; <142>, art. 16; <144>, art. 10; <145>, art. 20; <147>, art. 7; <194>, art. 27; <195>, art. 50; <198>, art. 38; <199>, art. 21; <200>, art. 7; <201>, art. 53; <202>, art. 58; <203>, art. 75; <205>, art. 44; <206>, art. 48; <208>, art. 27; <211>, art. 17; <213>, art. 22; <218>, art. 8; <225>, art. 27; <228>, art. 26; <230>, art. 10;

<236<, art. 16; <238<, art. 36; <241<, art. 4; <249<, art. 9; <252<, art. 19; <256<, art. 12; <259<, art. 14; <266<, art. 34; <270<, art. 22; <272<, art. 32; <273<, art. 43, en realidad, que se reincorpore antes del treinta de noviembre; <278<, art. 25; <287<, art. 23; <289<, art. 11; <292<, art. 18; <305<, art. 10; <311<, art. 94; <317<, art. 24; <320<, art. C-8; <321<, art. 33; <358<, art. 16; <356<, art. 9; <366<, art. 9.5; <379<, art. 32; <388<, art. 14; <391<, art. 28.

<sup>1661</sup> <100<, art. 22, excepcionalmente hasta el primer trimestre del año siguiente; <105<, art. 47, hasta el quince de enero del año siguiente; <106<, art. 45, hasta el primer trimestre del año siguiente; <141<, art. 23, se regularizan durante el primer trimestre; <384<, anexo 5.

<sup>1662</sup> <40<, art. 31; <42<, art. 77, en el caso de la sobrevenida; <48<, art. 43, en el caso de la sobrevenida; <63<, art. 30; <64<, art. 30, en el caso de la sobrevenida; <94<, art. 42; <102<, art. 47; <105<, art. 36, para la sobrevenida; <146<, art. 9, para la sobrevenida; <194<, art. 27, en relación con la sobrevenida; <195<, art. 50, si es sobrevenida; <200<, art. 7, si es sobrevenida; <201<, art. 53, si es sobrevenida; <202<, art. 58, si es sobrevenida; <203<, art. 75, si es sobrevenida; <206<, art. 49, si es sobrevenida; <208<, art. 27, si es sobrevenida; <252<, art. 19, en la sobrevenida; <253<, art. 21, en la sobrevenida; <271<, art. 26, para la sobrevenida; <291<, art. 12, para la sobrevenida.

<sup>1663</sup> STJUE de 18 de marzo de 2004.

<sup>1664</sup> STS de 10 de noviembre de 2005, rec. cas. en UD n° 4291/2004, frente a la postura contraria sostenida en el pasado por las SsTS de 30 de noviembre de 1995, rec. cas. en UD n° 1511/1994 y de 27 de junio de 1996, rec. cas. en UD n° 2241/1994.

<sup>1665</sup> <9<, art. 56; <14<, art. 56; <17<, art. 26; <23<, art. 22; <33<, art. 23; <34<, art. 34; <37<, art. 23; <46<, art. 89; <54<, art. 31; <60<, art. 54; <63<, art. 29; <64<, art. 30; <65<, art. 20; <91<, art. 28; <105<, art. 47; <106<, art. 45; <114<, art. 47; <120<, art. 15; <121<, art. 27, siempre que la trabajadora lo comunique por escrito a la empresa con antelación suficiente, en todo caso, con al menos dos meses a la finalización de la suspensión; <131<, art. 17.G; <137<, art. 14; <140<, art. 21; <157<, art. 18; <209<, art. 30; <219<, art. 11; <229<, art. 16; <255<, art. 33; <258<, art. 48; <302<, art. 39; <304<, art. 60; <309<, art. 17; <325<, art. 29; <327<, art. 31; <365<, art. 121; <380<, art. 13; <381<, art. 7; <385<, anexo 5; <386<, art. 31.

<sup>1666</sup> Así, por ejemplo, <64<, art. 30, aunque reconocía el derecho a percibir la diferencia entre la retribución de las vacaciones y la prestación.

<sup>1667</sup> <30<, art. 38; <44<, art. 25, sólo si reincorpora dentro del año natural; <58<, art. 38; <66<, art. 33; <72<, art. 41; <85<, art. 48; <92<, art. 95; 136<, art. 59; <148<, art. 7; <218<, art. 8, si causan alta dentro del año natural; <225<, art. 27; <228<, art. 15; <272<, art. 32; <273<, art. 43; <287<, art. 23; <292<, art. 18; <317<, art. 24; <363<, art. 23.

<sup>1668</sup> 105<, art. 47, hasta el quince de enero del año siguiente.

<sup>1669</sup> <66<, art. 33; <292<, art. 18.

<sup>1670</sup> <97<, art. 42.

<sup>1671</sup> <1<, art. 17; <38<, art. 21; <102<, art. 47; <271<, art. 26; <389<, art. 32.





## Capítulo VIII

### PERMISOS Y LICENCIAS

*Juan Antonio Altés Tárrega*

La jornada de trabajo se ve afectada por la existencia de una serie de supuestos en los que, previo aviso y con justificación, el trabajador puede ausentarse del trabajo sin pérdida de remuneración. Se trata de lo que se ha dado en llamar interrupciones no periódicas de la prestación de servicios<sup>1672</sup> y significan una ruptura del principio de sinalgmaticidad de las obligaciones derivadas del contrato, por cuanto existe retribución sin la contraprestación de la prestación de servicios.

Los motivos por los cuales el trabajador se beneficia de estos permisos, recogidos principalmente en el art. 37.3 del Estatuto, responden a varias causas: circunstancias familiares; cumplimiento de deberes públicos y personales de carácter inexcusable; cumplimiento de funciones sindicales o de representación personal; ejercicio de los derechos educativos...

Se trata de causas ligadas al trabajador en cuanto miembro concreto de un grupo familiar o de la comunidad social en que se desenvuelve<sup>1673</sup>, lo que justifica que su necesaria actuación en dicho ámbito le excluya de la obligación de prestar servicios sin la correspondiente pérdida de retribución<sup>1674</sup>.

A la hora de estudiar la incidencia de la negociación colectiva en esta materia debemos comenzar por señalar la naturaleza mínima del art. 37.3 ET, por lo que se está, como se han encargado de recordar los distintos órganos judiciales, ante «una norma mínima legal de obligado cumplimiento, con respecto de la que cabe mejorar su contenido para el trabajador por vía de convenio, al ser un supuesto típico de relación de suplementariedad del convenio con respecto de la Ley. Tal precepto regula, de forma completa y autosuficiente una serie de permisos retribuidos, siendo una norma mínima cuyo contenido ha de ser respetado en todo caso, y en concreto, ha de ser respetado por el convenio colectivo examinado, pues así lo impone el artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores. Ahora bien, ello no significa que sólo quepan permisos retribuidos en aquellos casos normativamente previs-

*tos, sino que cabe ampliar los supuestos por vía de la negociación colectiva. Así se ha de deducir del juego conjunto del artículo 37.1 de la Constitución, 3.1, a y b y 3 del Estatuto de los Trabajadores y de su artículo 82.2 y 3»*<sup>1675</sup>. Pese a ello, también pueden encontrarse pronunciamientos que abogan por considerar la normativa de permisos como disponible para la negociación colectiva<sup>1676</sup>. En este sentido la postura más «extrema»<sup>1677</sup> se recoge en la STSJ País Vasco de 23 de septiembre de 1992, Rec. 986/1992, al supeditar el régimen de los permisos a la mayor favorabilidad global del convenio. Asimismo, la STSJ País Vasco de 20 de mayo de 1997, Rec. 661/1997, de forma más limitada permite que el régimen de un permiso pueda verse empeorado si el conjunto resulta más favorable<sup>1678</sup>.

Es por ello que casi todos los convenios establecen una regulación propia en esta materia, mejorando y adaptando a sus necesidades la normativa legal<sup>1679</sup>.

No obstante, antes de comenzar el análisis de la regulación convencional de cada uno de estos permisos, debemos referirnos a ciertas características generales de los mismos.

En primer lugar hay que hacer referencia al salario debido durante el tiempo que dura el permiso. La norma se limita a concederles el carácter de retribuidos sin precisar el alcance de dicha retribución. La interpretación judicial de dicho alcance no ha seguido un criterio totalmente unívoco<sup>1680</sup>. Efectivamente, existen resoluciones que señalan que el permiso debe retribuirse conforme al salario real que el trabajador hubiera percibido si ese día hubiera trabajado<sup>1681</sup>. Sin embargo, también se ha admitido que, en algunos supuestos, como en el caso de los permisos por motivos familiares, se pueda establecer qué conceptos se retribuyen, aunque en otros, como el establecido para la realización de exámenes prenatales o acudir a técnicas de preparación al parto, deberá retribuirse el salario íntegro<sup>1682</sup>.

Mayoritariamente la negociación colectiva se limita a señalar que se trata de permisos retribuidos, por lo que habrá que entender que se retribuyen conforme al salario real<sup>1683</sup>. Aun así existen convenios que sí establecen topes a la retribución del salario en función del tipo de trabajador<sup>1684</sup> o delimitando los conceptos que se retribuyen durante este tiempo<sup>1685</sup>, fijando una cantidad máxima a tanto alzado<sup>1686</sup> o, incluso, un número de días totales<sup>1687</sup>.

Evidentemente, la retribución de estos permisos y su equiparación al tiempo de trabajo efectivo determina que el tiempo de ausencia por estas causas compute a efectos de antigüedad<sup>1688</sup>.

En segundo lugar, en relación con el preaviso y justificación debe señalarse que el régimen de permisos configura un derecho para el trabajador a ausentarse, por lo que el empresario no puede negar su disfrute cuando concurra la causa que lo habilita. En este sentido el preaviso no puede entenderse como una solicitud, sino como una advertencia tendente a facilitar la labor de organización de la actividad de la empresa<sup>1689</sup>.

Lo cierto es que la práctica totalidad de los convenios exigen su justificación con anterioridad, variando el plazo de unos a otros, salvo en los casos de urgencia en los que se posibilita la acreditación a posteriori<sup>1690</sup>. De esta manera, si se comprueba la falta de veracidad del permiso o no se cumple

con los requisitos de preaviso o justificación se computarán como falta injustificada<sup>1691</sup>, no obstante lo cual este criterio deberá relajarse ante situaciones imprevisibles<sup>1692</sup>. Además, a fin de facilitar la justificación, en muchos convenios se establece el elenco de documentos o requisitos necesarios para justificar cada uno de los permisos<sup>1693</sup>.

Conviene destacar en relación con la justificación que las resoluciones judiciales vienen limitando las exigencias empresariales de justificación a las realmente establecidas en el convenio, de manera que se admiten concreciones, pero no inferencias o modificaciones de las mismas<sup>1694</sup>.

En tercer lugar, en relación con las fechas de disfrute de los mismos, hay que traer a colación que los permisos, por naturaleza, constituyen eventos transitorios, que se conceden para situaciones pasajeras y de escasa duración, fuertemente ligados al principio de inmediación, por cuanto existe una relación directa entre la fecha del disfrute y la causa del mismo<sup>1695</sup>. Por ello suele establecerse la imposibilidad de trasladar el permiso a un día laborable cuando el hecho causante tiene lugar en un día festivo o no laborable<sup>1696</sup>. Incluso aunque coincida con un sábado<sup>1697</sup>. De la misma manera, si el hecho causante coincide con el periodo de vacaciones del trabajador no dará lugar al permiso<sup>1698</sup>, aspecto éste que ha sido refrendado por la doctrina judicial<sup>1699</sup>.

No obstante, en ocasiones, estas reglas, como luego se verá, presentan excepciones como el señalamiento de un mínimo de días laborables dentro del tiempo de permiso.

Por otro lado, se establecen reglas para determinar el día de inicio cuando el hecho causante sucede una vez comenzada la jornada laboral. En este sentido, en unos casos se establece como día de inicio el del hecho causante, salvo que ya se haya disfrutado más de media jornada, en cuyo caso comenzará el día siguiente<sup>1700</sup>; mientras que en otros se traslada el cómputo de la duración del permiso al día siguiente en todo caso<sup>1701</sup>.

Por último, la negociación colectiva determina el modo de proceder cuando concurren dos o más permisos. Cuando así ocurre la solución suele ser la de conceder la licencia que tenga atribuida una duración mayor<sup>1702</sup>.

En cualquier caso, nuestros tribunales han señalado que la duración del permiso es el día natural, independientemente del número de horas que en la jornada deban trabajarse<sup>1703</sup>.

## 1. PERMISO DE MATRIMONIO

El art. 37.3.a ET establece un permiso retribuido de «15 días naturales en caso de matrimonio».

Se trata de un permiso de naturaleza vacacional<sup>1704</sup> que la mayoría de los convenios colectivos recogen sin variar su régimen jurídico. Sin embargo, en ocasiones, la negociación colectiva introduce ciertas modificaciones como son: variaciones al alza en cuanto a la duración del permiso; reglas específicas para su disfrute; y/o la extensión del permiso a otras instituciones de convivencia distintas al matrimonio.

### **1.1. La duración del permiso de matrimonio**

Ya se ha señalado como, prácticamente, la negociación colectiva mantiene la duración estatutaria de este tipo de permisos retribuidos, sin mejorar por tanto los 15 días a los que se refiere el ET<sup>1705</sup>, aunque a veces determinadas circunstancias como la necesidad de realizar un desplazamiento implican una ampliación del permiso<sup>1706</sup>

Ello no obsta para que existan supuestos de mejora ampliándose el número de días de permiso hasta los dieciséis días<sup>1707</sup>. Otros convenios llegan hasta los 17 días<sup>1708</sup>, 18 días<sup>1709</sup>, 19 días<sup>1710</sup>, 20 días<sup>1711</sup>, 21 días<sup>1712</sup>. Otra fórmula para mejorar el permiso es fijar su duración en días laborables<sup>1713</sup>. No obstante, en otras ocasiones, la ampliación del permiso conlleva la no retribución<sup>1714</sup>.

Por el contrario, algunos convenios someten el permiso a recortes que, en atención a la naturaleza mínima del precepto estatutario, hay que entender como ilegales. Así ocurre, por ejemplo, con las cláusulas convencionales que limitan la duración del permiso en función del tiempo trabajado<sup>1715</sup>.

### **1.2. Reglas de disfrute**

En cuanto al modo en qué estos permisos pueden disfrutarse, la negociación colectiva tan sólo suele establecer algunas reglas en relación con el día de comienzo<sup>1716</sup> o con su posible acumulación a otros periodos de descanso. En este sentido, junto a convenios que prohíben su acumulación con el periodo vacacional<sup>1717</sup>, existen otros que, expresamente, permiten esta posibilidad<sup>1718</sup>.

Por otro lado, en algún convenio se permite adelantar la fecha del disfrute a la de la celebración del matrimonio. En este sentido, los convenios suelen fijar el número de días susceptibles de ser disfrutados con anterioridad<sup>1719</sup>, señalándose expresamente que ello no implica aumentar la duración del permiso<sup>1720</sup>. Sin embargo, con mayor libertad algún convenio prevé que la distribución de los 15 días de permiso se realice a voluntad del trabajador los días anteriores o posteriores a la fecha del matrimonio<sup>1721</sup>.

También las reglas de disfrute introducidas por la negociación colectiva pueden introducir limitaciones relacionadas con el propio derecho a acceder al permiso por matrimonio. Y es que, aunque, el artículo 37.3.a ET no señala ningún límite, concediendo el permiso siempre que hay un matrimonio, algunos convenios impiden que la misma persona pueda acceder a él por la celebración de nuevas nupcias, si entre ambos matrimonios no ha transcurrido un periodo de tiempo determinado<sup>1722</sup>.

### **1.3. Extensión del permiso a otras situaciones de convivencia distintas al matrimonio: las parejas de hecho**

El permiso por matrimonio gravita, valga la redundancia, sobre el hecho del matrimonio, comprendiendo dicho concepto tanto el matrimonio civil,

como los matrimonios religiosos oficialmente reconocidos y a los que el ordenamiento jurídico les concede efectos civiles<sup>1723</sup>.

Por ello, no resulta ni discriminatorio ni ilegal que el permiso no se conceda a otras instituciones de convivencia similares al matrimonio, pese a que la realidad social aconsejaría que estas situaciones tuvieran un régimen jurídico similar al del matrimonio<sup>1724</sup>. Nos estamos refiriendo evidentemente a las denominadas «uniones de hecho». Efectivamente, aunque el art. 39 CE no restringe el concepto de familia a la que surge como efecto del nexo matrimonial, el Tribunal Constitucional ha confirmado la especial protección constitucional que tiene la institución matrimonial y que no se extiende a las uniones de hecho, lo que permite al legislador establecer diferencias de trato, siempre y cuando no sean arbitrarias o desproporcionadas, en función del tipo de vínculo por el que se constituye la familia<sup>1725</sup>.

Por ello, cuando los convenios no establecen ninguna referencia sobre la extensión de este derecho a las parejas de hecho no queda más remedio que entender la cláusula de forma restrictiva y, por tanto, de aplicación exclusiva a los casos de matrimonio<sup>1726</sup>. No obstante, esta situación de exclusión viene confirmada ocasionalmente por la propia normativa convencional, como cuando se señala de forma expresa qué permisos se extienden a las parejas de hecho, no incluyéndose entre ellos la licencia por matrimonio<sup>1727</sup>.

De la misma manera, tampoco puede extenderse el derecho a las uniones de hecho cuando la negociación colectiva se expresa mediante remisiones genéricas a dicha figura del tipo «*dentro del concepto de afinidad se integrarán las denominadas parejas de hecho*»<sup>1728</sup>, ni cuando se incluye, de forma expresa, a las parejas de hecho en relación con los permisos familiares, pero no en el de matrimonio<sup>1729</sup>, ni ante determinadas fórmulas genéricas de extensión de los permisos a las parejas de hecho que, sin embargo, les exigen un periodo de convivencia mínimo para poder disfrutar de las licencias<sup>1730</sup>.

Probablemente, tampoco pueda ampliarse el ámbito subjetivo del permiso en aquellos casos en que se equipara la acepción cónyuge a pareja de hecho (*infra*, I.1.C), pues, en buena lógica el término cónyuge no aparece en relación con el permiso de matrimonio, por lo que cabe una interpretación que excluya a las parejas de hecho de la posibilidad de su disfrute<sup>1731</sup>.

## A) *Inclusiones*

En consecuencia, pese a que, como se ha anunciado, existen motivos que hacen recomendable una extensión genérica de este permiso a las parejas de hecho, hoy por hoy, sólo se les aplica cuando la negociación colectiva así lo prevea.

Pues bien, ante esta situación, aunque todavía no son muchos, el número de convenios que extienden el permiso a las uniones de hecho va en aumento<sup>1732</sup>.

Así, en algún caso, la negociación colectiva<sup>1733</sup>, ante la falta de una norma estatal que regule las parejas de hecho, remite esta cuestión a la legislación

vigente en cada Comunidad Autónoma<sup>1734</sup> y, en otras muchas ocasiones, sí incluye las uniones de hecho a efectos de la licencia por matrimonio<sup>1735</sup>.

A veces, la equiparación de las uniones de hecho no aparece de forma expresa, pero puede entenderse del contenido de la regulación<sup>1736</sup>. Sin embargo, la doctrina judicial cuando ha tenido ocasión de pronunciarse ha negado esta posibilidad. En este sentido la STSJ Castilla y León de 19 de octubre de 2006 (Rec. 927/2006) determina que, pese a que existe un Pacto Social concertado entre la empresa y sus trabajadores que, en materia de permisos, concede a las parejas de hecho legalmente reconocidas los mismos derechos que las personas vinculadas mediante matrimonio, *«ha de concluirse que si bien a las parejas de hecho legalmente reconocidas se las equiparan en derechos a las personas vinculadas mediante matrimonio, ello no implica que se les reconozca un derecho para la que se precisa un requisito, cual es en el caso que nos ocupa, el matrimonio (en cualquiera de sus modalidades) y no concurra éste, pues como acertadamente se razona en la sentencia de instancia, la inscripción como pareja de hecho no es lo mismo que el matrimonio, diferencia que no obsta el reconocimiento de los mismos derechos que a las personas vinculadas mediante matrimonio, pero siempre que concurran para el nacimiento de los derechos los mismos requisitos o motivos de los que deriva el derecho, y así, por ejemplo, los dos días que se reconocen en el apartado b) del art. 37.3 del Estatuto de los Trabajadores por nacimiento de hijo o por fallecimiento de parientes en los términos establecidos en dicho precepto, se reconocerá sin ninguna diferencia a la pareja de hecho y a la unida por matrimonio, siempre que concurran las circunstancias para ello, como es el nacimiento de hijo o fallecimiento de parientes»*<sup>1737</sup>.

## **B) Limitaciones al disfrute**

Cuando se extiende a las parejas de hecho a veces se incluyen limitaciones a su disfrute que hay que entender válidas por cuanto limitan una mejora convencional y no el régimen estatutario. En alguna ocasión la finalidad es evitar que la creación de una situación de pareja pueda provocar la duplicación del permiso<sup>1738</sup>, aunque la mayoría de las veces la limitación se establece con el fin de evitar que la licencia se repita por el mismo sujeto causante por la unión sucesiva con distintas parejas. La razón sociológica a este fenómeno podría encontrarse en una visión equivocada de estas formas de convivencia que se consideran menos estables que los vínculos jurídicos. En este sentido el caso más restrictivo es el de la normativa convencional que limita el disfrute de este permiso por la inscripción de parejas de hecho a una sola vez<sup>1739</sup>, excluyendo expresamente su carácter retroactivo<sup>1740</sup>. No obstante lo habitual es establecer plazos temporales<sup>1741</sup>.

Por último, cabe preguntarse si pueden establecerse distinciones a la hora de conceder o no el permiso en función de la orientación sexual de las parejas de hecho. Hay que recordar en este sentido que la doctrina judicial ya hizo notar en su día que la concesión del permiso en exclusiva al nexo



matrimonial resultaba discriminatoria para las parejas homosexuales, puesto que en ese momento no podían acceder al matrimonio<sup>1742</sup>. En la actualidad, la reforma de nuestra legislación para reconocer el matrimonio homosexual ha subsanado esta situación en relación con el matrimonio. De la misma manera, la incorporación de la prohibición de discriminación por orientación sexual en el art. 17 ET por la Ley 62/2003 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social elimina las dudas que pudieran plantearse respecto de las parejas de hecho homosexuales. En consecuencia, deben considerarse ilegales las cláusulas negociales que determinen el acceso al permiso en función de la orientación sexual de los integrantes de una unión de hecho<sup>1743</sup>.

## 2. TRASLADO DEL DOMICILIO HABITUAL

El artículo 37.3.c ET concede un permiso retribuido de *«un día por traslado del domicilio habitual»*. Este permiso suele mantener su régimen jurídico al ser trasladado a los convenios colectivos, que, mayoritariamente reiteran el precepto estatutario o se remiten al mismo<sup>1744</sup>, concretándose en algún caso que el día de permiso será natural<sup>1745</sup>, laborable<sup>1746</sup> o hábil<sup>1747</sup>.

En algunos convenios se introducen mejoras respecto del régimen previsto en la norma. Las mejoras se concretan en una ampliación del número de días de permiso, bien de forma absoluta, para cualquier traslado del domicilio<sup>1748</sup>, bien condicionadas a que se den determinadas circunstancias como que el traslado del domicilio se realice a localidad distinta<sup>1749</sup>; que implique un desplazamiento<sup>1750</sup>; que coincida con días no laborables<sup>1751</sup>; o que el traslado del domicilio se haga con o sin mobiliario<sup>1752</sup>. Respecto de este último aspecto debe señalarse que el convenio puede ampliar el número de días por la concurrencia de esta circunstancia, pero no puede limitar su concesión a los casos en que el cambio de domicilio origine el traslado del mobiliario. Ciertamente, pese a que, en alguna ocasión, se ha manifestado que el permiso sólo surge por los cambios de vivienda con traslado de enseres<sup>1753</sup>, lo cierto es que el Estatuto no establece ningún límite, por lo que caben otras posibilidades de traslado de domicilio<sup>1754</sup>.

En algún convenio se concede un permiso no recogido en el ET que también tiene como origen la vivienda del trabajador y que se concede por el acaecimiento de hechos catastróficos<sup>1755</sup>.

## 3. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER INEXCUSABLE

El art. 37.3.d ET contiene un permiso *«por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo»*. Además, el permiso se somete a las siguientes reglas: *«Cuando conste en una norma legal o convencional un período determinado, se estará a lo que ésta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica»*.

»Cuando el cumplimiento del deber antes referido suponga la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del 20 por 100 de las horas laborables en un período de tres meses, podrá la empresa pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia regulada en el apartado 1 del artículo 46 de esta Ley.

»En el supuesto de que el trabajador, por cumplimiento del deber o desempeño del cargo, perciba una indemnización, se descontará el importe de la misma del salario a que tuviera derecho en la empresa».

### 3.1. Identificación de los supuestos incluidos en el permiso

Sin duda, la primera cuestión es identificar los deberes inexcusables de carácter público y personal a efectos de la concesión del permiso.

Que el deber sea de carácter público debe entenderse como la exigencia a los particulares de llevar a cabo un determinado comportamiento frente a la Administración Pública, de manera que el contrato de trabajo no se convierte en un obstáculo en esta relación entre el trabajador-ciudadano y los poderes públicos<sup>1756</sup>.

En cuanto al resto de calificativos que delimitan este deber hay que señalar que el carácter inexcusable ha sido entendido como la existencia de una obligación «genéricamente inexcusable, aun cuando pueda ser excusado a título individual»<sup>1757</sup>; y que el carácter «personal» da idea de la imposibilidad de su cumplimiento por sustitución<sup>1758</sup>.

Como consecuencia el permiso engloba:

**a)** En primer lugar, la realización de deberes relacionados con la celebración de un proceso electoral político, lo que alcanza tanto al sufragio activo, recogido expresamente en el Estatuto desde la reforma operada por la Ley 11/1994, finalizando la controversia judicial existente al respecto<sup>1759</sup>; como a la participación en mesas electorales.

**b)** En segundo lugar, quedan incluidos en el ámbito del precepto las actuaciones ante los órganos judiciales, por cuanto constituyen un deber ciudadano (art. 118 CE).

Este concepto engloba, desde luego, la intervención como jurado en juicio, pues de acuerdo con el art. 7.1 de la LO 5/1995, de 22 de mayo del Tribunal del Jurado, dicha intervención tendrá, «a los efectos del ordenamiento laboral y funcional, la consideración de cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal».

El permiso también ampara las ausencias de la jornada laboral debidas a la comparecencia del trabajador como testigo en juicio. En este sentido, es evidente que cuando la comparecencia responda a una citación existirá una obligación pública que queda amparada por el art. 37.d ET. El problema se plantea entonces cuando el testigo se presenta en juicio sin ser citado, de manera voluntaria. La Ley de Procedimiento Laboral ampara esta situación cuando establece que «se admitirán las pruebas que se formulen y puedan

*practicarse en el acto*» (art. 89.1 LPL), ya que, por el contrario, si se requiere citación podrán proponerse testigos «*al menos con tres días de antelación a la fecha del juicio*». Pues bien, los tribunales laborales han denegado la concesión del permiso en estos casos al no mediar citación<sup>1760</sup>, por lo que sólo se concederá permiso cuando así se establezca en el convenio colectivo de referencia<sup>1761</sup>.

Respecto de la actuación como perito, sólo cabe aplicar el permiso en los casos en que su actuación sea obligatoria como consecuencia de un llamamiento o citación judicial<sup>1762</sup>.

Por último, en cuanto a la actuación como parte en los juicios, parece que el permiso ampara su ausencia cuando su presencia sea necesaria, sin que quepa ser sustituido por representación, pero no aquellas otras en que su participación puede llevarse a cabo por medio de representante<sup>1763</sup>. En este sentido las resoluciones judiciales no admiten como un deber inexcusable la asistencia a juicio contra la empresa como demandante, salvo que haya sido citado como testigo<sup>1764</sup>. La negociación colectiva se ha referido a esta situación tanto para excluirla<sup>1765</sup>, como para incluirla<sup>1766</sup>. Por el contrario, resulta dudoso que el convenio pueda excluir los casos en que el trabajador actúe como parte imputada<sup>1767</sup>.

c) En tercer lugar, también quedan incluidos ciertas obligaciones de hacer que impone la normativa penal, como el deber de denunciar los delitos que se presencien o los que se conozcan con motivo del cargo desempeñado (arts. 259 y 261. LECrim); y ciertas intervenciones como la obligación de prestar socorro (arts. 195 y 618 CP), y la de impedir la comisión de un delito que afecte a la integridad o salud, libertad o libertad sexual de las personas (art. 450 CP)<sup>1768</sup>.

d) Igualmente, abarca los deberes derivados del ejercicio de un cargo público, siempre que no imposibiliten la asistencia al trabajo pues, en este caso lo que procede es aplicar la excedencia forzosa a la que se refieren los artículos 45.1.f y k y 46.1 ET. A esta misma situación se llega, por decisión discrecional del empresario, si el ejercicio del cargo finalmente implica un número de ausencias mínimo del 20% de las horas laborables en un período de tres meses.

e) También existen otras obligaciones administrativas, como la renovación del DNI, el pasaporte, el carnet de conducir, el carnet de manipulador de alimentos que sólo se entienden como incluidos en el ámbito del permiso si existe una superposición de horarios prolongada, pues en otro caso el trabajador puede acudir en su tiempo libre<sup>1769</sup>, incluso aunque las gestiones vengan impuestas como consecuencia del trabajo prestado<sup>1770</sup>. Evidentemente, el convenio colectivo puede extender a estas situaciones el concepto de deber inexcusable<sup>1771</sup>.

En atención a lo hasta ahora expuesto, en ocasiones los convenios incluyen, con mayor o menor fortuna, una relación de los deberes que dan lugar al disfrute de este permiso por parte de los trabajadores<sup>1772</sup>.

### **3.2. Concreción legal de la duración y retribución del permiso**

Este permiso permite una ausencia por el tiempo indispensable, por lo que se hace necesaria una labor de concreción en función de las circunstancias concurrentes. No obstante, el Estatuto señala que en caso de que la norma que regule el deber objeto del permiso concrete la duración del permiso en un periodo determinado, habrá que estar a la duración prevista<sup>1773</sup>.

Por otro lado, estamos ante un permiso retribuido que debe remunerarse con los mismos criterios que el resto de los enumerados en el precepto. No obstante, el art. 37.3.d ET hace referencia hasta dos veces a la posibilidad de que el trabajador reciba una compensación económica por el ejercicio del deber inexcusable. La primera vez para señalar que, si la norma que regula el ejercicio del deber objeto del permiso establece un periodo determinado, habrá que estar a lo en ella establecido en cuanto a su duración, como ya se ha señalado, y a su compensación económica. La segunda para manifestar que el empresario podrá retraer del salario el importe de la indemnización que el trabajador reciba como consecuencia del cumplimiento del deber o desempeño del cargo. La doctrina ha entendido que, pese a la confusa redacción, ambas reglas se refieren al derecho empresarial para descontar de la retribución empresarial las cantidades recibidas por el trabajador, pudiendo llegar a no abonarse cantidad alguna en concepto de salario<sup>1774</sup>. Sin embargo también puede entenderse que, en el primer caso, se hace referencia, no a la compensación económica que el órgano para el que se realiza el deber pueda otorgar, sino a la manera en que el empresario, de acuerdo con la normativa, deberá retribuir dicha ausencia<sup>1775</sup>. En el segundo caso sí se hace mención expresa a la indemnización o retribución que el trabajador pueda recibir como contraprestación a la realización del deber impuesto.

En cualquier caso, ¿qué ocurre entonces con aquellos convenios que no recogen esta previsión? La experiencia nos muestra como, en muchas ocasiones, se reproduce el texto estatutario, pero sólo parcialmente, sin incluir el párrafo que habilita al empresario para el descuento salarial y el pase a excedencia forzosa o ambos<sup>1776</sup>. Evidentemente, cabe argüir que la omisión es deliberada y que, por tanto, estamos ante una mejora convencional<sup>1777</sup>, por lo que el trabajador recibirá su salario y la compensación correspondiente<sup>1778</sup> y el empresario renuncia a la facultad de pasar al trabajador a situación de excedencia forzosa.

### **3.3. Concreción convencional del permiso**

Mucho más complicado resulta interpretar cómo puede influir la negociación colectiva en materia de duración y retribución del permiso. Efectivamente, el artículo 37.3.d ET no sólo atiende a la posibilidad de que una norma legal concrete la duración y la compensación económica del permiso, sino que menciona igualmente, a tal fin, a la normativa convencional. No cabe duda que la negociación colectiva puede incidir sobre la regulación del permiso para flexibilizar su régimen jurídico, como ocurre cuando señala lí-

mites más amplios para el pase a excedencia forzosa<sup>1779</sup>. Pero ¿implica la alusión normativa que por convenio se puede acotar la duración del cumplimiento de un deber inexcusable o determinar, incluso limitándola, la retribución aplicable?

Ciertamente, en algunos casos, la negociación colectiva ha actuado en este sentido<sup>1780</sup>. Pese a ello, lo normal, como ya se ha manifestado, es que la negociación colectiva se limite a repetir sin más la letra del precepto estatutario<sup>1781</sup>.

#### 4. REALIZACIÓN DE FUNCIONES SINDICALES

El artículo 37.3.e ET concede un permiso *«para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente»*, lo que ha llevado a la doctrina a calificar la norma como inocua respecto del propio permiso<sup>1782</sup>, dada la total remisión que el precepto hace a la regulación legal y/o convencional. Los supuestos legales a los que hace referencia la norma vienen establecidos por el denominado crédito horario del que disfrutaban los representantes unitarios (art. 68.e ET), los representantes sindicales (art. 10.3 LOLS), y delegados de prevención (art. 37.1 LPRL). Asimismo, incluye el permiso retribuido, adicional y no integrado en el crédito horario<sup>1783</sup>, que tienen los representantes sindicales que formen parte de una comisión negociadora y que estén en activo en una empresa (9.2 LOLS)<sup>1784</sup>.

Pese a la llamada directa a la negociación colectiva para que regule estos permisos, de nuevo la práctica totalidad de los convenios, al margen de regular determinados aspectos del crédito horario, reproducen casi literalmente el contenido de la norma estatutaria casi literalmente, reiterando la remisión a la legislación vigente y la normativa convencional<sup>1785</sup>, lo que no deja de ser un sinsentido y un ejemplo claro de redacción confusa de cláusulas negociales.

En algún caso sí se crea algún permiso nuevo como la licencia especial para los representantes de los trabajadores, delegados de personal y miembros del comité de empresa<sup>1786</sup>. Se trata de un supuesto de excedencia. Lo que ocurre es que la empresa puede dar de baja de afiliación y cotización en la SS al trabajador durante este tiempo, pero sí así se hace serán a su cargo los salarios del trabajador.

#### 5. PERMISOS POR ESTUDIOS

El art. 23.1 ET señala que el trabajador tendrá derecho *«al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, así como a una preferencia a elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional»*. A continuación el art. 23.2 establece que *«en los Convenios Colectivos se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos»*.

Existe en esta materia una clara relación de complementariedad entre la ley y la negociación colectiva que plantea dudas sobre la aplicación inmediata de los derechos reconocidos en el precepto. Entiendo que el derecho existe siempre, por lo que será aplicable aun cuando no exista regulación convencional sobre el mismo<sup>1787</sup>. En este sentido la llamada a la negociación colectiva se hace para que en la misma se perfile la forma en que se habrán de disfrutar<sup>1788</sup> y, sobre todo, su compensación económica. Precisamente, en relación con este último aspecto debe resolverse qué ocurre ante la falta de normativa convencional. La doctrina de los tribunales parece que opta por entenderlos como retribuidos sólo en la medida en que así lo disponga el convenio colectivo aplicable<sup>1789</sup>. Sin embargo, existe también doctrina que defiende el carácter retribuido de los permisos en todo caso sobre la base de la eficacia directa del precepto<sup>1790</sup>, lo que, de aceptarse, condicionaría la legalidad de aquellos cláusulas convencionales que optan por señalar su carácter no retribuido<sup>1791</sup>.

### 5.1. Permisos para concurrir a exámenes

Lo primero que hay que determinar en relación con este permiso es a qué titulaciones se refiere. Resulta evidente que comprende los títulos oficiales de Licenciado, Arquitecto e ingeniero, Diplomado, Arquitecto técnico e Ingeniero técnico, Técnico y Técnico superior, pero además, a tenor de la doctrina, dada la indefinición de la norma, deberían incluirse los que «certifiquen o constaten que el trabajador ha accedido a determinados conocimientos o calificaciones, con tal de que ofrezca un mínimo de credibilidad o seriedad», aunque carezcan de validez administrativa o seriedad<sup>1792</sup>. Bajo este criterio la doctrina judicial ha incluido en el ámbito del permiso la realización de las pruebas para la obtención del carné de conducir<sup>1793</sup>. Igualmente, en algún caso, la negociación colectiva regula de forma conjunta estos derechos<sup>1794</sup>.

Lo cierto es que la negociación colectiva se refiere a ellos bajo criterios muy distintos. Existen convenios que, de forma muy genérica, incluyen esta previsión junto con el resto de permisos retribuidos, dotando al trabajador de permiso para concurrir a exámenes<sup>1795</sup>; a exámenes oficiales<sup>1796</sup>; a exámenes de enseñanza reglada<sup>1797</sup>; para concurrir a exámenes para la obtención de un título oficial<sup>1798</sup> de carácter académico o profesional<sup>1799</sup>; de estudios oficiales<sup>1800</sup>; exámenes de centros oficiales u oficialmente reconocidos<sup>1801</sup>; de centros oficiales de formación<sup>1802</sup>; para concurrir a exámenes como consecuencia «de los estudios que esté realizando en centros de enseñanza, universitarios o de formación profesional de carácter público o privado, reconocidos»<sup>1803</sup>; para concurrir a exámenes en centros docentes en estudios superiores, grado medio o elemental<sup>1804</sup>; o, con mayor amplitud, otorgan un permiso «para concurrir a exámenes de enseñanza que supongan desarrollo personal, profesional, cultural, etcétera»<sup>1805</sup>.

En ocasiones el permiso se refiere a la realización de pruebas para acceder a plazas en la Administración Pública<sup>1806</sup>.

Más específicamente, la negociación colectiva impone en determinadas ocasiones que los estudios estén relacionados con la actividad de la empresa. Sin embargo el art. 23.1.a) ET no establece en modo alguno este vínculo<sup>1807</sup>. Es más, nuestros tribunales han señalado que el precepto se refiere «a la formación externa y por cuenta del trabajador»<sup>1808</sup>. ¿Qué virtualidad tienen, por tanto, este tipo de cláusulas? En mi opinión, puesto que, como hemos dicho, el art. 23 ET es de aplicación directa nada impide al trabajador poder seguir disfrutando de los permisos cuando los estudios no estén relacionados con su actividad profesional<sup>1809</sup>. Lo que ocurre es que, si se entiende que es la negociación colectiva la que determina el carácter retribuido, entonces sólo tendrían dicho carácter cuando tengan relación con la actividad de la empresa, corriendo a cargo del trabajador en los demás casos<sup>1810</sup>. Si, por el contrario, se entiende que el permiso será retribuido, pese a que la negociación colectiva no lo señale como tal, habrá que entender estas cláusulas como ilegales, reinterpretándolas de manera que incluyan los permisos por exámenes de aquellas titulaciones que no se relacionan con la actividad de la empresa.

Finalmente, también encontramos fórmulas típicas que, por su generalidad, se encuentran vacías de contenido, como cuando se concede el permiso «por el tiempo establecido para disfrutar de los derechos educativos generales y de la formación profesional en los supuestos y en la forma regulados en la legislación vigente»<sup>1811</sup> o «en el Estatuto de los Trabajadores»<sup>1812</sup>.

En cuanto a la duración del permiso hay que señalar que la gran mayoría de convenios lo recogen por el tiempo imprescindible sin más limitaciones, lo que incluirá tanto el de la duración de la prueba, como el necesario para que el trabajador la realice en adecuadas condiciones de concentración y agilidad mental<sup>1813</sup>; e, igualmente, el tiempo de desplazamiento<sup>1814</sup>. Lo que sí hace la normativa convencional es establecer un límite máximo global a la duración de este permiso. Para ello se imponen como tope un número de días anuales, siendo lo más habitual, conceder el permiso hasta 10 días, lo que es herencia de la Ley 16/1976, de 6 de abril, de Relaciones Laborales, precedente normativo del Estatuto de los Trabajadores, cuyo artículo 9.2.a establecía el derecho para concurrir a exámenes «por el tiempo máximo de diez días al año»<sup>1815</sup>.

Por otro lado, podemos asegurar, aunque no se diga, que «el trabajador disfrutará de este permiso en el día natural en que tenga el examen»<sup>1816</sup>, estableciéndose en algún caso reglas particulares en relación, por ejemplo, con las jornadas nocturnas en las que el permiso se disfruta la noche anterior<sup>1817</sup>. En ocasiones los permisos por estudios tienen una duración más amplia, aunque suelen perder el carácter retribuido<sup>1818</sup>.

La duración del permiso, en algunos de estos casos, se vincula indirectamente a las características de los propios estudios (doctorados, proyectos de investigación...) <sup>1819</sup>.

Por último, hay que hacer referencia a ciertos condicionantes que, en mayor o menor medida, establece la negociación colectiva. Me refiero, principalmente, a la exigencia de un aprovechamiento de los estudios. Al respec-



to, la doctrina se ha mostrado reticente a admitir que el permiso pueda ser reducido o negado en atención a la falta de superación de una determinada prueba, por la que ya se otorgó una licencia, y la consiguiente necesidad de repetirla<sup>1820</sup>. Sin embargo, creo que sí debe admitirse una limitación basada en el aprovechamiento, entendido de forma amplia y no en relación con cada uno de los exámenes<sup>1821</sup>, pues la propia regularidad a la que se refiere el precepto es comprobable en atención a la presentación a las convocatorias y las calificaciones obtenidas<sup>1822</sup>.

Otra limitación es la que tiene que ver con el tipo de examen, no concediéndose el permiso para cualquiera de ellos, sino sólo para aquellos que tienen un valor añadido por su carácter liberatorio o definitivo<sup>1823</sup>. Esta redacción también tiene su origen en el art. 9.2.a de la Ley de Relaciones Laborales pues en él el permiso se concedía para concurrir a «*a exámenes finales y demás pruebas definitivas de aptitud y evaluación*».

También se limita el disfrute del permiso en atención al tiempo de servicios en la empresa<sup>1824</sup>.

## 5.2. Adaptaciones de jornada por estudios

El derecho que el artículo 23.1.a ET concede para elegir turno también ha sido adoptado por la negociación colectiva para favorecer que los trabajadores puedan asistir a los cursos. Mayoritariamente, los convenios que recogen esta posibilidad adoptan, de forma literal, la normativa estatutaria, es decir señalan «*la preferencia para elegir turno, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional*»<sup>1825</sup>.

Por otro lado, algunos convenios establecen con estos mismos fines la posibilidad para estos trabajadores de reducir su jornada laboral<sup>1826</sup>.

## 6. OTROS PERMISOS LEGALES Y SU REFLEJO EN LA NORMATIVA CONVENCIONAL.

### 6.1. Permisos retribuidos relacionados con la movilidad del trabajador

De acuerdo con el artículo 40.4, párrafo segundo, ET el trabajador que vaya a ser desplazado de su centro de trabajo a localidad distinta durante un tiempo superior a tres meses «*tendrá derecho a un permiso de cuatro días laborables en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin computar como tales los de viajes, cuyos gastos correrán a cargo del empresario*».

La negociación colectiva, además, suele incluir otros permisos relacionados con los traslados y desplazamientos<sup>1827</sup>.

## 6.2. El permiso para la búsqueda de un empleo como consecuencia de un despido objetivo

De acuerdo con el art. 53.2 ET durante los 30 días de preaviso anteriores a la extinción del contrato por causas objetivas «*el trabajador, o su representante legal si se trata de un disminuido que lo tuviera, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo*».

Se trata de un permiso con un objetivo irreal, ya que resulta evidente que ni el mes de preaviso, ni las seis horas semanales se antojan suficientes para que el trabajador pueda encontrar otro empleo y reorganice su vida, acomodándola a la nueva situación<sup>1828</sup>.

Además, este permiso está vinculado a la existencia del preaviso, por lo que, si desde la empresa se opta por indemnizar dichos días, lo que resulta una práctica habitual, procediendo a su reducción o eliminación, el permiso se minorará proporcionalmente o desaparece por completo.

No debe extrañar, en consecuencia, que la negociación colectiva no suele incluir ninguna referencia a él<sup>1829</sup>.

## 7. OTROS PERMISOS ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVA CONVENCIONAL.

### 7.1. Permisos para ceremonias y eventos

Si antes se ha señalado que el permiso por matrimonio tiene una naturaleza vacacional, en la negociación colectiva existen otros permisos cuya naturaleza podría definirse como festiva. Me refiero a determinados permisos creados por la negociación colectiva, cuya finalidad es permitir la asistencia del trabajador a la celebración de ciertos actos sociales, siendo el más típico el permiso para acudir a bodas de familiares, aunque también se recogen otros como bautizos y comuniones.

#### A) *Matrimonio de familiares*

El permiso se concede, evidentemente, en aquellos casos en que la ceremonia coincida con un día laborable, permitiendo al trabajador asistir al evento. La relación de familiares que dan lugar al permiso incluye normalmente a los hijos<sup>1830</sup>; a los hijos y los padres<sup>1831</sup>; a los hijos y a los hermanos<sup>1832</sup>, a los hijos y a los nietos<sup>1833</sup>, o a los hijos, los padres y los hermanos<sup>1834</sup>. En algunos casos la relación de parientes es más amplia<sup>1835</sup>, incluyendo ocasionalmente a los familiares de la pareja de hecho<sup>1836</sup>.

Algunos convenios prevén también una ampliación del permiso si, para acudir a la ceremonia, se ha de realizar un desplazamiento<sup>1837</sup>.

Evidentemente, la posibilidad de que un trabajador se encuentre en si-

tuación de disfrutar este permiso varias veces al año ha llevado a algún convenio a limitar el número de veces que se puede conceder el permiso<sup>1838</sup>.

Además, en algún caso se establece un régimen de preaviso superior a fin de no entorpecer el funcionamiento de la empresa<sup>1839</sup>.

### **B) Otras ceremonias y eventos**

Otras ceremonias o eventos recogidos son la comunión<sup>1840</sup>, los bautizos<sup>1841</sup>, o ambos acontecimientos<sup>1842</sup> en relación con los hijos. En algunos casos se extiende también a los nietos y otros familiares<sup>1843</sup>.

Otros convenios amplían este permiso a otros actos socio-religiosos propios de los sujetos, lo que implica un reconocimiento de la diversidad cultural<sup>1844</sup>.

## **7.2. Permiso por asuntos propios o de libre disposición**

La negociación colectiva suele introducir como mejora la posibilidad de que los trabajadores puedan beneficiarse de un permiso retribuido para la realización de asuntos personales<sup>1845</sup>. A diferencia de las licencias reconocidas en el art. 37.3 ET, el permiso por asuntos propios o privados<sup>1846</sup> o de libre disposición<sup>1847</sup> no se considera trabajo efectivo, pues, durante el mismo, *«el trabajador no realiza trabajo alguno, ni su regulación y reconocimiento responde a la necesidad del trabajador de llevar a cabo alguna clase de obligación legal o familiar..., asemejándose más a un periodo de descanso... sin que el hecho de que sea retribuido pueda inferirse, sin más consideraciones, que se equipara a jornada efectiva de trabajo; pues para ello hubiera sido preciso el acuerdo individual o colectivo»*<sup>1848</sup>. La negociación colectiva refleja en ocasiones estos acuerdos, tanto en un sentido, como en otro<sup>1849</sup>.

### **A) La duración del permiso**

La duración de este permiso varía mucho de convenio a convenio: dos horas<sup>1850</sup>; cuatro horas<sup>1851</sup>; ocho horas<sup>1852</sup>; un día<sup>1853</sup>; dos días<sup>1854</sup>; tres días<sup>1855</sup>; cuatro días<sup>1856</sup>; cinco días<sup>1857</sup>; seis días<sup>1858</sup>; nueve días<sup>1859</sup>, por el tiempo imprescindible<sup>1860</sup>.

Otras veces no se establece una duración única para el permiso, sino que la misma se obtendrá acudiendo a distintos criterios, como el disfrute proporcional en función al tiempo trabajado<sup>1861</sup>. La jurisprudencia ha admitido que los días de permiso por asuntos propios se disfruten de forma proporcional en el caso de trabajadores a tiempo parcial, sin que ello implique una desigualdad respecto de los trabajadores a tiempo completo<sup>1862</sup>. Otros criterios utilizados en la negociación colectiva son: la categoría del trabajador<sup>1863</sup>; u otras fórmulas, como la utilizada en algún convenio, señalado que

este permiso será equivalente a «un número de horas igual a la diferencia entre el número de horas resultantes del cumplimiento del horario correspondiente a los días laborables establecidos en el calendario de la Comunidad Autónoma donde se encuentre encuadrado su Centro de trabajo y las horas previstas para la jornada anual pactada»<sup>1864</sup>.

Por último, señalar que en algún convenio<sup>1865</sup> se limita el disfrute de un día por asuntos propios a los trabajadores que no hubieren faltado al trabajo en el año natural anterior, considerándose como ausencias tanto las ausencias injustificadas como las excedencias, bajas por enfermedad o accidente o los propios permisos retribuidos. Por ello, probablemente el permiso de asuntos propios solo sea disfrutable una vez cada dos años.

### **B) Reglas de disfrute**

En muchas ocasiones el disfrute de estos permisos se somete a una serie de reglas especiales cuyo fin es evitar un daño a la empresa.

a) Así, en muchas ocasiones, se prevé la imposibilidad de acumular estos días a otros periodos sin trabajo como las vacaciones<sup>1866</sup> u otras jornadas festivas<sup>1867</sup> (medidas anti-puente) o acumularlos de un año a otro<sup>1868</sup>. Este último límite entiendo que juega aunque no se diga nada en el convenio<sup>1869</sup>. Igualmente, algún convenio obliga a que se disfruten de forma discontinua<sup>1870</sup>.

b) También se suele impedir su disfrute en periodos en los que la actividad de la empresa sea más sensible a la pérdida de mano de obra<sup>1871</sup>.

c) Por último, se establecen medidas para distribuir estos días entre los trabajadores evitando su disfrute generalizado en las mismas fechas<sup>1872</sup>.

No es extraño, por lo demás, que los convenios establezcan todas o casi todas las medidas anteriores<sup>1873</sup>.

Por el contrario, otros convenios prevén reglas distintas permitiendo su acumulación al periodo vacacional o a los días festivos<sup>1874</sup>.

### **7.3. Licencias para la obtención y renovación de permisos y licencias y otras gestiones**

La necesidad de que los trabajadores realicen ciertas gestiones administrativas habituales y, en cierto modo, necesarias ha llevado a la negociación colectiva a ocuparse de ellas, señalando una serie de permisos retribuidos para que el trabajador pueda llevarlas a cabo<sup>1875</sup>.

Dentro de estas hay que enmarcar el permiso que se concede como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial recogido en algún convenio<sup>1876</sup>.

También destaca la regulación convencional que habilita al trabajador para interrumpir su prestación laboral, sin pérdida de salario, para obtener y renovar permisos y licencias tales como el Documento Nacional de Identidad<sup>1877</sup>; el carnet de conducir, debiendo diferenciarse en este caso de los convenios que lo conceden independientemente del puesto de trabajo que ocupa<sup>1878</sup>, de aquellos que lo vinculan a las funciones desempeñadas en la empresa<sup>1879</sup>; o el carnet de manipulador de alimentos<sup>1880</sup>. Este tipo de gestiones, cuando se incluyen, no siempre generan un permiso específico, pues, como se ha manifestado anteriormente, algunos convenios las entienden comprendidas en otros permisos retribuidos como el que se concede para el cumplimiento de un deber inexcusable o como el permiso para exámenes, en el caso de la realización de las pruebas para la obtención del carné de conducir.

Otras gestiones que ocasionalmente se tienen en cuenta desde la normativa convencional son, por ejemplo: el asesoramiento en información laboral<sup>1881</sup>; las gestiones notariales que deben llevarse a cabo con ocasión de la compra de una vivienda<sup>1882</sup>; gestiones oficiales<sup>1883</sup>; y tramitación de documentos políticos propios<sup>1884</sup>.

## Notas

<sup>1672</sup> Lo que da idea de su excepcionalidad –CRUZ VILLALÓN, J. (2003), *Estatuto de los Trabajadores comentado*, Madrid, Tecnos, p. 447–, su imprevisibilidad y su irregularidad –MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2001), *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Ediciones Laborum, Murcia, p. 25.

<sup>1673</sup> RAYÓN SUÁREZ, E. (1982), «Descanso semanal, fiestas y permisos», en AA. VV. *El Estatuto de los Trabajadores*, Vol. II, EDESA, Madrid, p. 322.

<sup>1674</sup> De esta manera se evita que la asunción de responsabilidades familiares suponga un coste económico para la unidad familiar –MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-a), «Permisos retribuidos», en ARGÜELLES BLANCO, R.; MARTÍNEZ MORENO, C. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares: estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001-2002)*. CES, Madrid, p. 151. No todos los permisos incluidos en la norma responden a la existencia de una obligación. En este sentido, por ejemplo en el permiso por matrimonio y el de mudanza suponen los supuestos más artificiales, ya que no se trata de supuestos en los que exista una obligación que no pueda cumplirse fuera del horario de trabajo y que se consideren necesarias para el normal funcionamiento de la vida –ABELLA MESTANZA, M. J. y GARCÍA VIÑA, J. (1996) «Los permisos de matrimonio y mudanza», *Tribuna Social*, nº 65 (número monográfico sobre los permisos de trabajo).

<sup>1675</sup> STSJ País Vasco de 16 de febrero de 2004 (Rec. 8/2002). La naturaleza mínima de este precepto ha sido reiterada por muchos pronunciamientos judiciales como la STSJ Madrid de 16 de mayo de 2007, Rec. 476/2007 en relación con el art. 37.3.b ET; la STSJ La Rioja de 16 de mayo de 2000 (Rec. 130/2000).

<sup>1676</sup> La doctrina ha destacado que «resulta paradójico el mantenimiento de una normativa tan imperativa e indisponible sobre cuestiones que no ocupan un lugar excesivamente sobresaliente en la regulación del tiempo de trabajo» –cfr. CABEZA PEREIRO, J. (2000), «Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada por lactancia guarda legal», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 100 (nº extraordinario monográfico dedicado «El Estatuto de los Trabajadores veinte años después»), p. 794

<sup>1677</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F. (2006), «Los permisos familiares en el Estatuto de los trabajadores», *Relaciones laborales* nº 7.

<sup>1678</sup> La doctrina ha puesto de manifiesto que, puesto que cada permiso responde a una situación o finalidad distinta, la comparación se produce entre condiciones heterogéneas que no admiten esta posibilidad, y más, cuando la cláusula convencional no limita el permiso, sino que directamente lo elimina —SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (1999), «Los permisos retribuidos del trabajador. (Régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo)», Aranzadi, Pamplona, p. 70; y LOUSADA AROCHENA, J. F. (2006), ob. cit.

<sup>1679</sup> Incluso se prevé en algún convenio de sector, como el <42< (art. 78.5), que los convenios que a su entrada en vigor tuvieran condiciones más beneficiosas en esta materia las mantendrán en sus propios términos.

<sup>1680</sup> Sobre el tema *vid.* CABEZA PEREIRO, J. (2000), ob. cit., pp. 791 y ss.

<sup>1681</sup> STSJ País Vasco de 24 de abril de 2001, Rec. 620/2001; SJS Pamplona nº 3 de 6 de septiembre de 2002, Proc. 377/2002. En este mismo sentido se venía pronunciando el Tribunal Central, entendiendo que la expresión «con derecho a remuneración» que prevé el precepto debe comprender el salario real, comprendiendo por tanto el salario base y los complementos salariales (STCT de 7 de marzo de 1985). Igualmente el Tribunal Supremo señaló en su día que «con relación a los permisos, retribuidos, el art. 37.3 ET no precisa nada más a su mandato de que el permiso sea retribuido; y esa sola invocación conduce a sostener que deben incluirse el salario base y los complementos salariales que sumen el salario real» (STS de 20 de mayo de 1992).

<sup>1682</sup> STSJ Madrid de 17 de enero de 2005, Rec. 6305/2005. Así, por ejemplo, el <216< (art. 29) en relación con el permiso que se origina por la acumulación del permiso por lactancia entiende que «será retribuido a todos los efectos a salario real del trabajador afectado»:

<sup>1683</sup> En algunos casos los convenios determinan que la retribución lo será el salario real o el salario base más los complementos como ocurre en el <225<; el <228<; el <300<; el <303<; el <328<. En el <48< se especifica que la retribución conlleva la pérdida de los complementos no salariales durante el tiempo que dure el permiso.

<sup>1684</sup> Por ejemplo el <365<, que distingue la retribución en función de que el trabajador sea obrero o empleado. En cualquier caso si el permiso tiene como causa la muerte de un familiar en primer grado «se incluirán los pluses que hubieran correspondido al trabajador de acuerdo con su calendario».

<sup>1685</sup> El <40< (art. 17) excluye de la remuneración los complementos por cantidad o calidad de trabajo, salvo en el caso de los representantes sindicales que perciben el 100% del salario. En similar sentido el <112< limita la retribución al salario base, el plus salarial y la antigüedad. En el <333< se establece una retribución promediada en función del tipo de permiso. En el caso de los recogidos en el art. 37.3 (a, b, c) ET la retribución promediada de lo percibido en el resto de días de la quincena o del mes. Si se trata de los permisos del art. 37.3 (d y e) ET el promedio íntegro.

<sup>1686</sup> El <106<, en este sentido, determina que a efectos retributivos que se abonará el salario hasta un máximo de 10.000 pesetas diarias

<sup>1687</sup> El <18< señala el carácter retribuido de los permisos «siempre que no excedan de 15 días al año». Se entiende que por encima de ellos no serán retribuidos. El permiso de matrimonio no cuenta para estos límites.

<sup>1688</sup> Así se señala de forma expresa en el <26< (art. 53); <39< (art.38); <40< (art. 20); <117< (art. 23).

<sup>1689</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-a), ob. cit., p. 153.

<sup>1690</sup> En este sentido, por ejemplo, el <240< (art. 19) establece el preaviso de forma obligatoria salvo supuestos excepcionales, en cuyo caso se acreditará suficientemente con posterioridad. También en el <365< (art. 100) se señala que los permisos deberán justificarse con antelación salvo imposibilidad manifiesta en cuyo caso deberán comunicarse tan pronto como sea posible.

<sup>1691</sup> <365< (art. 100).

<sup>1692</sup> *vid.* CABEZA PEREIRO, J. (2000), ob. cit., p. 794.

<sup>1693</sup> Así, por ejemplo, el <240< (Anexo II) establece el catalogo de documentos para acreditar el derecho a la licencia. De similar manera se actúa en el <310< (Anexo IV); <311<.

<sup>1694</sup> En este sentido la SJS Navarra de 24 de marzo de 2006, Proc. 771/2006, deniega que puedan aplicarse medidas de justificación distintas en función de que exista desplazamiento, ya que el convenio no distingue en este sentido.

<sup>1695</sup> En este sentido los tribunales han negado que el permiso pueda disfrutarse una vez finalizada la situación que dio lugar al mismo (STSJ Extremadura de 24 de marzo de 1992, Rec. 123/1992; STSJ País Vasco de 20 de septiembre de 1994, Rec. 1721/1994; STSJ Madrid de 14 de enero de 1998, Rec. 3628/1997). Sobre el tema *vid.* CABEZA PEREIRO, J. (2000), «Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada por lactancia guarda legal», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 100 (nº extraordinario monográfico dedicado «El Estatuto de los Trabajadores veinte años después»), pp. 789 y 790.

<sup>1696</sup> <99< (art. 47); <109<; <337<; <338<; <339< estos últimos señalan que «*los permisos deben disfrutarse en la fecha en que se produce el hecho causante, no pudiendo ser trasladados a días hábiles*».

<sup>1697</sup> El <365< (art. 100) considera los sábados como hábiles.

<sup>1698</sup> Así, en el <26< (art. 49.1) se establece que «*los hechos causantes de licencias retribuidas durante el disfrute de las vacaciones no darán derecho al reconocimiento de tales incidencias*». Igualmente el <337<; el <338<; y el <339< señalan que resulta «*irrelevante que aquel coincida con el periodo de disfrute de vacaciones*». Por su parte, con carácter general el <368< (art. 18) contiene una regla por la que los permisos no se superponen a otros periodos como las vacaciones.

<sup>1699</sup> STSJ Castilla y León, Burgos, de 6 de julio de 1998 (Ar. 3124). La doctrina judicial ha seguido el mismo criterio en relación cuando el hecho del permiso coincide con una situación de incapacidad temporal (STSJ País Vasco de 20 de septiembre de 1994 (Ar. 3575) y STSJ Castilla La Mancha de 5 de mayo de 1996 (Ar. 1677).

<sup>1700</sup> <334<.

<sup>1701</sup> Así, en el <4< se dice que no se computan para la licencia las horas trabajadas en el día que se inicia la misma. Lo mismo señala el <26< (art. 50).

<sup>1702</sup> El <99< (art. 47); <378< (art. 29).

<sup>1703</sup> SAN de 27 de febrero de 2006, Proc. 157/2005 en relación con un permiso por asuntos propios disfrutado en días que coinciden con la realización de turnos dobles de trabajo.

<sup>1704</sup> ABELLA MESTANZA, M. J. y GARCÍA VIÑA, J. (1996), *ob. cit.*, p. 25.

<sup>1705</sup> <1<; <2<; <4<; <5<; <6<; <7<; <9<; <<10<; <11<; <12<; <14<; <15<; <16<; <17<; <18<; <19<; <22<; <26<; <29<; <30<; <31<; <33<; <34<; <35<; <36<; <37<; <38<; <40<; <42<; <44<; <45<; <47<; <48<; <49<; <50<; <51<; <52<; <53<; <54<; <55<; <57<; <58<; <61<; <62<; <63<; <64<; <66<; <67<; <68<; <69<; <71<; <72<; <73<; <78<; <79<; <81<; <83<; <86<; <87<; <88<; <90<; <93<; <94<; <95<; <96<; <97<; <101<; <102<; <103<; <104<; <105<; <107<; <109<; <112<; <113<; <114<; <115<; <118<; <121<; <122<; <130<; <131<; <132<; <134<; <135<; <136<; <144<; <145<; <148<; <152<; <153<; <155<; <156<; <157<; <158<; <159<; <160<; <161<; <165<; <169<; <171<; <177<; <178<; <180<; <184<; <185<; <187<; <188<; <189<; <191<; <192<; <193<; <194<; <195<; <197<; <198<; <199<; <200<; <201<; <202<; <203<; <204<; <206<; <208<; <209<; <210<; <212<; <214<; <214<; <214<; <214<; <214<; <215<; <216<; <219<; <220<; <221<; <225<; <226<; <227<; <228<; <229<; <231<; <232<; <235<; <236<; <237<; <238<; <240<; <242<; <243<; <246<; <247<; <252<; <253<; <254<; <255<; <257<; <258<; <260<; <261<; <263<; <264<; <268<; <269<; <270<; <271<; <282<; <283<; <285<; <286<; <287<; <289<; <292<; <302<; <303<; <304<; <305<; <306<; <307<; <308<; <310<; <311<; <312<; <314<; <315<; <316<; <317<; <318<; <319<; <320<; <321<; <322<; <323<; <324<; <325<; <326<; <328<; <329<; <330<; <332<; <334<; <336<; <337<; <338<; <339<; <340<; <342<; <343<; <345<; <348<; <352<; <353<; <354<; <355<; <359<; <362<; <363<; <365<; <367<; <368<; <376<; <377<; <378<; <382<.

<sup>1706</sup> <378< (art. 29) que lo amplía en dos días cuando se celebre fuera de la Comunidad de Madrid



<sup>1707</sup> El <3<, el <91< (art. 30) que concede por esta causa 16 días más 106,64 €<sup>1708</sup>. También el <72< posibilita ampliar el permiso por un día más. No obstante, este día adicional esta condicionado a que el trabajador no haya agotado el permiso adicional de cinco días al año que por este y otros conceptos señala el convenio colectivo (art. 38.h). También establecen 16 días el <151<; el <168<; el <259<; el <309<; el <325<, que posibilita extender la duración de la licencia en un día más, condicionada a que no se hayan disfrutado los tres días de permiso en los que se engloban esta y otras posibilidades de acumulación; el <347<; el <350<; el <365<; el <366<; y el <372<.

<sup>1708</sup> <108<; <173<; <250<; <256<.

<sup>1709</sup> <74<; <117< (art. 20); <162<; <163<; <166<; <265<; <356<; <357<; <369<.

<sup>1710</sup> <358<.

<sup>1711</sup> <65<; <154<; <167<; <170<; <174<; <288<; 290<; <327<; <371<; <380<.

<sup>1712</sup> <149<; <222<.

<sup>1713</sup> Como hace el <346<, que determina para este permiso una duración de 12 días laborales.

<sup>1714</sup> Así ocurre en el <23<; en el <24< posibilitando su ampliación por cinco días no retribuidos; el <34<, que permite ampliar la duración de estas licencia en circunstancias extraordinarias mediante acuerdo que podrá incluir la no percepción de haberes; y en el <46< y el <85<, que permiten ampliar la licencia por matrimonio en cinco días más, pero sin retribución. De similar manera el <94<; y el <108<, por remisión, permiten que la licencia de matrimonio en casos extraordinarios debidamente acreditados se amplíen por el tiempo que sea preciso según las circunstancias, conviniéndose las condiciones de concesión y pudiendo acodarse la no percepción de haberes. También amplían el permiso el <112<, que lleva esta ampliación hasta los 30 días de máximo, pudiéndose disfrutar estos días inmediatamente antes o después de celebrado el matrimonio; el <157< (art. 51); el <256<.

<sup>1715</sup> El <106<, por ejemplo, establece un sistema peculiar para determinar la duración del permiso, de manera que se disfruta de un día natural por mes trabajado hasta un máximo de 15 días. Si quienes contraen matrimonio son dos trabajadores de la misma empresa se elegirá el periodo más beneficioso. En similar sentido el <117< (art. 20) señala que cuando el trabajador lleve en la empresa menos de un año el permiso se disfrutará proporcionalmente.

<sup>1716</sup> Así, el <320< determina como día de inicio del permiso el lunes siguiente al sábado o domingo de celebración de la boda. Sin embargo, en el <314< se señala que el día de la boda se cuenta en los 15 días, salvo que la misma se celebre dentro del periodo oficial de vacaciones. En el <376< (art. 31); y el <382< (art. 22) se señala que si la ceremonia coincide con un día no laborable el permiso dará comienzo en el primer día laborable. En el <162< (art. 8) también se señala como día de comienzo el primer laborable tras el enlace.

<sup>1717</sup> Por ejemplo el <9< (art. 57); y el 60 (art. 55) señalan que estos días no son «*acumulables al periodo vacacional salvo acuerdo expreso de las partes*». El <222< impone que entre este permiso y el periodo de vacaciones medie por lo menos un mes.

<sup>1718</sup> Algunos ejemplos de convenios que permiten la acumulación de las vacaciones al permiso por matrimonio son: el <7<; el <44< (art. 27), siempre que se solicite con dos meses de antelación, el <50<; el <71<; el <79<; el <86< (art. 19), siempre que medie acuerdo; el <108<; el <146< (art. 12), «*siempre que medie un preaviso de al menos 30 días*»; el <270< (art. 42) siempre que se preavise con 2 meses de antelación; el <286< (art. 12); el <309< exigiendo igualmente el acuerdo; el <379< (art. 33); el <382< (art. 22). Asimismo, el <345< permite acumular el permiso por matrimonio de 15 días naturales a las vacaciones anuales, «*con un máximo en conjunto de 30 días naturales*». Con similares resultados el <346< admite la acumulación del permiso de matrimonio a la mitad del periodo vacacional. Este régimen jurídico se repite en el <303< (art. 61.1.a), si bien, en este caso, podrá sumarse el permiso a la totalidad de las vacaciones cuando «*no se tenga que modificar la fecha de los periodos de vacaciones ya establecidas*». También en el <348< se permite acumular hasta un máximo de 10 días de vacaciones.

<sup>1719</sup> El <376< (art. 31) señala que el permiso se disfrutará de forma ininterrumpida pero que se «*podrán disfrutar con una antelación de dos días respecto a la fecha de celebración de*

la *ceremonia*». Esta situación se repite en los mismos o similares términos en el <142> (art. 19); el <271> (art. 34) al permitir que el permiso abarque los días inmediatamente anteriores o posteriores a la fecha del hecho causante; y el <382> (art. 22).

<sup>1720</sup> En este sentido el <317>, que permite adelantar o retrasar el disfrute en dos días a la fecha de la boda; y el <343>, que posibilita disfrutar del permiso hasta tres días antes de la ceremonia.

<sup>1721</sup> <257> (art. 45). De forma similar, el <148> (art. 29), aunque impone el disfrute ininterrumpido del permiso, permite adelantarlos, en todo o en parte, a la fecha de la celebración.

<sup>1722</sup> Así ocurre en el <115>, que impide volver a disfrutarlo hasta que no haya pasado dos años desde el anterior (bien por matrimonio o por unión de hecho). También el <210> señala que, «*en cualquier caso, dicha licencia no podrá ser disfrutada nuevamente y por los mismos motivos hasta que no hubiese transcurrido un periodo mínimo de dos años desde la anterior licencia*».

<sup>1723</sup> En consecuencia, no puede negarse o restringirse el derecho del trabajador que, por haber cumplido con los requisitos del matrimonio civil, pueda acreditar un matrimonio válido –LÓPEZ TERRADA, E. (2003) *El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: Identificación de los sujetos protegidos*, Valencia (Tirant lo Blanch), p. 106.

<sup>1724</sup> En este sentido se ha destacado, partiendo del estudio de encuestas oficiales, el notable incremento de las parejas en situación de convivencia y como la gran mayoría de ellas llevan a cabo una actividad laboral, por lo que pueden verse afectadas por las disposiciones de la negociación colectiva en materia de parejas de hecho –MORILLO BALADO, R. D. (2004), «Nuevos modelos de convivencia familiar: Las parejas de hecho de igual o distinto sexo» en AA. VV. (coordinador Ricardo Escudero Rodríguez) *La negociación colectiva en España: Una visión cualitativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 785 y ss. Es esta «realidad social creciente» la que justifica que la negociación colectiva realice un «*tratamiento actualizado a las nuevas formas de convivencia que surgen en nuestra sociedad como es el caso de las uniones de hecho estables*» –<375> (art. 12)–.

<sup>1725</sup> *Vid.* LÓPEZ TERRADA, E. (2003), p. 107, para quien esta interpretación restrictiva se favorece del hecho de que la concesión o denegación del permiso no repercute en un beneficio o perjuicio de la familia del trabajador, dado el carácter vacacional del mismo.

<sup>1726</sup> Sobre la recepción de estas cláusulas en la negociación colectiva y su recepción en vía judicial *vid.* ARUFE VARELA, A. (2004), «Nuevas formas de familia y Derecho de la negociación colectiva», en AA. VV. (dir. Efrén BORRAJO DACRUZ) *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, pp. 27 y ss.

<sup>1727</sup> Resulta muy expresivo, en este sentido el <39>, cuyo artículo 6 establece de forma genérica la validez de las parejas de hecho estables a efectos del convenio, al tiempo que en el artículo 35 relativo a las licencias determina que el permiso de matrimonio «*no afectará a las parejas de hecho estables*». El <34>; el <72>; el <120>; el <121>; el <135> (art. 25); el <143> (art. 18); el <310>; y el <311> también excluyen expresamente de este permiso a las parejas de hecho.

<sup>1728</sup> <24>.

<sup>1729</sup> Como se desprende del <234>, al extender los permisos tanto a los familiares del trabajador (se entiende consanguíneos y afines) y a los de la pareja de hecho, en clara referencia a los permisos por fallecimiento o enfermedad de familiares, sin mención alguna a la licencia por matrimonio. También el <64>; el <80>; el <310>; el <311>; el <332>; y el <342>, presentan en esta materia regulaciones similares.

<sup>1730</sup> Es el caso del <151> (art. 32); <168> (art. 18) que exige para conceder la licencia un periodo de convivencia de dos años. El <163> (art. 14) que exige un año; el <173> (art. 41) seis meses; y el <222>.

<sup>1731</sup> En el mismo sentido MORILLO BALADO, R. D. (2004), *ob. cit.*, p. 791.

<sup>1732</sup> Aproximadamente la octava parte de los convenios estudiados contienen una cláusula por la que se concede el permiso por matrimonio en caso de uniones de hecho.

<sup>1733</sup> Por ejemplo el <97<. El <213< (art. 23) actúa de similar manera, pero condiciona el disfrute de la licencia por matrimonio «hasta la regulación normativa de las parejas de hecho y la instauración de los correspondientes registros».

<sup>1734</sup> Las Comunidades Autónomas de Andalucía (Ley 5/2002 de 28 de diciembre de parejas de hecho); Aragón (Ley 6/1999 de 26 de marzo relativa a las parejas estables no casadas); Asturias (ley 4/2002 de 23 de mayo de parejas estables); Baleares (Ley 18/2001 de 19 de diciembre de parejas estables); Canarias (Ley 5/2003 de 6 de marzo para la regulación de las parejas de hecho); Cataluña (Ley 10/1998 de 15 de julio de uniones estables de pareja); Extremadura (Ley 5/2003 de 20 de marzo de parejas de hecho); Madrid (Ley 11/2001 de 11 de diciembre de parejas estables); Navarra (Ley Foral 6/2000) de 3 de julio para la igualdad jurídica de las parejas estables; País Vasco (Ley 2/2003 de 7 de mayo reguladora de las parejas de hecho) –sobre una visión general de los aspectos más destacables de estas leyes vid. MORILLO BALADO, R. D. (2004), ob. cit., p. 781 y ss.

<sup>1735</sup> Así, el <36< (art. 31.a bis establece) 15 días por constitución de parejas de hecho conforme a los requisitos formales que señale la normativa. El <37< reconoce este permiso para el matrimonio y cualquier tipo de unión en cualquier creencia religiosa, por lo que parece excluir las uniones de hecho civiles, pero incluiría aquellas uniones religiosas que no tengan reconocido el derecho de inscripción en nuestro ordenamiento. El <46< (art. 90.7) también señala, de forma expresa, que el permiso por matrimonio se concede a «las parejas de hecho que puedan acreditarse fehacientemente como tales, con las justificaciones correspondientes». Por su parte, el <50< extiende el permiso a las uniones estables registradas o justificadas, en las poblaciones donde no hay Registro, mediante acta notarial. En el mismo sentido el <90< y el <102< dotan al trabajador de un plazo de un mes, desde la inscripción de la unión estable, para aportar el justificante a efectos de disfrute del permiso. Otros convenios que incluyen expresamente a las parejas de hecho como beneficiarios de este permiso: <3<; <7<; <8<; <10<; <29<; <35<; <71<; <79<; <100<; <105<; <108< (art. 26); <115<; <119<; <162< (art. 17); <189<; <192<; <209<; <210<; <221<; <225<; <228<; <238<; <255<; <258< (art. 50); <271<; <302<; <305<; <308<; <309<, que otorga el permiso o cualquier otro acto similar; <314<; <321<; <329<; <334<; <337<; <338<; <339<; <341<; <352<; <354<; <356<; <367< (art. 13); <368< (art. 18); <375< (art. 12); <378< (art. 29); y <379<.

<sup>1736</sup> En este sentido, el <35< parece atribuir a las parejas de hecho este permiso dada la cláusula de extensión genérica de todos los permisos «para los cónyuges en matrimonio a las personas que no habiéndose casado entre ellas convivan en unión efectiva y duradera, previa justificación de estos extremos mediante certificación en el correspondiente Registro Oficial de parejas de hecho» (art. 28). La misma consecuencia cabe atribuir a la normativa del <94< que determina que las parejas de hecho tienen las mismas «licencias y demás beneficios derivados de una relación matrimonial». o en el <382< (art. 22) al establecer los mismos derechos para las parejas de hecho que para las de derecho.

<sup>1737</sup> También la STSJ País Vasco de 3 de marzo de 1998 (Ar. 1290).

<sup>1738</sup> Por ello el <231< determina que no cabe disfrutar la licencia por matrimonio y unión de hecho.

<sup>1739</sup> <337<; <338<; <339<; <368< (art. 18); <375< (art. 12).

<sup>1740</sup> <375< (art. 12).

<sup>1741</sup> En este sentido en el <162< (art. 17) se establece un plazo de tres años; en el <238< y el <329< se sitúa este intervalo de tiempo en cuatro años. En el <90< se señala que «el permiso por constitución en unión estable de pareja de hecho, solo se podrá disfrutar una vez, cada 5 años, excepto en casos de fallecimiento de uno de los componentes de la unión, en cuyo caso, el plazo para solicitar un nuevo permiso por esta causa quedará reducido a 3 años»; y de forma similar se actúa en el <258< (art. 50). Asimismo, el <231< limita para las parejas de hecho el tiempo para obtener una nueva licencia, remitiéndose a la legislación de uniones matrimoniales.

<sup>1742</sup> En este sentido, en algún caso, la doctrina –vid. CABEZA PEREIRO, J. (2000), ob. cit., pp. 797 y 798– se ha mostrado crítica con la STSJ Madrid de 25 de marzo de 1998, Rec. 1283/1998, que negó el permiso de matrimonio a una unión de hecho homosexual, consideran-

do constitucional la distinción por el legislador entre el matrimonio y otras figuras «*sean estas las conformadas de manera heterosexual o de manera homosexual*». Para el autor en ese momento la sentencia tenía el efecto de discriminar a las personas en función de sus inclinaciones sexuales que las imposibilitan para contraer matrimonio.

<sup>1743</sup> Lo cierto es que en la inmensa mayoría de los convenios colectivos no se establece ningún tipo de diferenciación, pese a lo cual, en alguna ocasión sí se ha producido alguna mención a esta cuestión bien de forma positiva con el fin de integrar a estas parejas como beneficiarias (<345<), bien para excluirlos, siendo éstas últimas las que deben ser revisadas.

<sup>1744</sup> Así ocurre en prácticamente la mitad de los convenios estudiados, bien <240<; <310<; <311<.

<sup>1745</sup> Como ocurre en los siguientes convenios: <23<; <85<; 92; <103<; <104<; <107<; <114<; <255<; <256<; <257<; <258<; <265<; <268<; <269<; <336<; <347<; <352<; <355<; <357<; <358<; <369<.

<sup>1746</sup> <45<; <46<; <48<; <66<; <68<; <83<; <264<; <346<.

<sup>1747</sup> <94<.

<sup>1748</sup> Los siguientes convenios señalan una duración de 2 días por este concepto: <7<; <16<; <36<; <37<; <49<; <64<; <69<; <74<; <101<; <108<; <112<; <113<, que, además, impide acumularlos al permiso de matrimonio; <119<; <120<; <128<; <130<; <135<; <157<; <161<; <182<; <185<; <189<; <191<; <200<; <201<; <214<; <217<; <222<; <226<; <238<; <250<; <283<; <285<; <286<; <287<; <306<; <307<; <308<; <309<; <312<; <319<; <342<; <343<; <353<; <356<; <371<; <372<; <373<; <376<; <378<; <379< (art. 33) donde se establece que el permiso será de dos días, pero si coincide en fin de semana será sólo de 14 horas de trabajo; <380<; <382<; el <379<. Por su parte, en el <98<; y en el <180< se alcanza una duración de tres días.

<sup>1749</sup> Así, el <3<; el <37<; el <95<; el <253<; y el <443< establecen la duración del permiso en dos días si el traslado se realiza a localidad distinta. El <199< amplía el permiso hasta 3 días naturales si el traslado es a otra localidad distinta por motivos de trabajo; y el <354< llega hasta los cuatro días. En el <49< y el <156< el permiso varía de 2 a 3 días en función de que cambio de vivienda se realice a la misma o a localidad distinta; y en el <149<, por los mismos motivos se pasa de 2 a 4 días de permiso. El <308< establece un día más de permiso en el caso de que el traslado sea definitivo a Alovera. El <354< dota al permiso con una duración de cuatro días en caso de traslado a otra localidad «*que pueden fraccionarse según las necesidades del trabajador*». Además de la localidad se tienen en cuenta otros factores destinos como que el desplazamiento se realice fuera de la provincia (<200<, que fija la duración entre dos y cuatro días; y <345<, que, en el mismo caso, amplía el permiso de 2 a cinco días); o de la península (<18< donde el permiso fluctúa entre dos y tres días).

<sup>1750</sup> El <17< concede este permiso por un día más el tiempo de desplazamiento. Si el cambio de domicilio viene dado como consecuencia de un traslado forzoso el tiempo será de tres días más el tiempo de desplazamiento. En otras ocasiones el permiso se limita a los desplazamientos que impliquen una distancia mínima. El <305< establece esta distancia en 20 km En el <348< la distancia es de 70 Km En el <337<; el <338<; el <339< se amplía la duración del permiso a dos días si debe recorrerse una distancia superior a 200 Km En el <112< la misma distancia implica pasar de dos a cuatro días de permiso.

<sup>1751</sup> <36<.

<sup>1752</sup> Por ejemplo el <124< (art. 31) y el <350< determinan la duración del permiso en atención del traslado se haga con o sin mobiliario entre uno y tres días; y en el <292< el cambio de domicilio con traslado de mobiliario habilita dos días de permiso.

<sup>1753</sup> RAYÓN SUAREZ, E. (1982), ob. cit., p. 329.

<sup>1754</sup> En este sentido resulta paradigmática la STS de 7 de mayo de 1992, Rec. 1775/1991, que, en este sentido, mantiene que «*es notoria la posibilidad de cambios de domicilio sin traslado de muebles y esta circunstancia ni se ha tenido en cuenta por el Estatuto de los Trabajadores para vincular a su concurrencia la concesión del permiso, ni priva a éste de su finalidad*». Desde la doctrina se ha apoyado esta interpretación del precepto –*vid.* ABELLA MESTANZA, M. J. y GARCÍA VIÑA, J. (1996), ob. cit., p. 27 y 28.

<sup>1755</sup> Así, el <314< concede un día natural ampliable a 2 en función de la gravedad por acaecimiento de hechos catastróficos (incendio, inundación, derrumbamiento) en el domicilio del trabajador.

<sup>1756</sup> Vid. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (1999), ob. cit., pp. 141 y 142.

<sup>1757</sup> Así se expresó la STS, Sala Especial del art. 61 LOPJ, de 20 de diciembre de 1990, en relación con el ejercicio del sufragio activo, que en dicha fecha todavía no se encontraba expresamente recogido dentro del ámbito de aplicación del permiso, por cuanto el sufragio es, además de un derecho, como tal reconocido en el art. 23.1, un deber ciudadano, sobre el que descansa la arquitectura del sistema democrático.

<sup>1758</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (1999), ob. cit., pp. 143.

<sup>1759</sup> Pese a que, tal y como está redactado el precepto el ejercicio del sufragio activo aparece como algo distinto al deber inexcusable de carácter público, como se ha mencionado en nota anterior, la STS, Sala Especial del art. 61 LOPJ, de 20 de diciembre de 1990, lo considera como obligación ciudadana a efectos laborales.

<sup>1760</sup> STSJ Asturias de 18 de diciembre de 1998, Rec. 3141/1998. El convenio colectivo de aplicación al caso de autos sólo preveía el derecho en caso de comparecencia por citación y la sentencia no niega tal posibilidad, lo que debería haber hecho si entendiera que la actuación como testigo, aún voluntaria, constituye un deber inexcusable de carácter público y personal.

<sup>1761</sup> En este sentido el <10< se refiere a las actuaciones como testigos sin establecer ninguna diferencia. Puede decirse lo mismo del <310<; <311<; <312<; y <314<. Por el contrario en el <321<, aunque se establece un permiso para acudir como testigo, el mismo se limita a los caos en que «*sean citados por el juez y no a instancia de parte*»; asimismo el <378< (art. 29) parece excluir esta posibilidad por cuando sólo extiende el permiso a la asistencia a tribunales, previa citación por escrito. En el <357< el permiso se limita a los casos en que la comparecencia se produzca “*por citación oficial*”, siempre que no fuese posible acudir en días u horas no laborales, y/o judicial, mediante presentación del oportuno boletín de citación, salvo que pueda resarcirse de la pérdida de retribución y siempre que no resultase judicialmente exigible».

<sup>1762</sup> Señala la doctrina que en este sentido abarcaría a la intervención obligatoria de peritos en el proceso penal de acuerdo con el art. 462 LECrim y la intervención de expertos en el proceso laboral conforme al art. 95 LPL. La STSJ Andalucía, Málaga, de 23 de febrero de 2001, Rec. 2404/1999, amparó un despido a un trabajador que desobedeció la orden empresarial negándole la posibilidad de participar como perito a instancia de parte, frente a la que se alegó la existencia de un deber inexcusable.

<sup>1763</sup> RODRÍGUEZ SANTOS, B. et altri (1991), *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, t. III, Lex Nova, p. 28. En contra LORCA NAVARRETE, A. M. et altri (1991) *comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Dykinson, p. 453; y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (1999), p. 155.

<sup>1764</sup> Así en la SJS nº 34 de Pamplona de 22 de marzo de 2006, Proc. 693/2006 se señala que «*no tiene la consideración de deber personal e inexcusable la asistencia a juicio como demandante si no ha sido citado para la prueba de interrogatorio de parte, ya que el trabajador puede hacer uso de las facultades de representación que le confiere el artículo 18 de la Ley de Procedimiento Laboral*». En el mismo sentido la STSJ Madrid de 13 de julio de 2004, Rec. 518/2004; y la STSJ Extremadura de 9 noviembre de 2004, Rec. 598/2004, aunque en este último caso los motivos por los cuales se desestima el derecho inciden, más que en determinar en si estamos ante un deber inexcusable, en la falta de preaviso y la superación del tiempo indispensable.

<sup>1765</sup> En este sentido el <343< junto el cumplimiento de un deber inexcusable incluye un permiso por asistencia a juicios «*cuando el trabajador es parte interviniente o en cualquier tipo de proceso judicial y no está representado por Letrado o procurador o cuando el trabajador es testigo o perito y ha mediado citación judicial*».

<sup>1766</sup> El <310<; <311<; <312<; y <314< extienden el derecho a los actos judiciales en los que el trabajador aparece como demandante o demandado. Sin embargo el <88< (art. 46); el <321< solamente amparan la actuación como demandante en caso de de que prospere su petición.

<sup>1767</sup> En este sentido el <86< (Anexo III punto 2.c) no establece derecho a remuneración en estos casos.

<sup>1768</sup> Sobre el tema SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (1999), ob. cit. pp. 4156 y 157.

<sup>1769</sup> Así lo entendió la STSJ Cataluña de 1 de diciembre de 1992. En este sentido el <352< señala que no pueden tener carácter de deber inexcusable «*todas aquellas gestiones que el trabajador pueda realizar con normalidad fuera de su jornada oficial de trabajo*». La doctrina ha señalado que la obtención y renovación del DNI debe asimilarse a la realización de deberes inexcusables, dado que normalmente existirá incompatibilidad de horarios y de que se trata de una obligación ciudadana que no siempre es posible cumplir en época de vacaciones – GARCÍA NINET, J. I. (1996), «Los permisos en la negociación colectiva (1994/1996), Líneas de tendencia», *Tribunal Social*, número 65 (número monográfico sobre los permisos laborales).

<sup>1770</sup> Así parece corroborarlo tanto nuestros tribunales –STSJ Galicia de 4 de junio de 1997 como la doctrina científica –SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (1999), ob. cit. p. 163.

<sup>1771</sup> El <86< (Anexo III punto 2.c) incluye la renovación del DNI como un deber inexcusable; el <182< maneja un concepto de deber inexcusable muy amplio que incluye, entre otros supuestos el tiempo dedicado a visitas médicas, renovación del DNI, del permiso de conducir, citaciones judiciales, permisos de residencia, etc.), el <214< (Ávila) incluye como deber inexcusable la renovación del DNI; el <314< incluye en la relación de situaciones que dan lugar al permiso la renovación del DNI.

<sup>1772</sup> El <135< (art. 25) se refiere al «*tiempo indispensable cuando los trabajadores tengan que atender algún asunto de carácter público o personal, impuesto por Ley, por disposición administrativa o por mandato judicial*». El <143< (art. 18) sólo se refiere a los deberes políticos ordenados por la autoridad o impuestos por las disposiciones vigentes. El <180< concede este permiso a los trabajadores con cargos sindicales comarcales o superiores para deberes inexcusables de carácter sindical. El <214< (Ávila) incluye entre los deberes inexcusables de carácter público y personal, a modo de ejemplo, donar sangre y renovar el DNI. El <314< relaciona los motivos por los cuales se concede este permiso: «*elecciones, votaciones al Consejo Escolar, Tribunales ordinarios (si se asiste como testigo, demandante o demandado), Juzgado de lo Social (conforme a las disposiciones legales), Jurado Popular, citaciones al Servicio destinado al Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA), concejales y renovación del DNI*», concediéndose por el tiempo previsto en la norma que los regule o el indispensable. El <271< (art. 34) los define como aquellos cuyo incumplimiento puede generar una «*responsabilidad directa y personal de orden civil, penal o administrativa*». El <340< (art. 2.h del Capítulo VII) incluye una amplia concreción de los deberes inexcusables comprendidos (deberes de carácter político y deberes derivados de la organización jurídica social). El <378< (art. 29) considera incluidos en este permiso la asistencia a tribunales, previa citación por escrito; asistencia a plenos de concejales del Ayuntamiento o de diputados de la Asamblea; cumplimiento de los deberes ciudadanos derivados de una consulta electoral; asistencia a sesiones de un tribunal de examen o de oposiciones con nombramiento de la autoridad pertinente. En el <380< (art. 33) se señalan las citaciones efectuadas por autoridades, asistencia a tribunales, asistencia a plenos y otras de análoga naturaleza

<sup>1773</sup> En este sentido, por ejemplo, la Ley 7/1985, de dos de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, en su artículo 75.6 señala que «*a efectos de lo dispuesto en el artículo 37.3.d) del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 30.2 de la Ley 30/1984, se entiende por tiempo indispensable para el desempeño del cargo electivo de una Corporación local, el necesario para la asistencia a las sesiones del pleno de la Corporación o de las Comisiones y atención a las Delegaciones de que forme parte o que desempeñe el interesado*».

<sup>1774</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (2007), ob. cit., pp. 163 y ss.; y CRUZ VILLALÓN, J. (2003), ob. cit., p. 37.

<sup>1775</sup> Así, por ejemplo, el art. 13 del RD 605/1999 de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales señala que «*la Administración del Estado o, en su caso, las de las Comunidades Autónomas que tengan atribuidas competencias en materia laboral, previo acuerdo con los Delegados del Gobierno, respecto de los trabajadores por cuenta ajena, y las Administraciones públicas, respecto a su personal, adoptarán las medidas precisas para que los electores que presten sus servicios el día de las elecciones puedan disponer en su hora-*

rio laboral de hasta cuatro horas libres para el ejercicio del derecho del voto, que serán retribuidas. Cuando el trabajo se preste en jornada reducida, se efectuará la correspondiente reducción proporcional del permiso».

<sup>1776</sup> Caso por ejemplo del <23< reconoce este permiso, señalando sólo que «cuando conste en una norma legal o convencional un periodo determinado, se estará a lo que esta disponga en cuanto a la duración de la ausencia y a su compensación económica». La transcripción del precepto estatutario resulta incompleta la mayoría de las veces como se desprende de los siguientes convenios colectivos: <1<; <2<; <3<; <4<; <5<; <6<; <8<; <9<; <11<; <12<; <14<; <19<; <24<; <26<; <29<; <31<; <34<; <35<; <39<; <44<; <45<; <46<; <47<; <48<; <49<; <50<; <51<; <54<; <55<; <60<; <61<; <62<; <66<; <67<; <68<; <69<; <71<; <74<; <79<; <81<; <83<; <86<; <86<; <90<; <92<; <93<; <94<; <97<; <102<; <103<; <104<; <105<; <106<; <107<; <114<; <115<; <117<; <118<; <119<; <120<; <128<; <134<; <135<; <149<; <156<; <157<; <161<; <169<; <177<; <178<; <182<; <184<; <185<; <191<; <193<; <200<; <210<; <212<; <213<; <214<; <215<; <216<; <217<; <221<; <227<; <236<; <237<; <240<; <241<; <242<; <243<; <246<; <250<; <254<; <255<; <258<; <259<; <261<; <263<; <264<; <265<; <285<; <286<; <302< <303< <306< <307< <308< <309< <310< <312< <314< <319< <320< <321< <325< <326< <332< <334< <336< <343< <346< <347< <352< <354< <355< <362< <363< <366< <367< <369< <371< <372< <373< <376< <377< <380< <382< el <68<, el <92<, el <94<, el 102<; el <115<; el <210<; el <321< el <355<.

<sup>1777</sup> Evidentemente al tratarse de prerrogativas empresariales pueden ser objeto de pacto vía negociación colectiva. En este sentido la STS de 19 de marzo de 1986 señala que es «materia susceptible de regulación convencional interpartes el supuesto de aquella incidencia y que si ello ocurre ha de cumplirse lo pactado».

<sup>1778</sup> Lo que resulta claro en el <308<, que no solo no menciona la posibilidad de descontar la compensación económica, sino que expresamente señala que se considerará el tiempo «como efectivamente trabajado y sin merma alguna de la retribución que por cualquier concepto viniese recibiendo el trabajador».

<sup>1779</sup> El <189< se refiere al tiempo necesario para el cumplimiento de un deber público o carácter sindical sin que sobrepase el 50% de la jornada en un trimestre. El <194<; el <195<; el <202<; <203<; <204<; y <206< elevan al 25% los días laborables para el pase a excedencia forzosa. El <263< (art. 32.f) determina que el pase a excedencia forzosa se produce cuando la inasistencia alcanza el 40% de las horas, considerándose las que quedan comprendidas entre el 20% y el 40% como licencias no retribuidas

<sup>1780</sup> Así, por ejemplo, el <10< señala un régimen particular, al establecer que se concederá «siempre que (...) y no exceda de cinco días alternos y dos consecutivos en el transcurso de un mes, salvo salidas fuera de la localidad que serán justificadas por la autoridad que convoque». En el <86< (Anexo III punto 2.c) se entiende que si la presencia en un juicio es consecuencia de una causa seguida imputable al trabajador, la ausencia será calificada como de permiso particular y se descontará a precio de coste. El <148< (art. 29) limita la duración del tiempo indispensable, salvo justificación a cuatro horas.

<sup>1781</sup> Sirva como ejemplo el <259< (art. 19.I); el <261< (art. 28.H); y el <346<.

<sup>1782</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (1999), ob. cit., p. 168.

<sup>1783</sup> STS de 2 de octubre de 1989.

<sup>1784</sup> El permiso se refiere tanto a las horas dedicadas a las sesiones de la comisión, como a cualquier otro tipo de gestión encaminada a la preparación y culminación del proceso negociador –vid. DE QUINTANA PELLICER, J. (1996), «Permisos retribuidos para realizar funciones sindicales de representación del personal», *Tribunal Social*, número 65 (número monográfico sobre los permisos laborales), p. 60.

En relación con este derecho la negociación colectiva –vid. <7<; <26< (art. 85); <40< (art. 43); <58< (art. 27); <73< (art. 33.13); <212<; <282< (art. 7)– prevé un permiso para los delegados sindicales o cargos de relevancia nacional de las centrales implantadas nacionalmente que participen en las comisiones negociadoras siempre que la empresa con la que estén vinculados esté afectadas por la negociación en cuestión. En el mismo sentido el <33< (art. 59) hace un llamamiento a la patronal para que propicie fórmulas para la concesión de permisos retribuidos



«para los trabajadores que, por designación de los sindicatos más representativos, asistan a las reuniones de la Mesa Negociadora del convenio o a las sesiones que celebre la Comisión Paritaria del mismo».

<sup>1785</sup> Entre otros esta situación se produce en los siguientes convenios: <1<; <2<; <5<; <6<; <14<; <15<; <16<; <22<; <24<; <26<; <29<; <30<; <31<; <33<; <35<; <45<; <47<; <48<; <49<; <52<; <53<; <55<; <57<; <58<; <60<; <63<; <64<; <66<; <67<; <78<; <87<; <96<; <109<; <117<; <118<; <152<; <153<; <156<; <157<; <171<; <177<; <184<; <193<; <198<; <287<; <289<; <337<; <365<; <368<; <380<; <382<.

<sup>1786</sup> <205<.

<sup>1787</sup> CRUZ VILLALÓN, J. (2003), ob. cit., p. 320.

<sup>1788</sup> Sin que pueda, obviamente, establecer requisitos que hagan imposible su utilización o afecten a su contenido esencial –GARCÍA MURCIA, J. (1985), «El derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo», en AA. VV. (dir. E. BORRAJO DACRUZ), Madrid, Edersa, p. 258; y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (1999), ob. cit., p. 208.

<sup>1789</sup> STSJ Comunidad Valenciana de 12 de mayo de 1998, Rec. 2869/1995.

<sup>1790</sup> CRUZ VILLALÓN, J. (2003), ob. cit., p. 322.

<sup>1791</sup> <329<.

<sup>1792</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (1999), ob. cit., p. 212.

<sup>1793</sup> Al respecto la STSJ Castilla-León de 23 de febrero de 2006, Rec. 1120/2005, señala que «en definitiva, el ET, alude a exámenes sin más, y no establece que dichos exámenes tengan que ser necesariamente para la obtención de un título académico, oficial o profesional. Por tanto reducir el contenido de ese derecho del trabajador, a la obtención de los citados títulos, es contradecir el contenido de la norma legal, que de acuerdo con el sistema de fuentes del Derecho Laboral, siempre ha de tener preferencia en su aplicación. La fecha concreta de celebración de exámenes para la obtención del citado carnet de conducir no es cuestión que dependa de la voluntad del interesado, y a nadie se le escapa que la asistencia al mismo es un acto personalísimo. Por lo que el contenido concreto del precepto debe ser necesariamente respetuoso con esta interpretación, y con el derecho de todo trabajador a la formación y promoción profesional a través de los estudios».

<sup>1794</sup> Así ocurre en el <254< (art. 58), en el que se establece el permiso para realización de exámenes del que disfrutaban los estudiantes y el de los chóferes para la renovación del carné de conducir.

<sup>1795</sup> Por ejemplo en el <7<; el <19<; el <23<; el <47<; el <71<; el <132< (art. 19); y el <189<.

<sup>1796</sup> En este sentido el <2< (art. 41); el <54< (art. 42); el <58< (art. 17); el <135< (art. 25); y el <185<.

<sup>1797</sup> <52<

<sup>1798</sup> <63<; <332<; <376< (art. 31); <377< (art. 28)

<sup>1799</sup> <34<; <36<; <37<; <38<; <44< (art. 27); <63<; <72<; <78<; <79<; <105<; <114<; <115<; <180<; <184<; <193<; <334<; <376< (art. 31). El <78<; el <114<; y el <184<, que recogen esta fórmula otorgando el derecho de los trabajadores a obtener «los permisos necesarios para concurrir a exámenes, así como la preferencia para elegir turno, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional», no dejan claro que se trate de permisos retribuidos.

<sup>1800</sup> <11<, que incluye también como permiso el tiempo destinado a la matrícula; <211<; <212<; <214< (Ávila); <215<; <216<; <217<; <230<; <305<; <307<; <308<; <309<; <323<; <326<; <328<; <330< recogen el derecho de los trabajadores a obtener permiso para realizar exámenes para la obtención de estudios oficiales.

<sup>1801</sup> El <16<; el <26<; el <39< (art. 36); el <64<; el <74< (art. 17); el <100< (art. 24); el <112<; el <117< (art. 21); el <143< (art. 19); el <187<; el <222<, que se refiere a exámenes en academias, escuelas o institutos reconocidos oficialmente; el <271< (art. 42); el <337<; el <339<; el <340<; el <342<; el <343<; el <363< (art. 24); el <367< (art. 13).

<sup>1802</sup> Optan por esta nomenclatura el <121< (art. 28); el <378< (art. 29), el <379< (art. 33)

<sup>1803</sup> Con esta misma redacción u otras similares <42<; <80<; <194<; <195<; <197<; <200<; <201<; <202<; <204<; <206<.

<sup>1804</sup> El <6< (art. 36) se refiere a los estudios de Bachillerato o Formación Profesional y estudios medios superiores en Facultades o Escuelas Especiales o Profesionales, así como Centros que emitan certificaciones oficiales. El <128< (art. 25) se refiere a exámenes de Educación General Básica, media o superior en centros oficiales. El <310< (art. 42.m). También el <214< (Salamanca) incluye este permiso por el tiempo necesario para la realización de exámenes de educación básica, enseñanzas medias y superiores

<sup>1805</sup> <214< (Valladolid).

<sup>1806</sup> El <74< (art. 17); el <95< (art. 53.a) que se refiere a «*exámenes finales, pruebas selectivas en la Administración y demás pruebas definitivas de aptitud y evaluación para la obtención de un título académico o profesional reconocidos, durante el tiempo necesario para su celebración y desplazamiento en su caso*»; y el <367< (art. 13) también incluye las oposiciones a cuerpos de funcionarios.

<sup>1807</sup> CRUZ VILLALÓN, J. (2003), ob. cit., p. 320.

<sup>1808</sup> STSJ Madrid de 13 de octubre de 1992, Rec. 3550/1992.

<sup>1809</sup> En este sentido resulta mucho más congruente la regla establecida en el <318<, que, además de los exámenes de formación reglada, incluye los exámenes válidos para la obtención de una titulación que, a juicio de la Compañía, sea coherente con el objeto propio de la empresa

<sup>1810</sup> En este sentido el <50< es bastante clarificante por cuanto se refiere al permiso por exámenes en dos ocasiones: la primera vez (art. 28) como permiso no retribuido; la segunda mediante su inclusión en el elenco de permisos retribuidos (art. 29.h). La única diferencia es que en estos últimos se exige que los estudios «*estén relacionados con la actividad de su trabajo personal*». De similar manera, en el <6< (art. 36) en caso de estudios de grado medio o superior se exige tengan relación o aplicación en la empresa. El <24<; <46<; <85< parece que, aunque persiste la obligación de otorgar la licencia para concurrir a exámenes, ésta sólo tendrá carácter retribuido «*cuando la correspondiente convocatoria a examen se refiera a la obtención del título profesional de la actividad realizada en la empresa*». Asimismo, en el <107< el carácter retribuido se limita a la «*obtención de un título para el perfeccionamiento profesional de las actividades*» a las que pertenece el convenio. Otros convenios que exigen que los estudios estén conectados con la actividad empresarial son: el <33< (art. 40); el <50<; el <87<; el <109<. El <332< (art. 41.8) señala que los títulos oficiales que se cursen deben mejorar «*el nivel profesional del trabajador*». Por su parte, en el <149< (art. 30) sólo se conceden permisos retribuidos para concurrir a exámenes cuando el trabajador curse estudios a iniciativa de la empresa.

<sup>1811</sup> Contempla esta fórmula el <49<; el <73< (art. 16); el <92<; el <94<; <97< (art. 39.c); el <115< (art. 32.f); el <210< (art. 44.8); el <227<; el <237<; el <285< (art. 19); el <366< (art. 10.2).

<sup>1812</sup> Así se dispone en el <108< (art. 46.e). Por su parte el <86< (art. 19) se refiere específicamente al art. 23 del ET.

<sup>1813</sup> STSJ Cantabria de 21 de abril de 1992, Rec. 129/1992. En el mismo sentido la STSJ Aragón de 21 de julio de 1999, *Tol* 394.725.

<sup>1814</sup> En este sentido el <34< incluye entre los permisos retribuidos los correspondientes a la realización de exámenes y el tiempo de desplazamiento para los mismos en el caso de estudios generales y formación profesional. Asimismo, el <362< art. 17 señala este permiso por los días que este prevista su duración, ampliables a dos más si se ha de efectuar un desplazamiento superior a 100Km Por su parte en el <376< (art. 31) sólo se reconoce por días completos si se justifican necesidades de desplazamiento a provincia distinta o por concurrencia de varios exámenes. Sin embargo, en el <283< (art. 10) la duración del permiso se extiende hasta dos días por examen final de obtención de título.

En este sentido el <124< (art. 33) establece un régimen jurídico muy favorable por cuanto reconoce 10 horas retribuidas al mes y dos días por examen de fin de curso.

<sup>1815</sup> El <3<; el <4<; el <26< (art. 51); el <39< (art. 36); el <74< (art. 17); el <117< (art. 21); el <121< (art. 28) que configura como retribuidos los 10 primeros días, procediéndose a descontar el resto de las vacaciones; el <156< (art. 27); el <179<; el <180<; el <270< (art. 42); el <367< (art. 13); y el <382< (art. 22).

Otras fórmulas utilizadas son por ejemplo la contenida en el <6< (art. 36) que señala un límite de cuatro días anuales; en el <143< (art. 19), limitándolo a 8 horas anuales; el límite establecido en el <214< (Salamanca) por un máximo de tres días consecutivos y cuarenta horas al año; el del <222<, que establece un máximo de 40 horas; el del <231< por 10 horas anuales

<sup>1816</sup> <49<; y <182<, que también lo recoge pero con carácter no retribuido.

<sup>1817</sup> Por ejemplo en el <100< (art. 24); en el <105< (art. 48.f); y en el <270< (art. 42).

<sup>1818</sup> el <19< que reconoce un permiso de hasta 15 días, en periodos no inferiores a 7 días, sin retribución, para exámenes para obtener titulaciones oficialmente reconocidas. En el <231< se posibilita que los trabajadores que cursen estudios con regularidad puedan solicitar la división de las vacaciones anuales, siempre y cuando sean compatibles con una organización razonable de la empresa. El <232<, además, permite, una vez rebasado el límite, prorrogar el permiso para los exámenes de aptitud, pero sin sueldo

<sup>1819</sup> En este sentido, el <18< (art. 27.7) permite un permiso no retribuido «entre uno y seis meses para finalizar estudios superiores o doctorados». El <30< (art. 40) señala que los centros podrán conceder permisos retribuidos para la realización de cursos, proyectos de investigación, tesis doctorales, congresos, reuniones científicas etc. Pudiendo correr, igualmente, a cargo del centro los gastos de matrícula, desplazamiento y estancias.

<sup>1820</sup> CRUZ VILLALÓN, J. (2003), ob. cit., p. 322.

<sup>1821</sup> En el <24<; <85< se establece que «perderán tal derecho quienes sean suspendidos en la mitad de las asignaturas en que se encontrasen matriculados, considerándose como suspensos a estos efectos en aquellas en las que no se hubiesen presentado a examen sin causa justificada. También producirá la privación de estos beneficios el no aprobar una misma asignatura en dos convocatorias consecutivas». El <87<; <109<; <180< fija un límite de convocatorias a estos permisos. El <149< (art. 30) condiciona la retribución de los permisos a la obtención de la calificación de «suficiente». En similar sentido, el <63<; <337<; <339< obligan a un aprovechamiento ordinario. Por su parte, el <249< señala que cuando se justifique el aprovechamiento de los estudios se obtendrá un derecho a un descanso semanal de 2 horas. El <359< (art.34) refiere el aprovechamiento a que se aprueben la mitad más una de las asignaturas en las que se haya matriculado.

<sup>1822</sup> MONTOYA, A., GALIANA, J., SEMPERE, A: V., y RIOS, B. (2003) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 5ª Edición, Navarra, Aranzadi, p. 153.; y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (1999), ob. cit., p. 210.

<sup>1823</sup> En este sentido el <100< (art. 24); y el <105> que recoge los permisos necesarios para «concurrir a exámenes cuando curse con regularidad estudios para la consecución de títulos oficiales académicos o profesionales teniendo en cuenta que de estos permisos únicamente serán retribuidos los correspondientes a exámenes eliminatorios». Igualmente en el <156< (art. 27) el permiso se refiere a exámenes «liberatorios, finales y demás pruebas definitivas». En similar sentido el <161< (art. 28); el <272< (art. 42).

<sup>1824</sup> El <312< (art. 32.i) al concederlo sólo a aquellos trabajadores que tengan un tiempo de permanencia en la empresa de «al menos un año de trabajo efectivo».

<sup>1825</sup> Contienen este régimen jurídico el <50<; el <63<; el <74< (art. 17); el <78<; el <79<; el <101<; el <114<; el <124< (art. 32); el <149< (art. 30); el <179<; y el <184<. Con mayor precisión, el <380< (art. 33) determina que se adscribirá al trabajador al turno más favorable para facilitar el cumplimiento de las obligaciones académicas oficiales, pudiendo rescindirse por falta de aprovechamiento.

<sup>1826</sup> Así el <334< prevé una reducción de jornada entre una hora y la mitad; en el <337< se permite reducir la jornada en media hora (al principio o al final); y en el <16< esta reducción alcanza hasta un tercio de la jornada.

<sup>1827</sup> Así, por ejemplo el <99< (art. 11) señala que el trabajador que vaya a ser trasladado

«se beneficiará de un permiso retribuido de tres días laborables continuados, anteriores o posteriores al descanso semanal, a disfrutar con anterioridad a la ejecutividad de la medida, al objeto de que se efectúe las gestiones pertinentes para la búsqueda de residencia en aquella localidad donde pasará a desarrollar sus actividades». También en el <240>; <241> (Anexo I), en el <271> (art. 9) donde la movilidad genera un permiso retribuido de siete días. Por su parte el <380> (art. 33) señala un permiso de tres días por cambio de centro de trabajo.

<sup>1828</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (1999), ob. cit., p. 226 y 227.

<sup>1829</sup> Entre los convenios estudiados tan solo lo menciona el <208> (art. 11.h), señalándose que, «siempre que no se hubiera sustituido por una indemnización equivalente a los días preavisados, el trabajador fijo de obra queda autorizado para que, en los tres días laborables últimos del mismo, disfrute de dos horas de permiso retribuido en su jornada de tarde, con el fin de que pueda buscar empleo, o alternativamente y de mutuo acuerdo entre el trabajador y el empresario pueda disfrutar de cinco horas en la jornada del último día».

<sup>1830</sup> Como ocurre en el <40>; el <42>; el <45>; el <48>; el <66>; el <83>; el <107>; el <127> (art. 24); el <146> (art. 12); el <180>; el <187>; el <189>; el <127>; el <135>; <146>; el <180>; el <187>; el <189>; el <191>; el <195>; el <197>; el <198>; el <200>; el <201>; el <202>; <240>; <242>; <243>; <252>; <254>; <331>; <332>; <337>; <338>; <339>; <345>; <352>; <363>; y <372>.

<sup>1831</sup> <9>; <120>; <155>; <199>.

<sup>1832</sup> <114>; <122>; <124>; <149>; <170>; <174>; <194>; <235>; <236>; <264>; <282> con inclusión de los cuñados; <287>; <288>; <316>; <318>; <350>; <368>.

<sup>1833</sup> <340>

<sup>1834</sup> <3>; <4>; <5>; <8>; <11>; <23> y <24>, aunque en estos dos convenios el permiso por boda de hermanos tiene carácter no retribuido; <26>; <35>; <36>; <50>; <60>; <63>; <65>; <71>; <73>; <94>; <99>; <101>; <113>; <121>; <147>; <158>; <160>; <188>; <203>; <204>; <208>; <214>; <225>; <228>; <237>; <241>; <250>; <255>; <256>; <258>; <259>; <261>; <263>; <268>; <269>; <285>; <310>; <312>; <317>; <320>; <322>; <342>; <351>; <357>; <358>; <359>; <361>; <364>; <368>; <371>; y <380>. En ocasiones se especifica que el permiso se concede también por todos o algunos de estos parientes por afinidad (normalmente se refiere a los hermanos políticos): <34>; <49>; <52>; <61>; <71> (art. 17); <90>; <102>; <115>; <119>; <131>; <141>; <162>; <163>; <210>; <227>; <230>; <231>; <260>; <303>; <307>; <315>; <319>; <327>; <328>; <329>; <343>; <356>.

<sup>1835</sup> Por ejemplo a los parientes de 2º grado consanguíneo: <2>; <46>, aunque sólo se configura como permiso retribuido para los familiares de primer grado: <64>; <112>; <323>; <362>, excluyendo a los hermanos. A los parientes de 2º grado por consanguinidad y afinidad: <1>; <14>; <30>; <31>; <33>; <38>; <53>; <54>; <55>; <58>; <68>; con exclusión de los abuelos y nietos; <80>, que incluye a los padres, hijos nietos y hermanos de uno y otro cónyuge; <72>; <87>; <92>, excluyendo también a los abuelos y a los nietos; <108>, aunque no menciona a los abuelos; <118>; <130>, sin mención de los abuelos; <134>; <143> (art. 18); <165> y <171>, aunque en el caso de parientes de 2º grado el permiso es menor; <209>; <211>; <212>; <222>, que, realmente, sólo menciona a los hijos, hermanos, hermanos políticos y nietos; <226>; <230>, que, además del permiso retribuido por este concepto, señala otro no retribuido para asistir al matrimonio de familiares políticos y hasta el tercer grado de consanguinidad <232>, con exclusión de padres y abuelos; <238>; <257>, sin incluir a los abuelos; <308>; <311>; <314>; <324>; <325>, condicionado a que no se hayan disfrutado los tres días de permiso que conjuntamente para este y otros permisos se señalan: <326>; <330>; <366>; con exclusión de los abuelos; <373>, sin mencionar a los nietos; <376>; <378> y <379>, sin incluir a los abuelos. A los parientes hasta el tercer grado: <18>; <265>; <353>. Por su parte el <213> se refiere a los ascendientes, descendientes, hermanos y hermanos políticos; y el <221> a los hijos, hermanos y ascendientes.

<sup>1836</sup> El <215> señala un permiso para acudir a «bodas de padres, hijos o hermanos (afinidad, incluida pareja de hecho o consanguinidad)». El <306> quizá sea el convenio que otorga esta licencia de forma más amplia, pues concede un día de permiso el día de la ceremonia (de lunes a viernes) para acudir a bodas, por lo que se incluyen tanto a los familiares como a los amigos. Además especifica que el trabajador no puede tener su contrato en suspenso.

<sup>1837</sup> Por ejemplo, el <6< amplía en un día el permiso en caso de desplazamiento. El <8< incrementa un día por cada 300km contabilizados entre la ida y la vuelta. El <14< amplía el permiso si hay que desplazarse fuera de la provincia. El <49< establece el límite en 200Km El <61< también opta por la provincia como parámetro para la ampliación. En el <64< el permiso pasa de uno a tres días si hay que desplazarse a población distinta. El <80< incrementa un día de permiso por desplazamiento a otra provincia. El <108< lo amplía de 1 a tres días en caso de desplazamiento. El <119< también incrementa la duración del permiso en función del desplazamiento entre uno y tres días. El <120< varía la duración entre dos y cuatro días en atención a la distancia kilométrica recorrida. El <130< añade dos días más por desplazamiento. En el <135< el incremento se refiere a los desplazamientos fuera de la Comunidad Autónoma. En el <194< el desplazamiento genera dos días más de permiso. En el <199< si la distancia es superior a 300km se adiciona un día. En el <209< (art. 33) permite ampliar este permiso por dos días más si para asistir a la ceremonia el trabajador debe desplazarse fuera de la Comunidad Autónoma, aunque estos «irán a cuenta de sus vacaciones» (art. 33). También el <210< amplía el permiso a dos días si implica un desplazamiento fuera de la Comunidad Autónoma. En el <214< se señalan distintas fórmulas de acuerdo con la provincia en la que se aplique el convenio. En el <222<; <225<; <227<; y <228< son los desplazamientos fuera de la provincia los que generan un aumento de la duración del permiso. Asimismo, el <230< amplía el permiso por un día si la ceremonia es fuera de la Comunidad Autónoma y por dos si la distancia es superior a 200Km En el <231< de nuevo se utiliza la Comunidad Autónoma. En el <287< se añade un día en caso de desplazamiento. De la misma manera se actúa en el <314<. En el <324<; <325< y <326< se incrementa el permiso en dos días si el trabajador debe desplazarse más de 300Km En el <332< se fija la distancia en 175Km En el <350< la duración varía en función de que el trabajador se desplace dentro de la isla, a otra isla o a otros destinos fuera de la Comunidad Autónoma Canaria. En el <355< también se incrementan los días de permiso en función de que el desplazamiento sea a otra población de la provincia o fuera de la provincia. En el <364< se recurre a la distancia kilométrica (350km). En el <369< se eleva la duración del permiso en dos días si conlleva un desplazamiento. En el <378< y <379< es la Comunidad Autónoma el referente que provoca la ampliación del permiso; y en el <380< la provincia.

<sup>1838</sup> Efectivamente, el <80< establece un límite máximo de 3 bodas anuales

<sup>1839</sup> El <328<, en este sentido, exige que se preavise con 10 días de antelación

<sup>1840</sup> <90<

<sup>1841</sup> Incluyen el bautizo el <119<; el <180<; el <187<; el <191<;

<sup>1842</sup> Incluyen ambos acontecimientos el <108<; el <121< (art. 28); el <122< (art. 17) que, además, permite extenderlo a tres días si la ceremonia se produce fuera de la provincia de residencia; el <124< (art. 31); el <127< (art. 24); el <143< (art. 18) que lo amplía a todos los familiares hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad; el <170< (art. 38), que parece que también lo aplica a los casos en que es el hermano el sujeto causante; el <189<; el <350<; <363< (art. 24); el <364< (art. 41); el <366< (art. 10.1).

<sup>1843</sup> En este sentido el <44< (art. 27) concede permiso el día de la ceremonia de bautizos y comuniones de hijos, hermanos, nietos y sobrinos y, además, concede un día de permiso por nacimiento de hermanos, sobrinos y nietos. El <108< también otorga el permiso por el bautizo y/o primera comunión de un nieto; el <135< (art. 25) establece un día por nacimiento de nieto; el <308< señala un día de permiso por comuniones de hijos o nietos del trabajador; y el <340< fija un día por nacimiento de nietos.

<sup>1844</sup> El <121< (art. 28) se refiere, por ejemplo, junto al bautizo o comunión de los hijos a «otra celebración de carácter religioso que por tradición le sean propias». El <364< (art. 41) lo amplía a otros actos socio-religiosos. Dentro de estos acontecimientos de carácter religioso el <345< recoge un permiso por la toma de hábitos de los hijos.

<sup>1845</sup> En ocasiones la obtención del permiso está condicionada. De esta manera el <212< restringe la obtención del permiso a que no haya habido durante el periodo ausencias injustificadas. Si la ausencia se produce una vez disfrutada la licencia la empresa podrá descontar el salario correspondiente

<sup>1846</sup> <173< (art. 41)

<sup>1847</sup> <8<; <44< (art. 22); <120<; <122<.

<sup>1848</sup> STSJ Castilla-La Mancha de 13 de octubre de 2006, Rec. 1464/2006. La STS de 29 de mayo de 2007 (*Tol* 1.107.205) también incide en esta cuestión negando su consideración como tiempo de trabajo efectivo.

<sup>1849</sup> Así se considera como tiempo de trabajo efectivo el tiempo destinado a estas licencias en: el <135< (art. 25); el <139< (art. 27); y el <159< (art. 17) que supone una minoración de la jornada pactada. Por el contrario, el <177< (art. 30) señala expresamente que la utilización de los permisos por asuntos propios no afecta a la jornada anual pactada. De igual manera el <271< (art. 42) señala que el disfrute de estos días no implica en ningún caso una minoración de la jornada.

<sup>1850</sup> <362< (art. 17.1).

<sup>1851</sup> Así ocurre en el <23< y en el <314<. En el <214< (Valladolid) también es de cuatro horas pero en este caso al mes «*cuando sea estrictamente necesario, para compras de atenciones particulares, como máximo de dos horas diarias, previo aviso de los trabajadores con 24 horas de antelación, de común acuerdo con el empresario*».

<sup>1852</sup> Por ejemplo el <219<; el <267<, que concede 8 horas por este motivo a partir del 3er año de vigencia del convenio; el <269<.

<sup>1853</sup> En este sentido el <36< (art. 27); el <46<; el <50<; el <51<; el <57< (art. 46); el <61< (art. 26); el <63<; el <65< (art. 21.h); el <71<; el <74< (art. 17); el <81< (art. 21); el <85<; el <88< (art. 46); el <91<; el <105<; el <121<; el <152<; el <156< (art. 27); el <160< (art. 27); el <165< (art. 19); el <167< (art. 21), aunque con cargo al periodo vacacional; el <173< (art. 41); el <178<; el <180<; el <187<; el <188<; el <209<; el <211<; el <212<; el <214< (Burgos); el <214< (Salamanca); el <214< (Zamora); el <219<; el <230<; el <232<; el <304<; <330<; y el <334<.

<sup>1854</sup> <8<; <37<; <44< (art. 22); <67<; <68<; <69<; <114<; <120<; <122<; <130<; <152< (art. 9) dos días o 16 horas dentro de la jornada de trabajo; <158< (art. 36); <161< (art. 28); <188<; <212< el cual recoge un día de asuntos propios por semestre natural; <222<; <235<; <354<; <355<; <369<; <382< (art. 22).

<sup>1855</sup> <1<; <49<; <81< (art. 21); <87<, que lo fija en tres días o el equivalente en horas efectivas de trabajo; <98<; <109< donde también se estipulan tres días o 21 horas de trabajo; <151< (art. 32); <159< (art. 17); <177< (art. 30); <178< (art. 27); <189<; <285< (art. 19); <307<; <376< (art. 31); <377< (art. 29), solo para el personal de Retevisión como condición *ad personam*.

<sup>1856</sup> Conceden cuatro días el <18<; el <80<; el <93<; el <105<; el <143< (art. 18). El <324< otorga un permiso para resolver asuntos propios fuera de la provincia de hasta cuatro días naturales consecutivos, sin que el total pueda superar los 7 días naturales al año.

<sup>1857</sup> <15<; <60<, <132< aunque en todos los casos se trata de permisos no retribuidos. Ya con carácter retribuido <214< (Palencia) otorga a los trabajadores «*hasta cinco días en los casos en que exista necesidad de atender personalmente asuntos propios que no admitan demora*» (art. 15). También concede cinco días el <330<; y el <353<.

<sup>1858</sup> El <29<; el <95<; el <100< (art. 24); el <182<; el <370< (art. 13.b); <378< (art. 29) es de 6 días.

<sup>1859</sup> <271< (art. 42).

<sup>1860</sup> En este caso se suele restringir a la realización de «*atender personalmente asuntos propios que no admiten demora*» <213< (art. 23.j); <224< (art. 17); <230< (art. 11) que obliga a demostrar la indudable necesidad.

<sup>1861</sup> En este sentido, el <44< (art. 22) establece los días de libre disposición en función del turno trabajado y el régimen de jornada. Asimismo, establece unos permisos convenio de cuatro días para los trabajadores que presten servicios 4 días o más a la semana y 2 días en el resto de los casos (art. 21). El <46< (art. 81) se reconoce una jornada de libre disposición anual en proporción a los días que permanezca en alta en la empresa en el año natural y respetando las necesidades de la empresa. En el <67< la distribución de días se hace en función de la jornada de manera que los trabajadores fijos y los contratados a tiempo parcial con jornadas de más de cua-

tro días a la semana disfrutan de 2 días; y los trabajadores contratados bajo cualquier modalidad que trabajen más del 50% de los días laborables disfrutan de un día. Por su parte, el <105< señala que los trabajadores con una antigüedad inferior a un año devengarán cada tres meses un día por asuntos propios. La jornada trabajada anual también se tiene en cuenta en el <114<. En el <135< (art. 27) se minoran los días de permiso para los trabajadores «*que tuvieran un tiempo de servicio de más de seis meses y hasta doce meses*». En el <188< se determina que los trabajadores que no sean fijos disfrutarán este permiso de dos días proporcionalmente al tiempo trabajado. En el <370< (art. 13.b) se obtiene un día de permiso por cada año de servicio hasta un máximo de seis días.

<sup>1862</sup> STS de 15 de septiembre de 2006, Rec. 103/2005.

<sup>1863</sup> El <29< (art. 38.g) establece 6 días laborables para todo el personal, «*preferentemente en Navidad y Semana Santa, en todo caso, deberá acumularse el disfrute ininterrumpido de tres días*». Ahora bien en el caso del personal que desarrolle su actividad en los Centros Especiales de Empleo el permiso será de 4 a disfrutarse preferentemente en las mismas fechas y debiendo acumularse como mínimo 2 de forma ininterrumpida. El personal no docente tendrá 3 días laborables al año.

<sup>1864</sup> <340<.

<sup>1865</sup> <334<.

<sup>1866</sup> <156< (art. 27); El <180<; <379< (art. 13.b) salvo acuerdo con la empresa por permitirlo las necesidades del servicio.

<sup>1867</sup> <81< (art. 21) no hacerlo coincidir con fiestas locales que no sean festivos en el calendario laboral de la empresa; en el <93< se señala que no pueden coincidir con el anterior o posterior a un festivo local, autonómico o nacional; en el <222< so imposibilita que puedan coincidir en fechas inmediatamente anteriores o posteriores a vacaciones o puentes; en el <382< (art. 22) no pueden utilizarse para conformar puentes.

<sup>1868</sup> En este sentido, por ejemplo, el <105< señala que deberán ser disfrutados antes del 15 de enero del año siguiente. De similar manera el <95< permite que en caso de no haber sido disfrutados cuando finalice el año, puedan disfrutarse en los primeros 15 días del año siguiente. No obstante, el <340< permite su acumulación si el trabajador se encontraba en situación de incapacidad temporal a fecha 31 de diciembre utilizan fórmulas proporcionales. Por su parte el <379< (art. 13.b) también establece una excepción a la prohibición de acumulación cuando debido a las necesidades del permiso se impida su disfrute, en cuyo caso se podrá disfrutar de dos días en el primer mes del año siguiente.

<sup>1869</sup> En este sentido la STSJ Madrid de 14 de enero de 1999 (Rec. 3628/1997) señala que «*de acuerdo con los arts. 38 y 37 ambos del Estatuto de los Trabajadores, las vacaciones anuales hay que disfrutarlas dentro del año natural correspondiente y a su vez los permisos personales igualmente corresponde su disfrute en las fechas para los que fueron concedidos, de lo que se desprende que no cabe acumular ambos tipos de licencias de un año para el siguiente*».

<sup>1870</sup> <178< (art. 27)

<sup>1871</sup> Por ejemplo en el <18< se establece la necesidad de pactar las fechas y de salvar las necesidades del servicio. De similar manera se actúa en el <61< y en el <110<. En el <105< se prevé su concesión salvo que existan razones organizativas justificadas. En el <114< se establecen reglas especiales para su disfrute, en función de las necesidades de la empresa y el número de solicitudes existentes. El <267< establece que el disfrute procederá una vez «*garantizada la actividad ordinaria de la empresa...*».

<sup>1872</sup> El <67< señala que no puede coincidir más de una persona por turno. También se establecen limitaciones en este sentido en el <135< (art. 25); el <156< (art. 27); el <158< (art. 36); en el <304<, que determina que, en el caso del personal directo de producción las ausencias del personal para ese día por todas las causas prevista no podrán superar el 20%. Pero se concederá como mínimo a una persona por sección y turno

<sup>1873</sup> Así, el <57< (art. 46) señala que no puede acumularse a otros permisos retribuidos, ni disfrutarse en el mes de diciembre ni coincidir un número determinado de trabajadores en el disfrute de acuerdo con una escala que tiene en cuenta el número de trabajadores de la empresa. El <65< (art. 21.h) establecen su fijación mediante acuerdo, la no coincidencia con el permiso



de otros trabajadores, su disfrute en épocas de menor actividad, y su no acumulable a vacaciones. El <68< determina que estos días de permiso no pueden ser acumulados a las vacaciones, ni pueden ser disfrutados de forma consecutiva, ni acumularse de un año a otro. Además, las fechas se establecerán por acuerdo pudiendo excluir las de máxima actividad. De la misma manera el <108< (art. 46.j) señala como límites al disfrute la existencia de periodos de máxima actividad, comprendidos entre el 15 de diciembre y 15 de enero del año siguiente, el periodo de Domingo de Ramos al Lunes de Pascua, el periodo vacacional, y el hecho de que no pueda ser disfrutado por más del 5% de la plantilla a la vez. El <159< (art. 17) establece la imposibilidad de acumularlo (salvo acuerdo) a puentes o vacaciones, ni que pueda disfrutarse al mismo tiempo más de un trabajador de cada categoría o sección. Otros convenios con regulación sobre estas limitaciones son: el <69< donde se establecen medidas anti-puente en periodo de campaña, coincidiendo con pedidos extraordinarios o con otros permisos de esta índole solicitados por otros compañeros de la misma unidad de trabajo; el <71<, que impide acumular este permiso a las vacaciones y la excluye como fecha del disfrute de los periodos de máxima actividad; el <166< (art. 13) que establece limitaciones en referencia a su acumulación a las vacaciones, puentes y al disfrute de los mismos en caso de que exista personal ya disfrutándolo por encima del 5%; <177< (art. 30) vacaciones, puentes y no más de un trabajador de un mismo departamento; <187<, que impide su acumulación a las vacaciones o puentes y disfrutarlos en periodos de máxima actividad; el <211< (art. 14) recoge un día de descanso a fijar por acuerdo y que no podrá acumularse a vacaciones ni disfrutarse en periodos de especial actividad en la empresa; El <212< se establece medidas para evitar su acumulación a otros periodos vacacionales y su fijación por acuerdo atendiendo a las necesidades de la empresa; el <214< (Burgos) señala un día por este concepto, estableciéndose medidas a fin de evitar que se acumule a otros días festivos o que se disfrute en el mismo tiempo por más del 10% de la plantilla; el <271< (art. 42); el <340< prescribe su no acumulación a las vacaciones, salvaguardar las necesidades servicio, tener en cuenta otros permisos preferentes, señalar número máximo de licencias en cada grupo de trabajo en aquellas fechas en que se prevea una amplia solicitud, y su no acumulables de año en año. Es el caso también del <354< en el que se señala que *«salvo pacto en contrario que prevalece siempre, no se disfrutarán en días de trabajo situados entre dos festivos, no serán acumulables entre sí y no podrán ser utilizado por más de un empleado del mismo Departamento»*. Igualmente en el <355< restringe el permiso en caso de que más de un empleado de un departamento lo solicitara para la misma fecha o se tratara de época de alta ocupación, puentes en los que la mayoría del departamento quisiera tomárselo, etcétera, la fecha del disfrute podrá ser modificada por la dirección de la empresa, proponiendo otro momento para el disfrute.

<sup>1874</sup> En este sentido el <61< (art. 26) señala que este día de permiso se disfrutará *«preferentemente en periodo vacacional (Navidad y Semana Santa)»*. El <267< establece que el disfrute se realizará *«preferiblemente en vísperas de fiestas y/o vacaciones»*. Asimismo el <378< (art. 29) señala que *«estas licencias podrán acumularse tanto al periodo vacacional como a las libranzas compensatorias»*, aunque respetando las necesidades del servicio

<sup>1875</sup> Por ejemplo el <65< (art. 21.h) regula, de forma alternativa al permiso por asuntos propios y el cumplimiento de un deber inexcusable, un permiso retribuido sin una duración específica para *«atender, personalmente, asuntos propios que no admitan demora demostrando su indudable necesidad»*.

<sup>1876</sup> En este sentido el <356< y el <379< (art. 33) recogen un permiso de un día natural por divorcio o separación; y el <357< lo amplía a dos hábiles.

<sup>1877</sup> Así, en relación con el DNI, El <304< lo establece por el tiempo indispensable; y el <366< (art. 10.1) concede hasta cuatro horas para su renovación.

<sup>1878</sup> En esta situación se encuentra el <23<; el <37<, que fija un máximo de 3 convocatorias; el <72< (art. 38.h) también se refiere a este concepto y da al trabajador un día para la realización de la primera convocatoria del permiso de conducir, siempre que coincida con el horario del trabajador y siempre que el trabajador no haya agotado el permiso adicional de cinco días al año que por este y otros conceptos señala el convenio colectivo; el <74< (art. 17), que concede un máximo de dos días para la obtención del carné de conducir, o asistencia al examen psicotécnico para su revisión; el <80<, que genéricamente establece un permiso para acudir a los exámenes para la obtención del permiso de conducir; el <135< (art. 25) establece el tiempo indispensable para el primer examen, y segundo si fuese necesario; el <143< (art. 19) que lo limita a

cuatro horas anuales; el <174< (art. 8) un día renovación del carné de conducir. También el <210<; el <212<; el <224<; el <225<; el <227<; y el <231< conceden una licencia por el tiempo indispensable para realizar el examen del carné de conducir hasta un máximo de tres ocasiones. El <235< lo condiciona a que no se hayan disfrutado los tres días de permiso que conjuntamente para este y otros permisos se señalan. El <307< se refiere a este permiso de forma muy genérica, otorgándolo por el tiempo indispensable sin señalar ningún tipo de límite. El <24<; el <46<; <85< establecen el mismo derecho, aunque en esta ocasión no queda claro su carácter retribuido. Igualmente el <211< (art. 19); y el <230< (art. 19) no mencionan límite de convocatorias, pero lo establecen sin obligación de retribuirlo. El CC <213< tampoco lo retribuye y además lo limita a una convocatoria.

Por su parte, el <166< (art.13), en vez de conceder un permiso habilita otra fórmula para facilitar a los trabajadores esta gestión y señala la obligación existente para las empresas para hacer coincidir el día de descanso semanal con el que necesiten para la renovación del permiso de conducir.

<sup>1879</sup> En este sentido existe una serie de convenios que sólo reconocen el permiso a aquellos trabajadores que lo necesitan por su cometido en la empresa. En este sentido, el <8< (art. 29) concede un día de permiso sólo para los conductores. El <88< (art. 43) lo concede exclusivamente para mensajeros y conductores. El <156< (art. 27); el <200<, que concede un permiso de tres horas retribuidas para la obtención y renovación de la autorización de la licencia administrativa correspondiente para los conductores y maquinistas que lo precisen; el <287< (art. 26) destina este permiso a los conductores y repartidores; el <304< otorga un permiso por el tiempo indispensable para la renovación del carné de conducir, si este es indispensable para la actividad que se desarrolla en la empresa. Además el coste de renovación del permiso C2 será a cargo de la empresa el <340< en el que se benefician del permiso para la renovación carné los trabajadores cuya actividad principal sea la de conductor.

<sup>1880</sup> el <266< (art. 12).

<sup>1881</sup> En este sentido el <185< concede para realizar dos consultas semestrales por el tiempo imprescindible. Se trata de un permiso no remunerado, que solo se tiene en aquellas empresas en las que no haya delegado sindical.

<sup>1882</sup> Por ejemplo, el <72< habilita un día para la realización de este tipo de gestiones, siempre que la gestión coincida con su trabajo y siempre que el trabajador no haya agotado los cinco días anuales que por este y otros conceptos establece el convenio colectivo. Este permiso también se recoge en el <235<.

<sup>1883</sup> La solución recogida en el <348<, por la que si, con ocasión de realización de gestiones oficiales, el trabajador se incorpora al trabajo pasadas las 8:30, se entenderá como hora de entrada las 8:15.

<sup>1884</sup> <163< (art. 14).

## Capítulo IX

### TIEMPO DE TRABAJO Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL

*Juan Antonio Altés Tárrega*

El hecho biológico de la maternidad ha originado desde antiguo una especial protección hacia la mujer trabajadora. En este sentido, el derecho a la suspensión del contrato por maternidad y el denominado permiso de lactancia constituyen un marco normativo clásico en esta materia<sup>1885</sup>. En la actualidad, estos instrumentos –que han ampliado su ámbito subjetivo y objetivo– junto con otros derechos –como los denominados permisos parentales, vinculados al nacimiento o la adopción de un hijo, con el fin de que los progenitores puedan ocuparse del mismo– configuran un conjunto normativo que, sin perder de vista la necesaria protección de la maternidad, pretenden dar respuesta a un fin más amplio cual es alcanzar la conciliación de la vida familiar y laboral mediante la implicación corresponsable de ambos progenitores<sup>1886</sup>.

Las principales actuaciones normativas en esta materia han sido dos. En primer lugar debemos referirnos a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que acometió la transposición al ordenamiento interno la Directiva del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia; y la Directiva del Consejo 96/34/CE, de 3 de junio, relativa al «Acuerdo marco sobre el permiso parental», concertado por UNICE, CEEP y CES. Esta norma trajo consigo una importante transformación de la normativa contenida en el Estatuto sobre esta materia<sup>1887</sup>.

En segundo lugar, la normativa sobre conciliación laboral se ha visto reforzada por la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que ha modificado algunos de los instrumentos ya existentes y ha introducido otros derechos nuevos como el «permiso por paternidad». Esta norma da una especial relevancia a

la necesidad de que las cargas familiares se asuman de forma equilibrada, constituyendo, en este sentido las medidas de conciliación familiar un instrumento de igualdad y para la igualdad de hombres y mujeres<sup>1888</sup>.

La normativa convencional ha tenido también su papel en la progresiva, pero inacabada, implantación y normalización de las medidas de conciliación familiar<sup>1889</sup>, debiendo ocuparnos ahora de aquellas que tienen una implicación directa con la jornada de trabajo.

Pero antes, con carácter general, no quiero dejar pasar la oportunidad de criticar los problemas que generan las referencias expresas en los convenios colectivos a las normas sobre conciliación. Y es que, además de que sus previsiones se incorporan en otras normas con una vocación de permanencia mucho mayor, la aprobación de normas posteriores las deja obsoletas y vacías de contenido<sup>1890</sup>.

## 1. PERMISOS POR ENFERMEDAD Y FALLECIMIENTO DE FAMILIARES

El art. 37.3.b ET recoge un permiso de *«dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando por tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el permiso será de cuatro días»*.

La finalidad de este permiso es *«armonizar o hacer compatibles las obligaciones de trabajo con los deberes sociales y familiares de asistencia y compañía que surgen en los casos de fallecimiento o enfermedad grave de parientes o afines muy próximos, evitando que el cumplimiento de las primeras pueda anular o impedir por completo el cumplimiento de los segundos»*<sup>1891</sup>. Este permiso, por tanto, conforma el grupo de los destinados a facilitar la conciliación laboral y familiar<sup>1892</sup>.

Se trata probablemente del permiso sobre el que más ha actuado la normativa convencional que ha establecido, además, regímenes jurídicos muy dispares entre los distintos convenios, siendo un número relativamente bajo los que mantienen la regulación del ET<sup>1893</sup>.

### 1.1. Familiares incluidos

Como puede observarse, la norma estatutaria extiende el permiso a todos aquellos casos en que el sujeto causante se encuentra dentro del segundo grado de parentesco bien por consanguinidad o bien por afinidad. Por tanto, el permiso se refiere, entre los familiares consanguíneos a los abuelos, los padres, los hijos y nietos, en línea directa y a los hermanos en línea colateral; y, por afinidad, a los mismos familiares del cónyuge. Por otro lado, aunque no se menciona, el parentesco que surge como consecuencia de la adopción, queda incluido en el ámbito del precepto<sup>1894</sup>.

Pues bien, la negociación colectiva, en vez de usar los grados de parentesco, tiende a referirse a todos los familiares que componen los grados, lo que provoca más de una situación peculiar. Así, por ejemplo, puede ocurrir que el elenco de familiares esté incompleto<sup>1895</sup> o que se incorporen a la relación los tíos y sobrinos del trabajador y del cónyuge que realmente se encuentran en el tercer grado<sup>1896</sup>. En otras ocasiones se considera al cónyuge como un familiar afín<sup>1897</sup>.

A veces, los listados de familiares no especifican si se trata de parentesco consanguíneo o por afinidad. En principio, esta situación no tiene mayor importancia, debiendo entenderse en consonancia con la norma que el convenio se refiere a ambos<sup>1898</sup>. El problema se plantea con aquellos convenios que se refieren en exclusiva a los familiares consanguíneos, o bien no distinguen entre afinidad y consanguinidad para unos familiares y sí para otros, lo que igualmente podría llegar a plantear la exclusión de ciertos familiares como sujetos causantes de la licencia, lo que de entenderse así genera la ilegalidad de dichas cláusulas por empeoramiento de lo establecido en el ET<sup>1899</sup>.

#### **A) El alcance de la afinidad**

El concepto de afinidad ha generado alguna controversia en relación con el alcance que debe darse a la expresión «cuñado» o «hermano político»<sup>1900</sup>. En este sentido, en una interpretación restrictiva de la afinidad sólo los hermanos del cónyuge quedarían incluidos en dicho concepto<sup>1901</sup>. Una interpretación extensiva incluiría igualmente a los cónyuges de los hermanos consanguíneos, de manera que la afinidad actuaría en dos sentidos: hacia los consanguíneos del cónyuge y hacia los cónyuges de los consanguíneos<sup>1902</sup>.

El Tribunal Supremo se ha decantado por una interpretación amplia del concepto señalando que «no sólo es cuñado el hermano del cónyuge, sino también el cónyuge del hermano»<sup>1903</sup>, quedando fuera del alcance los concuñados, es decir, los cónyuges de los hermanos del cónyuge<sup>1904</sup>. Recogiendo esta interpretación, la negociación colectiva en algún caso especifica que son hermanos políticos tanto el cónyuge del hermano, como el hermano del cónyuge<sup>1905</sup>.

Por otro lado, aunque resulte obvio, señalar que en primer grado de afinidad, además de los padres del cónyuge, se encuentran los hijos propios del cónyuge<sup>1906</sup>.

#### **B) La protección del cónyuge del trabajador**

El ET no contempla al cónyuge como uno de los sujetos que dan lugar al permiso. Esta situación, que se mantiene desde la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, vendría dada por una omisión involuntaria del legislador que no se ha corregido<sup>1907</sup>. Sin embargo, su inclusión está unánimemen-

te aceptada, toda vez que lo contrario nos conduciría a la paradoja de proteger a los parientes afines y no a la persona que da lugar a la afinidad<sup>1908</sup>.

La negociación colectiva no presenta en este punto ningún problema, pues o bien se recoge la fórmula estatutaria, y debe sobreentenderse recogido el cónyuge, o lo incluye expresamente en la relación de los sujetos protegidos.

### C) *La extensión del permiso a las uniones de hecho*

Sin embargo, las uniones de hecho no quedan incluidas en el ámbito de protección del permiso, al no tener cobertura legal y no considerarse una situación discriminatoria. Se trata, en definitiva, de los mismos motivos que han llevado a excluir a las uniones de hecho del disfrute del permiso por matrimonio y a ellos nos remitimos<sup>1909</sup>.

En mi opinión esta situación debería ser corregida por el legislador. Las normas deben adaptarse a la realidad social sobre la que despliegan sus efectos, siempre y cuando ello no implique una desviación de su finalidad, y, en este sentido, no cabe duda de que la prevalencia de las obligaciones sociales y familiares sobre el deber de trabajar que justifican esta licencia persiste cuando existe una convivencia *more uxorio*<sup>1910</sup>. Además, la brevedad del permiso no conllevaría para el empresario una carga excesiva<sup>1911</sup>.

Desde la negociación colectiva se ha hecho un esfuerzo para acomodarse a la realidad social, mostrándose especialmente sensible hacia este problema, siendo muchos los convenios que incorporan a la pareja de hecho al elenco de sujetos causantes del permiso.

A tal fin, en unos casos, los convenios establecen la equiparación entre la figura del cónyuge y de la pareja de hecho. Así, algunos convenios establecen que «*tendrá la consideración de cónyuge a los efectos de este artículo (...) las parejas de hecho legalmente constituidas*»<sup>1912</sup>. En otras ocasiones se reformula el concepto de cónyuge entendiendo como tal a la persona de *sexo distinto* que conviva tres años y sobre la cual el trabajador haya manifestado que convive por razones de pareja<sup>1913</sup>, lo que, como más adelante se pone de relieve, ha de considerarse como discriminación por orientación sexual en relación con las parejas estables homosexuales.

En otras ocasiones la equiparación se hace entre el régimen matrimonial y la situación de pareja de hecho<sup>1914</sup>.

Otra fórmula utilizada por la negociación colectiva es la inclusión de las parejas de hecho entre los sujetos que dan lugar al permiso<sup>1915</sup>.

Finalmente, en otros convenios colectivos se recurre a cláusulas genéricas por las que se extiende el régimen de permisos a las parejas de hecho<sup>1916</sup>.

#### a) Los familiares de las parejas de hecho como sujetos protegidos

Sea cual sea la fórmula elegida queda por determinar si la inclusión en el ámbito subjetivo de las parejas de hecho desata una suerte de afinidad que implique comprender también a los familiares consanguíneos de la misma. Aparentemente, la doctrina asume que estos sujetos quedan incluidos una vez se extiende la protección a las parejas de hecho<sup>1917</sup>. Sin embargo, en mi

opinión, al tratarse de una mejora, nada obsta a que se regule convencionalmente la situación de la pareja de hecho y no la de sus familiares<sup>1918</sup>.

La negociación colectiva refleja parcialmente este aspecto pudiendo encontrarse tanto convenios que excluyen expresamente a los familiares de la pareja de hecho<sup>1919</sup>, como otros que extienden la protección a dichos familiares<sup>1920</sup>.

Ahora bien, la situación habitual es que los convenios colectivos no contengan ninguna previsión. En consecuencia, salvo cuando se produce la equiparación entre matrimonio y unión de hecho o entre pareja de hecho y cónyuge —pues estas fórmulas permiten entender que la protección alcanza a los familiares en uno y otro caso<sup>1921</sup>— habrá que acudir a la redacción de la cláusula para extraer una conclusión definitiva.

En este sentido, por ejemplo, sí parece que queda incluidos como sujetos causantes los familiares de la pareja de hecho cuando se señala que los permisos se aplicarán con «*los mismos límites y condiciones a las parejas de hecho*»<sup>1922</sup>.

Por el contrario, determinadas cláusulas genéricas de extensión del permiso<sup>1923</sup>, o cuando los convenios incluyen a la pareja de hecho, junto al cónyuge, entre la relación de sujetos protegidos, se hace mucho más difícil llevar a cabo una interpretación extensiva<sup>1924</sup>.

#### **b) Otras circunstancias relativas a la extensión de los permisos a las parejas de hecho**

La inclusión de las uniones de hecho en el régimen de permisos determina que puedan establecerse límites siempre y cuando no impliquen una vulneración de derechos constitucionales o de la legalidad vigente. En consecuencia, considero que no cabe limitar el derecho en función del sexo de sus componentes, por implicar una discriminación por orientación sexual expresamente prohibida en el art. 17.1 ET<sup>1925</sup>. En este sentido, el hecho de que en los convenios no se haga referencia al sexo de los componentes de la pareja no tiene importancia resultando de aplicación el permiso en cualquier caso<sup>1926</sup>.

Otros límites sí permitidos serían:

En primer lugar, la necesidad de acreditar la situación de convivencia estable. En su mayoría los convenios colectivos exigen que la pareja esté inscrita en el Registro de Parejas de Hecho del ámbito de aplicación del convenio. Eventualmente, se señalan otras fórmulas para acreditar la relación como la declaración notarial de convivencia; empadronamiento y declaración jurada<sup>1927</sup>. Ciertamente, aunque a la acreditación de la inscripción del Registro «*no puede otorgarse un valor excluyente de cualquier otra prueba, lo que resulta innegable es que de existir tal Registro es la certificación expedida por el mismo la que ha de presentar el trabajador; y en caso de no existir éste tendrá que aportar un certificado administrativo de su inexistencia y corroborar por otros medios de prueba la exigencia que el convenio le impone, la cual no puede entenderse demostrada*»<sup>1928</sup>.

En segundo lugar, la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia para las parejas de hecho. El periodo de convivencia requerido varía, pudiendo situarse en seis meses<sup>1929</sup> o en tres años<sup>1930</sup>, aunque lo más común es exigir dos años de convivencia<sup>1931</sup>.



Por otro lado, algunos convenios parecen recoger fórmulas de convivencia más amplias que la que se incluyen en el concepto de pareja de hecho<sup>1932</sup>, lo que puede llegar a plantear dudas sobre si quedan incluidas relaciones de convivencia distintas a las afectivas o de pareja<sup>1933</sup>.

## **1.2. Concreción de los supuestos**

En la actualidad, a tenor de la modificación del art. 37.3.b ET llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el acontecimiento que determina el disfrute del permiso es el fallecimiento, accidente o enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de alguno de los sujetos aludidos en el apartado anterior. De esta manera, el precepto ha ampliado todavía más las causas por las que se genera este permiso, por lo que la normativa convencional deberá revisarse para acomodarse a la previsión legal.

La indeterminación de ciertas causas obliga a hacer alguna precisión. Así, en primer lugar, la calificación de la enfermedad y el accidente como graves implica que el permiso no nace como consecuencia de cualquier dolencia que sufra un familiar. No obstante, ante la ausencia de concreción legal de lo que debe entenderse como grave, no creo que haya que identificar enfermedad grave sólo con aquellos procesos patológicos cercanos a la muerte o que puedan provocar limitaciones físicas o psíquicas, sino con aquellos que cabe definir como inusuales o de especial importancia<sup>1934</sup>. Los convenios determinan, ocasionalmente, el sujeto que decidirá sobre la gravedad del supuesto que da lugar al permiso<sup>1935</sup>.

La hospitalización, por su parte, requiere un periodo mínimo de permanencia el centro hospitalario, que se concreta en pasar al menos una noche en el mismo<sup>1936</sup>. En sentido contrario, la intervención quirúrgica sin hospitalización no requiere permanencia mínima en el hospital, pero sí que genere un tiempo de reposo domiciliario.

Además, con carácter específico, hay que hacer referencia a algunos problemas concretos en la delimitación de las causas que generan el permiso.

### **A) *Enfermedad grave y hospitalización***

En este sentido hay que recordar que, ya con anterioridad, a raíz de que la Ley 39/1999 ampliara los supuestos que originan el permiso, añadiendo el accidente grave y la hospitalización<sup>1937</sup>, no cabía limitar la enfermedad que da lugar al derecho al permiso a aquella que acarrea hospitalización o que exige justificación de la gravedad del accidente o de la enfermedad, cuando dicha hospitalización sea necesaria<sup>1938</sup>. La omisión del calificativo de gravedad en relación con la hospitalización supone que el permiso surge también con ocasión de una hospitalización debida a un proceso patológico poco relevante<sup>1939</sup>. En sintonía con esta idea, nuestros tribunales, partir del cambio

legislativo, han venido declarando que debido a la ampliación de las causas se «desvincula enfermedad grave y hospitalización de modo que no es preciso tener una enfermedad grave para obtener licencia si concurre hospitalización»<sup>1940</sup>. Por ello, debían y deben revisarse las cláusulas convencionales que definen la enfermedad grave en atención al ingreso hospitalario<sup>1941</sup>.

Esta interpretación ha concitado una cierta polémica en cuanto a su aplicación a los partos de familiares incluidos en el 2º grado. En este sentido, los tribunales han negado que el empresario pueda distinguir entre parto natural y parto con cesárea u otras complicaciones para conceder o denegar el permiso<sup>1942</sup>. En este mismo sentido, en algún caso, la doctrina ha defendido que no debe haber problemas en entender que el parto genera un permiso por nacimiento para el padre y uno por hospitalización para los parientes hasta el 2º grado<sup>1943</sup>. Sin embargo, la pregunta que debemos formularnos va más allá pues, el problema real pasa por admitir como hecho causante del permiso el parto de familiares. En este sentido, la doctrina judicial señala que, «si bien el tenor del precepto discutido en el extremo cuestionado en el presente proceso, no es un ejemplo de claridad, la mención que el mismo efectúa a la excepción de nacimiento de hijo en caso de hospitalización tras regular los diversos permisos de parientes consanguíneos y afines, sólo alcanza sentido si se entiende como una excepción al permiso de dos días naturales que por hospitalización de los parientes consanguíneos y afines enumerados en el indicado precepto se concede al trabajador. Y es que entender que la indicada excepción tiene sólo como objeto señalar la preferencia del permiso que tiene el padre por alumbramiento de hijo respecto al permiso de dos días naturales por hospitalización del cónyuge cuando dicha hospitalización no obedezca a parto del cónyuge carece de sentido pues la indicada preferencia aun cuando no se recoja de forma explícita resulta evidente»<sup>1944</sup>. En esta línea, la negociación colectiva ha denegado expresamente que el permiso por hospitalización pueda derivarse de los ingresos o estancias hospitalarias derivados de maternidad<sup>1945</sup>.

A mi juicio existen motivos para sostener ambas posiciones. La realidad demuestra como incluso el parto natural requiere, la mayoría de las veces, durante el tiempo de hospitalización de la ayuda de los familiares más directos, no sólo para acompañar y dar cuidados a la madre reciente, sino también en la organización del entorno familiar. Este papel lo asumen normalmente las madres de las parturientas y hoy en día no es extraño que también ellas estén inmersas en el mercado de trabajo, por lo que sería del todo lógico que disfrutaran de un permiso retribuido a tal fin. Sin embargo, coincido con la resolución judicial apuntada anteriormente en que habilitar el permiso por hospitalización en los casos de partos se aleja de la propia finalidad del precepto y de la realidad social en la que debe aplicarse<sup>1946</sup>. Por ello, a caballo entre estas dos posiciones creo que lo lógico no es ampliar el permiso por hospitalización, sino incluir en el permiso por nacimiento de hijo, como beneficiarios del mismo, a otros familiares directos –por ejemplo los familiares consanguíneos de 1er grado– de la madre.

Por otro lado, cuando un convenio exige que la enfermedad grave se acredite mediante justificado médico o por ingreso hospitalario, en este caso

debe entenderse con independencia, subjetivamente, del carácter de la enfermedad<sup>1947</sup>.

### **B) Hospitalización e intervención quirúrgica sin hospitalización**

Esta circunstancia se reproduce en la actualidad respecto de la normativa convencional que, como se ha señalado, equipara los conceptos de enfermedad grave con la hospitalización con ingreso por un cierto tiempo, pero también respecto de aquella para la que el permiso a la hospitalización requiere cierta permanencia hospitalaria<sup>1948</sup>.

Asimismo, cierta normativa convencional, que sí recogía como una mejora permisos similares a éste, deberá entenderse absorbida por la nueva regulación legal<sup>1949</sup>.

En cualquier caso, la base del permiso se encuentra no en la intervención quirúrgica sino en el hecho de acompañar y cuidar al familiar durante su reposo, por ello no incluye aquellas intervenciones menores que no impiden al familiar el desarrollo de sus actividades con posterioridad<sup>1950</sup> o, al menos, en estas situaciones, el permiso se limitará al tiempo que dure la intervención.

Por otro lado, en relación con la enfermedad grave y la hospitalización, nuestros tribunales han entendido que no cabe limitar el permiso en los casos en que una misma enfermedad genera varios procesos de hospitalización «*pues no existe ninguna razón para vincular la etiología de la dolencia que ha dado lugar a la hospitalización, con el número de veces que se puede disfrutar del permiso reconocido en el artículo 37.3b ET*»<sup>1951</sup>. Por ello, deben revisarse ciertas cláusulas convencionales que limitan el número de licencias por una misma enfermedad<sup>1952</sup>, aunque desde la doctrina se apunta que decantarse por una opción u otra dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso las que posibilitarán el disfrute del permiso<sup>1953</sup>.

Asimismo, los convenios que solo se refieren a parte de las causas<sup>1954</sup> deberán entenderse que incluyen todas las referidas en el Estatuto, por cuanto el art. 37.3.b ET constituye, como ya se ha dicho, un mínimo de derecho necesario<sup>1955</sup>.

## **1.3. Los permisos familiares en la negociación colectiva**

Ya hemos dicho que es en estos permisos donde la negociación más incide y, puesto que el 37.3 ET, donde se recogen estos permisos, tiene naturaleza de norma mínima, la regulación establecida en los convenios colectivos no puede sino mejorar el régimen estatutario<sup>1956</sup>.

### **A) Normativa convencional sobre la duración inicial del permiso**

Como se ha dicho, el Estatuto prevé una duración inicial de dos días para el permiso por motivos familiares. Se trata de un plazo corto, sobre todo

si se tiene en cuenta la gravedad de muchas de las situaciones que originan el permiso. En consecuencia, los convenios utilizan diversas fórmulas para mejorar estos permisos mediante la ampliación del número de días de permiso. Sin embargo, el hecho de que se dote de un número determinado de días no genera el derecho a disfrutar este permiso en su totalidad si la causa que lo motiva tiene una duración menor. Así, algún convenio, cuando mejora las licencias, señala igualmente que «*será de aplicación en toda su extensión en el supuesto de que el hecho causante que la motiva tenga una duración igual o superior a cinco días naturales, ya que en caso contrario tendrá la duración del ingreso u hospitalización*»<sup>1957</sup>.

Las convencionales pueden clasificarse en función de su contenido y alcance en cuatro tipos distintos.

#### *a) Mejoras globales del contenido del Estatuto de los Trabajadores.*

En determinados convenios colectivos se produce una mejora global del permiso, extendiéndolo, para todos los supuestos, más allá de lo previsto en el Estatuto en relación con todos los parientes.

En este sentido, muchos convenios regulan un permiso de tres días por causas familiares<sup>1958</sup> y, en algún caso, se llega hasta cuatro días<sup>1959</sup>.

En otras ocasiones, la mejora no es la misma en todos los supuestos, pues la negociación colectiva suele distinguir entre los distintos sujetos causantes para establecer dicha duración. Cuando así ocurre, el fallecimiento o la enfermedad grave del cónyuge y los familiares más cercanos, como los hijos y los padres, suele generar un permiso superior a los tres días<sup>1960</sup>.

#### *b) Mejoras parciales*

Por mejoras parciales entiendo aquellas que inciden sobre algunos de los sujetos objeto de protección y/o sobre algunas de las situaciones que dan lugar al permiso, manteniendo el régimen del Estatuto para el resto.

La negociación colectiva es en este sentido muy heterogénea. Así, ocurre que se produzcan mejoras sólo respecto del cónyuge y/o los familiares consanguíneos<sup>1961</sup> o que estas se concreten sobre algunos familiares en particular<sup>1962</sup>.

En esta misma tónica un cierto número de convenios también toman como base la situación que da origen al permiso para establecer la mejora. En este sentido resulta muy normal que se amplíe la duración del permiso por fallecimiento, sin que ello implique necesariamente una mejora del permiso por enfermedad. A su vez, se suele distinguir entre los distintos familiares para concretar el alcance de la mejora<sup>1963</sup>.

#### *c) Mejoras y ausencias*

En otras ocasiones se establecen mejoras parciales que, como en el caso anterior, se despliegan sobre parte del art. 37.3.b ET pero que, en este caso, omiten el régimen jurídico del resto de situaciones<sup>1964</sup>.

En ocasiones, ni siquiera se mejora el régimen estatutario en relación con los familiares que sí incluye la normativa convencional<sup>1965</sup>.

En todos los casos en que esto ocurre<sup>1966</sup> rige, en relación con las ausencias, el Estatuto de los Trabajadores, pudiendo igualmente disfrutarse los permisos si se trata de familiares incluidos en el 2º grado de consanguinidad o afinidad, pues el art. 37.3 ET no actúa como una norma supletoria en defecto de regulación convencional, sino como un mínimo de derecho necesario que debe ser respetado en todo caso<sup>1967</sup>.

#### *d) Mejoras y empeoramientos.*

Finalmente, existen mejoras parciales que van acompañadas del establecimiento de un empeoramiento de las condiciones de disfrute del permiso para algunas situaciones, fijándolo en un día<sup>1968</sup>.

Como en el caso anterior, en éste se contraviene un mínimo de derecho necesario. En este sentido, nuestros órganos judiciales han venido defendiendo que la norma estatutaria se aplica en todos sus supuestos, aunque el convenio establezca, en líneas generales una mejora de la norma estatutaria. De esta manera, en los supuestos no incluidos o empeorados en la normativa convencional habrá que acudir a las reglas previstas en el Estatuto, aplicándose dos normas distintas<sup>1969</sup>.

### ***B) Normativa convencional sobre la duración ampliada del permiso en caso de desplazamiento***

Lo primero que hay que precisar en relación con la previsión legal que amplía la duración del permiso cuando el trabajador necesita realizar un desplazamiento es, precisamente, qué debe entenderse por dicho desplazamiento. Estamos, como ha señalado la doctrina judicial, ante una regla que no es objetiva y que, por tanto, no es susceptible de aplicación automática.

Por tanto, cuando la negociación colectiva no concrete el alcance de esta expresión habrá que acudir a una interpretación finalista, adecuada a la razón de ser de este derecho adicional, que sólo puede entenderse desde la perspectiva de hacer realidad el fin de los permisos por motivos familiares, «*que, a la luz de la distancia existente hasta el lugar en que se halle el familiar, o de otras circunstancias relacionadas con los medios de transporte e, incluso, el estado en tales momentos de las vías públicas de comunicación, podría frustrarse si sólo se concediera el tiempo básico de disfrute*». Por ello, se rechaza que la ampliación se produzca por todo desplazamiento a otro municipio distinto del de la residencia del trabajador y se permite al empleador que, «*en uso de su poder de organización y dirección que tiene atribuido, valore la duración de la licencia por motivos familiares en función de las circunstancias de todo orden que en cada caso concurren*»<sup>1970</sup>. Este será el espíritu que tendrá que presidir las decisiones que se tomen en relación con aquellos convenios que no establezcan una duración determinada para la ampliación por desplazamiento de los permisos<sup>1971</sup>.

La negociación colectiva utiliza la ampliación del permiso por desplazamiento como una fórmula para mejorar el régimen jurídico del permiso, incrementando los días de permiso que se conceden con ocasión del desplazamiento. Esta mejora suele proyectarse sobre los dos días de permiso previstos por estos motivos. En este sentido muchos son los convenios que establecen dos días de permiso por causas familiares ampliables a cinco en caso de desplazamiento<sup>1972</sup>. Otras veces la negociación colectiva actúa en un doble sentido, mejorando el permiso más allá de los dos días previstos e incrementando el número de días en caso de que el trabajador deba desplazarse por encima de los días establecidos legalmente<sup>1973</sup>.

Sin embargo, como a continuación se pone de relieve, en otras muchas ocasiones, el régimen establecido es discutible, cuando no directamente ilegal, a tenor de lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores.

**a)** Cláusulas convencionales que omiten el derecho a la ampliación del permiso por desplazamiento.

La primera anomalía que debe destacarse en relación con esta regulación es la ausencia de referencias en algunos convenios a la prolongación del permiso por desplazamiento del trabajador.

Normalmente esta situación se da en convenios que mejoran las previsiones estatutarias hasta los cuatro días en total que, de acuerdo con el ET, corresponden al trabajador en caso de desplazamiento, por lo que hay que entender que la mejora absorbe esta normativa y que el permiso se disfruta de igual manera, haya o no haya que realizar un desplazamiento<sup>1974</sup>.

Sin embargo, en otros casos la omisión de esta cláusula se produce en situaciones en las que la mejora no llega a cuatro días<sup>1975</sup> o en las que, directamente, no existe una mejora<sup>1976</sup>. En la primera de estas situaciones se plantea la disyuntiva de entender aplicable sin más el régimen estatutario, sumando dos días por desplazamiento a los días previstos en el convenio colectivo, o bien, entender que la necesidad de desplazarse adicionará tantos días como falten para cumplir dicho plazo mínimo de cuatro días. En la segunda de estas situaciones queda claro que los trabajadores deberán disfrutar como mínimo del régimen estatutario.

Finalmente, con menor frecuencia, ocurre que la ausencia de referencia a la ampliación del permiso por desplazamiento del trabajador se da en convenios que contemplan para algunos familiares un régimen jurídico peor que el señalado en el ET<sup>1977</sup>.

**b)** Cláusulas convencionales que empeoran el régimen previsto legalmente.

Más complicada es la situación que presentan determinados convenios colectivos señalando plazos, por concepto de desplazamiento, más cortos que los previstos en el ET. De nuevo, normalmente, la situación viene provocada por la mejora de otros aspectos de estas licencias. Es decir, no se reconocen dos días por desplazamiento sino uno, pero la duración del permiso está mejorada igualando o superando los cuatro días que señala el Estatuto por ambos conceptos<sup>1978</sup>. Este tipo de regulación entiendo que es váli-

da por cuanto mejora el régimen del Estatuto. Efectivamente, sin desplazamiento el permiso será superior al del art. 37.3.b ET y si hay que hacer desplazamiento la duración será, como mínimo, igual a la del precepto (cuatro días)<sup>1979</sup>.

Sin embargo, en otras ocasiones, la duración inicial no está mejorada, por lo que el permiso, cuando sea necesario que el trabajador se desplace, tendrá una duración inferior a la que señala el Estatuto<sup>1980</sup>. La normativa convencional contradice y empeora el régimen jurídico estatutario, por lo que deberá ser este último el que finalmente prevalezca.

c) Reglas convencionales para la articulación del derecho a la ampliación del permiso por desplazamiento.

En relación con la ampliación por distancia de estos permisos rigen diversas reglas:

Una forma de determinar si cabe la ampliación del permiso por desplazamiento es la utilización, como parámetro, de la distancia kilométrica a recorrer. Los convenios analizados no siguen un criterio único y fijan el límite de acuerdo con una distancia fija: menos de 100 kilómetros<sup>1981</sup>, 100 kilómetros<sup>1982</sup>, 125 kilómetros<sup>1983</sup>, 150 kilómetros<sup>1984</sup>, 175 kilómetros<sup>1985</sup>, 200 kilómetros<sup>1986</sup>, 250 kilómetros<sup>1987</sup>, 300 kilómetros<sup>1988</sup>, 350 kilómetros<sup>1989</sup> o 400 kilómetros<sup>1990</sup>, o variable, concediendo más o menos días de permiso de acuerdo con una escala kilométrica<sup>1991</sup>. La inmensa mayoría de los convenios no especifican si la distancia debe medirse hasta la localidad de destino o incluye también el trayecto de vuelta<sup>1992</sup>. A mi juicio, a falta de referencia expresa, la distancia debe computarse en su totalidad, incluyendo tanto la ida como la vuelta. Asimismo, hay que señalar que, en algún caso, los convenios establecen reglas sobre como medir las distancias<sup>1993</sup>.

La fijación por convenio de una distancia mínima, a partir de la cual surge el derecho a ampliar el permiso, no está exenta de problemas. La doctrina judicial ha negado su validez por ser contraria a la finalidad que se persigue con esta ampliación. En este sentido, partiendo de una interpretación finalista de la medida como un medio para promover la conciliación familiar, la STSJ Andalucía, Sevilla de 31 de octubre de 2003 (Rec. 2183/2002) entendió que *«la limitación de 100 Km, dispuesta en el convenio colectivo de la empresa es, no sólo contraria a derecho, sino perjudicial para las dos partes que la acordaron. Porque hoy en día, la facilidad y rapidez de las comunicaciones y las dificultades ocasionales que en ellas puedan originarse, pueden provocar que no sea preciso cambiar de residencia en un viaje de mucho más de 100 Km, como que, al contrario, sí sea necesario tal cambio al hacer un recorrido menor. En definitiva, es el cambio de residencia lo que altera la vida familiar y, en tanto no se produzca el mismo, no hay motivo para ampliar el derecho de ausencia del mencionado artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores»*<sup>1994</sup>. En este sentido resulta mucho más lógico optar por conceder la ampliación por desplazamiento cuando se *«considera, prudentemente, que hay pérdida de jornada»*<sup>1995</sup>.

Otro parámetro usado para concretar el derecho a disfrutar de días adicionales por desplazamiento es el de la situación de la localidad de destino.



En este sentido se toma como referencia que el desplazamiento se produzca a otra localidad o población<sup>1996</sup>, a otra provincia<sup>1997</sup>, a una provincia no limítrofe con la de origen<sup>1998</sup>, a otra Comunidad Autónoma<sup>1999</sup>, a otro país<sup>2000</sup>. Si las empresas se encuentran en territorio insular, se tiene en cuenta esta situación para delimitar la ampliación del permiso<sup>2001</sup>. Por otro lado, algunos convenios también incorporan escalas, combinando varios de estos factores, para ampliar el número de días de permiso<sup>2002</sup>.

Un problema adicional que presentan estas fórmulas se da en relación con aquellos convenios que establecen un sistema gradual de ampliación de los días de permiso, en función de la distancia a recorrer o de la situación geográfica de la localidad de destino, pues en muchos casos, aunque finalmente iguale o mejore los dos días que prevé el Estatuto, se comienza por conceder tan solo un día de ampliación. Entiendo que el carácter de derecho necesario relativo del art. 37.3 ET impide fijar el inicio por debajo del umbral legal<sup>2003</sup>, salvo en dos supuestos: En primer lugar que, como se ha dicho anteriormente, por mejora del permiso sin desplazamiento, el resultado de sumar el día adicional por esta causa de un permiso con una duración mínima de cuatro días<sup>2004</sup>. Y, en segundo lugar, cuando el día de permiso se otorgue en situaciones en las que, de acuerdo con la aludida interpretación finalista, no se hubiera originado este derecho adicional.

Por ello, es más conveniente el uso de otros patrones, más acordes con la finalidad atribuida a la ampliación de garantía del permiso, como el del tiempo ocupado en el desplazamiento<sup>2005</sup>.

### ***C) Otras situaciones protegidas***

Otro tipo de mejora convencional de la normativa estatutaria se produce por la inclusión de otros familiares situados más allá del 2º grado de consanguinidad y afinidad o por la creación de situaciones distintas a las señaladas en el ET.

#### ***a) Inclusión de otros sujetos.***

La situación más normal en esta materia es incluir un permiso por circunstancias relativas a los tíos<sup>2006</sup>, tíos y sobrinos<sup>2007</sup>, o con carácter más genérico a los familiares de tercer grado de consanguinidad y afinidad<sup>2008</sup>. En algún caso la mejora alcanza hasta los familiares en 4º grado<sup>2009</sup>.

En algún caso el permiso por enfermedad se extiende con relación a todos los familiares consanguíneos directos del trabajador<sup>2010</sup> o a los que convivan con el trabajador<sup>2011</sup> e, incluso, a otras personas, no necesariamente familiares, que, igualmente, convivan con el trabajador<sup>2012</sup>.

Hay que hacer notar que, a diferencia de lo que ocurre en relación con los permisos recogidos en el precepto, en estos casos, si no hay referencia a la afinidad habrá que entender que se trata de familiares consanguíneos<sup>2013</sup>.

*b) Inclusión de otras situaciones.*

Los convenios colectivos suelen incorporar otros permisos relacionados con la enfermedad o situaciones médicas de familiares.

En este sentido, por ejemplo, no es inusual que los convenios contemplen un permiso para acudir a los servicios de urgencias a acompañar a familiares<sup>2014</sup>.

Otros permisos de esta índole tienen un carácter genérico como cuando se concede el permiso para casos extraordinarios y debidamente acreditados por los días necesarios<sup>2015</sup>.

Otros tienen un carácter más específico y se refieren a situaciones concretas: tratamientos de rehabilitación del alcoholismo o drogodependencia<sup>2016</sup>; cuidado de familiares que convivan con el trabajador en fase muy grave de enfermedad, siempre que se hayan agotado los días de permiso por enfermedad de hasta quince días y con remuneración que no incluye los complementos por condiciones de trabajo<sup>2017</sup>; y por el tiempo indispensable para la realización de cursillos de formación pedagógica para la educación de hijos minusválidos<sup>2018</sup>.

Otro tipo de permiso es recogido en algún convenio para acudir a donar sangre<sup>2019</sup>, o el también específicamente contemplado para el personal de turno de noche la noche anterior a la realización de análisis y exploraciones que necesiten de reposo del trabajador<sup>2020</sup>.

*D) Las consultas médicas*

La progresiva extensión causal del art. 37.3.b ET no ha llevado a incluir un permiso para que el trabajador acuda a visitas médicas o para acompañar a sus familiares a las mismas, lo que, ya fue criticado por la doctrina en relación con la reforma llevada a cabo por Ley 39/1999, de 5 de noviembre, por cuanto supone una limitación importante en materia de conciliación laboral<sup>2021</sup>.

*a) Consultas del trabajador:*

En cualquier caso la negociación colectiva ha subsanado este defecto y un gran número de convenios recoge un permiso retribuido al trabajador<sup>2022</sup> que tenga que acudir al médico<sup>2023</sup>, que tenga una visita médica<sup>2024</sup>, o que tenga que acudir a consulta médica<sup>2025</sup>, al consultorio médico<sup>2026</sup> o asistir a ambulatorios médicos, centros mutuales y hospitales<sup>2027</sup>.

Debe señalarse que cuando el convenio colectivo establezca este permiso de forma genérica, tanto en su duración, como en su justificación, las posteriores actuaciones de la empresa sobre el mismo sólo se reputaran válidas en cuanto no impliquen una injerencia en el contenido de la previsión<sup>2028</sup>. Por otro lado, debe tenerse asimismo en cuenta que el permiso cubrirá cualquier tratamiento que se dispense vía consulta médica, independientemente del profesional que las efectúe y de su duración, salvo que el convenio establezca alguna limitación<sup>2029</sup>.

En cuanto a las limitaciones a las que se somete este permiso hay que destacar los siguientes aspectos:

1) *Límites temporales*: Aunque lo normal es que la duración de este permiso se establezca por el tiempo indispensable<sup>2030</sup>, en algún caso se establecen límites adicionales a la duración del permiso en función de la jornada diaria<sup>2031</sup>; en función de la jornada anual<sup>2032</sup>; o conjugando ambos factores<sup>2033</sup>.

Otra forma de limitar la duración equipara el permiso al abono por parte de las empresas del 50% de la retribución de los cuatro primeros días de incapacidad temporal en la primera baja de año, con agotamiento, en uno y otro caso, según la utilización de la disponibilidad, y todo ello a opción del trabajador<sup>2034</sup>.

En algunos casos en la duración del permiso se tiene en cuenta si debe realizarse un desplazamiento<sup>2035</sup>.

Por último, hay que destacar que, cuando el trabajador vaya a realizar la consulta médica durante su tiempo de descanso por realizar la jornada horario nocturno, pueden establecerse reglas especiales en cuanto al permiso<sup>2036</sup>.

## 2) *Consultas a especialistas y médicos de cabecera.*

También se limita el alcance de los permisos en función de que se trate de consultas a médicos de cabecera o médicos especialistas.

En este sentido, de acuerdo con la literalidad de las cláusulas, en algunos convenios la concesión del permiso se circunscribe a las consultas de medicina general o del médico de cabecera<sup>2037</sup>, mientras que en otros sólo se prevé en relación con las consultas a médicos especialistas<sup>2038</sup>, incluyendo en algún caso la visita al médico de cabecera que prescribe la visita al especialista<sup>2039</sup>.

Sin embargo, lo más normal es que se conceda para todo tipo de visitas médicas, aunque los límites pueden variar dependiendo del tipo de consultas de que se trate. Existen convenios que, expresamente, sólo retribuyen las consultas a especialistas cuando estén prescritas por el médico de cabecera<sup>2040</sup>; otros extienden el permiso al tiempo indispensable para todo tipo de consultas<sup>2041</sup>; otros establecen las mismas limitaciones en uno y otro caso<sup>2042</sup>; y, finalmente, otros regulan un régimen jurídico separado en uno y otro caso<sup>2043</sup>.

## 3) *Consultas médicas de facultativos de la SS y de la medicina privada.*

En algunos convenios el permiso se circunscribe a las consultas médicas de la Seguridad Social<sup>2044</sup>.

Sin embargo, en otras ocasiones, aunque limitadamente, se incluye también en el ámbito de cobertura del permiso la medicina privada<sup>2045</sup>, como ocurre en relación con las consultas a médicos especialistas<sup>2046</sup>.

4) *Otros límites*. La negociación colectiva señala, ocasionalmente, otro tipo de limitaciones, como la necesidad de que la consulta se lleve a cabo «en aquellas horas que le indique la empresa en función de las necesidades

de la misma»<sup>2047</sup>; o que «enfermedad no sea permanente o que suponga una situación reiterativa»<sup>2048</sup>.

#### b) Consultas médicas referidas a otros familiares.

La negociación colectiva, adicionalmente, reconoce un derecho para acompañar a visitas médicas a ciertos familiares.

Normalmente se destinan para acompañar al cónyuge y a los hijos y, en relación con estos, puede establecerse de forma genérica<sup>2049</sup>, para acompañar a los que convivan con el trabajador<sup>2050</sup> o sean menores<sup>2051</sup>, o limitando la edad máxima a seis años<sup>2052</sup>, siete años<sup>2053</sup>, ocho años<sup>2054</sup>, nueve años<sup>2055</sup>, doce años<sup>2056</sup>, catorce años<sup>2057</sup>, dieciséis años<sup>2058</sup> y/o estén discapacitados<sup>2059</sup>.

Respecto del resto de familiares, las fórmulas utilizadas son muy variadas, limitando el ámbito del permiso por el grado de parentesco<sup>2060</sup>, por la existencia de dependencia respecto del trabajador<sup>2061</sup> o por ambos motivos conjuntamente<sup>2062</sup>.

Además, adicionalmente, algunos convenios prescriben que no exista otro familiar que pueda acompañarles<sup>2063</sup>.

## 1.4. Articulación del disfrute

### A) Comienzo

El principio de inmediación que rige en relación con los permisos crea un vínculo entre la fecha del disfrute y la causa que desencadena el permiso<sup>2064</sup>.

En consecuencia, nuestros tribunales tienen establecido que «*el cómputo de los días naturales del permiso comienza desde el momento mismo en que se produce el hecho causante, (...), independientemente de que las fechas de su disfrute coincidan con días festivos o laborables*» y, por ello, empezará a contar aunque el día en concreto haya finalizado la jornada laboral<sup>2065</sup>.

Sin embargo, la negociación colectiva establece reglas que atemperan esta situación. Para ello, cierta normativa convencional fija como comienzo el día siguiente, bien porque el hecho causante ocurre una vez finalizada la jornada laboral<sup>2066</sup>; bien porque ocurre una vez ha transcurrido media jornada<sup>2067</sup> o un tercio de la misma<sup>2068</sup>; o bien porque tiene origen ya iniciada la jornada laboral<sup>2069</sup>.

También se posibilita, en algún convenio, avanzar el permiso al propio hecho causante<sup>2070</sup>.

Hay que tener en cuenta, por otro lado, que la doctrina judicial ha señalado que el permiso por enfermedad u hospitalización, salvo que se vincule el disfrute al inicio de la hospitalización o de la enfermedad grave, podrá disfrutarse en un momento posterior siempre que la causa se mantenga<sup>2071</sup>. La negociación colectiva, se ha hecho eco de esta posibilidad, permitiendo ini-

ciar el disfrute con posterioridad al hecho causante<sup>2072</sup>. Asimismo, la doctrina judicial ha admitido, en algún supuesto muy específico, que el permiso por fallecimiento se disfrute hasta dos meses después de acaecido el suceso, al no haber podido disfrutarlo en el momento en que se produjo la muerte del familiar y persistir el motivo que justifica el permiso<sup>2073</sup>. Sin embargo, en alguna ocasión la negociación colectiva ha vedado expresamente que el permiso pueda trasladarse de fechas<sup>2074</sup>.

En cualquier caso, es necesario señalar que el permiso se concede por días, independientemente del número de horas diarias trabajadas<sup>2075</sup> y que, si desaparece el hecho que lo motiva, finaliza el permiso aunque aún resten días de disfrute<sup>2076</sup>.

### **B) Ampliaciones en la duración del permiso**

La finalidad de este permiso lleva a que la negociación colectiva prevea, en situaciones de necesidad, la posibilidad de ampliar este permiso más allá de la prevista inicialmente.

El régimen de ampliaciones varía de convenio a convenio. De todas formas, como pauta general, puede señalarse que la ampliación del permiso no se retribuye y que, dada su duración, en muchos casos el permiso se transforma en un supuesto de suspensión del contrato de trabajo.

En primer lugar, existen convenios que permiten ampliaciones cortas del permiso en tanto se prolongue la situación que fue origen del permiso. En estos casos los días extra mantienen el carácter retribuido del permiso<sup>2077</sup>.

En un tramo intermedio se situarían aquellos convenios que posibilitan la ampliación del permiso hasta una semana de duración<sup>2078</sup> o hasta 15 días<sup>2079</sup>.

En tercer lugar, encontramos también convenios que permiten ampliar estas licencias hasta un mes sin sueldo<sup>2080</sup> o, incluso, que no señalan límite, permitiendo que sean las partes, quienes, en función de las circunstancias concurrentes fijen la duración de la licencia<sup>2081</sup>.

También se tiene en cuenta la situación de los trabajadores inmigrantes con familiares en el extranjero a efectos de ampliación del permiso<sup>2082</sup>.

### **C) Fraccionamiento del disfrute**

Atendiendo también a la finalidad del permiso, cabe plantearse si es posible realizar un disfrute fraccionado del permiso, siempre y cuando, evidentemente, persista la situación que dio lugar al mismo. Resulta evidente que, para el trabajador, esta forma de disfrute resulta muy adecuada, sobre todo en situaciones patológicas de larga duración, ya que, al poder distribuir el tiempo de permiso de forma discontinua, se le posibilita alternar turnos con el resto de familiares que permitan que el familiar esté atendido en todo momento.

La negociación colectiva no ha sido ajena a esta posibilidad y la misma está recogida en un buen número de convenios<sup>2083</sup>. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando no se recoge en un convenio colectivo esta previsión? A mi juicio, los trabajadores podrán acceder igualmente a la posibilidad de disfrutar de forma interrumpida el permiso, pues tal posibilidad no aparece vedada por la norma y, como ya he dicho, se ajusta perfectamente a la finalidad de este tipo de permisos, facilitando la tan buscada conciliación de la vida familiar y laboral.

#### D) *Concurrencia de hechos causantes*

Dada la especial gravedad que revisten algunas de las situaciones que posibilitan estos permisos, no resulta extraño que surjan situaciones de concurrencia de permisos por distintos hechos causantes originados por los mismos sujetos. La negociación colectiva, ocasionalmente, señala la forma de actuar en estos casos, determinando reglas que suelen tener como objetivo evitar la acumulación de los permisos<sup>2084</sup>.

En este sentido, como ha señalado la doctrina<sup>2085</sup>, resultan ilegales aquellas cláusulas convencionales que limitan el uso del permiso por recaer en los mismos parientes<sup>2086</sup> o en las mismas causas<sup>2087</sup>, pero, sin embargo, deberán admitirse las que regulan el disfrute sucesivo de los permisos familiares, de manera que el nacimiento de un permiso agote el anterior no disfrutado, como ocurre en el caso de enfermedad grave seguida de fallecimiento del familiar<sup>2088</sup>.

## 2. EL PERMISO PARA LA REALIZACIÓN DE EXÁMENES PRENATALES Y TÉCNICAS DE PREPARACIÓN AL PARTO

El artículo 37.3.f ET determina la existencia de un permiso *«por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo»*. Este permiso fue introducido por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales y tiene como finalidad la protección de la maternidad<sup>2089</sup>. En consecuencia, entiendo que la titularidad corresponde en exclusiva a las trabajadoras embarazadas<sup>2090</sup>.

Este permiso no ha sido muy tratado en la negociación colectiva. Los convenios o bien no lo incorporan o lo recogen en los mismos o similares términos que el Estatuto, sin añadir nada nuevo<sup>2091</sup>.

No obstante, cuando algún convenio colectivo lo regula no siempre lo hace en los términos más afortunados. En este sentido, dada la obligatoriedad existente para la empresa en la concesión del permiso, extraña que en determinados convenios se utilicen fórmulas abiertas que dan a entender que la licencia se encuentra condicionada<sup>2092</sup>.

Asimismo, en atención a la finalidad de protección de la maternidad, no cabe establecer por negociación colectiva limitaciones no previstas en la le-

gislación<sup>2093</sup>. En sentido contrario no abarca otras situaciones, como las ausencias de la trabajadora para asistir a tratamientos de fecundación artificial<sup>2094</sup>, salvo que, como a veces ocurre, la negociación colectiva lo prevea expresamente<sup>2095</sup>.

### 3. EL PERMISO POR NACIMIENTO DE HIJO

Por sistemática se realiza ahora, de forma separada, el estudio de uno de los supuestos a los que alude el art. 37.3.b ET en relación con los permisos familiares. Se trata del permiso de dos días, ampliables a cuatro si hay que efectuar un desplazamiento, que el precepto concede *«por nacimiento de hijo»*<sup>2096</sup>.

#### 3.1. La extensión subjetiva del permiso: sujetos causantes y sujetos titulares

La primera duda que plantea este permiso se refiere al concepto de «hijo» que utiliza el precepto, es decir si se limita a los supuestos de maternidad biológica o se extiende a también a las situaciones de adopción y acogimiento.

Ciertamente, desde algún sector doctrinal se ha defendido una interpretación extensiva del precepto que incluya todas las situaciones aludidas<sup>2097</sup>. Para ello se ha hecho valer el principio de igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación, de acuerdo con lo establecido en el art. 39.2 CE<sup>2098</sup>. Además, se ha dicho que avala esta interpretación la finalidad genérica de este permiso: hacer prevalecer los intereses familiares sobre los laborales<sup>2099</sup>.

Sin embargo, desde mi punto de vista, en este supuesto rige una interpretación restrictiva<sup>2100</sup> y ello por los siguientes motivos:

En primer lugar, porque el objetivo específico de este permiso no es otro que el proporcionar asistencia a la madre y al recién nacido en los momentos posteriores al parto y llevar a cabo las obligaciones administrativas que se derivan del nacimiento así lo justifican.

En segundo lugar, porque la norma literalmente se refiere en exclusiva al nacimiento, sin hacer mención a la adopción, a diferencia de otros preceptos estatutarios que sí se refieren a ella. Este silencio legislativo no es concluyente por sí mismo, pero adquiere relevancia si hacemos una interpretación sistemática y conjunta de la normativa que se refiere a este permiso. En este sentido, hay que traer a colación el art. 48 bis ET introducido por la LOI que establece la suspensión del contrato por paternidad. Pues bien, dicha suspensión de 13 días ininterrumpidos, con derecho a prestación podrá ejercerse *«durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento...»*. Evidentemente, si el permiso de nacimiento se



entendiera referido a la adopción y el acogimiento el momento inicial para comenzar a ejercer el derecho sería el mismo en ambos casos.

En tercer lugar, no creo, además, que esta interpretación conculque el principio de igualdad de los hijos, puesto que su regulación conjunta con los permisos de fallecimiento y enfermedad de familiares permite concluir que el permiso se produce por la situación de necesidad que genera el parto que no se produce en la adopción<sup>2101</sup>.

Así pues, sólo en los casos en que los convenios se refieren expresamente a la adopción y al acogimiento se entenderá que los trabajadores pueden disfrutar el permiso por estos motivos<sup>2102</sup>.

Por otro lado, de forma acumulativa y/o alternativa al permiso por nacimiento, y en su caso adopción, la negociación colectiva recoge, en ocasiones, otras mejoras en relación con la adopción<sup>2103</sup>. Además, algunos convenios establecen expresamente un permiso relacionado con los trámites de una adopción y cuyo carácter retribuido se hace depender normalmente de su duración<sup>2104</sup>.

La segunda duda que conviene disipar hace referencia, en dirección contraria, al sujeto titular del permiso que no será otro que el otro progenitor, adoptando la terminología incorporada por la LOI al Estatuto. Por tanto, aunque normalmente el titular será el padre biológico no hay que desechar otras posibilidades que puedan presentarse<sup>2105</sup>.

Por último, también debe afirmarse que resulta indudable que la paternidad no va unida al estado civil, por lo que el permiso se disfruta como consecuencia del nacimiento del hijo, independientemente de que exista entre los progenitores un vínculo jurídico o de hecho<sup>2106</sup>.

### **3.2. La regulación del permiso en la negociación colectiva**

Al margen de que este permiso se mejore para dar cabida a la adopción y al acogimiento, la regulación de este permiso presenta las mismas virtudes y defectos que el resto de permisos familiares a los que en la mayoría de las ocasiones, como no podía ser de otra manera, va unido.

#### **A) Las actuaciones convencionales de mejora.**

La negociación colectiva tiende, en un alto porcentaje, a mejorar este permiso dotándolo de una duración superior a la que señala el art. 37.3.b ET, siendo lo más habitual que los convenios colectivos establezcan un permiso inicial de tres días que, en su caso, se ampliarán a cuatro<sup>2107</sup> —alcanzándose así la duración global establecida en la norma cuando el permiso conlleva desplazamiento—, a cinco<sup>2108</sup> o, incluso, a más días<sup>2109</sup>. Ocasionalmente el permiso se establece por un plazo superior, señalándose cuatro<sup>2110</sup>, cinco<sup>2111</sup>, seis<sup>2112</sup> o siete<sup>2113</sup> días de permiso.

En otras ocasiones, se mantiene la duración inicial y se mejoran los días de permiso cuando sea necesario realizar un desplazamiento<sup>2114</sup>. Así, por un

lado, debemos destacar aquellos convenios que mejoran el permiso estatutario, ampliando el número de días del permiso<sup>2115</sup>, del desplazamiento<sup>2116</sup> o ambos conjuntamente<sup>2117</sup>.

Otra forma de mejora utilizada convencionalmente es ampliar el permiso en base a las circunstancias del parto (complicaciones en el parto, cesáreas y situaciones de gravedad)<sup>2118</sup>. El problema se plantea cuando los convenios sólo se refieren a estas circunstancias como motivo de la ampliación de la duración, por lo que parecen sustituir este régimen por el de la ampliación por desplazamiento<sup>2119</sup>. Entiendo que ello no es posible, por lo que, si se ha de efectuar un desplazamiento, será aplicable la normativa estatutaria directamente. Lo mismo cabe decir de aquellos convenios que se limitan a establecer la duración del permiso sin más<sup>2120</sup>.

Otra posibilidad recogida en la negociación colectiva, a estos efectos, es la de acumular el permiso por nacimiento con el de enfermedad grave u hospitalización<sup>2121</sup>.

### **B) Reglas de articulación y distribución de los permisos**

Dentro de las distintas maneras en que se articula el permiso en la negociación colectiva podemos distinguir:

a) los convenios que permiten disponer de los días más o menos libremente dentro de los días posteriores al parto<sup>2122</sup>; o que señalan reglas sobre el comienzo del disfrute<sup>2123</sup>.

b) los que tienen en cuenta en la duración del permiso la existencia de días no laborables<sup>2124</sup>. Dentro de estos pueden distinguirse los que condicionan la ampliación a la falta de inscripción registral del recién nacido<sup>2125</sup>.

c) los que amplían el permiso más allá del inicialmente establecido bien retribuidamente<sup>2126</sup>, bien con carácter no retribuido<sup>2127</sup>.

## **4. LA HOSPITALIZACIÓN DEL RECIÉN NACIDO**

Otro de los permisos relacionados con el nacimiento es el recogido en el art. 37.4.bis ET para «*los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto*». En estos supuestos «*la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la distribución proporcional del salario*»<sup>2128</sup>.

Este permiso está reconocido en condiciones de igualdad para ambos progenitores y no se exige que ambos trabajen<sup>2129</sup>, aunque, en atención a la letra de la ley, sólo uno de ellos podrá ejercitarlo. Por otro lado, el hecho causante, de acuerdo con la descripción que hace la norma, debe entenderse en

el sentido de que el derecho nace en todos los supuestos en que el niño debe ser hospitalizado, siendo el del nacimiento prematuro el más frecuente, pero que no abarca las situaciones de nacimiento de hijos prematuros que no requieren hospitalización<sup>2130</sup>. Debe tenerse en cuenta igualmente que, pese al silencio legislativo, si se opta por ausentarse del trabajo, estaremos ante un permiso retribuido<sup>2131</sup>; y que, en caso de parto múltiple con hospitalización de dos o más de los recién nacidos, cabe pensar que debe ampliarse proporcionalmente el derecho<sup>2132</sup>.

La negociación colectiva no ha realizado una actuación especial sobre este permiso, limitándose la mayoría de las veces a transcribir la norma estatutaria<sup>2133</sup>, cuando no a obviarlo.

No obstante, algunos convenios colectivos sí presentan peculiaridades en relación con esta licencia. Así, ocasionalmente, se mejora el régimen jurídico de este permiso ampliando la reducción de jornada hasta tres horas<sup>2134</sup>.

En sentido contrario, aparentemente, algún convenio limita el derecho legal, al manifestar la incompatibilidad de la licencia «*con el disfrute de cualquier otro permiso, licencia que el trabajador, hombre o mujer, tenga o pueda tener concedido*»<sup>2135</sup>.

## 5. LA JORNADA DE TRABAJO Y LAS INTERRUPCIONES DEL CONTRATO POR PARTO O ADOPCIÓN Y PATERNIDAD.

### 5.1. La suspensión parcial del contrato

El tiempo de descanso que el Estatuto señala para los supuestos de maternidad, adopción o acogimiento y paternidad queda configurado como una suspensión contractual, es decir mientras duran las prestaciones de las partes quedan interrumpidas, no existiendo obligación de prestar servicios ni derecho al salario<sup>2136</sup>. No son, por tanto, instituciones que afecten al tiempo de trabajo. Sin embargo, la norma permite que esta suspensión pueda disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, ampliando entonces su duración proporcionalmente, por lo que cuando ésta sea la modalidad elegida sí nos encontramos ante un supuesto específico de reducción de jornada

Efectivamente, el art. 48.4, párrafo 10º ET, en referencia a la suspensión del contrato por maternidad y adopción o acogimiento, determina que «*los periodos a los que se refiere el presente artículo apartado podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos en que reglamentariamente se determinen*».

De forma similar, el recientemente introducido art. 48 bis, párrafo 4º ET, que regula la suspensión del contrato por paternidad, prevé que «*la suspensión de contrato a que se refiere este artículo podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del 50 por 100, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente*».

Ambos preceptos coinciden en exigir el acuerdo entre el empresario y los trabajadores afectados y la adecuación del disfrute a las reglas que se puedan arbitrar reglamentariamente. Por el contrario, divergen en la amplitud con que se regula la parte de la jornada que puede disfrutarse parcialmente. Así, mientras que en el caso de suspensión parcial por nacimiento y adopción o acogimiento no se señala ningún límite, por lo que podrá pactarse cualquier reducción, pues la normativa reglamentaria existente tampoco establece limitaciones, la suspensión parcial en caso de paternidad será de un mínimo del 50%.

Dado que el permiso de paternidad, debido a su todavía corta vida, no tiene un desarrollo reglamentario ni está previsto en la negociación colectiva anterior a la promulgación a la LOI, voy a referirme sólo a la suspensión a tiempo parcial por maternidad y adopción o acogimiento.

El RD 1251/2001, de 16 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, contiene en su Disposición Adicional Primera el desarrollo reglamentario al que debe acomodarse el disfrute del descanso por maternidad, adopción o acogimiento.

De la regulación establecida en este Real Decreto merece destacar los siguientes aspectos:

En primer lugar que el disfrute del permiso a tiempo parcial queda sujeto a lo establecido en el propio Real Decreto *«y de conformidad, en su caso, con lo que establezcan los convenios colectivos»*.

En segundo lugar, que califica de *«imprescindible el acuerdo entre el empresario y el trabajador afectado»*, pudiendo celebrarse, dicho acuerdo, tanto al inicio del descanso como en un momento posterior; y que el disfrute parcial *«podrá extenderse a todo el período de descanso o a parte del mismo»*. Esta regla debe completarse con la establecida en el apartado 3.a de la Disposición Adicional Primera, a cuyo tenor, *«el disfrute del permiso en esta modalidad será ininterrumpido. Una vez acordado, sólo podrá modificarse el régimen pactado mediante nuevo acuerdo entre el empresario y el trabajador afectado, por iniciativa de éste y debido a las causas relacionadas con la edad del menor»*.

En tercer lugar, el disfrute del permiso se sujeta a ciertas reglas como la prohibición para los trabajadores que se encuentran en esta situación de realizar horas extras, la incompatibilidad de esta situación con el disfrute del permiso de lactancia, el de hospitalización de hijos prematuros y la reducción de jornada por guarda legal, y la excedencia por cuidado de familiares.

Dos son, a mi juicio, las principales dudas que suscita esta regulación: a) ¿Cuál es el campo de actuación de la negociación colectiva?. Y b) ¿Hasta donde llega la obligatoriedad del acuerdo?

Debe señalarse que la negociación colectiva suele reiterar la letra del Estatuto sin añadir nada<sup>2137</sup> o establecer un reenvío a las previsiones del Real Decreto<sup>2138</sup> En algún caso se varía la fórmula de manera que el disfrute a tiempo parcial se refiere al *«previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos que las partes determinen»*<sup>2139</sup>.

## 5.2. Otras cláusulas convencionales relacionadas con la maternidad

En relación con el permiso de maternidad la negociación colectiva suele introducir ciertas mejoras mediante la creación de nuevas situaciones, como la concesión a las trabajadoras que lo soliciten de permisos especiales no retribuidos<sup>2140</sup>.

Asimismo, los convenios colectivos recogen otras previsiones en relación con el disfrute de la suspensión del contrato por maternidad, como las reglas que deben regir cuando dicha suspensión coincide con el periodo vacacional. Esta materia ha sido objeto de regulación expresa en el art. 38 ET, cuyo párrafo 2º, introducido por la LOI prevé que *«cuando el periodo de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar de las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto correspondiera, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que corresponda»*<sup>2141</sup>

## 6. PERMISO POR LACTANCIA

El art. 37.3 ET señala que *«las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.*

*»La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad y acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso lo establecido en aquélla.*

*»Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen».*

El denominado permiso de lactancia ha evolucionado a lo largo de su historia, pasando de ser un permiso relacionado estrictamente con la alimentación natural durante los primeros meses de vida del hijo, a convertirse en un permiso parental para el cuidado del recién nacido. Efectivamente, este derecho, por efecto de las distintas reformas que ha sufrido y pese a mantener una expresa referencia a la lactancia, ha perdido ese carácter protector de la maternidad. La Ley 3/1989, de 3 de marzo trajo consigo la pérdida del carácter estrictamente femenino del permiso<sup>2142</sup>, haciendo patente que el permiso pretende proteger al menor en sus primeros meses de vida, con independencia de que sea el padre o la madre los que se ocupen de su atención<sup>2143</sup>. Por otra parte, la posibilidad establecida en la Ley Orgánica 3/2007 de acumular su disfrute en jornadas completas parece desvincularlo definitivamente de esa finalidad.

Como consecuencia de esta evolución normativa, el permiso ha pasado de tener una titular exclusiva —la madre trabajadora—, a ser un permiso de titularidad compartida que puede ser disfrutado tanto por la madre como por el padre, aunque en este caso es necesario que ambos trabajen y, a tenor de la redacción de los dos primeros párrafos, que la madre ceda dicha posibilidad al padre, pues las referencias a «*las trabajadoras*» y «*la mujer*» permiten seguir pensando que ella es la beneficiaria originaria del permiso<sup>2144</sup>. Así, a día de hoy la igualdad efectiva sólo se produce cuando venga establecida en convenio colectivo<sup>2145</sup>.

### 6.1. La acumulación del permiso vía negociación colectiva

La LOI, al introducir la ya señalada posibilidad de acumulación, ha dado validez legal a las numerosas cláusulas negociales que venían actuando en este sentido y ha puesto fin a las dudas sobre su viabilidad<sup>2146</sup>. Debe señalarse que la posibilidad de acumulación del permiso, pese a su reconocimiento legal, no surge de la decisión unilateral del trabajador, sino que requiere que dicha posibilidad se recoja en la norma colectiva o se alcance un pacto con el empresario que deberá respetar, en su caso, las previsiones del convenio<sup>2147</sup>. Existe por tanto, en esta materia, una relación de complementariedad entre la norma legal y la convencional<sup>2148</sup>.

Las fórmulas utilizadas por la negociación colectiva resultaban muy variadas, siendo la más habitual la que permite acumular todo el permiso de lactancia para ser disfrutado a continuación de la suspensión del contrato por maternidad, difiriendo la duración de convenio a convenio<sup>2149</sup>. Ahora bien: ¿qué parámetros deben seguirse para el cálculo de la duración de la acumulación? Tal y como está redactado el art. 37.4 ET, parece que la acumulación en jornadas completas no esta sometida a ningún tipo de límite, por lo que estaríamos ante una norma de naturaleza dispositiva para la negociación colectiva, siendo válido cualquier periodo establecido independientemente de su duración. Sin embargo, también puede defenderse que la primera parte del precepto, dada su naturaleza de norma mínima, debe ser respetada. Surge entonces la duda sobre cuál ha de ser el módulo de cálculo mínimo: la hora de interrupción o la media hora de reducción de la jornada. En este sentido tanto judicial<sup>2150</sup>, como doctrinalmente<sup>2151</sup>, se ha defendido que debe tomarse como referencia la hora de ausencia por día<sup>2152</sup>. De acuerdo con este criterio, como la cantidad de días de permiso que pueden acumularse va a variar en cada caso en función del periodo de permiso de maternidad disfrutado a continuación del parto, podemos señalar que el tiempo mínimo oscilaría entre 12,5 días, en el caso de que el titular del permiso por lactancia sea la madre que optó por disfrutar de las 16 semanas del permiso de maternidad con posterioridad al parto, y 22,5 días, en el caso que el permiso lo disfrute el otro progenitor desde el momento del parto.

Otra fórmula utilizada es la acumulación del permiso para su disfrute semanal o mensual<sup>2153</sup>; o la acumulación de este permiso en la «*cuenta de horas personal*»<sup>2154</sup>.

Finalmente, algunos convenios se limitan a señalar que el disfrute del permiso podrá ser fraccionado o acumulado, sin poner límites a la forma en que se acumulará dicho permiso<sup>2155</sup>.

También en relación con la acumulación algún convenio señala que, si se extingue el contrato antes de que el hijo cumpla los 9 meses y, como consecuencia de la acumulación, se ha disfrutado con anterioridad el permiso de lactancia, la empresa podrá deducir de la liquidación la parte correspondiente<sup>2156</sup>.

## 6.2. Otras actuaciones negociales en relación con el permiso de lactancia

Al margen de la posibilidad de acumular el permiso, la negociación colectiva venía actuando sobre este permiso en varios sentidos.

En primer lugar, ampliando su objeto, desvinculándolo por tanto de la lactancia<sup>2157</sup>.

En segundo lugar, mejorando su régimen jurídico mediante la ampliación de la edad del recién nacido hasta los diez meses<sup>2158</sup> o, incluso, hasta los doce meses<sup>2159</sup> o concediendo la ampliación del permiso proporcionalmente por parto múltiple<sup>2160</sup>. Evidentemente esta última prerrogativa al estar actualmente comprendida en la regulación legal del derecho será aplicable en todo caso, aunque el convenio no lo señale expresamente<sup>2161</sup>.

Otros convenios, *a priori*, tienen establecido un régimen jurídico peor que el determinado en el ET, pues, aparentemente, no dan lugar a optar entre la interrupción o la reducción de jornada<sup>2162</sup>.

En cuanto a la posibilidad de que el padre disfrute del permiso, en algunas ocasiones, el convenio colectivo exige acreditación de que el otro progenitor no lo haya ejercido en su empresa<sup>2163</sup>. En cualquier caso, la doctrina judicial tiene establecido que si en la negociación colectiva no se señala nada sobre la necesidad de que el padre y la madre trabajen, se establece una mejora del régimen jurídico del permiso<sup>2164</sup>.

Determinados convenios amplían el tiempo de reducción de jornada más allá de la media hora que señala el ET y establecen su duración en 45 minutos<sup>2165</sup> o una hora<sup>2166</sup>, especificándose, en muchas ocasiones, que la reducción se hará al inicio o al final de la jornada<sup>2167</sup>. Realmente si no fuera así estaríamos ante un supuesto de interrupción y no de reducción. Sin embargo, en algunos convenios se señala que cabe la posibilidad de acumularlo a la hora de mediodía<sup>2168</sup>.

Otras cláusulas tienen una importancia menor, por cuanto su contenido está recogido en la norma, aunque no se señale expresamente. Así ocurre cuando se establece que el permiso se concederá independientemente del estado civil<sup>2169</sup>; o con la posibilidad recogida en algún convenio para que el permiso se disfrute igualmente en caso de adopción o acogimiento de menores de 9 meses<sup>2170</sup>. En este sentido, resulta obvio que la falta de una referencia a estos supuestos no puede llevar a su exclusión pues, con ello se vulneraría «no sólo el artículo 39.2 de la Constitución, que garantiza una política



pública de protección integral de los hijos con independencia de su filiación, sino además el artículo 108 del Código Civil que reconoce los mismos efectos a la filiación natural, matrimonial y extramatrimonial, como a la adoptiva»<sup>2171</sup>.

## 7. GUARDA LEGAL Y CUIDADO DIRECTO DE FAMILIARES

Señala el art. 37.5 que *«quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o a una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella»*. Por otro lado, el permiso se concede igualmente en los caos en que sea preciso *«encargarse 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 que no desempeñe actividad retribuida»*.

El permiso se despliega, por tanto, sobre dos situaciones distintas: la guarda legal y el cuidado de familiares dependientes.

En el primer caso, el término jurídicamente se refiere a los vínculos propios de la patria potestad y de las instituciones de tutela, curatela y defensor judicial. De estas tres instituciones entiendo que la reducción de jornada sólo tiene sentido en relación con la tutela, ya que se trata de una institución de carácter permanente en relación con los menores no sujetos a patria potestad o los incapacitados, en los casos de incapacidad más grave. La curatela, por el contrario, no proporciona amparo y representación permanente. La persona sometida a curatela puede gobernarse por sí misma y sólo requiere la intervención del curador en los actos con una trascendencia especial. En este sentido la curatela se refiere a menores emancipados cuyos padres hayan fallecido o no sean aptos para completar su capacidad, los que hayan obtenido el beneficio de la mayor edad y los incapacitados en los casos de incapacidad más leve (arts. 286 y 287 Código Civil). Tampoco el defensor judicial, que principalmente interviene en caso de conflicto entre los menores e incapacitados y sus representantes legales, parece que pueda beneficiarse de este derecho<sup>2172</sup>. En consecuencia, el derecho está dirigido a las personas que ejerzan la patria potestad<sup>2173</sup> o actúen como tutores legales de los sujetos causantes, sin ser necesario que exista un vínculo familiar.

En el segundo caso, el beneficio se otorga sólo para el cuidado directo de un familiar en primer o segundo grado por consanguinidad o afinidad, que no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida.

En primer lugar, en relación con los familiares beneficiarios del derecho, deben reiterarse algunas de las conclusiones que ya se hicieron al tratar los permisos familiares: 1) la inclusión implícita del cónyuge, aunque no se trate estrictamente de un familiar<sup>2174</sup>; 2) la no inclusión, salvo mejora convencional<sup>2175</sup>, de los vínculos que se derivan de una convivencia de hecho<sup>2176</sup>; y 3) la conveniencia de que la norma se amplíe para dar cabida a es-

tos últimos sujetos<sup>2177</sup>. También hay que destacar que, así como la filiación por adopción se encuentra, a todas luces, recogida en el concepto de familiar, generándose el permiso entre el adoptado y el adoptante y su familia, no puede decirse lo mismo del acogimiento, por no crear ningún tipo de vínculo familiar<sup>2178</sup>.

En segundo lugar el familiar que genera el derecho debe cumplir tres condiciones: a) estar al cuidado directo del beneficiario del permiso; b) no desempeñar ninguna actividad retribuida; y c) no poder valerse por sí mismo.

Las dos primeras condiciones también se exigen para la reducción de jornada por guarda legal y no necesitan mayores explicaciones —el cuidado directo implica que la persona se ocupa habitualmente del menor o minusválido, supliendo sus carencias y dándole el cuidado necesario, tanto físico como afectivo; la actividad retribuida se refiere a cualquier actividad por cuenta ajena o propia de carácter lucrativo, por lo que no es sinónimo de carencia de recursos económicos o de ingresos<sup>2179</sup>—. El hecho de no valerse por sí mismo hace referencia a la necesidad de ayuda para realizar los actos más elementales de la vida, situación a la que se puede llegar como consecuencia de una enfermedad o un accidente, o por razones de edad, bien porque el sujeto causante es de edad avanzada o bien, en el caso de los niños, por su corta edad<sup>2180</sup>.

La adición por la Ley 39/1999 de la reducción de jornada por cuidado directo de un familiar vino a llenar algunos de los vacíos que tenía esta institución en relación con la guarda legal, pues no desplegaba sus efectos cuando ciertos familiares —abuelos, tíos, cónyuges no progenitores— asumen de hecho el cuidado de menores o de personas discapacitadas no sometidas a tutela. Sin embargo, otras situaciones como la guarda de hecho de un menor o de un incapaz por una persona no incluida hasta el 2º grado de parentesco o la incapacidad de la pareja de hecho siguen sin generar el nacimiento de este beneficio, lo que ha llevado a la doctrina a defender una interpretación amplia de la expresión guarda legal o, incluso, la supresión de la misma para dar cabida a estas y otras situaciones que, hoy por hoy, no encajan en el precepto<sup>2181</sup>.

Este permiso ha sido modificado por la LOI<sup>2182</sup> para ampliar la edad máxima del menor que da derecho a la reducción que pasa de seis a ocho años<sup>2183</sup>, llegando por tanto al máximo previsto en el Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental; y para rebajar el límite mínimo de la reducción de jornada de un tercio a un octavo. Esta situación tendrá que provocar un reajuste de la normativa convencional que, en su mayoría, se ha venido limitando a transcribir el precepto estatutario.

### **7.1. Las mejoras convencionales y su absorción por el cambio normativo**

El art. 37.5 ET tiene naturaleza de derecho necesario relativo, por lo que puede ser mejorado por la negociación colectiva<sup>2184</sup>. En este sentido, los

convenios que introdujeron medidas más favorables para los trabajadores se verán afectados igualmente por la mejora del régimen jurídico introducida por la LOI, jugando respecto de ellos el instrumento de la absorción y compensación de condiciones, por lo que persistirán sólo aquellas que, aun hoy, se sitúen por encima del umbral legal.

Algunos convenios ya habían adoptado la edad de ocho años del menor como límite al disfrute del permiso<sup>2185</sup> y otros, incluso, establecían una edad todavía mayor, por lo que en este aspecto la cláusula convencional continuará vigente<sup>2186</sup>.

En cuanto a los porcentajes de reducción, algunos convenios, aunque mejoraban la situación anterior, se han quedado por debajo de la regulación actual<sup>2187</sup>; otros se han equiparado con la normativa actual<sup>2188</sup>, y, finalmente, en algún caso, persisten todavía regulaciones que implican una mejora, pues no recogen un límite mínimo, manteniendo sólo el máximo<sup>2189</sup> o, si lo incluyen, lo reducen a la mínima expresión<sup>2190</sup>.

## **7.2. Otras cláusulas convencionales en relación con la reducción de jornada por guarda legal y cuidado de familiares**

Algunos convenios contienen restricciones a las posibilidades de reducción horaria, estableciendo, por ejemplo, la incompatibilidad de la reducción de jornada por guarda legal y la del permiso por lactancia<sup>2191</sup>. En mi opinión, este tipo de cláusulas convencionales limita el derecho establecido en la norma laboral, por lo que no son admisibles. Pese a que existen manifestaciones doctrinales científicas y judiciales que suscriben la incompatibilidad de estos derechos<sup>2192</sup>, me sumo a aquellas otras que abogan por su compatibilización<sup>2193</sup>. Desde esta posición se destacan las diferencias existentes entre ambas figuras y el diferente tratamiento que la ley les dispensa, lo que evita que se pueda hablar de una superposición de derechos<sup>2194</sup>, al margen de que puedan compartir finalidad<sup>2195</sup>. Además, la reforma que la Ley 39/1999 llevó a cabo sobre el art. 37.4 ET, que regula el permiso por lactancia, modificando la terminología utilizada en el mismo, que pasa de referirse de «*la jornada normal*» a «*su jornada*», avala igualmente esta interpretación, por cuanto el trabajador podrá reducir *su* jornada acogándose al permiso de lactancia, aunque el trabajador ya disfrute de una jornada reducida por guarda legal<sup>2196</sup>.

Por otro lado, eventualmente, se establecen reglas en cuanto a la manera en que se disfruta de la reducción<sup>2197</sup>. En otras ocasiones la negociación colectiva busca fórmulas para armonizar el disfrute del derecho cuando sean varios los trabajadores que puedan acogerse al mismo<sup>2198</sup>.

En otras ocasiones, la negociación colectiva regula otras fórmulas de reducción de jornada en paralelo al supuesto legal.

Así, por ejemplo, se regulan regímenes alternativos al de la reducción como la adaptación del horario de trabajo<sup>2199</sup> u otras fórmulas de reducción de jornada que actúan en paralelo a la legal<sup>2200</sup>.

## 8. REDUCCIÓN DE JORNADA POR VIOLENCIA DE GÉNERO

Aunque no se trate de un derecho basado en la conciliación familiar he querido recoger aquí el derecho que recoge el art. 37.7 ET, en virtud del cual «la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.

*Estos derechos se podrán ejercitar 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 la trabajadora afectada. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a la trabajadora, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias».*

Este precepto fue introducido en el Estatuto por la Disposición Adicional 7.1 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género. Mediante esta disposición se pretende que las víctimas de violencia de género puedan decidir sobre la forma en que realizan la jornada de trabajo con el objetivo de garantizar su protección o su derecho a la asistencia social integral. Las fórmulas elegidas a tal fin son la reducción horaria o la adaptación del horario, dentro de las fórmulas establecidas en la empresa (horario flexible, jornada partida o continuada, turno...). El precepto contiene una llamada directa a la negociación colectiva para que regule las reglas de disfrute del mismo<sup>2201</sup>.

Hasta la fecha son muy pocos los convenios que se han hecho eco de esta directriz<sup>2202</sup>, por lo que el acuerdo expreso entre la trabajadora y el empresario o la decisión propia de la trabajadora, si no se produce aquel, se erigen como las fórmulas genéricas por las que se concretará este derecho.

### Notas

<sup>1885</sup> La Ley de 13 de marzo de 1900 ya reconocía el derecho a interrumpir la prestación laboral con motivo de la lactancia en términos muy similares a los actuales –*vid.* GARCÍA TESTAL, E. (2008), *La protección de la lactancia en el ordenamiento español*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 24.

<sup>1886</sup> La realidad, hoy por hoy, demuestra que el modelo de familias con un modelo de participación laboral «dual» se ha convertido en el más frecuente, sin que ello implique la asunción compartida del trabajo doméstico, siendo las mujeres quienes en mayor medida asumen estas tareas –CES (2004) «Conciliación de trabajo y vida familiar: licencias parentales», *Panorama Sociolaboral de la mujer en España*, n.º 38, p. 1. La doctrina laboral que se ha ocupado del tema también denuncia como la incorporación de la mujer al mercado no ha ido acompañada de una división de tareas en la familia, en lo que acertadamente se ha denominado como «el fenómeno de doble jornada, del tiempo de trabajo y del no trabajo» –la expresión pertenece a CASAS BAA-MONDE y puede encontrarse en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (1999-a) «La conciliación de la vida familiar y laboral (I)», *Relaciones Laborales*, n.º 17, p. 1. También se refieren a este fenómeno

MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2001), ob. cit., pp. 14 y ss; y LÓPEZ ANIORTE, M. C. (2006), «El lento proceso de extensión a los varones de las medidas conciliatorias», en AA. VV: (directora Carmen Sánchez Trigueros) *La presencia femenina en el mundo laboral: Metas y realidades*, Thomson Aranzadi, Navarra, pp. 89 y ss.

<sup>1887</sup> La doctrina ha señalado como la norma optó por transformar las instituciones existentes antes que crear nuevas figuras –LÓPEZ TÉRRADA, E. (2001), ob. cit. p. 45–, lo que explica que mientras que en el Acuerdo Marco existe el único permiso parental que puede adoptar diversas modalidades en el ordenamiento jurídico español coexisten diversas instituciones para cada una de esas modalidades –LOUSADA AROCHENA, J. F. (2000), ob. cit., p. 444–.

<sup>1888</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2007) «Instrumentos y garantías para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres» en AA. VV (coordinadores I. García-Perrote y J. Mercader) *La Ley de Igualdad: Consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid, Lex Nova, p. 161.

<sup>1889</sup> Aunque la actuación convencional en esta materia no ha alcanzado el nivel deseable, sobre todo en comparación con los avances que se producen en la norma legal –ARROYO GONZÁLEZ, M. (2005), «La contribución de la negociación colectiva a la conciliación de la vida laboral y familiar. Un análisis en determinados sectores con mayor presencia femenina», *Documentación Laboral*, nº 74, p. 130

<sup>1890</sup> Así, por ejemplo, muchos convenios continúan siete años después de su aprobación remitiéndose en materia de conciliación a la Ley 39/199. Así ocurre en el <10<; el <35<; el <49<; el <52<; el <109<; el <152< (art. 14); el <167< (art. 21); el <174< (art. 8). Resulta más apropiado el uso de una cláusula genérica de remisión como la que establece el <78< (art. 25.bis), en virtud de la cual «*las partes respectivas de la relación laboral deberán tener en cuenta las normas que al respecto establezca la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral vigente en cada momento*»; o la más concreta del <306<, que, en su Disposición Adicional, señala que los trabajadores, «*en función de la naturaleza de su trabajo, dispondrán de flexibilidad horaria y otras prácticas de apoyo, que permita compatibilizar la vida personal y laboral del trabajador, así como la consecución de los objetivos de la empresa, permitiendo una mayor interacción entre el empleado y la misma*».

<sup>1891</sup> STS de 18 de febrero de 1998, *Tol 46.857*; STS de 27 de mayo de 1998, *Tol 47.419*; y STSJ Madrid de 16 de marzo de 2007, Rec. 476/2007.

<sup>1892</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-a), ob. cit., pp. 151 y 152; LOUSADA AROCHENA, J. F. (2006), ob. cit.

<sup>1893</sup> Como ocurre en los siguientes convenios: <2<; <5<; <6<; <8<; <11<; <12<; <15<; <17<; <22<; <34<; <36<; <47<; <50<; <57<; <62<; <63<; <67<; <78<; <79<; <85<; <87<; <88<; <93<; <94<; <95<; <96<; <97<; <100<; <102<; <103<; <104<; <107<; <132<; <153<; <161<; <171<; <177<; <188<; <193<; <211<; <212<; <214<; <214<; <214<; <214<; <220<; <229<; <237<; <238<; <263<; <309<; <323<; <324<; <348<; <349<; <369<; <373<.

<sup>1894</sup> El Código Civil en su artículo 108, al regular la filiación, es decir la regulación jurídica que surge entre los padres y sus hijos, señala al respecto que «*la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí*». Asimismo, «*la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código*». En consecuencia la doctrina entiende que la adopción está incluida a todos los efectos en el precepto del Estatuto –*vid.* RAYÓN SUÁREZ, E. (1982), ob. cit., p. 333; LÓPEZ TERRADA, E. (2002), ob. cit., p. 42; y LOUSADA AROCHENA, J. F. (2006), ob. cit.–, extendiéndola también a los supuestos de acogimiento –SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (1999), ob. cit., p. 113; LOUSADA AROCHENA, J. F. (2006), o. cit.–, aunque también pueden encontrarse pronunciamientos que no comparten esta opinión –ALARCÓN CASTELLANOS, M. (1999), «Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/1999», *Aranzadi Social*, T. V, p. 1142; y CAVAS MARTÍNEZ, F. (1999), «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador. Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Aranzadi Social*, T. V, p. 104.

<sup>1895</sup> El <216< menciona sólo al «cónyuge, padre o madre, del trabajador o de su esposa, nietos, abuelos o hermanos». El <221< no menciona a los hermanos políticos; En el <311< (art. 92) no se menciona a los padres políticos

<sup>1896</sup> <184<

<sup>1897</sup> Así ocurre en el <12<; el <95<; y el <152< (art. 14).

<sup>1898</sup> Por ejemplo, en el <3< no se diferencia entre grados de consanguinidad o afinidad, dotando los permisos en función del grado; en el <91< (art. 30) en caso de fallecimiento se menciona a los ascendientes y descendientes, sin mencionar ni el tipo ni el grado de parentesco. El <235< menciona a los padres, abuelos, hijos, nietos, cónyuge o hermanos sin especificar si lo son por afinidad o consanguinidad. En el <362< (art. 17), aunque no se diferencia en si los familiares lo son por consanguinidad o afinidad, se resuelve esta cuestión mediante la inclusión de una cláusula en la que se considera el parentesco en ambos casos.

<sup>1899</sup> En este sentido el <17< sólo se refiere a los familiares por consanguinidad.

<sup>1900</sup> Se trata, evidentemente, de familiares en 2º grado de afinidad, aunque algún convenio parece excluirlos de dicha categoría. Así, el <302< señala que el permiso por fallecimiento y enfermedad alcanza a los familiares de 2º grado de afinidad y a los hermanos políticos.

<sup>1901</sup> Así lo entiende la STSJ Andalucía, Granada, de 19 de enero de 1999 (Rec. 550/1997).

<sup>1902</sup> LÓPEZ TERRADA, E. (2002) ob. cit., p. 38.

<sup>1903</sup> STS de 18 de febrero de 1998 (Tol 46.857), que contiene un voto particular contrario a la aplicación de una interpretación amplia de la afinidad y que, en consecuencia, aboga por circunscribir el concepto a los hermanos del cónyuge; la STS de 27 de mayo de 1998 (Tol 47.419); SAN de 1 de octubre de 1997 (Proc. 138/1997).

<sup>1904</sup> STSJ País Vasco de 12 de marzo de 2002 (Rec. 39/2002); SJS Pamplona nº 3 de 19 de abril de 1999 (Proc. 601/1998).

<sup>1905</sup> Por ejemplo, en el <340<. En el mismo sentido en el <34< se señala expresamente que en el 2º grado de afinidad se incluye al cónyuge del hermano del trabajador. No obstante, lo normal es que la negociación colectiva use las expresiones de hermano político o cuñado sin precisar su alcance. Por el contrario, el <12< cuando realiza una descripción de los parientes por afinidad señala que se trata de los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad del cónyuge, por lo que incluye a los cuñados cuando son hermanos o hermanas del cónyuge, pero no al cónyuge de las hermanas o hermanos. También se hace eco de esta doble dirección de la afinidad el <184< en relación con los cónyuges de los nietos.

<sup>1906</sup> A estos se refiere el <112<; el <221<, que señala que entre los descendientes se encuentran los hijos del cónyuge o pareja de hecho que convivan con el trabajador; y el <359<, que equipara a hijastros y padrastrós con hijos y padres.

<sup>1907</sup> La legislación anterior regulaba este permiso recurriendo a una enumeración de los sujetos protegidos entre los que se encontraba el cónyuge. Sin embargo, el ET, con el fin de eludir esta pormenorizada relación se decidió por la fórmula actual en la que se agrupa el parentesco de acuerdo con el grado, olvidando mencionar al cónyuge –*vid.* JIMENEZ-ASENJO GÓMEZ, E. (1996) «Las interrupciones no periódicas por nacimiento de hijo, enfermedad grave o fallecimiento de parientes», *Tribuna Social*, nº 65, p. 38; y LÓPEZ TERRADA; E. (2002), ob. cit., p. 41.

<sup>1908</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (1999), ob. cit., p. 108; LÓPEZ TERRADA; E. (2002), ob. cit., p. 41; y LOUSADA ROCHENA, J. F. (2006), ob. cit.

La doctrina judicial ha admitido la existencia del permiso incluso en caso de separación de los cónyuges (STSJ País Vasco de 30 de noviembre de 1999 AS 3805).

<sup>1909</sup> La doctrina judicial ha mantenido esta interpretación, negando la extensión de los permisos por fallecimiento y enfermedad a las parejas de hecho. En este sentido la STSJ Cataluña, de 26 de mayo de 2006, Rec. 2811/2005, señala que «es perfectamente conocido y no merece mayor explicación, que nuestra legislación ha venido a equiparar en muchas cuestiones el matrimonio y la situación de las parejas estables de hecho, pero en cambio ha mantenido importantes diferencias jurídicas a determinados efectos en materia social, significativamente, en lo referente a las pensiones de viudedad, habiendo ratificado el Tribunal Constitucional la

constitucionalidad de este distinto tratamiento jurídico al declarar que no se infringe con ello lo dispuesto en el art. 14 de la Constitución.

»Y si el legislador no ha querido modificar el régimen jurídico de los permisos que regula el art. 37.3º del Estatuto de los Trabajadores en las últimas y recientes reformas operadas en este precepto legal, no hay argumento jurídico alguno que pueda conducir a una interpretación diferente a lo que claramente se desprende sin el menor género de dudas de la literalidad del mismo, pese a que podamos compartir enteramente la idea de que la realidad social actual debería llevar al reconocimiento de este tipo de derechos en las situaciones de convivencia de las uniones estables de pareja.

No siendo inconstitucional este diferente tratamiento jurídico de las parejas de hecho respecto al matrimonio, corresponde al legislador decidir el momento en el que llevar a cabo la eventual equiparación de ambas situaciones».

<sup>1910</sup> En este sentido se ha mantenido que el derecho del trabajo no tutela la familia en cuanto a tal, sino como consecuencia del trabajo de alguno de sus componentes, «por ello entendemos que en él no se debe proteger tanto el carácter formal del vínculo como la repercusión psicológica sobre el trabajador que puede suponer el hecho que afecta a la persona con la que convive» —cfr. ARGÜELLES BLANCO, A. R. (1998), *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 25. Para LOUSADA AROCHENA, una interpretación finalista y la ausencia de una traba literal en la norma que no hace ninguna referencia expresa al matrimonio deberían servir como argumento para incluir a las parejas de hecho en el ámbito subjetivo del precepto —LOUSADA AROCHENA, J. F. (2006), ob. cit.

<sup>1911</sup> Vid. estas mismas argumentaciones en LÓPEZ TERRADA; E. (2002), ob. cit, pp. 42 y 43,

<sup>1912</sup> <362< (art. 17) y, por ejemplo, el <112<; el <135< (art. 25); el <173< (art. 41); el <327<; el <334<.

<sup>1913</sup> <40< (art. 17). En el <86< (art. 19) se equipara con el cónyuge la condición de convivencia continuada, que dará lugar a los mismos derechos y situaciones.

<sup>1914</sup> Como ocurre en el <71<, cuya DA 3ª determina que, de acuerdo con «la evolución de la realidad social cambiante en materia familiar, se reconocen los mismos derechos que el Convenio contempla para los cónyuges en matrimonio, a las personas que no habiéndose casado entre ellas, conviven en unión afectiva, estable y duradera...». Redacciones similares se encuentran en el <3<; en el <19<, que equipara el vínculo matrimonial a las relaciones de afectividad análogas con independencia de su orientación sexual; en el <34< donde se igualan los matrimonios a las parejas de hecho debidamente registradas o acreditadas mediante escritura pública notarial, señalándose, de forma expresa que, «no obstante, en el caso de que la futura ley de parejas de hecho reconozca entre el matrimonio convencional y otros tipos de unión, las partes firmantes del presente convenio se comprometen a realizar las modificaciones necesarias para aplicar el nuevo reglamento» (art. 36.10); en el <59<, que equipara plenamente los derechos del régimen matrimonial y los de las parejas de hecho; en el <94< en el que se establece que las parejas de hecho tendrán las «licencias y demás beneficios derivados de una relación matrimonial»; en el <102<, que reconoce, en todos los supuestos, el derecho a licencia retribuida «tanto a los matrimonios convencionales como a las parejas de hecho»; También en el <124< (art. 31); en el <171< (art. 21); <174< (art. 8); <361< (DF13).

<sup>1915</sup> Esta situación se da en el <17<; el <19<; el <50<, que incluye al cónyuge o «persona vinculada con análoga unión afectiva» en la relación de sujetos que generan el permiso el <65< (art. 21); el <71< el <79<; el <95<; el <143< (art. 18); el <146< (art. 12); el <192<; el <215<; el <217<; el <221<; el <270< (art. 42); el <283< (art. 10); el <300<; el <310<; el <311<; el <332<; el <337<; el <338<; el <339<; el <363< (art. 24); el <366< (art. 10.1); el <377< (art. 11) y el <378< (art. 29) refiriéndose al conviviente reconocido; el <379< (art. 33).

<sup>1916</sup> Estas cláusulas se incluyen en el <7<; el <10<; el <23<; el <35<; el <38<; el <39< (art. 6); el <45<; el <72<; el <85<; el <90<; el <94<; el <97<; el <114<; el <119<; el <42<; el <64<; el <163< (art. 14); el <199<; el <200<; el <201<; el <202<; el <203<; el <209<; el <222>, el <225<; el <228<; el <231<; el <241<; el <252<; el <253<; el <269< (art. 16.2); el <302<; el <326<; el <330<.

<sup>1917</sup> LÓPEZ TERRADA, E. (2002), ob. cit., p. 42. Para LOUSADA AROCHENA el hecho de que ciertas resoluciones judiciales admitan, en ciertos casos, la generación del permiso respecto de



los familiares de la pareja de hecho (STSJ Castilla-La Mancha de 18 de noviembre de 1994, Rec. 889/1994) es un argumento más a favor de la inclusión de las parejas de hecho en el ámbito protector del precepto independientemente de su regulación convencional.

<sup>1918</sup> Yendo más allá se ha señalado que salvo previsión expresa convencional, los parientes de la pareja de hecho no quedan incluidos en la cobertura, pues se trata de una mejora convencional con un considerable coste económico para la empresa, y la interpretación contraria pecaría de excesiva –*vid.* MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-a), *ob. cit.*, p. 183.

<sup>1919</sup> El <151< (art. 32) señala que, al tener la licencia «*por objeto la atención o auxilio mutuo... no será extensible a otro tipo de derechos de afinidad, esto es, con respecto a los denominados parientes políticos*». Otro tanto cabe decir del <265< (art. 34.14) que, de forma expresa, extiende las licencias únicamente en los casos en que el sujeto causante es la propia pareja de hecho, pero no si se trata de sus familiares.

<sup>1920</sup> Así ocurre, por ejemplo, en los siguientes convenios: en el <24< en el que se incluyen en el concepto de afinidad a las parejas de hecho; en el <95< (art. 49.b) que determina que «*de las situaciones de pareja de hecho constituidas se derivarán las mismas relaciones de afinidad*»; en el <146< (art. 12) que, al respecto, señala que los parientes de la pareja de hecho «*tendrán igual consideración que los parientes correlativos del cónyuge*». También se reproduce esta situación en el <155< (art. 11) con referencia expresa a los familiares, «*tanto del trabajador como del cónyuge o compañero*». En el <215<, al establecer que el permiso también se genera por enfermedad grave o fallecimiento de los padres de la pareja de hecho. Mucha más clara resulta la referencia del <219<, que establece que «*las referencias a matrimonio y familia política se equiparán a las situaciones de convivencia de hecho debidamente acreditadas*». En similar sentido, el <234<; el <304< y el <328< extienden los permisos a los familiares de la pareja de hecho. Igualmente hay que entender que se refiere a estos supuestos el <330<, aunque solo lo establezca expresamente en el permiso para acudir a bodas de familiares por consanguinidad o afinidad, incluidos los de las parejas de hecho. En el <340<, que, además, excluye a los «*familiares hasta el segundo grado de afinidad del cónyuge que pudiera existir*». En el <375< (art. 12) que concede el permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de la «*pareja de hecho o de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad*».

<sup>1921</sup> En este sentido la SJS Pamplona nº 2 de 28 de mayo de 2003 (Proc. 158/2003) entendió que el trabajador, en base a la cláusula convencional que hace extensivos los permisos respecto al cónyuge a las personas que convivan como pareja estable del trabajador, tiene derecho a disfrutar del permiso por la enfermedad grave del hermano de su pareja.

<sup>1922</sup> <114<. La misma consecuencia se extrae del <64< cuando establece que, «*en materia de permisos y licencias se extenderá el régimen jurídico (...) y a cualquier efecto a las parejas de hecho*». O del <68<, al señalar que la pareja de hecho sustituirá al cónyuge en relación con los permisos por muerte y enfermedad que se generan por familiares hasta el 2º grado de afinidad y consanguinidad y, más expresamente, cuando se establece un día de permiso por boda de los hermanos de uno u otro cónyuge

<sup>1923</sup> Como la establecida en el <367< (art. 13) que señala que todas las parejas de hecho pueden disfrutar de los beneficios de este artículo.

<sup>1924</sup> Podemos encontrar un buen ejemplo en el <366< (art. 10.1) que reconoce el permiso por muerte o enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica grave del «*cónyuge o pareja de hecho debidamente acreditada, hijo padre o madre, nietos, abuelos, hijos políticos y hermanos de uno u otro cónyuge*». Como puede observarse la literalidad del precepto parece excluir a los familiares de la pareja de hecho. Esta situación se reproduce en otros muchos convenios. Así, el <92< concede, de forma expresa, un permiso por fallecimiento o enfermedad grave del cónyuge o pareja de hecho. Sin embargo, en referencia a los familiares por afinidad no menciona a la pareja de hecho

<sup>1925</sup> Lo que vedaría algunas actuaciones de la negociación colectiva que exigen que la convivencia sólo se genera entre personas de distinto sexo <238<.

<sup>1926</sup> No obstante existen también convenios que reconocen la aplicación del régimen de permisos a las parejas de hecho independientemente de su orientación sexual. Al respecto el

<38< (art. 23); <64<, el <112<; el <171< (art. 21); el <287< (art. 26); el <325< (art. 44); el <327<.

<sup>1927</sup> <39< (art. 6) habla de cualquier otro medio de prueba y puntualiza que la simple convivencia no se considerará pareja estable; <340<; <341<; <342<.

<sup>1928</sup> STSJ Andalucía, Granada, de 8 de julio de 2003 (Rec. 449/2003). La sentencia niega por esta causa el derecho al permiso a un trabajador pese a la «circunstancia de que el actor y la hija de la operada tengan dos hijos menores nacidos seis años antes de la petición del permiso, ya que esto no garantiza que desde entonces la convivencia se haya mantenido».

<sup>1929</sup> El <80< parece exigir seis meses, al entender que los permisos se extienden a la «persona que conviva de manera estable con el/la trabajador/a y así lo haya comunicado con una antelación de seis meses».

<sup>1930</sup> Por ejemplo el <40< (art. 17) exige tres años de convivencia.

<sup>1931</sup> Así ocurre en el <64< y en el <222<.

<sup>1932</sup> Por ejemplo, el <80< se refiere a personas que tengan convivencia estable; el <112< a parejas de hecho de cualquier tipo; el <86< (art. 19) a las situaciones de «convivencia continuada»; el <238<; y el <307< a situaciones de convivencia probada.

<sup>1933</sup> Al respecto el <325< (art. 44) indica expresamente que no se incluyen las relaciones de parentesco.

<sup>1934</sup> Al respecto JIMENÉZ-ASENJO GÓMEZ, E. (1996), «Las interrupciones no periódicas por nacimiento de hijo, enfermedad grave o fallecimiento de familiares», *Tribunal Social*, nº 65 (monográfico sobre los permisos laborales, p. 43

<sup>1935</sup> El <87< y el <109<, por ejemplo, señalan que será el facultativo y no el familiar quien determine la gravedad en la enfermedad o intervención quirúrgica

<sup>1936</sup> Como se ha dicho sólo en los casos en que se pasa la noche en el hospital «el facultativo decreta el ingreso (en el sentido de hospitalización) del paciente» MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-a), ob. cit. p. 193.

<sup>1937</sup> Como ha señalado la doctrina más que nuevas causas generadoras del derecho al permiso se produjo una mejora técnica, por cuanto estos supuestos quedaban incluidos en el concepto de enfermedad grave —*vid.* MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2001), ob. cit., pp. 26 y 27.

<sup>1938</sup> LÓPEZ TERRADA, E. (2002), ob. cit., p. 33.

En este sentido, el <305< (art. 12.b) define la enfermedad grave como la «i. - que así lo exprese literalmente el médico, ii. - siempre que se produzca hospitalización o intervención quirúrgica del enfermo y iii. - cuando estando el enfermo en su domicilio habitual, así lo indique el criterio médico de Empresa».

<sup>1939</sup> MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2001), ob. cit., p. 27; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-a), ob. cit., p. 193.

<sup>1940</sup> STSJ Navarra de 18 de diciembre de 2006, Rec. 280/2006.

También la SJS Madrid, nº 33 de 13 de junio de 2005, Proc. 339/2005, sobre la base de considerar el art. 37.3 ET como un «*elenco de normas de derecho necesario que puede la negociación complementaria mejorando, pero no alterar...*» determina que se «*tiene derecho a disfrutar del permiso con causa en la hospitalización..., aun cuando no conste acreditado que tal hospitalización trajera causa en enfermedad calificada de grave, pues... tras la reforma dada al art. 37.3 por la Ley 39/99, enfermedad grave y hospitalización son dos supuestos diferenciados que generan de forma independiente derecho a permiso retribuido*». Otras resoluciones en esta línea son: la STSJ Principado de Asturias de 13 de octubre de 2006 (Rec. 2110/2006).

<sup>1941</sup> En el <16< (art. 44) se señala que los conceptos de «intervención quirúrgica mayor» y «menor» se hará en función de la necesidad o no, respectivamente, del internamiento en clínica que sea superior o no a cuarenta y ocho horas. Para el <90< la enfermedad grave es «*la que requiera, al menos dos días de hospitalización, y se considera intervención quirúrgica, la que se practique con anestesia total o epidural*». En el <97< se establece que enfermedad grave es aquella que requiere hospitalización de un día. Asimismo se incluyen las enfermedades infecto-

contagiosas diagnosticadas por un facultativo. El <142> (art. 19) señala que para disfrutar del permiso por enfermedad grave es imprescindible ingreso en centro asistencial. El <143> (art. 18) define la enfermedad grave como la que «supone hospitalización o inmovilización». En el <161> (art. 28) es enfermedad grave la que conlleva ingreso hospitalario o precisa intervención quirúrgica. En el <168> (art. 18) concede un permiso por enfermedad grave del cónyuge con ingreso en clínica. El <178> (art. 27) concede permiso por enfermedad grave con hospitalización. El <252> y el <253> contemplan la enfermedad grave «exclusivamente, en los supuestos en los que se produzca hospitalización o intervención quirúrgica». En el <265> (art. 35.5) sí se recoge la enfermedad no grave con ingreso en clínica pero como una mejora respecto del cónyuge. El <355> equipara la intervención quirúrgica a la enfermedad grave, «siempre que tal calificación sea establecida por el personal del servicio médico de empresa». El <361> (art. 16) señala que las operaciones quirúrgicas que precisen anestesia total se considerarán como enfermedad grave, mientras que las que precisen anestesia parcial se calificarán a juicio del médico de la empresa. Se incluyen los casos de hospitalización y accidente

<sup>1942</sup> STSJ Navarra de 18 de diciembre de 2006, Rec. 280/2006 que, con base en este argumento incluye el permiso por hospitalización por parto de familiares. Asimismo, la SAN de 22 de enero de 2007 (Proc. 177/2006) y la STSJ Cataluña de 6 de octubre de 2006 (Rec. 438/2005) determinan que el permiso por hospitalización de familiares se produce independientemente de que el parto fuera natural y sin complicaciones o un parto problemático. Se zanjaría de esta manera la discusión judicial que se había suscitado, con anterioridad a la reforma de 1999, sobre la consideración de la cesárea como un supuesto de enfermedad grave –STSJ Cataluña de 16 de octubre de 1997 (Ar. 4003); y STSJ Cantabria de 29 de julio de 1998 (Ar. 3608).

<sup>1943</sup> CABEZA PEREIRO, J. (2000), ob. cit., p. 799.

<sup>1944</sup> STSJ Comunidad Valenciana de 2 de octubre de 2007, sentencia 3027.

<sup>1945</sup> el <44> (art. 27).

<sup>1946</sup> En este sentido la STSJ Comunidad Valenciana de 2 de octubre de 2007, sentencia 3027, señala, además, que «la interpretación postulada además es la más acorde con la realidad social en que el precepto se ha de aplicar (art. 3.1 del Código Civil) ya que hoy en día lo normal es que el alumbramiento de un hijo tenga lugar en el hospital sin que de dicho dato quepa extraer la existencia de complicaciones que pongan en peligro la salud de la madre o exijan la realización de intervenciones quirúrgicas, por lo que parece lo más lógico excluir del permiso en caso de hospitalización el supuesto en que ésta obedezca a parto del familiar consanguíneo o afín que en modo alguno se puede considerar como un proceso patológico, sino biológico y natural.

»Por último señalar que la interpretación expuesta no es contraria a los derechos mínimos que en materia de permisos recoge la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en concreto no vulnera lo establecido en el artículo 37.3 b) del referido texto legal, por cuanto que precisamente la interpretación objetiva de dicho precepto lleva a excluir del permiso por hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad el supuesto de hospitalización por parto ya que sería absurdo entender que se concede idéntico permiso por nacimiento de un hijo que por nacimiento de un sobrino o un nieto, siendo ésta la conclusión a la que se llegaría de acogerse la línea argumental seguida por la resolución recurrida.

<sup>1947</sup> Para el <157> (art. 51) la hospitalización justifica la existencia de enfermedad grave por sí misma, debiendo justificarse por otros medios si esta no se da. Con similar sentido el <167> (art. 21) determina que se incluyen en el concepto de enfermedad grave «las intervenciones quirúrgicas con anestesia total o general, y en los casos de hospitalización con ingreso hospitalario de una o más noches»; el <343> señala expresamente que en la enfermedad grave se incluyen las intervenciones quirúrgicas con aplicación de anestesia total o epidural (excluyendo los partos); <378> (art. 29) enfermedad grave es urgencias, ingresados (no se si es el supuesto al que me refiero).

<sup>1948</sup> En este sentido en el <11> (art. 8.5) se determina que la intervención quirúrgica que da lugar al permiso es aquella que exige dos días de hospitalización, no obstante lo cual concede un permiso por tiempo indispensable y máximo una jornada para atender a los padres el cónyuge o los hijos en caso de intervenciones quirúrgicas que no alcancen el umbral para la licencia. También en el <102> se establece que la hospitalización será aquella que se produzca por 24

horas o más, de igual manera la asistencia a urgencias no supone hospitalización si no dura más de 24 horas; el <149> (art. 51) limita el permiso a los casos de intervención quirúrgica mayor; el <167> (art. 21) se refiere a las hospitalizaciones con ingreso de una o mas noches; <194> entiende como intervención quirúrgica grave la que implica un internamiento superior a 48 horas; el <230> señala que la intervención quirúrgica grave es la que requiere hospitalización; el <236> pone de relieve que la hospitalización precisa de un ingreso hospitalario de más de 12 horas; el <356>, que sólo entiende la hospitalización como aquella que supone un ingreso mínimo de 24 horas; <366> (art. 10.2) señala que no será de aplicación el permiso cuando se trate de familiares en primer grado de afinidad o de segundo grado, por afinidad o consanguinidad, si se trata de cirugía menor o ambulatoria o de hospitalización menor a 72 horas.

<sup>1949</sup> Por ejemplo, en el <39> (art. 35) se recoge el permiso igualmente para las situaciones de cirugía ambulatoria de padres, cónyuges e hijos (permanencia menor a 24 horas). El <92>, en el caso de familiares en 1er grado de consanguinidad y afinidad se reconoce un permiso por intervención quirúrgica ambulatoria, menor de 72 horas. El precepto no señala la duración de este precepto, aunque parece que la remite a la del supuesto de enfermedad grave. En el <114> se establece también un permiso por «*intervención quirúrgica o lesiones con fracturas, del cónyuge, padres, hijos, hermanos y padres políticos, un día retribuido o dos sin retribuir*». El <134> (art. 24) señala un permiso de un día para el trabajador que acuda a intervención ambulatoria o tratamiento de cirugía menor, realmente en este caso el permiso se refiere a las intervenciones propias del trabajador. El <146> (art. 12) señala la existencia de un día natural «*en caso de cirugía mayor ambulatoria, que no precise de hospitalización, del cónyuge, padres, padres políticos, hijos e hijos políticos*». El <147> (art. 8) establece por este concepto un día, extendiéndolo a los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado. El <219> prevé, en el caso de intervención quirúrgica en modalidad de día, una licencia de un día natural por cónyuge o hijo y padres (un hijo por familia), ampliables en un día más o dos si hay que hacer un desplazamiento a una provincia limítrofe o no limítrofe. El <230> concede un día por intervención quirúrgica no grave de padres hijos o cónyuge; el <258> (art. 50.c) concede un día por intervención mayor ambulatoria sin ingreso hospitalario del cónyuge o de familiares de 1º de afinidad o consanguinidad. De forma similar el <259> (art. 11.c) prevé un permiso retribuido de media jornada si hay que asistir al cónyuge o familiares hasta el primer grado de consanguinidad en urgencias en hospitales fuera de la jornada por un periodo superior a cuatro horas. Si la circunstancia se produce durante la jornada el permiso se extender el tiempo necesario. Además, en caso de intervenciones quirúrgicas a los mismos familiares que supongan un ingreso inferior a 24 horas se concederá a los trabajadores una licencia retribuida por el tiempo que dure la intervención. El <300> señala un permiso de un día para asistir al intervenciones quirúrgicas en régimen ambulatorio sin hospitalización de padres, cónyuge o pareja de hecho, hijos o hermanos de los empleados de la empresa. El <310> (art. 45.c) por intervención de padres, cónyuge o pareja de hecho e hijos por un día natural, ampliable a uno más si los servicios médicos acreditan la necesidad de ayuda por convalencia, sin que pueda acumularse esta licencia a la de hospitalización de parientes. Este mismo convenio (art. 42.c) concede un día natural, ampliable a dos si se acredita por los servicios médicos la necesidad de ayuda asistencial durante la convalencia en su domicilio por intervención quirúrgica de los padres, cónyuges o pareja de hecho e hijos del empleado. No se pueden acumular el domiciliario y el hospitalario, «*es decir no procederán más de dos días naturales por uno u otros*». También se recoge este permiso en el <311> (art. 96.2.b) extendiéndolo expresamente a los familiares por afinidad en los mismos casos y limitando el disfrute en caso de que varios trabajadores de la empresa puedan solicitarlo por el mismo hecho causante. Por su parte, en el <314> se establece con la duración de 1 día natural y en el <315> limitándolo a los hijos y al cónyuge. El <321> establece que por enfermedad no grave de cónyuge con acceso hospitalario se concederán dos días naturales, sin embargo no se menta al cónyuge entre los familiares que generan derecho a permiso por enfermedad grave. En similar sentido el <327>, también recoge este permiso en relación con los padres, el cónyuge o pareja de hecho, y los hijos, sin que, en ningún caso, se considere como operación la extracción dental. El <357> recoge un día por intervención quirúrgica de cónyuge o hijos o por visitas a urgencias. El <376> (art. 31) tiempo imprescindible para operaciones o intervenciones ambulatorias sin ingreso, solo días completos por desplazamiento. El <371> recoge un día de permiso por intervención quirúrgica ambulatoria.

<sup>1950</sup> Por ello la doctrina judicial entendió que el adjetivo grave calificaba también la intervención quirúrgica y que no tenía sentido reconocer un permiso de estas características al trabajador por la intervención de un familiar, «cuando el impedimento de éste para trabajar se limita al tiempo de la intervención o, todo lo más, al día en que esta tiene lugar» (STSJ Madrid de 14 de marzo de 2006, Rec. 1044/2005).

<sup>1951</sup> STSJ Comunidad Valenciana de 13 de julio de 2005 (Rec. 14/2005).

<sup>1952</sup> En este sentido debería revisarse el <100> (art. 24) que limita las licencias por enfermedad a un máximo de 15 días al año. El <117> (art. 20), por cuanto determina que solo cabe una licencia por la misma enfermedad al año. De la misma manera, el <213> (art. 23) determina que la licencia por hospitalización no será aplicable «cuando el familiar en cuestión esté sujeto a un tratamiento médico que requiera periódicamente o cíclicamente su hospitalización». Así ocurre también en el <261> por los posteriores permisos por enfermedad del mismo familiar por el mismo diagnóstico a uno más al año, teniendo las que pudieran solicitarse por encima de este límite el carácter de no retribuidas. Por el contrario, en el <102> se deja claro que la licencia por hospitalización se otorga por cada una de ellas, correspondan a las mismas o a distintas causas.

<sup>1953</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (1999), ob. cit., p. 124; y MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2001), ob. cit., p. 32.

<sup>1954</sup> <285> (art. 19); <365> (art. 24) sólo se refieren a la enfermedad y fallecimiento.

<sup>1955</sup> En este sentido la STSJ Cantabria de 12 de diciembre de 2006 (Rec. 1107/2005).

<sup>1956</sup> En algún caso la mejora es sustancial como la establecida en el <222>, que permite alcanzar hasta los 10 días de permiso en atención al tiempo imprescindible que acredite el médico de cabecera.

<sup>1957</sup> <40> (art. 17).

<sup>1958</sup> El <1>; el <7>; el <10>; el <14>; el <29>; el <30>; el <31> el <33>; <35>; <37>; <38>; 49; <51>; <53>; <54>; <55>; <58>; <72>; <73>; <74>, excepto en el caso de fallecimiento del cónyuge donde el permiso alcanza una duración de 7 días; el <76>; el <80>; el <81>; el <99>; el <101>; el <112> el <105>; el <112>; el <117> (art. 20 y Disposición Complementaria de aplicación a la provincia de Alicante); el <118>; el <120>; el <121>; el <128>; el <130>; el <131>; el <143>; el <147> (art. 8); el <156>; el <157>; el <158>; el <184>; el <186>; el <201>; el <206>; el <208>; <209>; <210>; el <214> (Palencia y Zamora); el <215>; el <225>; el <226>; el <227>; el <228>; el <231>; el <240>; el <241>; el <242>; el <243>; el <246>; el <247>; el <250>; el <254>; el <270>; el <271> (art. 34); el <285>; el <288> (art. 8); el <289>; el <303>; el <304>; el <305>; el <325>; el <326>; el <328>; el <330>; el <337>; el <338>; el <339>; el <342>; el <343>; el <345>; el <347>; el <352>; el <353>; el <354>; el <355>; el <361>; el <365>; el <367>; <372>; <380>; y <382>.

<sup>1959</sup> Es el caso de los siguientes convenios: el <61> (art. 26); el <122>; el <124>; el <149> (art. 51); el <182>; el <191>.

<sup>1960</sup> Por ejemplo, en el <180> se amplía la duración del permiso a cuatro días por muerte y enfermedad de familiares excepto en el caso de fallecimiento de abuelos y nietos donde sólo se establece un día más de mejora. En el <307> se mejoran todos los permisos (3 días), pero en el caso de muerte del cónyuge o de los hijos la mejora es mayor (5 días). En el <320> se distingue ente familiares de la unidad familiar a efectos de los permisos por muerte y enfermedad. La unidad familiar la componen el cónyuge, los hijos y otros familiares que convivan con ella, circunstancia que deberán acreditarse. En el <334> la muerte del cónyuge, de los familiares en primer grado y de los hermanos genera un permiso de 6 días, la del resto de familiares uno de tres y la enfermedad grave, accidente y hospitalización de todos los familiares uno de cinco días. En el <337>; <338>; y <339> la muerte del cónyuge y de los hijos habilita al trabajador un permiso de 7 días y la del resto de los trabajadores, así como la enfermedad grave, accidente y hospitalización de todos ellos uno de tres días. El <341> contiene una mejora de estos permisos para los supuestos de fallecimiento, alargando la duración hasta los cinco días, mientras que en caso de enfermedad grave la mejora es de un día, estableciéndose la licencia en tres días. En el <346> se distingue entre muerte de parientes en primer grado cónyuge (5 días), muerte del resto de familiares (3 días) y enfermedad grave, en todos los supuestos (4 días). En el <376> la muerte de fa-

miliares genera un permiso de cuatro días y la enfermedad grave, accidente y hospitalización uno de tres días.

<sup>1961</sup> En este sentido el <40> mejora el permiso en relación con el cónyuge y los familiares consanguíneos. El <162> (art. 8) sólo mejora el permiso por muerte o enfermedad grave del cónyuge (3 y 5 días respectivamente). En el <166> (art. 13) el cónyuge es el único sujeto que provoca un permiso por encima de los dos días. El <192> mejora todos los permisos excepto el que se disfruta por el fallecimiento de abuelos, suegros, nietos y hermanos políticos. El <198> mejora los permisos por muerte del cónyuge, hijos, padres y hermanos y por enfermedad grave del cónyuge, hijos y padres; no obstante, se incluye en la mejora el fallecimiento de los padres políticos. De igual manera, en el <256> se produce un ampliación del permiso de fallecimiento por familiares a tres días naturales, pero sólo se incluyen en la mejora a los familiares hasta el 2º Grado de consanguinidad y a los padres políticos (art. 33.1), dejando el permiso por fallecimiento de hermanos políticos e hijos políticos en dos días naturales (art. 33.2). El <252> mejora los permisos por fallecimiento y enfermedad grave del cónyuge e hijos (4 y 3 días respectivamente). El <253> establece un régimen jurídico similar, aunque ahora la mejora del permiso por fallecimiento llega hasta los seis días. También el <290> (art. 16) mejora el permiso en el caso de que el sujeto causante sea el cónyuge o un familiar consanguíneo hasta el 2º grado. En el <329> sólo se mejoran los permisos en relación con el cónyuge y los hijos.

<sup>1962</sup> Por ejemplo, el <3> mejora el permiso en relación con todos los familiares –hasta seis días en el caso del cónyuge y los familiares en primer grado de consanguinidad– salvo que los sujetos causantes sean lo abuelos. El <15> (art. 24) mejora el permiso situándolo en cuatro días cuando el sujeto causante es un familiar que convive con el trabajador. El <16> mejora el permiso de fallecimiento o enfermedad para el cónyuge e hijos no emancipados, dejándolo igual para el resto de parientes incluidos los hijos emancipados. El <40> (art. 17) establece una mejora que abarca al cónyuge, padres, hijos y hermanos cuando convivan con el trabajador. El <44> (art. 27) mejora estos permisos en relación con el cónyuge e hijos (cuatro días) y los padres y hermanos (3 días). El <45> también mejora el permiso a tres días, salvo en el caso de los hijos políticos, cuñados y abuelos políticos. De forma similar el <48> en relación con los nietos, yernos, cuñados y abuelos políticos. El <66> sólo deja fuera de la mejora a los hijos políticos, cuñados y abuelos políticos. El <83> exceptúa de la mejora a los hijos políticos, hermanos políticos y abuelos políticos. El <90> tan sólo mantiene los dos días de permiso en el caso de fallecimiento o enfermedad de nietos. El <91> mejora este permiso en todos los aspectos excepto en el caso de intervención quirúrgica de padres políticos, hermanos, hermanos políticos y abuelos. El <134> mejora el permiso por fallecimiento de cónyuge e hijos (5 días) y el de enfermedad por todos los parientes (3 días), manteniendo el régimen jurídico del permiso por muerte del resto de familiares. El <135> (art. 25) establece mejoras por fallecimiento o enfermedad de familiares en relación con el cónyuge, los hijos, los padres y los suegros. El <139> también mejora el permiso por muerte de cónyuge, padres o hijos (3 días). El <146> mejora el permiso por fallecimiento de todos los parientes (tres días) excepto en el caso de los abuelos y nietos. El <148> (art. 29) mejora el permiso para los familiares de primer grado de consanguinidad o afinidad y lo mantiene para el resto. El <162> (art. 17) también mejora el permiso de enfermedad o fallecimiento en relación con el cónyuge. En este caso el permiso por fallecimiento llega hasta los tres días y el de enfermedad hasta cinco días, en caso de hospitalización el permiso es de dos días, salvo que esta dure más tiempo, en cuyo caso cubrirá dicho periodo hasta cinco días. El <169> (art. 18) amplía el permiso por muerte de cónyuge e hijos hasta un mínimo de 5 días, pudiendo por acuerdo, ampliarse todavía más. El <170> (art. 38) amplía los permisos en relación con el cónyuge (muerte 10 días y enfermedad 5), los padres e hijos (cinco días en caso de muerte o enfermedad) y los hermanos (cinco días en caso de enfermedad), remitiéndose al ET para los supuestos no contemplados en el artículo. El <174> mejora el permiso por fallecimiento del cónyuge e hijos (5 días) y el del resto de los familiares (3 días), excepto por muerte de los abuelos o los nietos y también mejora el permiso por enfermedad grave del cónyuge (5 días). El <194> mejora todos los permisos por fallecimiento y el de enfermedad grave del cónyuge, padres hijos, elevando el número de días a tres; el <200> mejora los permisos por fallecimiento de todos los familiares, estableciendo una duración de 4 días, salvo por fallecimiento del cónyuge e hijos en el que la mejora llega hasta los cinco días de permiso. El <202 y <203> también amplían la duración en un día de los permisos por muerte de familiares. El <204> además de los permisos por fallecimiento mejora los de enfermedad grave de hijos y padres. El <213> mejora



los permisos por muerte del cónyuge (6 días), hijos (3 días) y enfermedad grave de los mismos sujetos (3 días). El <240<, <241<: <242< mantienen el régimen estatutario para los familiares de 2º grado por afinidad, pero mejoran el del resto de familiares. El <269< mejora los permisos por fallecimiento y hospitalización del cónyuge, padres e hijos. El <290< aumenta la duración del permiso por muerte del cónyuge y de hijos (5 días) y de familiares de 2º grado de consanguinidad (3 días). El <292< (art. 19) concede 3 días por fallecimiento, en todos los casos, y por enfermedad de cónyuge o hijos. El <308< mejora todos los permisos (5 días, 4 o 3 días en función del sujeto causante y la cauda que genera el permiso) excepto el de muerte de abuelos y nietos. El <316< mejora todos los permisos excepto el que se genera como consecuencia del fallecimiento o enfermedad grave de hermanos políticos e hijos políticos. El <317< y el <318< tienen un régimen jurídico similar al anterior. En el <327< se mejora el régimen jurídico de estos permisos en relación con el cónyuge y los familiares de primer grado. El <340< mejora estos permisos, salvo cuñado los sujetos causantes son los abuelos, los nietos y los hermanos. El <378< (art. 29) amplía los permisos de enfermedad en relación con los familiares consanguíneos, pero lo mantiene en relación con los familiares de afinidad. En el <332< con relación al cónyuge y los familiares de primer grado. En el <350< la única circunstancia familiar no mejorada es la muerte de abuelos, padres políticos, hermanos políticos e hijos políticos. En el <362< se mejora el permiso en relación con el cónyuge, los hijos y los padres en caso de fallecimiento (4 días) y en relación con los mismos sujetos y los padres políticos cuando el permiso se genera por enfermedad grave y demás circunstancias familiares (3 días). En el <364< la mejora afecta al fallecimiento de del cónyuge (6 días), de los hijos (4 días) y de los padres (3 días); y a la enfermedad grave de estos mismos sujetos (3 días). En el <379< la mejora afecta a las circunstancias familiares que genera el cónyuge, la pareja de hecho, los padres, los hijos, y los abuelos (3 días).

<sup>1963</sup> Siguen este patrón, por ejemplo: el <4<, que sólo mejora el permiso por fallecimiento del cónyuge o de los hijos; el <18<, que tan sólo mejora el permiso por fallecimiento del cónyuge; el <19< en relación con el cónyuge, la pareja de hecho y los hijos; el <26< para el cónyuge y los hijos; el <42<, que mejora el permiso por fallecimiento de familiares a tres días y mantiene el de enfermedad y hospitalización; el <52<, mejorando el permiso por muerte del cónyuge, padres, padres políticos, hijos y hermanos; el <71<, que amplía el permiso por el fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho, padres e hijos; el <114<, que amplía la duración del permiso por fallecimiento del cónyuge, hijos, padres, padres políticos y hermanos; el <139< (art. 27), que sólo mejora la duración del permiso por fallecimiento del cónyuge, hijos o padres; el <142< mejora el régimen del permiso por fallecimiento del cónyuge padres e hijos y para los mismos sujetos el permiso por enfermedad quirúrgica; el <146< (art. 12) que mejora el régimen jurídico por el fallecimiento de cónyuge, padres, padres políticos; hijos, hijos políticos, hermanos y hermanos políticos; el <167< solo contempla mejoras respecto de la muerte del cónyuge, padres o hijos; el <168<, además, mejora el permiso por enfermedad grave, accidente, hospitalización e intervención quirúrgica del cónyuge o pareja de hecho; el <169< amplía a cinco días la licencia por muerte del cónyuge o de los hijos; el <195< mejora todos los permisos por fallecimiento (3 días) y mantiene el régimen jurídico del resto; en el <197< se actúa de similar manera, ampliando la licencia por muerte del cónyuge, padres, padres políticos, hijos y hermanos (5 días); el <219< mejora los permisos por muerte de familiares de primer grado, estableciéndola en 3 día laborables; el <224< amplía la duración de la licencia por fallecimiento del cónyuge, de los hijos, de los hermanos y de los hermanos políticos (4 días); el <230< (art. 11.b) amplía la licencia de fallecimiento de cónyuge o hijo a seis días y dispone que en los mismos «*quedan incluidos el tiempo necesario para trámites oficiales, testamentaria, etc., siendo optativo del personal disponer de los días de una sola vez o en días sueltos para resolver las necesidades derivadas de este hecho*»; el <253<, que amplía a seis días el permiso por muerte de los padres cuando estos convivan con el trabajador, o éste sea hijo único; el <256< mejora la duración del permiso por muerte de familiares consanguíneos (3 días) y del cónyuge (5 días); el <257< (art. 45); el <258< (art. 50.b) que fija el permiso por muerte de familiares de 1º por consanguinidad o afinidad en 3 días naturales, mientras que en caso de fallecimiento de familiares de 2º sólo se prevén dos días naturales de permiso. De similar manera en el <259< (art. 19) se señalan cinco día naturales por muerte del cónyuge y tres días naturales por el fallecimiento de padres hijos y hermanos consanguíneos, mientras que los mismos familiares por afinidad sólo generan un permiso de dos días naturales. En el <260< (art. 45.b) se establecen cinco días de permiso por la muerte del cónyuge; cuatro por la de hijos, tres por la de padres, padres políticos, abuelos, nietos y herma-



nos; y dos por la de hijos políticos y hermanos políticos. En el <261< (art. 11) se concede el permiso en caso de muerte del cónyuge por ocho días naturales, por seis días en caso de fallecimiento de hijos y tres días en caso de padres y hermanos. El <264< (art. 27) prevé cuatro días de permiso por muerte del cónyuge, hijos o padres. El <265< (art. 35) señala siete días por muerte del cónyuge y tres días de permiso por fallecimiento de padres, hermanos e hijos consanguíneos, mientras que para el resto de familiares se está a lo previsto en el Estatuto. El <268< mejora todos los permisos por fallecimiento excepto en el caso de hermanos políticos e hijos políticos. El <270< (art. 42) amplía la duración de este permiso a tres días tanto en el caso de fallecimiento, como de enfermedad grave o accidente grave de parientes, pero la mantiene en los casos de hospitalización. El <282< (art. 14) otorga siete días por el fallecimiento del cónyuge, hijos o hijas, seis días por el de los padres y cinco por el de hermanos y cuñados. El <302< sólo mejora los permisos por fallecimiento de familiares consanguíneos. El <310< (art. 42) señala tres días naturales, dos de ellos laborables, ampliables por desplazamiento en dos naturales más (5 naturales máximo) en caso de muerte de cónyuge, pareja de hecho, hijos y padres (art. 42.d); tres días naturales ampliables a cinco por desplazamiento en caso de muerte de padres políticos o padres de pareja de hecho, nietos abuelos o hermanos (42.e); dos días naturales ampliables hasta cuatro por muerte de nueras, yernos, abuelos políticos, cónyuges de los nietos o parejas de hecho y cuñados (42.f); y un día natural por muerte de sobrinos (hijos de los hermanos), primos (hijos de hermanos de los padres) y tíos (hermanos de los padres), es decir sólo por consanguinidad y no por afinidad. El <312 sólo amplía el permiso por fallecimiento del cónyuge y los hijos (4 días) y los hermanos tanto afines como políticos (3 días). El <314< mejora el permiso por fallecimiento de cónyuge (6 días) y de los padres, hijos y hermanos (3 días). El <315< mejora la licencia por muerte de familiares consanguíneos. El <320< también amplía la licencia por muerte de familiares, diferenciando la duración en función del grado de parentesco y la situación familiar. El <322< también mejora el permiso por fallecimiento del cónyuge y de los hijos. El <336< mejora los permisos por muerte del cónyuge, de los padres y de los hijos. El <347<, además, de los días de permiso concede también la parte de la jornada correspondiente a la ceremonia. En el <378< (art. 29) se mejoran los permisos por fallecimiento para todos los familiares hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad, aunque el número de días es distinto en función del grado de parentesco.

<sup>1964</sup> Así ocurre, por ejemplo en el <83<. Este convenio mejora las licencias por fallecimiento y enfermedad grave referidas a padres, abuelos, hijos, nietos, cónyuge hermanos y suegro; mientras que deja igual las debidas a fallecimiento de nueras, yernos, cuñados y abuelos políticos. Sin embargo, no se mencionan los permisos por enfermedad grave de estos mismos parientes que sí están recogidos en el Estatuto. Y también en el <98< en el que se establecen 5 días de permiso por enfermedad de parientes, pero sólo para los de 1º y 2º grado de consanguinidad y 1º de afinidad. Otro ejemplo lo constituyen el <265< (art. 35); y el <268< (art. 24.3º) que no mencionan entre la relación de familiares beneficiarios del permiso a los abuelos políticos. Por su parte el <283< (art. 10) no menciona ni a los abuelos y nietos en el permiso por fallecimiento, ni ningún familiar de 2º grado en relación con el permiso por enfermedad grave.

<sup>1965</sup> En este sentido, por ejemplo, el <106< (art. 21.b) no incorpora a los sujetos los abuelos y los nietos y la expresión utilizada no deja claro, salvo en el caso de los padres, si los familiares a los que se refiere incluyen los afines —«cónyuge, hijos o hermanos y padre y madre de uno u otro cónyuge». De igual manera en relación con la enfermedad grave el <142< (art. 19) sólo menciona a cónyuges, hijos y padres.

<sup>1966</sup> Otros convenios que presentan esta peculiaridad son: el <48< respecto de los cuñados en caso de enfermedad; el <90<, que, aunque mejora el permiso por fallecimiento y enfermedad grave a 3 días, si se atiende a la descripción de los parientes, en relación con la enfermedad grave o intervención quirúrgica se quedan fuera parientes incluidos en el 2º grado de consanguinidad o afinidad al que se refiere el Estatuto; el <91< (art. 30) en el que se establecen tres días por enfermedad grave, entendida como la que requiere hospitalización o intervención quirúrgica, para cónyuge o persona con la que se conviva, hijos o padres; y sólo dos días, y sólo por intervención quirúrgica, para los padres políticos, hermanos o hermanos políticos y abuelos naturales, por lo que no sólo quedan familiares hasta el 2º grado fuera de la protección, sino que además, de acuerdo con la literalidad de la cláusula convencional, en relación con algunos familiares no están protegidas todas las situaciones de hecho a las que se refiere el ET; el <117< (art.

20) en relación con estos permisos no menciona a alguno de los familiares que se encuentran dentro del 2º grado; el <163> (art. 14) en el que se reconocen dos días, ampliables a cinco sin retribución, por enfermedad del cónyuge, padres, hijos o hermanos y no dice nada del resto; el <180>, que determina cuatro días de permiso para el cónyuge, padres, hijos o padres políticos, pero no señala ningún tipo de permiso en relación con el resto familiares; el <188>, que no incluye a algunos parientes por afinidad en relación con la enfermedad de familiares; el <192>, que no señala ningún permiso por enfermedad o intervención quirúrgica de los hermanos políticos o de los nietos; el <197>, que, mejora sustancialmente el permiso por fallecimiento de ciertos familiares (esposa, padres, padres políticos e hijos, y hermanos consanguíneos), elevándolo a 5 días, no dice nada respecto del permiso por fallecimiento del resto de familiares a los que alude el ET; el <232> y el <234>, que establecen el permiso por enfermedad de familiares en relación con los padres, cónyuge e hijos; el <257>, que en relación con el permiso por enfermedad sólo menciona a los padres, abuelos, hijos, cónyuge y hermanos; el <264> y el <268>, que se refieren exclusivamente a los padres, abuelos, hijos y cónyuge; el <307> el <362> (art. 17) que, pese a que, en líneas generales, mejora el régimen de permisos por estas causas, no recoge ni el de enfermedad ni el de intervención quirúrgica de abuelos o nietos (sí el de hermanos y hermanos políticos), aunque esta situación puede quedar paliada por cuanto se recoge otro permiso por hospitalización de parientes hasta el 2º grado de dos días ampliables a cuatro por desplazamiento superior a 100 Km; en el <377> (art. 29) parece que el permiso por fallecimiento se amplía a 3 o 5 días si hay desplazamiento para el cónyuge o conviviente, para los ascendientes consanguíneos y afines independientemente del grado, para los descendientes consanguíneos y para los hermanos, pero del resto de familiares incluidos hasta el 2º grado de afinidad no se dice nada; otro tanto ocurre en el <379> (art. 33) donde se omite a los hermanos y hermanos políticos y eso siempre que se entienda que las referencias al resto de familiares están hechas tanto a los consanguíneos, como a los afines.

<sup>1967</sup> «Dicho de otro modo, no se trata de que deba aplicarse la norma laboral, bien estatal, bien convencional, más favorable para el trabajador, apreciada en su conjunto y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables; y tampoco se trata de la aplicación de la prohibida técnica del «espigueo», consistente en seleccionar las condiciones más favorables de dos o más convenios o normas –tal y como ha declarado esta Sala, entre otras muchas, en sentencias de 9 (dos), 16 (tres) de noviembre de 1999 y 11 y 25 de enero; 1 de febrero (dos) y 17 de febrero del año 2000– sino que la norma en cuestión es de derecho necesario y si bien puede ser mejorada a favor del trabajador bien por contrato individual bien por convenio colectivo, sin embargo es de obligada observancia en todo caso. Es algo así como si se tratara del salario mínimo interprofesional –previsto en el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores– que debe ser respetado escrupulosamente; y distinto, por ejemplo, al período de prueba –previsto en el artículo 14 del mismo cuerpo legal– donde el legislador deja libertad a las partes tanto para su implantación, como para su duración» STSJ La Rioja de 16 de mayo de 2000 (Rec. 130/2000). En cualquier caso nuestros Tribunales también han defendido la idea contraria señalando que si la regulación convencional es más favorable en su conjunto se aplicará esta, aunque no regule algunos de los supuestos recogidos en el art. 37.3 ET. En este sentido la STSJ País Vasco de 20 de mayo de 1997 (Rec. 661/1997) excluyó al trabajador la posibilidad de disfrutar el permiso por la defunción de su abuela política. En similar sentido la STSJ País Vasco de 23 de septiembre de 1992 (Rec. 986/1992).

<sup>1968</sup> En esta situación se encuentra el <142> (art. 19) que en caso de fallecimiento de cuñados sólo concede un día y medio. El <154> (art. 32) que establece el permiso con una duración de 1 a 5 días en los casos de enfermedad grave de ascendientes y descendientes y muerte del cónyuge, ascendiente, descendiente y hermanos. El <163> (art. 14) que señala que el permiso por fallecimiento del cónyuge es de cinco días, el de fallecimiento de padres, hijos o hermanos y hermanos políticos de 2 días, y el de abuelos, abuelos políticos y nietos de un día. El <167> (art. 21) sólo establece un día por fallecimiento de hermanos políticos. El <180>, que señala un día de permiso para, entre otros, los hermanos políticos. De la misma manera ocurre en el <187> en relación con fallecimiento de padres políticos y hermanos políticos; el <191>, que sólo se concede un día por fallecimiento de hermanos políticos; el <199> en el que ocurre lo mismo, señalándose un día de permiso para: hermanos políticos, abuelos y nietos; también es el caso del <218>, que establece un permiso de un día por fallecimiento de abuelos políticos y ninguno por enfermedad de los mismos. Asimismo, el <230> establece un día por enfermedad gra-

ve, hospitalización e intervención quirúrgica de hermanos, abuelos y nietos. El <232< señala un día de permiso por fallecimiento de padres políticos, abuelos y nietos. El <259< (art. 19) que, junto con una serie de mejoras, señala que la muerte de nietos y abuelos permite al trabajador disfrutar de un permiso retribuido de un día y si es por enfermedad 3 días naturales para el cónyuge; dos días naturales en caso de padres hijos y hermanos consanguíneos; y un día natural en caso de padres hijos y hermanos políticos; de forma similar. El <261< (art. 28) establece la duración del permiso por enfermedad en 3 días por cónyuge, dos días naturales por padres y/o hijos y un día natural por hermanos abuelos y nietos; el <319< también reduce el permiso por fallecimiento en relación a los hermanos políticos, hijos políticos, y abuelos políticos. El <283< (art. 10) para los casos de enfermedad del cónyuge, pareja de hecho, padres o hijos establece un permiso que va de uno a diez días. El <362< (art. 17) que, pese a que, en líneas generales, mejora el régimen de permisos por estas causas, en relación con el de intervención quirúrgica de hermanos o hermanos políticos se señala un día más dos no retribuidos. También el <365< (art. 24) sólo concede un día por muerte y enfermedad de nietos, abuelos, suegros, cuñados y yernos

<sup>1969</sup> SJS Madrid nº 33 de 13 de junio de 2005, Proc. 339/2005.

<sup>1970</sup> STSJ Madrid de 23 de mayo de 2005, Rec. 2227/2005. En sentido contrario la STSJ Aragón de 2 de febrero de 1994, Rec. 1025/1993, aboga por conceder la ampliación del permiso siempre que haya un desplazamiento, pues el precepto no lo condiciona ni «por la distancia ni por las dificultades de transporte».

<sup>1971</sup> En este sentido, el <363< (art. 24) establece que los permisos se ampliarán «por el tiempo necesario para tal desplazamiento, de acuerdo con la Dirección Jerárquica», teniendo en cuenta, habrá que añadir, que en ningún caso será inferior a dos días.

<sup>1972</sup> <9< (art. 57); <19<, en relación con los supuestos de enfermedad y fallecimiento de todos los familiares hasta el 2º grado, excepto el del cónyuge, los padres y los hijos que son tratados de distinta manera; <23<; <24<; <36<; <60< (art. 55); <69<; <119<; <139< (art. 27); <159< (art. 37) para desplazamientos superiores a 800km entre la ida y la vuelta; <163< (art. 14) en relación con el fallecimiento y la enfermedad de ciertos familiares; <173<; <192<, en el supuesto de muerte de abuelos, suegros, nietos y hermanos políticos; <218<, por enfermedad grave del cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, padres políticos y cuñados; <221<; <286<; <310< (art. 42) en relación con la enfermedad grave, accidente y hospitalización de familiares; <315<, en relación con la enfermedad grave del cónyuge, hijos, padres, padres políticos, abuelos, nietos y hermanos; <362<, en caso de muerte de hermanos, hermanos políticos, nietos y abuelos; <366<, cuando la distancia a recorrer con ocasión del desplazamiento sea superior a 500 km; <368<.

En algún caso, la ampliación del permiso es mayor. Así, por ejemplo, en el <68< se pasa, si existe un desplazamiento, de un permiso de 2 días a uno de cinco, y a uno de seis, si dicho desplazamiento supera los 350 Km. En el <94< se establece una escala por la que, a los dos días de permiso previstos, se suman dos más, si el desplazamiento implica recorrer una distancia hasta 100km; tres más hasta 200km; cuatro más por encima de 200km; y seis más si el trabajador debe desplazarse al extranjero. El <155< añade prolonga los dos días de permiso a seis días cuando sea necesario un desplazamiento del trabajador. Resulta sintomático el <222<, pues permite ampliar los permisos por fallecimiento y enfermedad hasta 10 días en función del desplazamiento cuando las circunstancias así lo requieran. El <282< (art. 14) prevé hasta siete días de permiso si el trabajador ha de realizar un desplazamiento como consecuencia de la enfermedad grave o intervención de un familiar. El <290< (art. 16) amplía la duración del permiso en tres días, seis en total, si el sujeto causante es un familiar consanguíneo

<sup>1973</sup> En este sentido en el <38< a los tres días de permiso deben adicionarse cuatro días (hasta 7 en total) si debe viajar al extranjero. También el <53< contempla que el permiso de tres días se ampliará en otros tres, en caso de que el trabajador extranjero deba desplazarse a otro país. El <61< (art. 27) amplía la duración en tres días más, sobre los cuatro previstos, por desplazamiento. El <147< (art. 8) añade a los tres días reconocidos otros tres por desplazamiento del trabajador, si bien esta situación no se extiende a todos los familiares incluidos en el 2º grado de consanguinidad o afinidad. El <198< señala tres días de permiso por muerte del cónyuge, de los hijos, de los padres y padres políticos y de los hermanos, que puede llegar a durar seis días si el trabajador debe desplazarse con motivo del fallecimiento fuera de la Comunidad Autónoma. El <232< contempla un permiso por muerte del cónyuge, padres, hijos y hermanos

de cinco días ampliables a ocho en caso de desplazamiento. El <315> amplía de tres a seis días el permiso por fallecimiento del cónyuge, hijos, padres, padres políticos y hermanos; el <329> contempla un permiso de similares características por muerte o enfermedad del cónyuge, de los hijos o de los padres; y el <367> lo establece tanto por fallecimiento, como por enfermedad de familiares.

<sup>1974</sup> Así, ocurre en el <3>, que concede 6 días de permiso por muerte del cónyuge y familiares de primer grado; en el <16>, que determina como duración del permiso por la muerte de determinados familiares de los trabajadores es de cinco días; en el <40>, que otorga 5 días de licencia por la muerte de familiares hasta el 2º grado de consanguinidad y por enfermedad grave de padres, cónyuges, hijos y hermanos; en el <44>, que prevé cuatro días de permiso por circunstancias familiares relacionadas con el cónyuge y los hijos; en el <71>; en el <78>, que otorga un permiso de cuatro días, y, expresamente, señala que se incluyen en este tiempo los posibles desplazamientos; en el <98>, que concede la licencia por muerte de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad por cinco días; en el <122> (art. 17); en el <124> (art. 31); en el <142>, que concede cinco días de permiso por muerte del cónyuge, de los padres, de los hijos y de los hermanos; en el <168>, que, en caso de fallecimiento de los padres, de los hijos o del cónyuge, habilita una licencia de cinco días; en el <180> que concede 4 días en caso de muerte o enfermedad del cónyuge, de los padres, de los padres políticos y de los hijos, y 4 por fallecimiento de hermanos; en el <197>, que concede 5 días de permiso por la muerte del cónyuge, de los padres, de los padres políticos, de los hijos y de los hermanos. Igual ocurre en el <213>, que prevé 6 días de permiso por muerte del cónyuge; en el <230>, el fallecimiento de los hijos y del cónyuge habilita al trabajador a disfrutar de un permiso de 6 días; en el <290> (art. 16), respecto del permiso por fallecimiento del cónyuge o hijos que tiene una duración de cinco días; en el <282> (art. 14), que establece mejoras en algunos de los supuestos que dan lugar al permiso de siete y seis días, sin mencionar la posibilidad de ampliar el permiso por desplazamiento; el <283> (art. 10), que también prevé permisos, en algunos supuestos, por encima de cuatro días; en el <334> que otorga por la muerte del cónyuge, los familiares en primer grado y los hermanos seis días de permiso y por enfermedad grave de familiares cinco días; en el <336>, que concede cuatro días incluidos los posibles desplazamientos por fallecimiento de cónyuge, padres o hijos; en el <346>, que contempla un permiso de cinco días por la muerte del cónyuge y los familiares en primer grado y cuatro días por enfermedad grave de familiares hasta el 2º grado; en el <350>, que contiene un permiso de 7 días por muerte del cónyuge, uno de cinco días por la muerte de padres, hijos y hermanos y uno de cuatro días por enfermedad del cónyuge, de los hijos y de los familiares a su cargo; en el <363>, que concede cinco días de permiso por fallecimiento o enfermedad grave del cónyuge, la pareja de hecho y los hijos, cuatro días por fallecimiento de los padres.

<sup>1975</sup> Por ejemplo, el <3> señala que el fallecimiento de hermanos da lugar a tres días de permiso; el <44> prevé 3 días de permiso por muerte o enfermedad de hermanos; el <76>, que concede 3 días naturales de permiso por muerte y enfermedad de familiares; el <119> (art. 25) establece en caso de enfermedad grave u hospitalización 3 días de permiso, pero omite cualquier mención a la ampliación del mismo por desplazamiento. El <120> concede tres días de permiso por enfermedad grave de familiares, sin mención a la ampliación por desplazamiento del trabajador; el <147> (art. 8) tiene establecidos, en relación con ciertos familiares establecidos, 3 días de permiso, pero sin derecho a ampliación por desplazamiento del trabajador; el <168>, prevé 3 días por enfermedad grave del cónyuge o la pareja de hecho; el <180>, tiene prevista una licencia de 3 días por fallecimiento de abuelos y nietos. Otro tanto ocurre en el <213>, que, en relación con la enfermedad del cónyuge o de los hijos sin hospitalización, establece tres días de licencia; el <214> (Burgos), que dota, sin más, tres días de licencia por fallecimiento del cónyuge; el <235>, que actúa de similar manera respecto de la enfermedad y fallecimiento de los hermanos, abuelos y nietos; el <347> que incluye una licencia de tres días por muerte y enfermedad grave, y demás circunstancias familiares; el <363> en relación con la muerte de hermanos y personas que convivan con el trabajador y la enfermedad grave de los padres y personas que convivan con el trabajador.

<sup>1976</sup> Así ocurre en los siguientes convenios: el <44>, que prevé dos días de permiso por el fallecimiento de los abuelos, nietos y sobrinos; el <142>, que otorga dos días en caso de fallecimiento de abuelos y nietos; el <160> (art. 27), que recoge, como en el ET, dos días de permiso

pero sin mención a la ampliación por desplazamiento; el <168>, que prevé 2 días de permiso por fallecimiento de padres políticos, abuelos, nietos y hermanos y por enfermedad grave de los padres, de los hijos y de los hermanos; el <200>, en relación con la enfermedad grave, accidente u hospitalización del cónyuge y parientes hasta el 2º grado de afinidad o consanguinidad; el <213>, en el que la muerte o enfermedad de familiares hasta el 2º grado, exceptuando algunos casos concretos, sólo genera 2 días de permiso; el <230>, donde se establecen dos días de permiso por fallecimiento de abuelos y nietos y no se establece ninguna regla para ampliar dicho permiso en caso de desplazamiento del trabajador; el <320>, en el que la ampliación del permiso por distancia se extiende sólo a los casos de fallecimiento, pero no a los de enfermedad; el <362> (art. 17), que recoge el permiso por intervención quirúrgica de los padres, hijos y cónyuge por dos días más otros dos no retribuidos, sin mencionar el desplazamiento y sin incluir a los abuelos o nietos; el <363>, donde la enfermedad grave de hermanos genera dos días de permiso, sin que se haga referencia a la posibilidad de ampliar el permiso cuando sea necesario desplazarse; el <379> (art. 33), que no señala ningún plazo de ampliación en el caso de fallecimiento de abuelos, nietos y parientes hasta segundo grado.

<sup>1977</sup> Por ejemplo en el <142> (art. 19) para los cuñados se establece un día y medio de permiso sin mención a la ampliación por desplazamiento. En el <180> se recoge una licencia de un día por fallecimiento de hermanos políticos. En el <183> (art. 10) el permiso por enfermedad se concede de uno a diez días sin que el convenio establezca ninguna regla para situaciones en las que sea necesario el desplazamiento del trabajador; en el <230> la enfermedad de abuelos y nietos solo otorga un día de permiso; el <362> (art. 17) el permiso por intervención quirúrgica de hermanos o hermanos políticos habilita un día de permiso, más dos no retribuidos; el <363> señala en caso de muerte o enfermedad grave de abuelos, nietos, suegros y cuñados un día de permiso, sin que, en ningún caso, se haga referencia a la posibilidad de ampliar el permiso cuando sea necesario desplazarse.

<sup>1978</sup> En los siguientes convenios el permiso se establece por tres días, ampliándose a cuatro en caso de desplazamiento: <1>; <4>, en relación con el fallecimiento del cónyuge y los hijos; <14> (art. 11); <26> (art. 50) para el fallecimiento del cónyuge y de los hijos; <44> (art. 27) que prevé un permiso de tres días por muerte y enfermedad de padres y hermanos y un día más por desplazamiento del trabajador; <49>; <52> en caso de muerte del cónyuge, de los padres, de los padres políticos, de los hijos y de los hermanos; <58>; <113> en los casos de enfermedad grave, accidente y hospitalización de familiares; <120> (art. 25) en el que, en caso de fallecimiento, se establecen 3 días de permiso ampliables por uno o dos más en función de que el desplazamiento se produzca a una distancia superior a 250km o 500 Km; <128>; <135> (art. 25), donde la necesidad de desplazamiento, en los casos de fallecimiento o enfermedad de ciertos familiares, sólo adiciona un día a los tres reconocidos; <143> (art. 18); <157>; <166>, en relación con la muerte del cónyuge; <184>; <194>, por enfermedad grave del cónyuge, de los padres o de los hijos; <209>; <213>, por enfermedad grave de hijos; <214> (Ávila); <214> (Zamora), en ciertos supuestos de fallecimiento y enfermedad grave de familiares; <226>; <230>, para el caso de la muerte de los padres; <269>, por fallecimiento del cónyuge, los padres o los hijos; <325>; <334>, en caso de muerte de familiares de 2º grado; <337>, <338> y <339> en relación con la enfermedad grave, accidente y hospitalización de familiares; <340> en los supuestos de enfermedad del cónyuge de los padres, padres políticos, hijos e hijos políticos; <341>, para todos los supuestos de enfermedad de familiares; <365> en el caso de muerte o enfermedad del cónyuge; y <382>.

<sup>1979</sup> En este sentido, la STSJ Madrid de 16 de mayo de 2007 (Rec. 476/2007) da la razón al trabajador en su reclamación, al entender que su ausencia de cuatro días (tres de permiso y uno por desplazamiento) por muerte de su madre política estaba justificada, al haber tenido que trasladarse a otra provincia, por lo que no discute la legalidad de la cláusula convencional.

<sup>1980</sup> Por ejemplo, el <40> (art. 17), para los casos de enfermedad de parientes de 2º grado de afinidad, sólo establece un día (tres en total) por desplazamiento fuera de la provincia. En el <71>, aunque el fallecimiento de determinados familiares habilita un permiso de cinco días, en los demás casos se genera un permiso de dos días ampliables en uno más si hay que efectuar desplazamientos a más de 100 Km De similar manera, el <113> a los dos días reconocidos por fallecimiento de parientes hasta el 2º grado de consanguinidad les adiciona un día más cuando haya que hacer un desplazamiento superior a 200 Km El <144> (art. 12) sólo amplía en un día

el permiso por fallecimiento de abuelos y nietos. El <199> solo incrementa por desplazamiento en un día entre (300km y 400km) o dos (más de 400 Km) el permiso de desplazamiento por muerte y enfermedad en relación con los padres e hijos políticos que disfrutan de dos días de permiso y los hermanos políticos, abuelos y nietos que tienen un día de permiso. El <259> (art. 11.a) también puede plantear problemas de legalidad, pues permite ampliar el permiso sólo un día en caso de desplazamientos por fallecimiento entre 200 y 300 kilómetros, alcanzando el umbral de dos días a partir de esa distancia. Si el desplazamiento es por enfermedad grave u hospitalización la distancia mínima es de 300 kilómetros, pero sólo se produce una ampliación de dos días si se trata de atender al cónyuge y de un día si se trata de padres e hijos consanguíneos, por lo que parece excluir al resto de familiares entrando en colisión con la norma estatutaria. Por su parte el <265> (art. 34) sólo prevé un día de ampliación cuando «*la situación que origina la licencia se produce en lugares que, por su distancia o dificultades de comunicación, lo justifiquen*». También modula la ampliación entre un día o más en función de la duración del desplazamiento el <340> para el fallecimiento de determinados familiares, otros están mejorados y no plantean problemas. En el caso de enfermedad de estos mismos parientes el permiso oscila entre dos días o tres si hay que efectuar un desplazamiento.

En último lugar, quiero hacer referencia al <194> que tiene establecida en esta materia una regulación oscura y contradictoria que debería ser corregida. Efectivamente, la cláusula negocial, recogida en el art. 28, dedicada a las licencias podría implicar, en algunos casos, un ejemplo de intervención normativa ilegal, por cuanto sólo reconoce un día de ampliación por desplazamiento en relación con alguno de los supuestos particulares que recoge. Sin embargo, a continuación, mediante una cláusula genérica se señala que en referencia a los supuestos recogidos en el artículo señalado, si el trabajador necesita «*efectuar un desplazamiento al efecto, los plazos señalados en los mismos se incrementarán en dos días naturales*».

1981 <16< (50km); <81< (90km); <95< (40km); <238< (50km); <329< (50km).

1982 <47<; <134<; <192<; <257<; <287<; <288<; <323<; <324<; <342<; <362<, para ciertos supuestos de muerte y enfermedad de familiares; <368<; <376<; y <377<.

1983 <320<.

1984 <4<; <45<; <54<; <83<; <162<; <174<; <187<; <240<; <241<; <242<; <243<; <246<; <247<; <250<; y <254<.

1985 <332<.

1986 <31<; <38<; <49<; <66<; <74<; <78<; <99<; <112<; <113<; <209<; <214< (Zamora); <215<; <258<; <289<; <321<; <362<, para ciertos supuestos de muerte y enfermedad de familiares.

1987 <214<; <312<.

1988 <72<; y <356<.

1989 <68<.

1990 <90<.

1991 <8< (un día por cada 300km, de ida y vuelta); <34< (un día entre 100km y 200km y dos días a partir de 200km); <73< (un día cada 100km); <88< (un día a partir de 125km y dos días a partir de 400km); <92< (un día más hasta 200km, dos días más entre 250 y 500km y 3 días más a partir de 500 km); <94< (dos días más hasta 100km, 3 días más hasta 200km y cuatro días más a partir de 200km); <120< (cuatro días o cinco días de permiso en virtud de que exista un desplazamiento superior a 250km o 500km); <121< (un día más si el desplazamiento es superior a 75km y dos días si es superior a 200km); <159< (4 días si el desplazamiento supera los 400 km entre ida y vuelta y 5 si supera los 800km); <167< (un día más de permiso si el desplazamiento implica recorrer una distancia entre 50km y 150km; <177< (que señala dos días de ampliación en caso de desplazamientos hasta 400km, contabilizados entre la ida y la vuelta, y 1 día más si el desplazamiento es superior a esa distancia); <236< (un día más si la distancia a recorrer es superior a 250km y dos más si lo es a 400km); <259< (en el caso de fallecimientos se amplía 1 día si la distancia es superior a 200km y dos días si es superior a 300km, en el caso de enfermedad se amplía un día a partir de 300km); <261< (un día más para distancias entre 250km y 500km y dos más si es superior a 500km); <314< (regula la ampliación por distancia atendiendo a una escala kilométrica, de manera que por debajo de 46 Km no se amplía el permii-



so, entre 46 y 175 se concede un día natural más, entre 176 y 400 dos días más y en caso de desplazamientos por encima de los 401 Km se procede a ampliar el permiso hasta 5 días naturales); <343< (1 día más si la distancia es superior a 100km y dos días más si la distancia es superior a 200km); <361< (un día más a partir de 100km y dos días a partir de 200km); <366< (3 días de permiso si la distancia a recorrer es superior a 100km, 4 días si es superior a 250km y 5 días si es superior a 500).

<sup>1992</sup> Este hecho sí se hace constar en el <10< (600km); el <159<; el 177<a; el <214<, Segovia (300km); el <302< (150km); el <327< (100km), haciendo constar todos ellos que en las distancias señaladas computa tanto el recorrido de ida, como el de vuelta. Por el contrario, en el <166< (300km) se hace constar que la distancia se refiere exclusivamente al trayecto de ida.

<sup>1993</sup> Así, en el <92< se señala que, «en caso de discrepancia entre la Empresa y el trabajador en la medición de la distancia, la carga de la prueba correrá a cargo de la empresa. Estas distancias serán medidas por el recorrido del transporte más corto». De forma similar, el <366< (art. 10.1) concreta la manera adecuada de medir las distancias (entre el centro de trabajo y el domicilio o centro hospitalario donde se encuentre el familiar) y la forma en que se miden (mediante el transporte público más corto), corriendo la carga de la prueba a cargo de la empresa.

<sup>1994</sup> La sentencia confirma la sentencia de instancia aunque por otros motivos, ya que el juez «ad quo» entendió que «la limitación de 100 Km, reduce el mínimo de derecho necesario otorgado por el Estatuto».

<sup>1995</sup> <292< (art. 19).

<sup>1996</sup> <10<; <18<; <64<; <106<.

<sup>1997</sup> <9<; <60<; <29<; <31<; <40<; <46<; <51<; <67<; <79<; <80<; <91<; <100<; <105<; <115<; <151<; <158<; <252<; <256<; <264<; <268<; <285<; <303<; <305<; <307<; <308<; <337<; <338<; <339<; <349<; <368<; <373<; <316<; <317<; <318<; <357<.

<sup>1998</sup> <55<.

<sup>1999</sup> <53<; <135<; <146<; <173<; <210<; <211<; <212<; <227<; <231<; <270<; <271<; <304<.

<sup>2000</sup> <37<; <38<; <94<; <102<, que, además, establece que de los 7 días de duración que tiene la licencia, si hay que desplazarse al extranjero, dos no tienen carácter retribuido (y pueden ampliarse en función de las circunstancias).

<sup>2001</sup> <53<; <55<; <100<; <139<; <149<; <170<; <184<; <263<; <356<.

<sup>2002</sup> El <46<; el <99<; el <225<; el <228<; el <310< (Anexo IV) diferencias entre desplazamientos a localidades de la provincia, de provincias limítrofes o de otras provincias. El <311<; <319<; y <322< entre desplazamientos a localidades de provincias limítrofes y no limítrofes. El <352< entre desplazamientos a otras provincias de la Comunidad Autónoma y a otras Comunidades Autónomas.

<sup>2003</sup> En este sentido, presentan problemas el <8<; el <34<; el <88< (art. 43); el <167<; el <311< (art. 93); el <314<; el <321<; el <361<; el <366<

<sup>2004</sup> Como ocurre en el <73<, <99<; <120<; <121<; <125<; <225<; <228<; <236<; <289<; <343<; <352<

<sup>2005</sup> En este sentido, el <18< señala como criterio para la ampliación el hecho de «pernoctar fuera de su localidad»; el <39< (art. 35) se refiere a los desplazamientos que ocupen más de media jornada en un medio de transporte normal; el <155< (art. 11) amplía el permiso de dos a seis días cuando el trabajador tenga que hacer un desplazamiento fuera de la provincia y sea necesario más de un día de desplazamiento. El <158< se refiere a trayectos de más de 6 horas en servicio público de transporte.

<sup>2006</sup> En este sentido, ciertos convenios se refieren sólo a los tíos carnales: <167< (art. 21), que permite ampliarlo en dos más si es necesario un desplazamiento; <240< (art. 19); <319<; <352<; <356<. No obstante, también existen referencias a los tíos de forma genérica o con mención expresa para los tíos políticos: <112<, aunque se trata de un permiso no retribuido; <315< en relación con la muerte de tíos carnales y fallecimiento de los hermanos de los padres del cónyuge del trabajador.



<sup>2007</sup> El <44< (art. 27) amplía el permiso por enfermedad y fallecimiento a los tíos (un día) y sobrinos (dos días). El <114< establece un día por fallecimiento de los tíos; el <199< señala un permiso de un día ampliable en uno o dos más, en función de la distancia del desplazamiento por fallecimiento o enfermedad grave de tíos y sobrinos; <214< (León) señala igualmente un día (dos si hay que realizar un desplazamiento) *«por fallecimiento de tíos o sobrinos carnales del trabajador o de su cónyuge»* (art. 16); en el <214< (Zamora) también se recoge este permiso por un día; el <257< (art. 45.4) reconoce un día natural por fallecimiento de tíos o sobrinos; el <260< (art. 45.g) concede 4 horas para asistir al sepelio; el <261< (art. 28.d) permite al trabajador ausentarse *«por el tiempo indispensable para la asistencia al entierro»*; en el <308< la duración del permiso es de dos días ampliables a cuatro por desplazamiento; 305< otorga un día por fallecimiento de sobrinos; el <310< (art. 42) habilita un día natural por muerte de sobrinos (hijos de los hermanos), primos (hijos de hermanos de los padres) y tíos (hermanos de los padres), es decir sólo por consanguinidad y no por afinidad; el <320< concede un día natural en caso de fallecimiento de tíos carnales y sus cónyuges y sobrinos; el <359< el <362< (art. 17.h) concede dos días de permiso por fallecimiento o enfermedad de sobrino o tío; el <343< recoge un día nada más.

<sup>2008</sup> Así se establece en el <64<; el <74< (art. 17); el <201<; el <203<; el <206<; el <203<; el <332< (art. 41.5) que además permite ampliar el permiso en dos más *«cuando estas circunstancias ocurran en poblaciones a más de 175 Km de distancia del domicilio del trabajador»*; el <346<, que concede un permiso, por fallecimiento de familiares en tercer grado colateral, si conviven con el trabajador de un día natural o dos si hay que efectuar un desplazamiento.

<sup>2009</sup> Por ejemplo, el <124< (art. 31); y el <350< conceden un día natural para asistir al entierro de primos, tíos y sobrinos

<sup>2010</sup> De esta manera, el <218<; y el <221< para referirse a los familiares consanguíneos usan la expresión descendientes y ascendientes, lo que debe entenderse como una mejora y, en consecuencia, el permiso se generará por familiares en línea directa independientemente del grado (bisabuelos, biznietos).

<sup>2011</sup> Al respecto el <65< (art. 2); el <100< (art. 24), que permite, excepcionalmente, ampliar el permiso por muerte y enfermedad de familiares más allá del 2º grado que convivan con el trabajador; el <346<, que establece un permiso de un día por enfermedad grave o intervención quirúrgica grave de familiares que convivan con el trabajador distintos a los recogidos para el permiso por enfermedad.

<sup>2012</sup> <65< (art. 2.1) para cuando el sujeto causante sea un incapacitado; <365< (art. 24)

<sup>2013</sup> STSJ Extremadura de 23 de marzo de 1999 (Rec. 106/1999) en relación con la expresión «tíos y sobrinos».

<sup>2014</sup> Por ejemplo, el <94< reconoce un permiso *«por el tiempo necesario, debidamente justificado por los Servicios Públicos de Salud, para acompañar al servicio de urgencias a un pariente de primer grado de consanguinidad»*. El permiso para acudir a urgencias médicas también se recoge en el <219<, que habilita una licencia retribuida por el ingreso de urgencia y hospitalización de cónyuge, hijos, hijos políticos, padres, padres políticos, hermanos, hermanos políticos y abuelos de 1 día natural; en el <220<, que concede una licencia por el tiempo necesario *«para acudir a un servicio medido de urgencia o casa de socorro con cualquiera de los miembros de la unidad familiar»*; y en el <357<. El <362< (art. 17) se refiere al tiempo necesario para asistencias ambulatorias *«previamente decretadas, cuando el trabajador no haya causado baja»*

<sup>2015</sup> Así lo establece el <22<, siempre que no excedan de diez al año. También genérico, por su amplitud, es el establecido en el <314< en virtud del cual se conceden una serie de licencias menores que ocupan el tiempo indispensable con un máximo de 4 horas, en función de la hora que se produzcan, que abarcan situaciones tales como: revisiones medicas en el servicio medico de la empresa; intervenciones a familiares directos in internamiento, acompañar a esposa e hijos a consultas si resulta necesario, los enyesados de esposa, hijos y padres y asistir a urgencias por familiares directos, las intervenciones quirúrgicas del trabajador sin internamiento, la consulta al pediatra, si ambos cónyuges trabajan, concediéndose sólo a uno de ellos y la permanencia en Urgencias en horario nocturno. En esta misma línea en el <352< se establece, además del de enfermedad grave de familiares, un permiso *«en caso de accidente de hijos, padres,*

*abuelos, nietos, hermanos, cónyuge o pareja de hecho, por el tiempo imprescindible; si el mismo es declarado grave y fuese necesaria su hospitalización se podría ampliar por el tiempo de la misma y hasta un máximo de tres días».* El <320< recoge, además del de consultas médicas, otros por la duración indispensable de la jornada laboral por: enfermedad repentina o deterioro físico, surgido durante el trabajo; reconocimiento médico solicitado por la compañía, reconocimientos médicos especializados. El <367< (art. 13) contempla un permiso especial de carácter retribuido, previa justificación de un familiar que viva con el trabajador, por el tiempo que con venga con la Dirección de la Empresa, sin detrimento de lo establecido al respecto en la legislación vigente. En algún caso, como en el <314<, se crea un permiso retribuido que se cobra los tres primeros días de baja al año con 16 horas del salario base por una sola vez. Se trata de los días de baja que corren a cargo del trabajador

<sup>2016</sup> <112<, aunque con carácter no retribuido.

<sup>2017</sup> <378< (art. 31); y <379< (art. 33), sin límites en cuanto a la remuneración

<sup>2018</sup> <382< (art. 22).

<sup>2019</sup> Por ejemplo, en el <314<; el <321<. En el <311< (art. 96,7) siempre que la donación sea en beneficio de su cónyuge, pareja de hecho, hijos, padres u otro trabajador de SEAT.

<sup>2020</sup> <369<.

<sup>2021</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. (1999), ob. cit., p. 104; GORELLI HERNÁNDEZ, J. (1999) «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Relaciones Laborales*, nº 24, p. 14; y MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2001), ob. cit., p. 28.

<sup>2022</sup> Aunque algún convenio establece una remuneración limitada. De esta manera el <306< abona por las horas de trabajo perdidas en visitas medicas al medico de cabecera o al especialista el 50%, salvo que lo sean por indicación del Servicio medico de la empresa en cuyo caso se abonaran al 100%. El límite en cualquier caso es de 4 días al año.

<sup>2023</sup> <4<; <80<; <86< (art. 19)

<sup>2024</sup> <71<; <361< (art. 16).

<sup>2025</sup> Así se expresan el <14< (art. 11); el <44< (art. 27); el <61< (art. 26); el <74< (art. 17); el <81< (art. 21); el <95<; el <174< (art. 8); el <178< (art. 27); el <185<; el <190<; el <192<; el <193<; el <203<; el <334<; el <366< (art. 13); el <376< (art. 31); el <377< (art. 29).

<sup>2026</sup> <34<; <36<; <37<; <38<; <63<; <65<; <115<; <363< (art. 24); <365< (Anexo 1); <368< (art. 19).

<sup>2027</sup> <9< (art. 57); y 60 (art. 55).

<sup>2028</sup> Al respecto la SAN de 15 de julio de 2006 (Proc. 25/2006) señala que *«así se ven dos casos distintos: cuando la instrucción contiene una injerencia (no interpretativa sino reglamentaria) no puede ser adoptada unilateralmente por el empleador; o, por el contrario, si aquella no modifica los parámetros y recomienda preferentemente el modo de justificación de la ausencia, sin impedir otros mecanismos justificativos, es claro que no restringe el derecho sino que admite de plano unos medios de prueba de su ejercicio y no impide otros medios de probanza de la justificación de la ausencia».* Sobre el tema *vid.* igualmente la SAN de 5 de abril de 2006 (Proc. 6/2006).

<sup>2029</sup> En este sentido la STSJ Extremadura de 1 de diciembre de 2006 (Rec. 569/2005) entendiendo que el hecho de que *«las sesiones se lleven a cabo por médico, fisioterapeuta, ATS o cualquier profesional dedicado a la asistencia médica su origen»*, admitiendo, por tanto, el derecho del trabajador a acudir a sesiones de rehabilitación por prescripción facultativa al amparo de este permiso.

<sup>2030</sup> Que incluirá el propio de la consulta y el del tiempo invertido para acudir a la misma (STSJ País Vasco de 31 de octubre de 2006, Rec. 2129/2006). Sin embargo el <304< lo limita a la mitad de la jornada y *«en el caso del personal mercantil la empresa abonará las horas empleadas por el trabajador cuando estas coincidan con su jornada laboral, aunque supongan más horas de las justificadas. Si el justificante médico determina unas horas que estén fuera de la jornada laboral del trabajador en cuestión se entenderán no retribuidas, siempre y cuando el médico no especifique en el justificante la imposibilidad de asistencia al trabajo del día reseñado».*

<sup>2031</sup> Así ocurre en el <86< (art. 19) que limita la duración del permiso a tres horas, hay que entender que por consulta, ya que en el apartado 2 del Anexo III se establece que el tiempo de las visitas que supere las tres horas se descontarán se recuperarán. En el <108< también se fijan tres horas como máximo. En el <125< (art. 33) se establece la duración de este permiso en seis horas si se trata de consultas en la misma localidad y doce si se presta en localidad separada más de 50 Km

<sup>2032</sup> El <47< determina 12 horas al año; el <51< lo limita a 24 horas anuales; el <76< a 8 horas al año; el <81< (art. 21) limita el disfrute de este permiso a tres veces al año; el <113< a 35 horas año; el <134< (art. 34) reconoce por este concepto un día laborable por año natural y sólo cuando implique un desplazamiento a otra comunidad Autónoma; el <147< (art. 8) limita el derecho a 28 horas al año; el <174< (art. 8) a seis medios días; el <241< (art. 8) concede un permiso de 8 horas retribuidas para asistir a consulta médica, configurándose como recuperables las que excedan de dicho límite; el <290< (art. 16) también establece un límite de ocho horas.

<sup>2033</sup> Como hace, por ejemplo el <205<, que establece un límite de 2 horas por visita y de 8 visitas al año.

<sup>2034</sup> <40< (art. 17).

<sup>2035</sup> En este sentido el <203< (art. 76.5) determina que las «empresas abonarán a los trabajadores las horas que empleen en consultas médicas, siempre que lo acrediten con el correspondiente justificante, que deberá señalar las horas y teniendo en cuenta el desplazamiento que haya que efectuarse» (art. 76.5). Por su parte, el <376< (art. 31) sólo concede días completos por este concepto en caso de desplazamiento.

<sup>2036</sup> Así el <361< (art. 16) en referencia a las visitas médicas del personal de relevo previstas para antes de las 13:00 de la mañana siguiente a su jornada de noche, señalando que «disfrutará de un permiso de ocho horas durante esa jornada de noche anterior».

<sup>2037</sup> En este sentido, por ejemplo, el <362< (art. 17) que sólo se refiere a los médicos de cabecera; y, mas genéricamente, los convenios que se refieren a la asistencia a consultorios médicos, lo que no deja muy claro si incluye las visitas al especialista —<36<; <37<; <38<; <65<; <115<; <210<; <212<; <231<; <307<; <323<; <325<; <327<; <328<; <330<.

<sup>2038</sup> El <17< concede la licencia por el tiempo indispensable para «consultas de especialidades médicas». También se refieren sólo a las consultas a especialistas el <88< (art. 46), que lo limita a 12 horas al año; el <99< (art. 47); el <143< (art. 18); el <173< (art. 41) que, además, lo limita a 21 horas/año; <199<.

<sup>2039</sup> Así se desprende del <199<; y del <236<.

<sup>2040</sup> <75<; <378< (art. 29)

<sup>2041</sup> <34<; <188<; <191<

<sup>2042</sup> El <107< se establece un límite de 16 horas a estos efectos, independientemente de que se trate del médico de cabecera o de especialistas, estando retribuidas al 50%; en el <119< el límite se eleva a 18 horas y computa tanto para asistir a consultas con médicos de cabecera, como con médicos especialistas. El <222< y el <232< se refieren a médicos de cabecera y especialistas y no establecen limitaciones El <312< (art. 32.j) lo limita a 16 horas anuales en todo caso. En el <319< no se distingue entre la consulta a especialistas o médicos de cabecera y se aplica el criterio del tiempo imprescindible, pero sin limitación en horas, aunque si existe uso desmedido se pasará a abonar el permiso sobre el 85% del salario. Otras veces se limita el permiso en todo caso a 16 horas anuales.

<sup>2043</sup> El <9< (art. 57), por ejemplo, limita el derecho a consultas a 18 horas al año, salvo cuando la visita viene determinada por prescripción facultativa. En el <50< se otorga por el tiempo imprescindible para acudir al especialista, limitándose a 12 horas en el caso de consultas al médico de cabecera. El <60< (art. 55) limita el derecho a consultas a 18 horas al año, salvo cuando la visita viene determinada por prescripción facultativa. En el <90< se dota un permiso para acudir a las consultas con médicos especialistas de la Seguridad Social y las consultas a médicos de medicina general se limitan a cuatro medias jornadas. El <135< (art. 25) también establece las consultas por el tiempo imprescindible en caso de médicos especialistas y la limitación a 12 horas en los demás casos. El <146< (art. 12) limita diez horas anuales el tiempo dispo-

nible para consultas al médico de cabecera. El <179> (art. 24) determina que dentro de la jornada se conceden 3 horas para acudir al médico de cabecera y seis horas para acudir al especialista, debiendo trabajarse las horas para completar media jornada y una jornada completa en cada caso. Si no es así sólo se retribuirán 2 y 4 horas respectivamente. El <183> no contempla límites en relación con las consultas al médico especialista sin límite, mientras que las que se hacen al médico de la Seguridad Social, se someten a un límite de 19 horas para los trabajadores de campaña y 28 horas para los fijos con un límite de tres al mes. El <208> (art. 28.g) limita las visitas a consulta médica «o andante técnico sanitario a 20 horas año, independientemente de las visitas a especialistas». También el <219> y el <237> se refieren tanto a los servicios médicos de especialistas, concediéndolo por el tiempo necesario, y a las consultas de medicina general o de cabecera. Respecto de estas últimas establece un límite de 16 horas anuales. En el <310> (art. 42.k) el permiso se dota para acudir a consulta de especialistas de la Seguridad Social, cuando la consulta coincida con el trabajo y este prescrita por el facultativo de medicina general, previa presentación del volante, limitándose en los demás casos a 16 horas al año. De forma similar en el <311> (art. 96.6) se concede por el tiempo indispensable para consulta a especialistas y para acompañar a un hijo disminuido físico o psíquico, limitándose a 16 horas como máximo en los demás casos «eliminado la limitación de no haber estado en situación de IT durante un año».

Muchos convenios del sector del metal, recogiendo el tenor de la derogada Ordenanza siderometalúrgica, este permiso se establece por el tiempo indispensable para visitar a especialistas de la Seguridad Social por prescripción del médico de cabecera y previa justificación a la dirección de la empresa mediante el correspondiente volante. Para los demás casos se establece un límite de 16 horas al año: <255>; <256>; <257>; <258> (art. 52); <259>; <260>; <261>; <263>, aunque en este el límite son 12 horas; <264>; <265>; <268>; <269>; <358>; y <359>. También en el sector del automóvil se sigue este patrón: <310>; <311>; <316>; <318>; <320>; <322>. No obstante en algún convenio se eleva el límite por encima de las 16 horas. Así en el <314> se amplía el límite a 22 horas año y en el <319> se amplía hasta 32 horas año mientras no exista centro médico en el centro de trabajo.

<sup>2044</sup> Parecen establecer esta limitación el <11>; el <47>; el <51>; el <76>, que reconoce el permiso retribuido «asistir a clínicas médicas fuera de la localidad de residencia y prescritas por el médico de Medicina General de la Seguridad Social»; el <90>; el <113>; el <117> (art. 29), donde además se trata de un permiso no retribuido; el <125> (art. 33); el <161> (art. 28); el <185>; el <199>; el <205>; el <214> (Segovia); el <326>, que lo concede por el tiempo indispensable para visitas médicas a la Seguridad Social o Mutua; el <236>; el <290> (art. 16) sólo se refiere a las consultas en la Seguridad Social; el <364> (art. 41); el <379> (art. 33).

<sup>2045</sup> En este sentido, por ejemplo, el <23> reconoce dos tipos de licencias para la asistencia a consultas médicas. La primera se refiere a la asistencia a clínica y consultorios médicos durante la jornada de trabajo, salvo que pueda asistirse a ellas fuera de la jornada de trabajo –distinción que no se toma en consideración cuando la asistencia viene determinada por prescripción facultativa. La segunda se refiere a las consultas médicas en sentido estricto, reconociéndose por el tiempo indispensable para acudir a consultas en la Seguridad Social. En el <24> se establece el mismo régimen jurídico, pero, además, se exceptúan de la limitación «los tres días anuales en la primera baja de enfermedad, que se abonarán al 50% del salario diario». Sin embargo, en el <72> se incluyen sin más las visitas a facultativos en la medicina privada. El <218>; el <231>; el <232>; y el <303> se refieren a los servicios médicos tanto públicos como privados. También incluye la medicina privada el <309>, pero en este caso se limita a 10 horas anuales. El <311> (art. 96.6.c) añade las visitas a los médicos particulares fuera del sistema de la Seguridad Social (art. 96.6.c <311>). También se recoge esta previsión en el <314> limitándolo al tiempo estrictamente necesario y como máximo 4 horas (salvo que haya que desplazarse fuera de la población en cuyo caso se extiende hasta un día de duración). Por su parte el <320> limita el disfrute de este permiso en un día laborable al año.

<sup>2046</sup> En este sentido, el <34> (art. 38) señala que en caso de visitas a especialistas también se incluye la medicina privada; el <49>, que establece el derecho a visitas médicas por el tiempo indispensable y menciona al «médico de familia, o similar, especialista de la Seguridad Social o Sociedad Médica»; el <75> (art. 29) vincula el permiso a la asistencia a consultas médicas en la Seguridad Social, salvo en el caso de que se haya obtenido el volante para la consulta del especialista y se acuda a otro distinto; el <92> reconoce un permiso por el tiempo indispensable para

consultas con médicos de cabecera de la Seguridad Social y especialistas, sean o no de la Seguridad Social; en el <94< también se reconoce este permiso de forma similar; en el <366< el permiso es por el tiempo indispensable para acudir al médico de cabecera de la Seguridad Social y/o a médicos especialistas tanto de la Seguridad Social como de la medicina privada.

<sup>2047</sup> <65< (art. 16).

<sup>2048</sup> <115< (art. 33). También recoge esta previsión el <210< (art. 45).

<sup>2049</sup> El <222< lo concede para acompañar a cónyuge e hijos; el <260< (art. 45.h) lo establece con una duración de 12 horas año para acompañar al cónyuge e hijos a médicos especialistas.

<sup>2050</sup> El <253< (art. 22) se refiere al traslado a un centro médico causado por enfermedad del cónyuge o hijos que convivan con el trabajador: 5 horas al año. Si el hijo está en edad escolar: 8 horas al año.

<sup>2051</sup> Así, por ejemplo, el <87< reconoce un permiso para acompañar al médico de la SS a hijos menores sin más. Contienen un régimen similar el <34<, siempre que el otro cónyuge no pueda acompañarlo; el <49<, limitándolo a 10 horas al año; el <75< (art. 29), donde se establecen hasta cuatro horas retribuidas por este concepto; el <135< (art. 25) también se refiere a menores de edad; el <185<; el <214< (Ávila); el <306< lo establece para acompañar a menores de 18 años; el <362< (art. 17) que se refiere a los hijos sin especificar ni tan siquiera que hayan de ser menores, el <378< (art. 29) habilita 7 horas más un día de asuntos propios fraccionado en dos medias jornadas para acompañar a menores.

<sup>2052</sup> En este sentido el <326< lo establece para acompañar a menores de 6 años y establece su carácter no remunerado.

<sup>2053</sup> El <92< concede hasta 12 horas retribuidas al año para acompañar a consultas a hijos menores de 7 años.

<sup>2054</sup> Por ejemplo el <15< (art. 24); el <44< (art. 27); el <66<; el <90<; el <161< ya que se refiere a los familiares señalados en relación con la guarda legal, entre los que, en la actualidad, se encuentran los menores de 8 años; el <357<.

<sup>2055</sup> <113<, que, además, señala que no es un permiso retribuido.

<sup>2056</sup> Como ocurre en el <36<; el <37<; el <38<; el <354<.

<sup>2057</sup> En el <72< este permiso se refiere a hijos menores de 14 años en situaciones de urgencia y con un límite de 6 horas anuales, teniendo en cuenta además que dichas 6 horas se encuentran incluidas, junto con otros permisos, en un permiso adicional de cinco días anuales, por lo que si se han agotado no podrán disfrutarse. También fijan como límite los 14 años el <125< (art. 33); el <183<.

<sup>2058</sup> Como ocurre en el <115<; el <210<; el <231<; el <235<; el <240< (art. 19) se refiere a las visitas médicas de los hijos menores de 16 años por imposibilidad del otro cónyuge.

<sup>2059</sup> El <90<, en este sentido establece un permiso para «acompañar a los hijos menores de 8 años, hijos minusválidos físicos o psíquicos sin límite de edad o, justificando hora, nombre y firma del médico visitado». El <214< (Ávila) concede un permiso específico de cuatro días al año para acudir a consultas médicas fuera de la provincia como consecuencia de hijos disminuidos psicofísicos. El <256< (art. 33.4) concede de dos días naturales para asistir a consultas médicas de hijos disminuidos psico-físicos, si para ello ha de existir un desplazamiento. El <311< (art. 96.6) se refiere exclusivamente a los hijos disminuidos físicos o psíquicos. El <363< (art. 24) lo concede para acompañar a «hijo o cónyuge disminuido físico, psíquico o sensorial, que conviva con él». Por su parte, el <364< (art. 41) especifica que la disminución ha de ser grave fijo y permanente.

<sup>2060</sup> El <18< incluye a los familiares en primer grado de consanguinidad y afinidad, pero sin retribuir el permiso; el <92< se refiere a familiares en primer grado por consanguinidad o afinidad; el <113< (art. 30), junto con los menores de 9 años, alude a los ascendientes mayores de 65 años, aunque en ambos casos el permiso no se retribuye; tampoco se retribuye en el <114< para los menores de 8 años y familiares de primer grado de consanguinidad; el <191< se limita a establecerlo para los familiares directos; el <218< habilita este permiso para acompañar a los familiares en primer grado; el <306< permite acompañar a menores y a ascendientes, sin

que por esta causa y las consultas medicas propias se puedan exceder las 32 horas al año; el <319> también prevé un permiso para acompañar a consultas medicas a familiares (cónyuge, padres o hijos) si se realizan fuera de Cantabria estableciéndose en un día si son provincias limítrofes y dos en los demás casos; el <362> (art. 17) lo reconoce por el tiempo imprescindible para consulta medica de esposa, hijos o padres y padres políticos

<sup>2061</sup> En este sentido, el <15> (art. 24); el <47> lo establece para acompañar a ascendientes o descendientes que convivan con ellos; el <78> con una deficiente redacción, establece que «*el trabajador, previa justificación, y hasta un máximo de 16 horas año, en los casos de desplazamiento y/o acompañamiento de los familiares que convivan con él, siempre y cuando éstos no pudieran desplazarse por sus propios medios, bien sea por incapacidad física o por razones de edad, cuando tengan que ser asistidos en centros sanitarios distintos a los de su localidad, y como mínimo a una distancia de 10 Km Si la asistencia tuviera lugar en otra provincia distinta a la de su residencia, el permiso retribuido se ampliará a 32 horas anuales*»; el <354> concede un permiso por el tiempo indispensable para acompañar a hijos menores de 12 años y personas dependientes a la asistencia sanitaria; el <368> (art. 18) lo concede para acompañar o asistir a familiares que convivan con el trabajador incluida la pareja de hecho

<sup>2062</sup> Por ejemplo el <44> (art. 27); el <49> y el <135> (art. 25) determinan la existencia de 10 horas anuales para acompañar «*a visitas médicas a hijos menores de edad o familiares de primer grado de consanguinidad o afinidad, que tengan mermaidas las facultades físicas o psíquicas y así resulte acreditado*»; en el <91> (art. 30) se señalan dos horas retribuidas para acompañar a familiares de primer grado dependientes; <102> señala que este permiso se reconoce en relación con los parientes en primer grado, siempre que estén a cargo del trabajador; el <94> contiene un régimen jurídico muy similar, aunque sin limitaciones en cuanto a las horas, pero perdiendo su carácter retribuido. El <161> (art. 28), cuando establece dos horas de permiso para acudir a consulta medica para acompañar a los familiares señalados en relación con la guarda legal; el <183> atiende a los hijos menores de 14 años y a los familiares hasta el 2º grado de Consanguinidad y afinidad que por algún motivo no puedan valerse por si mismos; el <188> se refiere a familiares de primer grado que por razones de edad o enfermedad no puedan valerse por si mismos; el <363> (art. 24), que lo concede para acompañar a «*hijo o cónyuge disminuido físico, psíquico o sensorial, que conviva con el*»; el <364> (art. 41) que, además, establece que la dismanución ha de ser grave, fija y permanente

<sup>2063</sup> Al respecto el <7> (art. 14.g) determina que el permiso para acompañar a los hijos al médico no es retribuido el permiso «*salvo que ambos cónyuges trabajen en la misma empresa, en cuyo caso uno de ellos tendrá permiso retribuido por dicha causa*»; el <34>, que lo extiende a los hijos menores de edad y padres del trabajador, pero en el caso de los hijos si ambos padres trabajan sólo podrá ejercer uno y en el de los padres es necesaria la convivencia y que exista imposibilidad física de la persona que debe asistir a la consúltale; <191> también lo limita a las situaciones en que no exista otro familiar que pueda hacerse cargo; el <214> (Ávila) señala que si ambos padres trabajan en la misma empresa sólo podrá disfrutarlo uno de ellos; el <222> lo concede para acompañar a cónyuge e hijos siempre que no exista otro familiar en disposición de acompañarlos; por su parte el <357> exige que ambos padres trabajen. También el <366> (art. 10.1) exige que ambos cónyuges sean trabajadores por cuenta ajena y que el horario de consulta coincida con la jornada laboral de ambos cónyuges. De forma similar se establece este permiso en el <379>

<sup>2064</sup> CABEZA PEREIRO, J. (2000), ob. cit., p. 789.

<sup>2065</sup> STSJ Navarra de 21 de septiembre de 2006 (Rec. 253/2006). La sentencia entiende que se trata de una «*interpretación, por otra parte, coincidente con la finalidad de este tipo de permisos retribuidos que no es la de relevarle del trabajo, sino permitir que el trabajador pueda atender las necesidades que en su entorno familiar puedan derivarse de la hospitalización de algún familiar*».

<sup>2066</sup> <376> (art. 31).

<sup>2067</sup> Así el <236> señala que las licencias por enfermedad grave o hospitalización comenzarán a contar a partir del día siguiente al del hecho causante, si dicho día el trabajador hubiera trabajado el equivalente a media jornada de trabajo. También incluyen esta previsión el <320> y el <356>.



<sup>2068</sup> <148< (art. 29).

<sup>2069</sup> <316< ;<317< ;<318< ;<319<. También el <379< (art. 39) señala que los permisos computan desde el día del hecho causante salvo que interrumpan la prestación laboral en cuyo caso comienzan a partir del día siguiente.

<sup>2070</sup> Como ocurre en el <343<, que permite adelantar el permiso al día anterior a la intervención quirúrgica

<sup>2071</sup> STSJ Aragón, de 21 de noviembre de 2002, Rec. 1142/2002. Las razones que esgrime la resolución judicial son las siguientes: «1) El supuesto de hecho normativo no establece esta exigencia, sin que deba imponerse un requisito que el propio precepto no prevé. 2) La situación de necesidad que fundamenta el establecimiento de este permiso en el convenio colectivo (cuidar o acompañar a un familiar enfermo u hospitalizado) subsiste a lo largo de todo el período de duración de la enfermedad grave u hospitalización, lo que justifica que se pueda disfrutar el permiso durante el lapso temporal en que se prolongue la dolencia o el internamiento en un centro hospitalario. 3) En cuanto a la alegación de la empresa recurrente de que el citado precepto no atribuye al trabajador la facultad de elegir los días de permiso lo cierto es que el mentado precepto reza: «el trabajador, avisando con la posible antelación (...)». Por ende el citado precepto establece que, una vez que concurre el supuesto normativo previsto, el trabajador únicamente tiene que avisar al empleador y justificar la circunstancia que determina el disfrute del permiso. Si en el supuesto de autos concurre la causa justificativa del permiso (la enfermedad grave u hospitalización) y el trabajador cumple con sus dos obligaciones de avisar y de justificar, ninguna exigencia se deriva del antes citado precepto convencional que imponga la coincidencia temporal entre el comienzo de la enfermedad u hospitalización y del permiso».

<sup>2072</sup> En este sentido, por ejemplo, el <6< (art. 36) permite iniciar el permiso dentro del período en que persista la enfermedad grave o hospitalización. El <100< (art. 24) señala que los días de permiso podrán disfrutarse en un periodo de referencia de una semana a partir del hecho causante. En el <117< (art. 20) se determina que las licencias serán ininterrumpidas y el que el hecho que motiva la licencia estará comprendido en los días del mismo, por lo que podrá demorarse el comienzo del disfrute. El <148< (art. 29) permite iniciar la licencia: a partir del hecho causante; durante el ingreso hospitalario; a partir del alta hospitalaria.

<sup>2073</sup> STSJ Madrid, de 13 de julio de 2004, Rec. 2150/2004. La sentencia argumenta «que es improbable que un trabajador inmigrante en España y procedente de Nigeria, pueda permitirse el lujo de viajar a su país por un periodo de cinco días..., siendo más razonable que, teniendo el trabajador que viajar a su tierra dos meses después, el permiso al que tenía derecho se acumulara a las vacaciones». Y basa la resolución en la propia naturaleza de este permiso, pues, «es muy importante para los padres y demás familiares contar con el apoyo del hijo ausente, aunque hayan transcurrido dos meses, siendo también el consuelo entre los deudos, otra de las finalidades del permiso».

<sup>2074</sup> Así el <314< prohíbe expresamente el traslado de fechas de estos permisos.

<sup>2075</sup> En este sentido la doctrina judicial ha señalado en relación con un permiso por enfermedad que coincidía con la realización de turno de noche que «la actora, hoy recurrida, solicitó permiso los días 15 y 16 de enero de 2005, días que tenía turno de noche, que comprende desde las 22 horas a las 8 horas del día siguiente (10 horas), por lo que, con independencia de las horas que dichos días comprendía su jornada, es lo cierto que, al estar reconocida en el Convenio Colectivo el derecho a «días hábiles» con derecho a remuneración, no cabe limitar el día hábil de descanso a la jornada ordinaria de siete horas, pues tal extremo no consta recogida en el Convenio Colectivo ni, en consecuencia puede serle aplicado» (STSJ Castilla y León de 7 de abril de 2006, Rec. 520/2006 y, en el mismo sentido la STSJ Castilla y León de 19 de julio de 2006, Rec. 330/2006).

<sup>2076</sup> Por ejemplo el <146< (art. 12) señala que «en ningún caso la duración del permiso excederá de la del periodo de hospitalización». De similar manera se actúa en el <40< (art. 17); y <148< (art. 29).

<sup>2077</sup> Así, en el <11< (art. 8.5) se permite ampliar la licencia por tres días más cuando se trate de atender al cónyuge o familiares de primer grado que convivan con el trabajador y que precisen atención especial que no puedan ser cuidados por otra persona, aunque se prohíbe la



acumulación de estos días en caso de que la licencia genérica sea de cuatro días por desplazamiento. En el <72> también señala la posibilidad de una prórroga de hasta dos días (cinco en total) en los casos de nacimiento de hijos o fallecimiento del cónyuge, hijos hermanos o padres por consanguinidad. Esta ampliación está limitada a un total de cinco días anuales por este o por otros conceptos, por lo que no siempre se dará. El <142> (art. 19) permite ampliar el permiso por enfermedad grave en circunstancias extraordinarias por dos días más. El <337> permite ampliar la licencia por motivos de enfermedad o hospitalización de familiares de primer grado, cuando la duración sea superior a dos semanas consecutivas, en un día cada 15 días. También el <338>; el <339>. Por su parte, el <149> (art. 32) permite ampliar en cuatro días la licencia por fallecimiento de cónyuge padre o hijos. De similar manera, el <364> (art. 39) concede dos días de permiso más en los casos en que, pasados 30 días desde el hecho causante, las circunstancias persisten.

<sup>2078</sup> El <63> permite ampliar el permiso hasta cinco días en caso de gravedad. El <200>; <204> permite ampliarlo a una semana mas de carácter no retribuido. El <234> también permite ampliar este permiso por enfermedad o fallecimientos de parientes en primer grado hasta cinco días mas sin sueldo. El <256> prevé tres días en el caso de fallecimiento del cónyuge e, igualmente, en caso de enfermedad grave de parientes hasta el 2º grado de consanguinidad y afinidad, prevé, si persiste la enfermedad, otra licencia, de igual duración que la primera, pero sin retribución.

<sup>2079</sup> El <1> permite ampliar las licencias por nacimiento de hijo o enfermedad, accidente o fallecimiento de familiares hasta 15 días sin sueldo si debe realizarse un traslado fuera del país. El <19> permite ampliar los permisos por enfermedad hasta 15 días en periodos no inferiores a 7 días sin retribución.

<sup>2080</sup> Así ocurre en el <18> (art. 27.7) que posibilita la ampliación, a los trabajadores con más de dos años de antigüedad, *«de una semana a un mes por circunstancias familiares acreditadas, pudiendo ampliarse hasta seis meses en los casos de accidente o enfermedad grave u hospitalización de parientes hasta primer grado de consanguinidad o afinidad. Este permiso no podrá solicitarse más de una vez cada dos años»*. También se recoge una ampliación del permiso hasta un mes sin remuneración en el <87>; el <95>; el <109>; el <214> (Palencia), donde el permiso funciona como una excedencia, en la que si la situación mejora el trabajador podrá reincorporarse anticipadamente y si, tras la expiración del tiempo, no hay reincorporación se entiende que ha habido una baja voluntaria; el <215>, que permite ampliar la licencia, en situaciones debidamente justificadas, a cuenta de las vacaciones; el <308>, que posibilita la ampliación de la licencia por fallecimiento del cónyuge hasta un mes sin sueldo, cuando el trabajador tenga hijos menores; el <348> y el <349> en relación con el permiso por fallecimiento; el <350>; y el <357>, que avala a la Dirección Social para que en casos justificados autorice la ampliación de los permisos.

<sup>2081</sup> Así ocurre en el <11> (art. 8.5) que posibilita una licencia extraordinaria en circunstancias igualmente extraordinarias pudiendo acordarse *«la no percepción de haberes e incluso el descuento del tiempo extraordinario de licencia, a efectos de antigüedad cuando aquellas excedan en su totalidad de un mes dentro del año natural»*, en el <34>, que permite ampliar la duración de estas licencias en circunstancias extraordinarias mediante acuerdo que podrá incluir la no percepción de haberes. También el <36> permite a los mismos jefes que lo conceden prorrogar estos permisos de cuando con las circunstancias concurrentes, pudiendo exigirse la oportuna justificación de las causas alegadas. De similar manera el <65> (art. 21.d) señala la posibilidad de prórroga del permiso más allá del límite, señalándose que *«en caso de que no se produzca dicha prórroga, el trabajador, tendrá derecho a ausentarse de su puesto de trabajo, por el tiempo necesario, sin retribución»*. De similar manera, el <94>; el <102>, que *«en casos extraordinarios debidamente acreditados, tales licencias se otorgarán por el tiempo que sea preciso según las circunstancias, conviniéndose las condiciones de concesión y pudiendo acordarse la no percepción de haberes»*. El <40> (art. 17) permite ampliar estas licencias en caso de enfermedad grave sin remuneración, sin limite, pero con justificación cada siete días de un certificado médico; el <105> permite ampliar estos días de licencia descontando *«los festivos abonables y/o vacaciones, previa solicitud del personal»*; el <132> (art. 19); el <183> dota a los trabajadores con un permiso no retribuido para atender a familiares de hasta el 2º grado de consanguinidad, afinidad o cónyuge (este convenio no establece los permisos retribuidos); el <198>

permite también ampliar el permiso con carácter no retribuido por el «*tiempo prudencial necesario*»; el <210< (art. 44) posibilita ampliar las licencias en casos extraordinarios «*conviniendo las condiciones de concesión y pudiendo acordarse la no percepción de haberes*». Igual en el <227<; <231<; <235<, pudiendo incluso descontar el «*tiempo extraordinario de licencias a efectos de antigüedad*»; el <252< (art. 20) y <253< (art. 20) también prevén una ampliación sin remuneración «*previo certificado medico exigible por la empresa, cuando la enfermedad supere los plazos establecidos*». La ampliación sin remuneración también está establecida en el <337<; el <338<; y el <339<

<sup>2082</sup> Así en el <121< (art. 28) se permite en caso de nacimiento de hijo o fallecimiento acumular al permiso siete días naturales de vacaciones, al objeto de destinarlos al viaje. El <199< concede para los trabajadores extranjeros una ampliación del permiso, con carácter no retribuido, para atender a familiares (también en el caso de nacimiento de hijos o matrimonio), manteniendo la situación de alta, siempre y cuando se justifique el desplazamiento.

<sup>2083</sup> El <1< permite disfrutar el permiso de forma discontinua en los casos de enfermedad grave o fallecimiento; el <15< (art. 24) permite tanto el disfrute discontinuo como el fraccionamiento en medias jornadas del permiso; el <17< permite, en caso de hospitalización y enfermedad grave, solicitar el disfrute del permiso de forma discontinua; el <63< permite, previo acuerdo con la empresa, en casos de enfermedad grave u hospitalización, fraccionar el permiso en tanto dure la situación que dio lugar a la licencia; el <72< posibilita que el permiso se disfrute, si se han establecido turnos para estar con el paciente, «*en días completos iniciándola en fecha posterior a la del hecho causante, (...) y la consuma mientras perdure el mismo periodo de hospitalización*» —dicha situación genera los mismos días de permiso que se hubieran tenido de iniciarse a continuación del hecho causante y deberá solicitarse, señalando los días laborales afectados y justificando que la situación que dio lugar al permiso se extendió a los días de licencia—; el <91< (art. 30) permite disfrutar el permiso de enfermedad de forma fraccionada por días completos; el <102< se deja claro que la licencia por hospitalización se otorga por cada una de ellas, correspondan a las mismas o a distintas causas. Además, en este caso, la licencia puede comenzar a disfrutarse con posterioridad al hecho causante, pero siempre que persista el mismo, permitiendo incluso su disfrute en días sucesivos o alternos; el <108< (art. 46.b) permite tomar este permiso «*dentro de los siete días desde el hecho causante incluido*»; el <134< (art. 24) permite disfrutar de la licencia mientras permanezca la hospitalización del enfermo; el <146< (art. 12) señala que «*el disfrute de estos días de permiso será a elección del trabajador mientras dure la enfermedad u hospitalización*»; el <199< también permite el disfrute no continuado de los días de permiso que coincidan con días laborales; el <256< y el <261< permiten disfrutar del permiso por medias jornadas; el <359< (art. 19) permite el escalonamiento del derecho a los días de licencia entre varios familiares; y el <265< (art. 33.5) posibilita distribuir la licencia por acuerdo con la empresa a lo largo del periodo de hospitalización; el <300< permite al trabajador disfrutar del permiso de forma discontinua, «*siempre que se mantenga y se acredite la situación que da lugar al mismo*»; el <304< también admite el disfrute discontinuo; el <310< (art. 42) que señala que «*en estos casos los permisos podrán concederse a partir del hecho causante, en periodos sucesivos, a los familiares con tal derecho, siempre que sean empleados de la empresa*»; el <315< permite disfrutarlo por medias jornadas; el <324< permite disfrutar el permiso por medias jornadas; el <325< prevé el fraccionamiento del tiempo de permiso en situaciones prolongadas y mientras dure la situación de la que surge el permiso el <337<; el <338<; y el <339<, que permiten el disfrute discontinuo de la licencia por enfermedad de familiares hasta el 1er grado; el <354< permite el disfrute discontinuo previo aviso a la dirección del centro; el <356< adopta el disfrute por medias jornadas; el <363< (art. 24) permite que el permiso de enfermedad se disfrute de forma discontinua; el <365< (Anexo 1) señala que los permisos con duración superior aun día, el último podrá disfrutarse con posterioridad al hecho causante o por un máximo de dos fracciones; el <378< (art. 33) señala que el disfrute del permiso por enfermedad no ha de ser necesariamente consecutivo.

<sup>2084</sup> Así ocurre, por ejemplo, en el <314< en relación con el permiso de enfermedad grave y hospitalización y el de intervención quirúrgica.

<sup>2085</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F. (2006), ob. cit.

<sup>2086</sup> Al respecto una antigua sentencia del Tribunal Central de Trabajo negaba la posibilidad de que se limitase el permiso a uno por pariente (STCT de 29 de agosto de 1983).

<sup>2087</sup> Ya se ha señalado como la doctrina judicial señala que no puede limitarse el permiso en los casos en que una misma enfermedad genera varios procesos de hospitalización (9.3.3.A).

<sup>2088</sup> En el mismo sentido LOUSADA AROCHENA, J. F. (2000), «Las novedades en el régimen de permisos parentales introducidas en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre», *Actualidad Laboral* nº 25, p. 449; y MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2001), ob. cit., p. 35.

Al respecto, el <315> establece que si la muerte acaece durante el periodo de disfrute de la licencia por enfermedad grave, finalizará esta y comenzará a computarse la de fallecimiento. En el <359>, por su parte, se prescribe que si el fallecimiento se produce una vez finalizado el permiso se tendrá derecho a un día más

<sup>2089</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (1999), ob. cit., p. 177; y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-a), ob. cit., p. 203.

<sup>2090</sup> Desde la doctrina se ha criticado que esta concepción puede dar lugar a un efecto contrario a su finalidad de protección de la mujer trabajadora, al poder convertirse en un elemento disuasorio para la contratación de mujeres –SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (1999), ob. cit., p. 177. Así se ha postulado que debería haberse ampliado el permiso al compañero de la mujer embarazada para que lo utilice en acompañarla o que la carga económica corriera a cargo del sistema de protección social –recoge estas opiniones, entre otros, MARÍN ALONSO I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2001), ob. cit., p. 52. En esta misma línea se ha manifestado que si bien el permiso para la realización de exámenes prenatales corresponde exclusivamente a la mujer, no puede asegurarse lo mismo en relación con el de técnicas de preparación que debería referirse a ambos progenitores, dada la participación activa, y no de mero acompañante, del padre en estos procesos, evitando así el efecto disuasorio antes aludido –MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-a), ob. cit., p. 201.

<sup>2091</sup> Recogen este permiso los convenios siguientes: <1<; <6<; <9<; <11<; <12<; <14<; <15<; <18<; <19<; <23<; <29<; <30<; <31<; <33<; <34<; <36<; <37<; <38<; <47<; <49<; <51<; <53<; <54<; <55<; <60<; <62<; <65<; <67<; <68<; <71<; <79<; <85<; <87<; <92<; <93<; <94<; <95<; <96<; <98<; <101<; <102<; <103<; <104<; <108<; <113<; <118<; <120<; <132<; <135<; <152<; <153<; <157<; <169<; <171<; <185<; <191<; <209<; <210<; <211<; <212<; <217<; <218<; <220<; <227<; <229<; <231<; <237<; <241<; <259<; <264<; <265<; <270<; <302<; <303<; <305<; <311<; <317<; <322<; <323<; <324<; <325<; <327<; <334<; <337<; <340<; <346<; <354<; <356<; <357<; <358<; <366<; <378<; <379<; <382<.

<sup>2092</sup> En este sentido el <362> (art. 19bis) señala que «se procurará facilitar su deseo de acudir a tratamiento de psicoprofilaxis obstetricia –preparación para el parto–. A partir del séptimo mes de embarazo, sin menoscabo de sus obligaciones contractuales».

<sup>2093</sup> Por ejemplo el <134> (art. 24) establece que «durante los dos últimos meses de embarazo, la trabajadora tendrá derecho a dos horas semanales, previa justificación, para asistir a cursos de preparación al parto». También el <143> (art. 18) limita este permiso a ocho horas anuales.

<sup>2094</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-a), ob. cit., p. 203.

<sup>2095</sup> El <302> (art. 11.i) concede un permiso por el «tiempo necesario para la asistencia de tratamientos de reproducción asistida durante el tiempo de duración que para los mismos se estipule facultativamente». Este permiso se ampliará en dos días si se necesita hacer un desplazamiento superior a 150 Km entre la ida y la vuelta

<sup>2096</sup> Aunque la doctrina ha llegado a considerar este permiso en el ámbito del permiso parental –DE LA VILLA GIL, L. E. y LÓPEZ CUMBRE, L. (1999) «Adaptación de la legislación laboral a la Directiva 96/34/CE sobre permiso parental», *Revista Del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, número extraordinario sobre la conciliación de la vida familiar* 50-51–, estas instituciones responden a finalidades distintas –SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (1999), ob. cit., pp. 89 y 90; y LÓPEZ TERRADA, E. (2001), ob. cit., p. 35.

<sup>2097</sup> RAYÓN SUÁREZ, E. (1982), ob. cit., p. 333; GARCÍA NINET, J. I. (1996), ob. cit., p. 11; JIMÉNEZ-ASENJO GÓMEZ, E. (1996), ob. cit., p. 41; y LÓPEZ TERRADA, E. (2003), p. 36 y 37, para quien el acogimiento da lugar al permiso, por coherencia entre la legislación laboral y la regulación civil en los supuestos de acogimiento preadoptivo y permanente.

<sup>2098</sup> RAYÓN SUÁREZ, E. (1982), ob. cit., p. 333; y LÓPEZ TERRADA, E. (2003), p. 36.

<sup>2099</sup> JIMÉNEZ-ASENJO GÓMEZ, E. (1996), ob. cit., p. 41; y LÓPEZ TERRADA, E. (2003), p. 36.

<sup>2100</sup> Lo que no impide que no haya que lamentar una mayor sensibilidad del legislador para establecer también en esta materia un régimen común entre paternidad natural y adoptiva –CABEZA PEREIRO, J. (2000), ob. cit. pp. 797 y 798.

<sup>2101</sup> Como se ha señalado doctrinalmente «la filiación adoptiva, a pesar de sus plenos efectos legales, no generará el permiso por nacimiento de hijo, porque se constituye mediante resolución judicial entando vivo el hijo adoptado. Cuando ése nace no puede generar permiso a favor de quien no es su progenitor, aunque tenga intención de adoptarlo, y, cuando lo adopta, el adoptado ya ha nacido» –cfr. LOUSADA AROCHENA, J. F. (2006), ob. cit.

<sup>2102</sup> Extienden el permiso a los supuestos de adopción y/o acogimiento el <17<; el <44< (art. 27); el <65<; El <135< (art. 25) establece tres días de permiso por adopción o acogimiento, aunque en este caso no se estipula la posibilidad de ampliarlo por desplazamiento; el <148< (art. 8); el <310< (art. 42); el <337<; el <338<; el <339<; el <359<.

<sup>2103</sup> En este sentido, por ejemplo, el <364< (art. 39) recoge un permiso de tres días por acogimiento y/o adopción que deberá disfrutarse dentro de los diez días naturales a la resolución administrativa o judicial.

<sup>2104</sup> Así, en el <15< (art. 24) se incorpora un permiso para la «realización de trámites de adopción o acogimiento», ampliándose por tiempo necesario si es necesario desplazarse al extranjero. En el <23< se establece una licencia no retribuida por adopción o acogimiento nacional o internacional de 15 o 30 días de duración respectivamente. En el <24< se reconoce igualmente esta posibilidad, aunque sin preestablecer una duración. También establecen un permiso por la realización de trámites para la adopción el <37<; y el <38<. Por su parte, en el <46< se concede por tramites de adopción y acogimiento, si son nacionales, un día retribuido y 15 no retribuidos, mientras que si son internacionales «el permiso no podrá ser superior a 30 días naturales, no retribuidos». En el <66< se reconocen con carácter retribuido «hasta cinco días al año, o su equivalente en horas de trabajo de jornada ordinaria, para la realización de trámites de adopción o acogimiento». En el <90< se señala un permiso por el tiempo indispensable para la realización de los trámites necesarios para la adopción o acogimiento. En el <114< se establecen 15 días no retribuidos para la tramitación de la adopción o el acogimiento y, en caso de trámites internacionales, puede solicitarse una excedencia con reserva del puesto no superior a dos meses. El <303< dota un permiso por el tiempo imprescindible para que el trabajador realice los trámites y gestiones necesarias para la adopción y el acogimiento para los mismos ante los órganos oficiales de las Comunidades Autónomas. Si para los mismos es necesario un desplazamiento de más de tres días se habilitará un permiso no retribuido El <337<; el <338<; y el <339< regulan un permiso de dos días laborables ampliable en uno más por motivos de desplazamiento, para la realización de los trámites de adopción de forma independiente del que se tiene derecho por el hecho de la adopción en sí.

<sup>2105</sup> Al respecto la doctrina ya hizo notar en su día que una interpretación teleológica de la norma daba cobertura a situaciones tan dispares como el hombre o mujer (en el caso de parejas de mujeres homosexuales) cuyo hijo nace de una inseminación artificial –SÁNCHEZ TRIGUEROS, C (1999), ob. cit., p. 96; y MARÍN ALONSO, I y GORELLI Hernández, J. (2001), ob. cit., p. 33; y LÓPEZ TERRADA, E. (2001), p. 35.

En este sentido el <359< determina que el permiso se concede por nacimiento o adopción, tanto si el sujeto causante es el propio trabajador como los hijos o hijastros del mismo

<sup>2106</sup> Lo que debería llevar a desterrar definitivamente algunas fórmulas arcaicas del permiso, aun hoy presentes, que se refieren a él como el que surge como consecuencia del «alumbramiento de la esposa» –mantienen esta nomenclatura el <119<; el <122< (art. 17); el <214<, que recoge este permiso tanto por alumbramiento de la esposa como de una hija soltera; el <266< (art. 12); el <308< (art. 37.b); el <310<

<sup>2107</sup> <1<; <4<; <14<; <26<; <49<; <50<; <58<; <117<; <152<; <157<; <184<; <209<; <214<; <226<; <264<; <<325<; <327<; <337<; <338<; <339<; <340<; <354<; <364<; <371<; <372<; <382<.

<sup>2108</sup> <10<; <29<; <30<; <31<; <33<; <37<; <39<; <45<; <48<; <51<; <53<; <54<; <55<; <64<; <65<; <66<; <71<; <74<; <81<; <86<; <91<; <99<; <101<; <103<; <105<; <112<;

<113<; <115<; <118<; <130<; <131<; <135<; <139<; <142<; <143<; <151<; <156<; <158<; <160<; <166<; <167<; <168<; <174<; <178<; <182<; <185<; <187<; <192<; <194<; <198<; <200<; <214<; <214<; <214<; <215<; <217<; <218<; <221<; <223<; <225<; <228<; <231<; <234<; <240<; <241<; <242<; <243<; <246<; <247<; <252<; <254<; <255<; <257<; <263<; <271<; <285<; <287<; <289<; <292<; <302<; <306<; <309<; <308<; <310<; <316<; <317<; <318<; <320<; <322<; <323<; <326<; <328<; <330<; <332<; <342<; <343<; <345<; <346<; <347<; <352>; <353<; <357<; <358<; <363<; <376<; <377<; <378<; <379<; <380<.

<sup>2109</sup> El <7<; el <73<; el <159<; el <210<; el <227<; el <270<; el <288<; el <356<; el <367<; establece un permiso de tres días ampliable a seis; el <222< permite que se amplíe el permiso hasta los diez días de duración.

<sup>2110</sup> <19<; <61<, que posibilita su ampliación hasta los siete días; <80<; <98<; <120<, donde el permiso alcanza los cinco días en caso de desplazamiento; <121<, que señala una ampliación de estos días en uno o dos más en función de la distancia que deba recorrerse; <122<; <128<; <149<; <170<; <191<; <201<; <206<; <253<; <265<; <303<; <304<; <307<; <361<; <362<;

<sup>2111</sup> El <3< y el <40< establecen cinco días si mención a la posibilidad de ampliar la duración por desplazamiento; <119<, con posibilidad de ampliar esta duración en tres días más; <124<; <199<; <208<; <232> que permite incrementarlo hasta ocho días; <283<; <334<; <350<;

<sup>2112</sup> <282<.

<sup>2113</sup> <197<.

<sup>2114</sup> <9<; <23<; <24<; <60<; <68<; <69<; <94<; <159<; <162<; <163<; <173<; <203<; <366<; <369<.

<sup>2115</sup> El <65<; el <100< (art. 24), aunque solo a partir del tercer hijo; el <135< (art. 25); el <139< (art. 27); el <143< (art. 18); el <148< (art. 29); el <266< (art. 12); el <310< (art. 42.a); el <321< lo elevan a tres días. El <44< (art. 22); el <120< (art. 25); el <122< lo establecen en cuatro días.

<sup>2116</sup> El <23< y el <24< establecen este permiso en dos días, siendo ampliable en tres días si hay que efectuar un desplazamiento

<sup>2117</sup> El <112< los establece en 3 días ampliables por desplazamiento superior a 200 Km a cinco días; el <147< (art. 8) amplía a tres días, ampliables por otros tres el permiso por nacimiento de hijo; el <368< (art. 18) se señala una duración para el permiso de tres días y, en caso de desplazamiento fuera de la provincia o superior a 100 Km el permiso se amplía a 5 y 7 días respectivamente, debiendo ser cinco de los siete laborables. Por el contrario, el \*<239< aparentemente lleva a cabo una reducción del régimen jurídico del ET al señalar que los días de ampliación por distancia no operan en caso de adopción y acogimiento.

<sup>2118</sup> El <34< establece un permiso de paternidad de dos días ampliable a otros dos más por enfermedad o desplazamiento; el <44<, que incrementa la duración del permiso si el parto se produce mediante cesárea; El <65<; el <94<; el <102<; el <112< que, en caso de complicación del parto, permite ampliar el permiso los días necesarios, siendo sólo remunerados los 8 primeros desde que se produjo el parto; el <143< (art. 18), que amplía el permiso en dos días por parto con complicaciones y en otros dos por distancia; el <174<; el <203<; el <204<; el <223<; el <227<; el <231<; el <236<; el <237<; el <238<; el <253<; el <255<; el <256<; el <259<; el <283<; el <287<; el <288<; el 308< (37.b), que concede la ampliación del permiso bien por complicaciones en el parto (cesárea), o bien por la necesidad de efectuar un desplazamiento o bien conjuntamente; el <319<; el <329<; el <337<; el <338<; el <339<; el <358<; el <364<; el <368< (art. 18), que establece una duración para el permiso de tres días y cuatro si es por cesárea; el <371<; el <373<.

<sup>2119</sup> Por ejemplo en el <44< (art. 27) se establece el permiso en cuatro días, pudiéndose ampliar en dos días más en caso de parto por cesárea. En el <65< este permiso alcanza los tres días, ampliables por dos días más en casos en que el parto se produzca en circunstancias graves; el <135< (art. 25) posibilita ampliar el permiso en dos días por estas causas; el 269< (art. 16.a) reconoce dos días naturales por nacimiento de hijo y, además, se señala que «en cualquier caso, en el supuesto de alumbramiento anormal, cuatro días naturales».

<sup>2120</sup> El <361< (art. 16) señala un permiso de 3 días pero no dice nada en cuanto a si cabe ampliarlo por distancia. En el caso de que la duración del permiso se haya mejorado en un mínimo de cuatro días puede entenderse que la ampliación por desplazamiento queda absorbida en la mejora. Así ocurre por ejemplo en el <44< (art. 27) que establece la duración en cuatro días, pero omite cualquier referencia a la ampliación de la duración por desplazamiento.

<sup>2121</sup> En este sentido se expresan el <124< (art. 11); el <350< permitiendo acumular los días de licencia por enfermedad grave a los de nacimiento de hijo, en caso de complicaciones en el parto; y el <376< (art. 31) que señala que el permiso por nacimiento de hijo será compatible y acumulable con el permiso de enfermedad grave u hospitalización de familiares en el caso de hospitalización de la madre como consecuencia del nacimiento o cesárea

<sup>2122</sup> En este sentido, el <100< (art. 24) señala que los días de permiso podrán disfrutarse en un periodo de referencia de una semana a partir del hecho causante. El <192< señala que de los tres días que se conceden al trabajador por este concepto, dos se disfrutarán a partir del hecho causante y el tercero dentro de los 10 días siguientes el <202< permite distribuir libremente los días dentro de los 15 días naturales posteriores al parto. El <265< (art. 35.2) reconoce cuatro días naturales por este motivo, disfrutándose dos a continuación del hecho causante y otros dos dentro de los 15 días siguientes al mismo. E <221< recoge el permiso por nacimiento de hijo ampliándolo a 3 días completos. Además, alternativamente, podrá disfrutarse por 12 horas laborales en el periodo de 10 días a elección del trabajador El <321< determina la duración del permiso en tres días y establece una regla en base a la cual *«uno de los tres días naturales podrán disfrutarse a libre elección del interesado durante la estancia de la madre en el centro hospitalario y como máximo, hasta el día del alta, no debiendo suponer ningún aumento en el número de días a disfrutar y considerando que el número de días comienza en la fecha del hecho causante (parto). Dicho día no podrá trasladarse a un viernes o un puente, salvo que le corresponda por el proceso normal o por autorización expresa de su jefatura»*.

<sup>2123</sup> El <314< establece este permiso en dos días naturales, pero se amplía en lo que reste de jornada si el nacimiento se produce rebasada la media jornada y se pasa al hábil inmediatamente siguiente si se produce el viernes por la tarde si coincide con jornada de trabajo. El <376< (art. 31) señala que el comienzo del permiso será a partir del día siguiente al hecho causante si ya se ha completado la jornada laboral.

<sup>2124</sup> Los siguientes convenios señalan que todos o algunos de los días por los que se establece el permiso serán hábiles o laborables: <16<; <42<; <80<; <94<; <102<; <109<; <148< (art. 29); <190<, que prevé que si los dos días caen en festivo uno se trasladara al siguiente laborable; <191<; <195<; <201<; <204<; <257<, que mejora el permiso si el nacimiento se produce en fin de semana; <303<; <304<; <305<; <306<; <307<; <310<; <314<; <317<; <319<; <320<; <329<; <332<; <337<; <338<; <339<; <345<; <346<; <347<; <348<; <356<; <357<; <358<.

<sup>2125</sup> Así, el <63< concede un día adicional para realizar la inscripción registral del recién nacido si durante el tiempo de licencia no fuera posible llevarlo a cabo. El <238< y el <329< señalan que uno de los dos días del permiso deberá ser hábil a efectos de inscripción del nacimiento en el Registro civil. En este sentido, el <308< concede un día adicional si por ser festivos los días de licencia no se puede llevar a cabo la inscripción Por su parte el <340< permite ampliar el permiso de nacimiento por el tiempo indispensable si los tres días de permisos coinciden con festivos para la realización de las oportunas gestiones en el Registro Civil. Igual en el <363< (art. 24) si el nacimiento coincide en fin de semana. En el mismo sentido el <359<, al establecer que uno de los 2 días del permiso tendrá que ser laborable. En el <11< esta situación se contempla mediante la adición de un permiso adicional por el tiempo indispensable para acudir al Registro Civil a inscribir el nacimiento de hijos o el fallecimiento de familiares cuando la obligación del registro recaiga en el trabajador y no haya podido realizarse dentro del periodo de la licencia por nacimiento o enfermedad.

<sup>2126</sup> El <11< permite ampliar el permiso por nacimiento de hijo por tres días más cuando requiera atención especial y no exista otra persona para cuidarle; el <18< permite disfrutar adicionalmente de un día mas dentro de los 30 días siguientes al hecho causante.

<sup>2127</sup> El <87< permite ampliar el permiso por nacimiento, adopción o acogimiento hasta un mes sin sueldo.



<sup>2128</sup> Este permiso fue introducido por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad

<sup>2129</sup> Como se ha manifestado, la restricción del permiso en caso de que uno de los progenitores pudiera ocuparse del cuidado del hijo por no realizar ninguna actividad nos llevaría a una visión del derecho extremadamente deficiente, ya que no sólo se persigue el cuidado el hijo, sino que ambos progenitores proporcionen al recién nacido la atención afectiva que requiere –*vid.* MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-b) «Reducciones de jornada y ausencias por motivos familiares», en ARGÜELLES BLANCO, A. R., MARTÍNEZ MORENO, C. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Igualdad de oportunidades familiares. Estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001-2002)*, Madrid, CES, p. 113.

<sup>2130</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (2002), ob. cit., p. 51; y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-b), ob. cit., p. 115.

<sup>2131</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-b), ob. cit., p. 116.

<sup>2132</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (2002), ob. cit., p. 55; y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-b), ob. cit., p. 117. Choca con esta interpretación el hecho de que la reciente Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva haya incluido esta previsión en relación con el permiso de lactancia y no en el de hospitalización del recién nacido.

<sup>2133</sup> Recogen este permiso los convenios: <1<; <2<; <6<; <9<; <24<; <30<; <34<; <37<; <38<; <47<; <49<; <53<; <63<; <68<; <71<; <72<; <87<; <97<; <100<; <103<; <104<; <118<; <121<; <198<; <220<; <255<; <264<; <270<; <309<; <310<; <324<; <334<; <337<.

<sup>2134</sup> <72<; <97<.

<sup>2135</sup> <94<. La doctrina, en relación con la acumulación de este derecho a otros permisos, como el de lactancia, ha mostrado posiciones divergentes, posibilitando dicha acumulación –SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (2002), ob. cit., p. 55–, o negándola expresamente por ser coincidente la finalidad de ambos derechos –MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-b), ob. cit., pp. 117 y 118.

<sup>2136</sup> Sin embargo, excepcionalmente, algún convenio parece que lo configure como una licencia de carácter retribuido. En este sentido el <378< (art. 32) concede una licencia retribuida de 120 días en los mismos términos que la suspensión del contrato de maternidad, por lo que hay que entender que durante ese tiempo se recibe el salario y, caso de cumplir los requisitos establecidos, la prestación de Seguridad Social.

<sup>2137</sup> <38<; el <46<, que prevé que el periodo de disfrute de la suspensión del contrato por maternidad a tiempo parcial, «previo acuerdo, en los términos que reglamentariamente se determinen»; <65<. Otro tanto puede decirse de los siguientes convenios: <68<, <94<, <102<, <103<, <104<, <107<, <114<; <237<, que determina que la suspensión «podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos que reglamentariamente se determinen».

<sup>2138</sup> <109<

<sup>2139</sup> <85<. De forma similar el <58< (art. 29)

<sup>2140</sup> En este sentido, por ejemplo el <36< (art. 40) permite a las trabajadoras «solicitar un permiso especial no retribuido de hasta dos meses, una vez finalizada su situación de incapacidad laboral transitoria por maternidad», debiendo solicitarse por escrito antes de causar baja maternal (art. 40). Esta previsión se contiene también en el <38<. De similar manera el <72< (art. 41.II) permite a las trabajadoras «solicitar, con anterioridad al inicio del periodo de baja por maternidad, un permiso no retribuido por un periodo no inferior a un mes y no superior a tres meses», debiendo solicitarse al menos con 15 días de antelación. Por su parte, el <210< concede a las trabajadoras un permiso especial no retribuido de hasta dos meses a disfrutar una vez finalizada su situación por maternidad, debiendo ser solicitado antes de finalizar la baja laboral (art. 54). Esta medida esta recogida igualmente en el <227<.

<sup>2141</sup> La norma confirma la jurisprudencia comunitaria –STJE de 19 de marzo de 2004– y nacional –STS de 10 de noviembre de 2005, Rec. 4291/2004– sobre el derecho al disfrute de las vacaciones anuales en periodo distinto al del permiso de maternidad.

La incidencia de esta normativa sobre los convenios que contenían previsiones en esta materia –como el <9< (art. 56), que garantiza el disfrute de ambos periodos; el <51<, que permite a



la mujer embarazada a partir del 6º mes de gestación a confeccionar el calendario de vacaciones y priorizar su turno vacacional; el <60< (art. 54); o el <97<, que se refiere a la posibilidad de acumular el periodo vacacional a la suspensión por maternidad— ya ha sido tratada con anterioridad.

<sup>2142</sup> Vid. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (1989), «La ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados clarosucos», en *Relaciones Laborales*, nº 9, p. 97. Las opiniones doctrinales posteriores a la promulgación de la Ley 3/1989 promovieron una interpretación amplia del término lactancia, entendido como proporcionar cuidados al hijo o atenderlo –vid. VALLE MUÑOZ, F. C. (1999), *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Colex, Madrid, p. 27— o la propia denominación del mismo «reducción por manutención o cuidado de hijos menores de nueve meses» –vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J., (1999), «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», en *Relaciones Laborales* nº 24, p. 14

<sup>2143</sup> GARCÍA TESTAL, E. (2008), ob. cit., p. 35.

<sup>2144</sup> En similar sentido RODRÍGUEZ ESCUDERO, R. (1989) «La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados clarosucos», *Relaciones Laborales*, T. II, p. 1152; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (1999), ob. cit., p. 186; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (2006), «A vueltas con el permiso de lactancia», en AA. VV. (directora Carmen Sánchez Trigueros) *La presencia femenina en el mundo laboral: Metas y realidades*, Thomson Aranzadi, Navarra; ALARCÓN CASTELLANOS, M. (2000), «Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/1999», *Aranzadi Social*, T. V. p. 1143; GARCÍA TESTAL, E. (2008), ob. cit., p. 40. Esta concepción de la titularidad del permiso ha sido puesta en entredicho por contravenir el principio de igualdad, manifestándose a favor de restringir la titularidad a la trabajadora en los casos de lactancia natural, reconociéndola en plano de igualdad cuando la lactancia es artificial –MÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-b), ob. cit., pp. 98 y 99.

<sup>2145</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., (2007), «La jornada recudida tras la Ley de Igualdad (aspectos laborales)», en AA. VV. (Coordinadores J. APARICIO TOVA y J. LÓPEZ GANDÍA) *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, Albacete, p. 149. Por ejemplo, en el <23< se obvia la denominación de «permiso por lactancia» extendiéndolo para «*las personas que tengan un hijo menor de 9 meses*».

<sup>2146</sup> La Dirección Legal de Trabajo impugnó esta regulación convencional –en relación con el convenio colectivo de la empresa Aldeasa–, por entender que contrariaba la finalidad del precepto al reducir el periodo de atención al menor. La SAN de 29 de marzo de 2004, Proc. 180/2003, y la STS de 20 de junio de 2005, Rec. 83/2004, coincidieron en la legalidad de dicha regulación convencional, por cuanto no suplanta las posibilidades de disfrute legales, sino que permite una forma alternativa de disfrute, compatible con la naturaleza de derecho necesario relativo del precepto. Sobre el tema vid. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., (2004) «Validez del convenio que permite acumular las horas de lactancia en un mes de permiso retribuido. Comentario a la SAN de 29 de marzo de 2004», en *Aranzadi Social* nº 5; ARENAS VIRUEZ, M., (2005), «La Acumulación de las horas de lactancia en un mes de permiso: una opción del trabajador», en *Temas laborales*, nº 78; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A. V., (2005) «Ausencias por lactancia reconvertidas en permiso retribuido. Comentario a la STS de 20 de junio de 2005», en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 21; GARCÍA TESTAL, E., (2008), ob. cit., p. 57 y ss.

<sup>2147</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2007), ob. cit., p. 162.

<sup>2148</sup> GARCÍA TESTAL, E. (2008), ob. cit., p. 63.

<sup>2149</sup> Así, la posibilidad de acumulación del permiso se prevé en el <3<; el <15<; el <18<, que fija una duración de 15 días; el <19<, que determina tres semanas de acumulación; el <38< (arts. 23 y 36); el <59<, que señala que la acumulación es de 14 días naturales; el <72<, que también señala 14 días naturales; el <78<, dos semanas ininterrumpidas; el <109<, 15 días; el <146< (art. 12), 15 días; el <150< (art. 29), 10 días; el <199<, una hora por día laborable que falte hasta cumplir los 9 meses el menor; el <212< también establece la posibilidad de acumular este permiso a la maternidad por un periodo máximo de dos semanas; el <216< (art. 29) también permite la acumulación de este permiso por 13 días naturales a la baja de maternidad; en el <235< el límite son 14 días; en el <327< se habla de 12 días; el <330< (art. 26.9) permite la acumulación del permiso por lactancia al de maternidad por cuanto «*la empresa con el objeto de*

facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, pondrá a disposición, a continuación del periodo de baja por maternidad el disfrute de 30 días más de descanso para las madres. El disfrute de este periodo excluye el permiso por lactancia reconocido en el ET». en el <363< (art. 24) señala que el permiso por lactancia podrá acumularse «sustituyéndolo por un permiso equivalente al 50% de las horas que le correspondan por la reducción de la jornada en media hora y que se disfrutará seguido de la IT correspondiente»; <381< (art. 30) 40 minutos por cada día disfrutándose por días completos a la finalización del periodo de maternidad.

<sup>2150</sup> STSJ Cataluña de 23 de junio de 2005, Rec. 1790/2005, Tol 993.852.

<sup>2151</sup> GARCÍA TESTAL, E. (2008), ob. cit., pp. 67 y 68.

<sup>2152</sup> Así lo establece el <209< (art. 33) que permite la acumulación de este permiso (una hora) a la «baja de maternidad». El <213<; <215<; el <224<; el <230<; y el <271< (art. 42) también permiten la acumulación o la reducción de jornada por una hora diaria.

<sup>2153</sup> <29<; <66<

<sup>2154</sup> <311<

<sup>2155</sup> El <102<; el <161< (art. 28) que permite cualquier acumulación en el periodo que se pacte dentro de los 9 meses primeros de vida; el <237< señala que cabe ampliar la reducción a una hora o cualquier otra fórmula de acumulación; el <256< (art. 36) da derecho a la mujer en estado de embarazo a «acumular los periodos de descanso pre y posparto que legalmente les corresponden»; El <304< y el <324< permiten la acumulación sin más especificaciones al permiso de maternidad; y el <362< (art. 19) que se limita a establecer que cabe la «acumulación del permiso de lactancia a aquellos trabajadores que la ley reconozca como beneficiarios de tal derecho».

<sup>2156</sup> <78<

<sup>2157</sup> En este sentido, por ejemplo, el <23< obvia que se trate del permiso por lactancia extendiéndolo a los casos en que «las personas que tengan un hijo menor de 9 meses». Por su parte, el <214< (Segovia) recoge el permiso de lactancia como «licencia postparto para la alimentación de un menor de 9 meses». Además, señala un crédito de 50 horas anuales no retribuidas. El <307< (art. 15.k) señala que «en el supuesto de matrimonio, si ambos cónyuges trabajan en la empresa y tienen hijos menores de nueve meses, se estará a lo establecido en la legislación». Parece evidente que el artículo se refiere al permiso de lactancia y, en atención a su deficiente redacción, debe aplicarse la normativa estatutaria sin más, corrigiendo los defectos que presenta esta regulación convencional, pues el permiso no queda limitado a la existencia de una unión matrimonial, sino que se concede a los padres y no es necesario tampoco que ambos trabajen en la empresa

<sup>2158</sup> <380< (art. 33).

<sup>2159</sup> <105<; <334<; <335<; <378< (art. 32)

<sup>2160</sup> <97<; <157< (art. 51); <228<; <302<

<sup>2161</sup> Anteriormente, pese a la falta de referencias en la norma, la doctrina señalaba que el espíritu de norma implicaba garantizar por cada niño un derecho individual e independiente –*vid.* MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-b), ob. cit., p. 106.

<sup>2162</sup> Por ejemplo el <103< y el <104< sólo contemplan como forma de disfrute la reducción de una hora al principio o final de la jornada. Lo mismo ocurre en el <134< (art. 24), que sólo se refiere al disfrute por reducción de jornada en una hora; y en el <310<. En todos estos casos, aunque se mejore la duración de la reducción a una hora, parece excluirse como forma de disfrute la interrupción de la jornada en una hora o dos medias horas. Con mayor libertad el <112< habla sin más de una hora de ausencia diaria por lactancia de un hijo menor de 9 meses.

<sup>2163</sup> <87<; <109<; <311<.

<sup>2164</sup> En este sentido la STSJ Comunidad Valenciana de 23 de mayo de 2006 (Rec. 4135/2005) señala que, «así pues, partiendo de que el artículo 133 de la Normativa laboral de la empresa demandada no es una mera reproducción del artículo 37.4 ET, sino que mejora lo dispuesto en él, se trata de determinar si el derecho ejercitado por el demandante encuentra amparo en aquél. Dispone el citado precepto lo siguiente, «Los empleados con hijos menores de nueve meses, tendrán derecho a ausentarse de su puesto de trabajo durante una hora diaria,

divisible en dos períodos de media hora cada uno, si así lo desean, al objeto de prestar atención necesaria al lactante. Este derecho podrá ser ejercitado igualmente por la madre o padre adoptante. Podrán sustituir este derecho por una de reducción de la jornada a su comienzo o finalización, sin que pueda fraccionarse en estos casos. El derecho enunciado en los párrafos precedentes, podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre del menor». Pues bien, del tenor literal del precepto transcrito y de su manifiesta voluntad de mejorar el texto estatutario, llegamos a la conclusión de que no hay ninguna razón para pensar, como sostiene la empresa, que el derecho de los empleados de Telefónica a disfrutar del permiso de lactancia esté condicionado a que la madre trabaje, como por el contrario ocurre con la regulación que de él hace el Estatuto de los Trabajadores. En efecto, como apunta el Tribunal Supremo en la sentencia antes referida de 7-4-2005, el artículo 133 no contiene el inciso final «en caso de que ambos trabajen», lo que sin duda supone que se ha querido mejorar el texto estatutario, al no condicionar el derecho del padre a disfrutar del permiso de lactancia, a la circunstancia de que la madre trabaje. Por tanto, si el derecho a disfrutar de la hora de lactancia se debe reconocer aun cuando la madre no trabaje, no existe razón para negarlo en los supuestos como el presente en que, trabajando la madre, ésta se encuentre disfrutando del permiso de maternidad. Esta tal interpretación no solamente es acorde con la literalidad y sistemática del precepto estudiado, tal como se ha razonado hasta ahora, sino también con la finalidad de la norma que instauró el derecho de lactancia, esto es, con la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, pues una de sus finalidades declaradas en la exposición de motivos, era favorecer «que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia». En definitiva, pues, procede confirmar la sentencia de instancia que así lo entendió y desestimar el presente recurso de suplicación».

<sup>2165</sup> <57< (art. 45).

<sup>2166</sup> Así ocurre en el <40< (art. 17); el <64<; el <66<; el <71<; <95<; <99< (art. 54); <157< (art. 51); <195<; <214<; <227<; <228<; <230<; <237<; <238<; <335<; <342<, que limita la posibilidad de reducir la jornada en una hora a las trabajadoras a turno; <343<; <377< (art. 39); <378< (art. 32).

<sup>2167</sup> <195<; <335<.

<sup>2168</sup> Así ocurre en el <337<; el <338<; y el <339< fijándose la reducción en 45 minutos.

<sup>2169</sup> <335<

<sup>2170</sup> <95<.

<sup>2171</sup> Cfr. GARCÍA TESTAL, E. (2008), ob. cit., p. 37.

<sup>2172</sup> En el mismo sentido ESPÍN SÁEZ, M. (2007), «El derecho a reducción de jornada de trabajo por cuidado directo de menores, personas con discapacidad y familiares: cuestiones resueltas y problemas por resolver», en AA. VV. (Coordinador J. Mercader Uguina), *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 608 y 609.

<sup>2173</sup> Deben entenderse incluidas las situaciones de acogimiento familiar, por cuanto, en estos casos, se produce una sustitución de la patria potestad –LÓPEZ TERRADA, E. (2003), ob. cit., p. 47; y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-b), ob. cit., p. 122. En otras ocasiones se puntualiza que sólo se incluye el acogimiento permanente o preadoptivo, pero no en el simple –AZAGRA SOLANO, M. (2006), «Problemas prácticos derivados del ejercicio del derecho a la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de un hijo menor de seis años» en AA. VV. (directora Carmen Sánchez Trigueros) *La presencia femenina en el mundo laboral: Metas y realidades*, Thomson-Aranzadi, Navarra, p. 157.

<sup>2174</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-b), ob. cit., pp. 134 y ss.

<sup>2175</sup> Como ocurre en el <68< donde se señala expresamente que «la relación de parentesco requerida para el cuidado de familiares se extenderá también a las parejas de hecho». El <71< también se refiere a la pareja del hecho.

<sup>2176</sup> Pese a que la doctrina ha defendido que el hecho de que el precepto aluda a los familiares y no a los parientes y no se mencione al matrimonio, permite incluir a la pareja de hecho

como sujeto causante –BALLESTER PASTOR; M. A. (2000), *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*. Valencia, Tirant lo Blanch; p. 59; LOUSADA AROCHENA, J. F. (2000), ob. cit., p. 445; NEVADO FERNÁNDEZ, M. J. (2001), «El cuidado legal de personas a cargo de trabajadores» (Maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y de Seguridad Social) y II), *Revista Española de derecho del Trabajo*, nº 106, p. 517.

<sup>2177</sup> En este sentido, se ha criticado que la LOI haya desaprovechado la oportunidad de incorporar esta realidad social a la norma (ESPÍN SÁEZ, M. (2007), ob. cit., p. 612 y 613).

<sup>2178</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-b), ob. cit., p. 134.

<sup>2179</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-b), ob. cit., p. 129. La autora señala que la exigencia de no llevar a cabo ninguna actividad retribuida entra en contradicción con las medidas legales de integración social del minusválido, que sí permiten «compatibilizar la condición de minusválido (con lo que ello implica en lo que a cuidados se refiere) con el desarrollo de una actividad retribuida».

<sup>2180</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-b), ob. cit., pp. 137 y 138.

<sup>2181</sup> ALBIOL MONTESINOS, I (2001), *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 32 y 33 y LÓPEZ TERRADA, E. (2003), ob. cit., p. defienden un concepto amplio de la expresión «guarda legal»; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-b), ob. cit., p. 121 y ss., en atención a los problemas que genera el uso del término «guarda legal», sobre todo en relación con las personas que sufren minusvalías, aboga por que la institución sea la guarda, sin más calificativos, de manera que se refiera tanto a la guarda legal como la de hecho; y ESPÍN SÁEZ, M. (2007), ob. cit., p. 609, defiende la desaparición completa de la expresión, reconociendo el protagonismo al concreto determinante del permiso como es el «cuidado directo».

<sup>2182</sup> Sobre la incidencia de la LOI en la regulación de este permiso *vid.* ESPÍN SÁEZ, M. (2007), ob. cit., pp. 589 y ss.

<sup>2183</sup> Se pasa por tanto de vincular la edad máxima legal al inicio de la escolarización del menor a incluir los dos primeros años de la escolarización obligatoria, «reconociendo el papel fundamental del cuidador en la atención de las demandas concretas que genera la adaptación del menor al colegio» –cfr. ESPÍN SÁEZ, M. (2007), ob. cit., p. 593.

<sup>2184</sup> Aunque alguna vez se planteado su carácter de derecho necesario absoluto, sin posibilidad, por tanto, de actuación por parte de la negociación colectiva –SALA FRANCO, T. y otros (2000), *Los límites legales al contenido de la Negociación Colectiva. El alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, MTAS, p. 115 y 116

<sup>2185</sup> <68<; <94<; 114<

<sup>2186</sup> El <146< (art. 12) amplía el derecho a reducir jornada por razones de guarda legal hasta que el menor cumpla 12 años.

<sup>2187</sup> Así ocurre, por ejemplo, en el <94<, que hace oscilar la reducción entre/y fi de la jornada. Lo mismo ocurre en el <114<; en el <118<; en el <239<, que amplía el intervalo de la reducción entre un cuarto y la mitad; y en el <341<; el <342<; y el <343<, que llegan hasta un quinto.

<sup>2188</sup> El <43< ya determinaba que la reducción de jornada se movía entre un 1/8 y fi.

<sup>2189</sup> El <71<; el <100< (art. 24); el <161< (art. 28); el <376< (art. 32).

<sup>2190</sup> Así, <334< mejora las posibilidades de reducción de jornada fijando la horquilla entre una hora y la mitad de la jornada.

<sup>2191</sup> <96<; <194<; <200<; <201<; <202<; <203<; <204<; <206<. Por el contrario, el <341<; y el <342<; y el <376< (art. 32) permiten expresamente esta acumulación.

<sup>2192</sup> RIVAS VALLEJO, P. (1999) «La relación entre trabajo y familia: La Ley 39/1999, una reforma técnica», en *Tribuna Social*, nº 108, p. 15; y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2004-b), ob. cit., pp. 131 y 132, quien parece proclive a entender incompatibles ambos derechos cuando recaen en el mismo sujeto causante. La incompatibilidad entre ambas instituciones ha sido admitida por la STSJ Madrid de 20 de julio de 1998; y la SJS nº 1 de Vigo de 27 de noviembre de 1998, ya

que «parece que si se utiliza uno de los permisos no cabe utilizar el otro porque ambos atienden a la misma finalidad cuando el hijo es menor de 9 meses».

<sup>2193</sup> En la doctrina judicial puede señalarse la STSJ Cataluña de 8 de marzo de 1999; STSJ Comunidad Valenciana de 25 de abril de 2002 (*Tol 156.715*); STSJ Comunidad Valenciana de 24 de mayo de 2002; STSJ Cataluña de 18 de marzo de 2003; STSJ Canarias-Las Palmas de 20 de febrero de 2006 (*Tol 886.432*).

<sup>2194</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (1999), ob. cit., p. 202; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (2006), ob. cit., pp. 149 y 150.

<sup>2195</sup> GARCÍA TESTAL, E. (2008), ob. cit., p. 70.

<sup>2196</sup> En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J (1999), «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº extraordinario nº 1, p. 85.; GARCÍA TESTAL, E. (2008), ob. cit., pp. 70 y 71.

<sup>2197</sup> De esta manera, por ejemplo, el <38< (art. 22) permite al trabajador que la reducción sea «de forma ininterrumpida o continuada, siendo facultad del trabajador la elección de que, la reducción se lleve a efecto bien en la jornada de mañana, bien en la jornada de tarde». Por su parte el <210< señala que el horario lo «fijará el trabajador en base a las necesidades que surjan de la guarda legal de sus hijos» y «el tiempo de la citada reducción deberá efectuarse de forma ininterrumpida». También el <215< exige que la reducción se haga de forma ininterrumpida.

<sup>2198</sup> Así, el <330< establece reglas para actuar en caso de que varios trabajadores de un mismo centro se acojan a la reducción de jornada por motivos familiares. En primer lugar se buscará el acuerdo entre los trabajadores y la empresa para ajustar el horario de manera que no se vea perjudicadas las necesidades productivas del centro de trabajo. La imposibilidad de la compatibilización de horarios determina que tenga prioridad en la elección quien primero solicitó la reducción por estas causas. El <120< (art. 25), en este sentido, señala que cundo coinciden en la misma franja horaria varios trabajadores del mismo departamento, la empresa «podrá proponer a la representación legal de los trabajadores las medidas de orden organizativo que sean necesarias». El <235< (art. 47.5) señala que las partes «acordarán en el seno de la comisión paritaria, un protocolo donde se fijen criterios objetivos de aplicación y un índice de dificultades de concesión y alternativas, en función del tamaño del centro, el número de personas en la plantilla del mismo, número de reducciones por centro de trabajo, etc.».

<sup>2199</sup> El <97< (art. 42.IV) señala que «aquellos trabajadores que cumpliendo con las cauteles introducidas por el artículo 37.5 ET tuviesen a su cuidado un menor de 3 años tendrán derecho a elegir el momento de la prestación fuera de su jornada ordinaria laboral con un preaviso de un mes y siempre y cuando su elección no afecte a las condiciones de trabajo de otro trabajador». En el <115< los trabajadores con hijos menores de tres años de edad tienen derecho de preferencia a la elección de turnos sobre las nuevas contrataciones, debiendo solicitarse la opción antes del segundo mes siguiente a la incorporación al trabajo tras la baja maternal. Como puede observarse se trata de una cláusula un tanto incongruente, pues si se trata de un derecho vinculado a la existencia de hijos menores de tres años, no tiene sentido condicionar la solicitud al reingreso tras la situación de suspensión del contrato por maternidad. El <121< (art. 23) señala que los trabajadores con derecho a reducción de jornada por guarda legal podrán «convenir con su empresa, al objeto de evitar dicha reducción de jornada, la adaptación del horario de trabajo a estas circunstancias personales, siempre que dicha adaptación sea organizativa o productivamente posible». Por su parte, en el <241< se establece el derecho para la mujer trabajadora de disfrutar de un horario flexible durante la jornada diaria o una reducción de la jornada para atender a los hijos menores de 7 años.

<sup>2200</sup> En este sentido, el <22< (art. 38.g) permite una reducción de jornada a los trabajadores con hijos menores de 6 años de una hora diaria como mínimo, con la disminución proporcional del salario durante uno y tres años, debiendo obrar el acuerdo entre la empresa y el trabajador para la determinación de la jornada. En el <72< (art. 44) las jornadas reducidas para los trabajadores con hijos entre seis y ocho años pueden concertarse por acuerdo sin sujeción a límites. Probablemente se trata de una situación adicional a la que recoge el ET en relación con la guarda legal pues no agota todas las posibilidades de esta. Además el este convenio permite la

obtención de una licencia no retribuida de tres meses para la atención de menores de 8 años y otra, también no retribuida, para su cuidado mientras estén hospitalizados, pudiendo solicitarla solo uno de los cónyuges si ambos fueran trabajadores de la empresa (art. 41.VIII). También añade un nuevo supuesto de reducción de jornada el <87< en relación con los menores de 10 años o disminuidos físicos o psíquicos que no desempeñen actividad retribuida. En estos casos la reducción de la jornada puede oscilar entre un cuarto y la mitad de la misma. El <109< contempla este mismo supuesto de reducción de jornada, pero no de forma alternativa a la prevista en el ET, por lo que hay que entenderlo como una mejora de la previsión normativa, lo que queda acreditado por la extensión «de acuerdo con la Ley 39/1999» a los familiares de 2º grado o afinidad que no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida alguna.

Asimismo, el <304< permite otros tipos de reducción de jornada previo acuerdo y sin afectar al normal desarrollo de la actividad empresarial (art. 61.6). Asimismo el art. 61.7 permite una reducción de jornada voluntaria con reducción salarial del 40% y reducción de jornada del 50% o su proporción. El <307< crea una situación de reducción de jornada por guarda legal específica para quienes tengan a su cargo a disminuidos físicos o psíquicos. No se señalan límites a la reducción, pero se establece que no tendrá pérdida de salario.

Otros convenios que contemplan otras posibilidades de reducción de jornada son: el <336<, que permite las siguientes posibilidades en relación con la «guarda legal»: a) una reducción entre 1/5 y fi; b) la realización de jornada continuada; c) la realización de jornada flexible previo acuerdo expreso con la empresa en que se hará mención al horario que se va a realizar, en los casos de familiares de primer grado.); y el <382< (art. 22) que recoge una reducción de jornada equivalente por un periodo de seis meses y un año, prorrogable, sin que pueda ser utilizada para prestar servicios profesionales coincidentes a los de la empresa.

Por otra parte, el <340< regula no ya una reducción de jornada, sino un permiso especial para los trabajadores con hijos menores de 6 años, con una duración máxima de 9 días para la que se tendrá en cuenta, asimismo, los días de permiso por asuntos propios o descansos compensatorios. Rigen en este sentido las mismas reglas de acumulación que en estos casos.

<sup>2201</sup> Pese a que la actuación de la negociación colectiva es necesaria para concretar el contenido de estos derechos, la norma prevé que, ante la ausencia o insuficiencia de la misma, dicha concreción pueda hacerse igualmente por pacto individual y llegado el caso directamente por la trabajadora –GARCÍA TESTAL, E. y FERNÁNDEZ PRATS, C. (2005). «Medidas de protección para garantizar la estabilidad laboral y social de las víctimas de género» en AA. VV. (Coordinadores Javier Boix Reig y Elena Martínez García) *La nueva Ley de violencia de género*, Iustel, Madrid, p. 430 y ss; y BLASCO PELLICER, A. (2005) «Medidas sociolaborales para la protección integral contra la violencia de género», *Tol* 573.798.

<sup>2202</sup> Sí se recoge en el <34< donde se señala el derecho de las trabajadoras víctimas de violencia de género a reducir su jornada, repitiendo el contenido del ET, sin establecer reglas sobre como hacerlo efectivo. También regulan esta reducción el <114<; el <272< (art. 73) que fija como límites la una cuarta parte y tres cuartas partes de la jornada.

Además, algunos convenios señalan derechos nuevos al respecto. De esta manera el <17< (art. 16.i) concede permiso a las trabajadoras que sufran violencia de género para la «*asistencia a tratamientos médicos y comparencias judiciales*», lo que, desde luego va más allá que la prohibición de computar estas ausencias como faltas de inasistencia a efectos de un despido objetivo (art. 52.2, párrafo 2º ET). Con similar sentido el <38< recoge como permisos retribuidos las ausencias y faltas de puntualidad de la trabajadora motivadas pro las situaciones físicas y psicológicas que se derivan de la violencia de género.





## REFLEXIONES FINALES

1. Completado el análisis, conviene hacer algunas reflexiones finales al objeto de extraer algunas conclusiones del mismo. Debe advertirse, no obstante, que resulta difícil que las mismas tengan carácter concluyente, si se nos permite la expresión. Ello es así por la amplísima variedad de posibilidades que presenta la regulación del tiempo de trabajo en la negociación colectiva. Creemos que la muestra que se ha elegido, y de la que da cuenta el anexo que cierra el trabajo, es suficientemente amplia, tanto en términos cuantitativos –pues roza los cuatrocientos convenios– como desde una perspectiva cualitativa –al haberse seleccionado convenios de distintos niveles y de distintos sectores que pueden ser representativos de problemas variados a la hora de ordenar la jornada y su distribución–.

Con todo, y acaso precisamente por la extensión de la muestra, resulta sumamente difícil extraer conclusiones definitivas en la medida en que, como se ha dicho, son muchas y muy variadas las soluciones que para problemas idénticos se ponen en marcha por los convenios consultados. En este contexto, lo único que parece posible es mostrar algunas líneas generales que han podido ser detectadas, siempre realizando la advertencia de que las mismas deben ser consideradas de forma cautelosa: tendencias generales existen, es cierto; pero también lo es que pueden encontrarse igualmente abundantes desviaciones y excepciones de las mismas.

2. Desde una perspectiva estructural, relacionada, esto es, con la configuración de las fuentes que regulan el tiempo de trabajo, creemos que es importante destacar los siguientes fenómenos.

2.1. El primero hace referencia a la ampliación de espacios que corresponden a la autonomía colectiva en la ordenación del tiempo de trabajo. En la parte introductoria, hemos podido hacer una referencia sobre este particular, al hilo de la breve evolución de la normativa legal aplicable que se ha descrito. No se trata ahora de volver sobre esta idea, sino de destacar como el

potencial creador de la autonomía colectiva, con la complicidad de la doctrina de los tribunales, ha abierto nuevos espacios a los convenios, más allá de los que resultan de la literalidad legal. Los episodios más significativos de esta idea, a los que se ha hecho referencia detallada en varios apartados de este trabajo, se encuentran desde luego en los criterios de cómputo de las horas extraordinarias –con la posibilidad de excluir por el convenio colectivo su existencia y la aplicación de su régimen jurídico en el tramo de jornada comprendido entre la jornada máxima legal y la prevista en aquel– y en los sistemas que posibilitan introducir *de facto* modificaciones sustanciales de los aspectos temporales de la prestación sin tener que recurrir al procedimiento previsto en el art. 41 ET.

**2.2.** En cuanto al segundo, se relaciona con la detección de una tendencia de distribución de los contenidos negociales entre los distintos niveles de negociación. Como se ha dicho, esta tendencia mostrará desviaciones y excepciones, pero en conjunto cabe afirmar que las indicaciones que implícitamente se advierten en la ley y que en el pasado han sido objeto de negociación interconfederal han ido calando en los negociadores de los convenios.

a) De hecho, estos poco a poco han ido adaptándose a un esquema en el que las cuestiones vinculadas al cuántum (la duración de la jornada, computada normalmente en períodos amplios de tiempo) así como algunos aspectos centrales de la regulación del tiempo de trabajo se negocian en los ámbitos superiores mientras que las relacionadas con la distribución del tiempo y el ajuste fino son objeto de pacto en los de carácter inferior. Esta distribución se advierte muchas veces en las reglas establecidas al máximo nivel, el sectorial estatal, para estructurar la negociación. Pero en otros muchos casos son objeto de una aproximación mucho más simple, mediante la aparición de reenvíos específicos de los niveles territoriales al empresarial. En este último terreno juegan un papel esencial los acuerdos de empresa: si ya las normas estatutarias se lo asignan precisamente en algunas cuestiones vinculadas a la distribución del tiempo de jornada, los convenios colectivos sectoriales profundizan en esta idea, de manera que adquieren un papel cardinal en el conjunto final.

Es verdad que este reparto de competencias entre los niveles territoriales más centralizados y los inferiores no puede ser impuesta por aquellos de manera imperativa. La particular concurrencia descentralizadora permitida por el art. 84 ET desde que fue reformado en 1994 permite a los convenios territoriales de ámbito inferior escapar de las prescripciones establecidas a nivel central. Y de hecho, como se ha visto, algunos convenios sectoriales han sido objeto de impugnaciones triunfantes por esta razón, con afectación también de los criterios sobre tiempo de trabajo previstos en las reglas de articulación establecidas. Esto, sin embargo, no parece ser un obstáculo decisivo para que el conjunto de la negociación avance en la línea indicada.

b) Si hubieran de encontrarse problemas en este terreno, más habría de hacerse en el terreno de las insuficiencias que presentan las cláusulas con-

vencionales que se relacionan con la estructuración de la negociación. A este respecto, cabría señalar dos ideas. La primera es la excesiva genericidad que presentan, en ocasiones, las reservas y remisiones en relación con el tiempo de trabajo. En un contexto en el que la regulación de la jornada y su distribución alcanza los extremos de complejidad a los que llega, cláusulas excesivamente vagas como las que se ha visto que se utilizan para delimitar las distintas competencias de los niveles negociales pueden ser fuente de conflictos.

Por otro lado, y en segundo lugar, los sistemas de articulación negocial utilizan criterios de relación entre niveles que pueden ser igualmente fuente de conflictos. En efecto, aunque no extendidísimo, no es infrecuente el uso del criterio de la mayor favorabilidad para determinar la preferencia aplicativa. Mas este criterio, si puede funcionar razonablemente en relación con los aspectos susceptibles de cuantificación, presenta serias dificultades de funcionamiento en aquellos que no lo son. No es fácil saber, en este sentido, si dos sistemas diferentes de distribución irregular o de fijación horaria de la prestación son más o menos favorables. Son simplemente distintos...

**2.3.** Por último, y siempre en este terreno estructural, no es fácil llegar a una conclusión definitiva respecto del problema de si el desplazamiento de ciertos temas al nivel empresarial va necesariamente acompañado de una mayor individualización de la disciplina del tiempo de trabajo. De un lado, remisiones explícitas a la autonomía individual no son frecuentísimas ni, como regla general, parecen afectar a materias sensibles sino más bien a aspectos colaterales del tema que nos ocupa. Pero, de otro, y en sentido contrario, sí que se detectan casos en los que el desplazamiento de aspectos al nivel de la empresa acaba concretándose en un incremento de los poderes empresariales. Volveremos luego sobre esta cuestión.

**3.** Entrando en el análisis de la disciplina que los convenios establecen respecto al tiempo de trabajo, deben hacerse ante todo, algunas consideraciones de alcance general. Se trata probablemente de manifestaciones de fenómenos más amplios y que por tanto no circunscriben su alcance a las cuestiones que nos ocupan sino que se extienden al conjunto de nuestra negociación colectiva.

De un lado, es preciso hacer referencia a la clara inercia que la caracteriza en algunos puntos. Su manifestación más importante se encuentra en la alusión a normas legales y/o reglamentarias desaparecidas, incluso mucho tiempo atrás, o en la recogida expresa de los contenidos que las mismas tenían. Ejemplos de esta idea aparecen en muchos lugares, desde algunos aspectos de la regulación de las horas extraordinarias hasta otros vinculados a la jornada de los trabajadores a tiempo parcial. En ocasiones, este tipo de fenómenos solo tiene relevancia estética; pero en otros casos, señaladamente cuando se transcriben soluciones legales derogadas transformándolas en normas convencionales, podrían generarse problemas de seguridad jurídica si es que existe disimetría entre estas últimas y las leyes efectivamente aplicables.

Estos últimos aparecen también, de otro lado, a causa del escaso rigor técnico que las cláusulas convencionales utilizan al conformar su contenido. Si la temática de trabajo ha ido incrementando paulatinamente su complejidad, a medida que han aumentando las posibilidades organizativas y/o las fuentes que inciden sobre ella, la falta de rigor terminológico no puede sino concretarse en dificultades prácticas a la hora de aplicar las soluciones pactadas o en conflictos al respecto.

4. Por lo que se refiere a la duración del tiempo de trabajo, es claro que la jornada anual pactada se mueve en términos inferiores a la que resulta de la aplicación de la proyección anual de las cuarenta horas semanales a las que se refiere el Estatuto. Por otro lado, el hecho de que la evolución a la baja de la jornada anual pueda ser seguida mediante las estadísticas al uso permite obviar cualquier consideración de alcance general en este terreno. Sí que parece necesario hacer algunas reflexiones, sin embargo, respecto de algunas de las específicas finalidades que presentan los aspectos cuantitativos del tiempo de trabajo, en concreto, las vinculadas a los aspectos preventivos y al reparto del empleo.

Por lo que se refiere a la consideración de las primeras, son relativamente poco frecuentes en los convenios colectivos que hemos analizado: solo aparecen esporádicamente. En cuanto a las segundas, es desalentador el resultado del análisis de las horas extraordinarias, cuya vinculación con el empleo es sencilla de establecer y cuya restricción o desaparición aparece, por ello, como objetivo de la negociación interconfederal desde antiguo. Es verdad que la reducción de las horas extras en favor de la creación de empleo es criterio constantemente plasmado por los convenios sobre el papel. Sin embargo, su reconocimiento choca directamente con otras previsiones o tendencias que poco contribuyen a su consecución. En tal sentido, es obvio que de poco sirve la declaración formal de supresión de las horas extras habituales, si después se amplía el contenido de las horas extras estructurales, mediante la inclusión en ellas de prolongaciones de jornada debidas a circunstancias normales y previsibles en el funcionamiento de una empresa. Mal se compadece también la disminución del recurso a la jornada extraordinaria con la habitual ampliación que la negociación colectiva efectúa de los supuestos legales en que juega su obligatoriedad, ya sea mediante el subterfugio de sobredimensionar el concepto de fuerza mayor y de «siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes», o ya sea directamente mediante la frecuente utilización de la posibilidad concedida por la ley de acordar su carácter preceptivo más allá de los supuestos citados. La misma valoración merece la escasa proporción de convenios que rebajan el número máximo de horas extras habilitado por la ley, o la limitada inclinación de los negociadores a imponer su compensación en descanso, decantándose todavía de forma mayoritaria por la remuneración dineraria o, en todo caso, por la atribución de la opción al acuerdo o decisión de las partes.

La efectiva reducción de las horas extras parece requerir que, ante la aparición de necesidades productivas, se potencien otras medidas de gestión empresarial distintas a la ampliación de la jornada, ya sea con los trabajado-

res ya empleados –v. gr. aplicación de la distribución irregular de la jornada o recurso a la movilidad funcional dentro de los márgenes legales–, o ya sea mediante la contratación de nuevos trabajadores, medida esta última que si bien se contempla en muchísimos convenios como preferente a la jornada extraordinaria, lo cierto es que, en la práctica, parece haberse convertido en una cláusula tipo, cuyo cumplimiento queda en entredicho. Sin duda, a fin de garantizar su aplicación y la sustitución de las horas extraordinarias por nuevo empleo podría ser beneficioso generalizar ciertas prácticas que hasta ahora sólo se reconocen con carácter puntual en algunos convenios: una de ellas sería la de especificar las estrictas circunstancias por las que se estima imposible la celebración de nuevos contratos y se posibilita el paso a la realización de horas extras; también aseguraría una mayor implicación en estos objetivos la suscripción de pactos por los que el empresario se comprometa a contratar un determinado número de trabajadores en caso de alcanzar un tope de horas extras; por último, parece fundamental impulsar los mecanismos de control sobre el cumplimiento de los límites legales y convencionales impuestos a la jornada extraordinaria, y para ello, al margen de la fiscalización pública, la negociación colectiva tiene en sus manos la posibilidad de ampliar la participación de los representantes de los trabajadores tanto con carácter previo a su realización, como, en general, de cara a facilitar el estudio conjunto de medidas y alternativas que tiendan a su reducción.

**5.** Por último, por lo que se refiere a los aspectos vinculados a la distribución del tiempo de trabajo, hemos visto en la Introducción como los intereses en juego giran en torno a la idea de flexibilidad. Y ello tanto del lado empresarial –desde el que se aspira a que existan instrumentos elásticos que permitan maximizar la eficiencia en la gestión de los recursos humanos– como desde la perspectiva de los trabajadores –desde la que la flexibilidad aparece como una aspiración que permite conciliar los requerimientos de la vida laboral con la privada–.

**5.1.** La primera de estas perspectivas está permanentemente presente en los convenios colectivos. De hecho algunas de las ideas que hemos manejado en estas conclusiones aparecen claramente al servicio de ella: la aproximación de las cuestiones de distribución del tiempo al ámbito de la empresa así como la creación de nuevos ámbitos de incidencia de la negociación de carácter «paralegal» que responden a concretas necesidades empresariales son ejemplos obvios que podrían ser adornados con otros muchos que se recogen en el texto que antecede.

Por supuesto, es razonable que esta perspectiva esté presente: de hecho, se alienta a ello desde la propia negociación interconfederal. Ello no obstante, se detectan supuestos de exceso bien porque, dentro del marco normativo, los convenios acumulan las posibilidades empresariales de flexibilidad –como ocurre, acabamos de verlo, en relación con las horas extraordinarias que, en muchos casos, podrían ser absorbidas por el efectivo ejercicio de otras facultades empresariales– bien porque, como ocurre en casos que se han puesto de manifiesto en el análisis detallado, los pactos se deslizan por

la pendiente de la expansión más allá de la legalidad de los poderes empresariales.

**5.2.** En cuanto a la puesta en marcha de medidas que faciliten la flexibilidad desde la perspectiva de los trabajadores, constituye sin duda un reto esencial para la negociación colectiva del futuro. En los convenios que nosotros hemos analizado, la verdad es que, con la excepción de algunos aspectos, es poco lo que se encuentra. Es cierto que a los negociadores el tema les interesa; y no es ajeno a esta circunstancia el impulso que se ha dado a este tema desde la negociación interconfederal. Pero no lo es menos que en gran medida este interés se agota en el plano de las declaraciones generales, descendiendo muy limitadamente al terreno de las realizaciones concretas.

La posibilidad de establecer sistemas flexibles de dedicación en atención a las particularidades de los trabajadores no es un lugar común de los convenios colectivos. Aisladamente, en algunos sectores y de forma muy concreta, se detectan estipulaciones relacionadas con la multiculturalidad o con las particularidades de los trabajadores con capacidad disminuida. Y esta misma idea puede extenderse, aunque de forma más matizada, al terreno de los instrumentos más generales de conciliación de la vida personal/familiar y la prestación laboral. En este último terreno, si bien hay que reconocer que alguna institución colateral como es la de los permisos sí es objeto de atención permanente –aunque a veces de forma poco correcta por introducirse cláusulas o criterios de legalidad dudosa–, debe reseñarse el carácter aislado de las previsiones relacionadas con los aspectos organizativos. La nueva sensibilidad manifestada hacia este tipo de cuestiones a partir de la Ley de Igualdad de 2007, junto con la relevancia social que están adquiriendo los primeros pronunciamientos judiciales que la aplican, permite presumir que esta carencia se irá llenando rápidamente.

## ANEXO:

### RELACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS UTILIZADOS

#### Convenios de ámbito estatal

Ref.	Convenio	Publicación
<1<	Administraciones de Loterías	27/07/2004
<2<	Transporte aéreo y trabajos aéreos con helicópteros y su mantenimiento y reparación	22/11/2005
<3<	Agencias de viajes	05/05/2005
<4<	Industrias de aguas de bebidas envasadas	12/03/2003
<5<	Pastelería, confitería, bollería, heladería, repostería y platos combinados	11/03/1996
<6<	Servicio de asistencia en tierra en aeropuertos (handling)	18/07/2005
<7<	Fabricación de alimentos compuestos para animales	19/08/2003
<8<	Transporte de enfermos y accidentados en ambulancia	01/04/2005
<9<	Aparcamientos y garajes	08/02/2006
<10<	Industrias de elaboración del arroz	31/08/2004
<11<	Artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares	31/08/2004
<12<	Industria de producción audiovisual (técnicos)	14/08/2000
<13<	Productores de obras audiovisuales y actores que prestan sus servicios en las mismas	14/04/2005
<14<	Autoescuelas	24/02/2006
<15<	Autotaxis	15/04/2003
<16<	Industria azucarera	26/09/2003
<17<	Empresas concesionarias de cable de fibra óptica	23/09/2004
<18<	Banca	02/08/2005
<19<	Empresas organizadoras del juego del bingo	11/12/2003
<20<	Industrias de bebidas refrescantes	11/11/1999
<21<	Balonmano profesional	04/06/1998
<22<	Cajas de ahorro	15/03/2004



<23<	Calzado artesano manual y ortopedia y talleres de reparación y conservación del calzado usado y duplicado de llaves	09/07/2003
<24<	Industria del calzado	07/10/2005
<25<	Industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, depuración y distribución de agua	19/03/2003
<26<	Industrias cárnicas	28/02/2005
<27<	Cemento	13/02/2006
<28<	Centros de asistencia y educación infantil	06/05/2005
<29<	Centros de asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad	21/03/2005
<30<	Centros de educación universitaria e investigación	09/06/2004
<31<	Centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos	02/05/2002
<32<	Ciclismo profesional	16/01/2002
<33<	Colegios mayores universitarios privados	27/10/2004
<34<	Comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales y perfumería	22/07/2005
<35<	Distribuidores de productos farmacéuticos	18/01/2006
<36<	Ciclo de comercio del papel y artes gráficas	17/06/2004
<37<	Empresas minoristas de droguerías, herboristerías, ortopedias y perfumerías	15/03/2005
<38<	Empresas para el comercio de flores y plantas	26/10/2005
<39<	Fabricación de conservas vegetales	02/09/2005
<40<	Conservas, semiconservas, ahumados, secados, elaborados, salazones, aceites y harina de pescados y mariscos	08/11/2001
<41<	Construcción	02/07/2003
<42<	General del sector de la construcción	10/08/2002
<43<	Empresas consultoras de planificación, organización de empresas y contable	25/06/2004
<44<	Contratas ferroviarias	06/10/2005
<45<	Corcho	16/01/2002
<46<	Industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletrías	20/12/2004
<47<	Instalaciones deportivas	17/03/2005
<48<	Derivados del cemento	01/10/2001
<49<	Desinfección, desinsectación y desratización	15/09/2005
<50<	Despachos técnicos tributarios y asesores fiscales	29/07/2005
<51<	Distribuidores cinematográficos	28/03/2006
<52<	Empresas de trabajo temporal	24/06/2004
<53<	Centros de enseñanza privada de régimen general sin ningún nivel concertado o subvencionado	26/04/2006
<54<	Empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos	17/10/2000
<55<	Enseñanza y formación no reglada	13/02/2004
<56<	Entidades de financiación, de arrendamiento financiero (leasing) y factoring	27/08/1997
<57<	Entrega domiciliaria	12/03/2004
<58<	Escuelas de turismo	24/09/2002
<59<	Establecimientos financieros de crédito	11/01/2006
<60<	Regulación del estacionamiento limitado de vehículos en vía pública	04/11/2004

<61<	Estaciones de servicio	19/07/2004
<62<	Empresas de exhibición cinematográfica	26/01/1999
<63<	Industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y comercio exclusivista de los mismos materiales	11/08/2004
<64<	Fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados	24/11/2003
<65<	Farmacias	05/07/2004
<66<	Ferralla	27/01/2006
<67<	Servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios	17/07/2005
<68<	Industria fotográfica	15/01/2002
<69<	Empresas de frío industrial	28/12/2004
<70<	Fútbol profesional	08/07/1998
<71<	Gestorías administrativas	23/05/2006
<72<	Grandes almacenes	27/04/2006
<73<	Granjas avícolas y otros animales	16/06/2004
<74<	Harinas panificables y sémolas	23/09/2004
<75<	Fabricación de helados	10/03/2006
<76<	Industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho	07/01/2005
<77<	Hostelería	05/05/2005
<78<	Empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos	20/09/2005
<79<	Empresas de gestión y mediación inmobiliaria	15/07/2003
<80<	Jardinería	26/05/2001
<81<	Industrias lácteas y sus derivados	14/03/2005
<82<	Limpieza de edificios y locales	14/09/2005
<83<	Madera	24/01/2002
<84<	Mantenimiento de cabinas, soportes y teléfonos de uso público	15/08/1997
<85<	Marroquinería, cueros repujados y similares	07/08/2003
<86<	Mataderos de aves y conejos	02/12/2003
<87<	Empresas de mediación en seguros privados	24/06/2005
<88<	Empresas de mensajería	04/08/2004
<89<	Estructura neg. Colectiva industria del metal	20/05/1998
<90<	Industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos	18/08/2005
<91<	Industrias de pastas alimenticias	23/05/2006
<92<	Pastas, papel y cartón	10/11/2004
<93<	Peluquerías, Institutos de belleza y gimnasios	29/10/2005
<94<	Perfumería y afines	16/07/2004
<95<	Convenio único personal laboral de la AG Estado	01/12/1998
<96<	Pizarra	10/04/1997
<97<	Prensa diaria	22/07/2005
<98<	Prensa no diaria	11/10/2004
<99<	Elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio	12/03/2004
<100<	Puertos del Estado y autoridades portuarias	11/01/2006
<101<	Empresas de publicidad	20/02/2002
<102<	Industria química	06/08/2004
<103<	Recuperación de residuos y materias primas secundarias	24/06/2005
<104<	Recuperación, transformación y venta de residuos y desperdicios sólidos	23/09/2003
<105<	Residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio	30/07/2003

<106<	Artistas técnicos y salas de fiesta, baile y discotecas	25/09/1998
<107<	Sastrería, modistería, camisería y demás actividades afines a la medida	28/07/1999
<108<	Seguridad	10/06/2005
<109<	Entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo	19/11/2004
<110<	Sociedades cooperativas de crédito	14/09/2005
<111<	Taurino	15/04/2006
<112<	Tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida	12/08/2003
<113<	Telemarketing	05/05/2005
<114<	Industria textil y de la confección	31/08/2005
<115<	Cadenas de tiendas de conveniencia	18/06/2002
<116<	Transporte de mercancías por carretera	29/01/1998
<117<	Industrias de turrónes y mazapanes	16/12/2005
<118<	Universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados	18/01/2006

**Convenios de ámbito autonómico y provincial**

<b>Ref.</b>	<b>Sector</b>	<b>Especificaciones adicionales</b>	<b>Publicación</b>
<119<	HOSTELERÍA	Castellón	10/06/2004
<120<	HOSTELERÍA	Valencia	04/02/2005
<121<	HOSTELERÍA	Alicante	09/07/2005
<122<	HOSTELERÍA	A Coruña	26/09/2003
<123<	HOSTELERÍA	Tenerife	12/04/2005
<124<	HOSTELERÍA	Las Palmas	03/09/2004
<125<	HOSTELERÍA	Huesca	01/03/2004
<126<	HOSTELERÍA	BizkaIA	11/02/2005
<127<	HOSTELERÍA	Sevilla	08/07/2003
<128<	HOSTELERÍA	Cádiz	09/06/2004
<129<	HOSTELERÍA	Granada	02/06/2006
<130<	HOSTELERÍA	Catalunya	26/10/2004
<131<	HOSTELERÍA	Illes Balears	08/11/2005
<132<	HOSTELERÍA	Comunidad de Madrid	20/06/2006
<133<	HOSTELERÍA	Teruel	10/11/2004
<134<	LIMPIEZA	Cantabria	05/07/2004
<135<	LIMPIEZA	Limpieza de Edificios y Locales (Madrid)	16/07/2005
<136<	LIMPIEZA	Limpieza de edificios y locales (Catalunya)	13/01/2006
<137<	LIMPIEZA	Limpieza de edificios y locales (Valencia)	29/09/2005
<138<	LIMPIEZA	Limpieza de edificios y locales (Bizkaia)	05/10/2004
<139<	LIMPIEZA	Limpieza de edificios y locales (Illes Balears)	29/10/2005
<140<	LIMPIEZA	Limpieza de edificios y locales (Alicante)	17/12/2004
<141<	LIMPIEZA	Sector de Empresas de Limpiezas de Aviones (Málaga)	14/06/2005
<142<	LIMPIEZA	Limpieza de edificios y locales (Las Palmas)	28/04/2006
<143<	LIMPIEZA	Limpieza de edificios y locales (Castellón)	25/08/2005
<144<	LIMPIEZA	Empresas concesionarias de contratas de limpieza de centros educativos dependientes del Departamento de Educación, Universidades e Investigación, UPV e IVEF (País Vasco)	29/05/2006
<145<	LIMPIEZA	Empresas de Limpieza de Edificios y Locales (La Rioja)	30/07/2005
<146<	LIMPIEZA	Limpieza de Edificios y Locales (Navarra)	22/07/2005
<147<	LIMPIEZA	Limpieza de Edificios y Locales (Asturias)	01/12/2003

<148<	LIMPIEZA	Limpieza de Centros Sanitarios dependientes del Servicio Aragonés de la Salud (Aragón)	23/01/2006
<149<	T. MERCANCIAS	Transporte mercancías por carretera (Illes Balears)	13/09/2005
<150<	T. MERCANCIAS	Transporte mercancías por carretera (Madrid)	14/04/2005
<151<	T. MERCANCIAS	Transporte mercancías por carretera (Navarra)	23/03/2005
<152<	T. MERCANCIAS	Transporte mercancías por carretera (La Rioja)	20/04/2004
<153<	T. MERCANCIAS	Transitarios (Madrid)	03/08/2004
<154<	T. MERCANCIAS	Transporte mercancías por carretera (Murcia)	16/05/2005
<155<	T. MERCANCIAS	Transporte mercancías por carretera (Cantabria)	19/07/2004
<156<	T. MERCANCIAS	Tracción mecánica de mercancías (Córdoba)	30/09/2005
<157<	T. MERCANCIAS	Transporte mercancías por carretera (Valencia)	28/09/2005
<158<	T. MERCANCIAS	Transporte mercancías por carretera (Barcelona)	14/01/1999
<159<	T. MERCANCIAS	Transporte mercancías por carretera (Zaragoza)	26/12/2002
<160<	T. MERCANCIAS	Transporte mercancías por carretera (Valladolid)	03/11/2005
<161<	T. MERCANCIAS	Transporte mercancías por carretera (Toledo)	12/04/2006
<162<	T. MERCANCIAS	Transporte mercancías por carretera (Bizkaia)	03/05/2006
<163<	T. MERCANCIAS	Transitarios (Guipuzkoa)	20/08/2004
<164<	T. VIAJEROS	Sector viajeros (La Rioja)	18/07/1992
<165<	T. VIAJEROS	Transporte viajeros por carretera (Madrid)	15/12/2000
<166<	T. VIAJEROS	Transportes Regulares y Discrecionales (Murcia )	18/12/2000
<167<	T. VIAJEROS	Transporte viajeros por carretera (Cantabria)	28/05/2004
<168<	T. VIAJEROS	Transporte viajeros por carretera (Navarra)	27/09/2004
<169<	T. VIAJEROS	Transporte Discrecional y Turístico (Illes Balears)	09/09/2004
<170<	T. VIAJEROS	Transporte Regular (Illes Balears)	16/09/2004
<171<	T. VIAJEROS	Servicios discrecionales, turísticos y regulares (Madrid)	25/05/2005
<172<	T. VIAJEROS	Transportes Interurbanos (Sevilla)	30/08/2006
<173<	T. VIAJEROS	Transportes viajeros por carretera (Barcelona)	28/10/2005
<174<	T. VIAJEROS	Servicios regulares y discrecionales (Bizkaia)	28/06/2005

<175<	T. VIAJEROS	Transporte viajeros en autobús (A Coruña)	07/03/2005
<176<	T. VIAJEROS	Transporte de viajeros (Valladolid)	02/03/2006
<177<	T. VIAJEROS	Transporte viajeros por carretera (Zaragoza)	08/11/2005
<178<	T. VIAJEROS	Transporte viajeros por carretera (Badajoz)	18/06/2002
<179<	AGRICULTURA	Canarias	19/12/2005
<180<	AGRICULTURA	Extremadura	28/08/2004
<181<	AGRICULTURA	Actividades forestales (Castilla-León)	30/09/2004
<182<	AGRICULTURA	Cataluña	11/10/2004
<183<	AGRICULTURA	Recolección de cítricos (Comunidad Valenciana)	05/03/2004
<184<	AGRICULTURA	Islas Baleares	15/02/2003
<185<	AGRICULTURA	Murcia	30/07/2005
<186<	AGRICULTURA	Recolectores de cítricos (Murcia)	07/12/2005
<187<	AGRICULTURA	Valencia	13/12/2005
<188<	AGRICULTURA	Burgos	24/08/2005
<189<	AGRICULTURA	Córdoba	22/06/2006
<190<	AGRICULTURA	La Rioja	14/08/2004
<191<	AGRICULTURA	Ciudad Real	20/10/2004
<192<	AGRICULTURA	Zaragoza	08/07/2004
<193<	AGRICULTURA	León	04/07/2005
<194<	CONSTRUCCION	Huelva	13/06/2006
<195<	CONSTRUCCION	Madrid	28/04/2006
<196<	CONSTRUCCION	La Rioja	06/02/2006
<197<	CONSTRUCCION	A Coruña	19/07/2005
<198<	CONSTRUCCION	Barcelona	20/12/2005
<199<	CONSTRUCCION	Vizcaya	09/06/2006
<200<	CONSTRUCCION	Valencia	15/03/2005
<201<	CONSTRUCCION	Málaga	04/10/2004
<202<	CONSTRUCCION	Sevilla	26/07/2006
<203<	CONSTRUCCION	Cantabria	31/01/2003
<204<	CONSTRUCCION	Alicante	06/04/2005
<205<	CONSTRUCCION	Tarragona	31/10/2005
<206<	CONSTRUCCION	Cádiz	24/08/2005
<207<	CONSTRUCCION	Valladolid	07/07/2005
<208<	CONSTRUCCION	Zaragoza	31/07/2003
<209<	COMERCIO	Comercio general (para subsectores carentes de convenio propio) (Catalunya)	12/01/2006
<210<	COMERCIO	Comercio vario (Madrid)	25/02/2004
<211<	COMERCIO	Comercio en general (Vizcaya)	08/06/2004
<212<	COMERCIO	Comercio Alimentación (Madrid)	24/04/2006
<213<	COMERCIO	Comercio Alimentación (Vizcaya)	31/05/2006
<214<	COMERCIO	Comercio Alimentación (medianas superficies) (Castilla-León)	10/06/2004
<215<	COMERCIO	Comercio Alimentación (supermercados y autoservicios) (Barcelona)	03/11/2005

<216<	COMERCIO	Comercio Alimentación (detallistas y autoservicios hasta 120 metros) (Barcelona)	22/12/2004
<217<	COMERCIO	Comercio Alimentación (ultramarineros y similares) (Valencia)	21/04/2006
<218<	COMERCIO	Comercio Pescado (Pontevedra)	06/07/2004
<219<	COMERCIO	Comercio de Automóviles (Madrid)	18/10/2005
<220<	COMERCIO	Comercio de Automóviles (Sevilla)	26/09/2003
<221<	COMERCIO	Comercio del mueble (Catalunya)	01/03/2005
<222<	COMERCIO	Comercio de muebles, cesterías y arts. Mimbre (Alicante)	16/06/2006
<223<	COMERCIO	Comercio de muebles (Valencia)	08/03/2002
<224<	COMERCIO	Comercio del mueble (Vicaya)	30/07/2004
<225<	COMERCIO	Comercio de cristal, loza, cerámica y similares (Cataluña)	16/05/2006
<226<	COMERCIO	Comercio de cerámica, vidrio, iluminación y regalo (Madrid)	03/10/2003
<227<	COMERCIO	Comercio textil (Madrid)	26/05/2005
<228<	COMERCIO	Comercio textil (Barcelona)	03/10/2005
<229<	COMERCIO	Comercio textil (Valencia)	09/07/2004
<230<	COMERCIO	Comercio textil (Vizcaya)	06/05/2004
<231<	COMERCIO	Comercio de la piel en general (tb calzado) (Madrid)	04/11/2005
<232<	COMERCIO	Comercio de curtidos y arts. para el calzado (Alicante)	22/01/2004
<233<	COMERCIO	Comercio de la piel (incluye calzado) (Barcelona)	22/09/2004
<234<	COMERCIO	Comercio del calzado (Valencia)	25/06/2004
<235<	COMERCIO	Oficinas de farmacia (Barcelona)	28/10/2005
<236<	COMERCIO	Oficinas de farmacia (Vizcaya)	19/10/2003
<237<	COMERCIO	Comercio de Óptica (Madrid)	24/08/2004
<238<	COMERCIO	Comercio de Óptica (Barcelona)	19/04/2005
<239<	COMERCIO	Estaciones de Servicio (Comunidad Valenciana)	29/09/2003
<240<	MADERA	CC sector de carpintería y ebanistería A CORUÑA	01/06/2004
<241<	MADERA	CC Serrerías, Personal de monte, Serrerías de Leña de ASTURIAS	29/06/2004
<242<	MADERA	CC Sector Industrias de Carpintería y ebanistería de ÁVILA	21/06/2006
<243<	MADERA	CC Sector de Rematantes, aserradores, almacenistas de maderas, fabricación de embalajes de BURGOS	22/07/2002
<244<	MADERA	CC Sector de Taladores de Montes y trabajos forestales de CANTABRIA	22/04/2003
<245<	MADERA	CC Sector Aserradores y fabricantes de envases de madera de CASTELLÓN	28/06/2003
<246<	MADERA	CC Sector 1ª Transformación de industria de madera De LEÓN	22/11/2001
<247<	MADERA	CC Sector 2ª Transformación de industria de madera De LEÓN	15/11/2001



<248<	MADERA	CC Sector 1º Transformación madera de LUGO	15/02/2006
<249<	MADERA	CC Sector de Rematantes y aserradores de MADRID	28/08/1995
<250<	MADERA	CC sector industria de la madera de PALENCIA	12/04/2006
<251<	MADERA	CC de rematantes, aserraderos y preparados de la madera de OURENSE	02/11/2005
<252<	MADERA	CC sector de rematantes y aserraderos de PONTEVEDRA	07/09/2004
<253<	MADERA	CC sector de carpintería y ebanistería de PONTEVEDRA	02/08/2004
<254<	MADERA	CC sector de cestería, artículos de mimbre y junco de VALENCIA	23/06/2006
<255<	METAL	CC Empresa Siderometalúrgica de A CORUÑA	01/10/2004
<256<	METAL	CC del Sector de Industria de ÁLAVA	07/03/2001
<257<	METAL	CC de Industria Siderometalúrgica de Alicante	27/07/2006
<258<	METAL	CC de la Industria Siderometalúrgica de BARCELONA	11/07/2003
<259<	METAL	CC de la Industria de BIZKAIA	24/05/2001
<260<	METAL	CC de la Industria Siderometalúrgica de BURGOS	13/07/2004
<261<	METAL	CC de la Industria Siderometalúrgica de CANTABRIA	07/07/2006
<262<	METAL	CC del Sector siderometalúrgico de GIPUZKOA	03/02/2005
<263<	METAL	CC del sector del Metal de CAIB	16/12/2003
<264<	METAL	CC para el sector de Industrias de siderometalúrgica de LUGO	14/02/2005
<265<	METAL	CC Industria siderometalúrgica de la Comunidad Foral de Navarra	05/07/2004
<266<	METAL	CC de las Industria siderometalúrgicas de SEGOVIA	30/08/2006
<267<	METAL	CC sector de comercio del Metal de provincia de Madrid	10/10/2005
<268<	METAL	CC para la industria siderometalúrgica de la Región de Murcia	02/12/2005
<269<	METAL	CC para del sector de Industrias Siderometalúrgicas de Sevilla	10/08/2006
<270<	SANIDAD	Red hospitalaria de utilización pública: Cataluña	29/05/2003
<271<	SANIDAD	Sanidad de fundaciones o empresas públicas: Galicia	10/05/2005
<272<	SANIDAD	Establecimientos sanitarios privados: Cataluña	30/11/2005
<273<	SANIDAD	Establecimientos sanitarios privados: Aragón	24/10/2003
<274<	SANIDAD	Establecimientos sanitarios privados: Baleares	05/03/2005

<275<	SANIDAD	Establecimientos sanitarios privados: Madrid	20/06/2006
<276<	SANIDAD	Establecimientos sanitarios privados: Cantabria	17/03/2006
<277<	SANIDAD	Establecimientos sanitarios privados: Asturias	22/04/2004
<278<	SANIDAD	Establecimientos sanitarios privados: Murcia	03/07/2006
<279<	SANIDAD	Sanidad privada: Valencia	16/04/2005
<280<	SANIDAD	Establecimientos sanitarios privados: Bizkaia	07/05/2004
<281<	SANIDAD	Establecimientos sanitarios privados: Sevilla	14/08/2004
<282<	SANIDAD	Establecimientos sanitarios privados: A Coruña	11/12/2003
<283<	SANIDAD	Establecimientos sanitarios privados: Las Palmas	05/11/2001
<284<	SANIDAD	Establecimientos sanitarios privados: Palencia	10/04/2006
<285<	PANADERIA	Fábricas de pan: Comunidad Madrid	02/08/2005
<286<	PANADERIA	Industrias panadería y pastelería: I. Baleares	10/11/2005
<287<	PANADERIA	Sector pan: Cantabria	09/08/2006
<288<	PANADERIA	Sector panaderías: Asturias	27/01/2005
<289<	PANADERIA	Sector panadería: Murcia	19/09/2002
<290<	PANADERIA	Sector panaderías: Navarra	25/08/2004
<291<	PANADERIA	Industrias panadería: La Rioja	14/03/2006
<292<	PANADERIA	Industria panadería: Barcelona	04/06/2004
<293<	PANADERIA	Sector panadería: Valencia	28/03/2006
<294<	PANADERIA	Sector panaderías: Bizkaia	26/10/2004
<295<	PANADERIA	Industria y expendedurías pan: Sevilla	27/05/2006
<296<	PANADERIA	Sector panaderías: A Coruña	03/12/2004
<297<	PANADERIA	Pastelería, heladería, panadería...: Tenerife	06/05/2005
<298<	PANADERIA	Industria panadería: Zaragoza	30/03/2001
<299<	PANADERIA	Industrias panaderías: Cáceres	22/08/2006

## Convenios de empresa

Ref.	Sector	Empresa	Publicación
<300<	Alimentación	Bimbo, SAU	01/04/2006
<301<	Alimentación	Grupo Altadis SA y Logista SA	01/01/2005
<302<	Alimentación	Pansfood, SA	02/08/2005
<303<	Alimentación	Panrico, SA (Madrid)	11/05/2006
<304<	Alimentación	Panrico, SA (Barcelona)	15/11/2005
<305<	Alimentación	Sos Cuétara, S.A.(Jaén)	15/10/2005
<307<	Alimentación	Mantequerías Arias, SA (Asturias)	04/01/2006
<308<	Alimentación	Mahou, SA	01/11/2005
<309<	Alimentación	San Miguel, SA	05/04/2005
<310<	Automóvil	Ford España, S.A.	09/02/2006
<311<	Automóvil	SEAT	28/03/2006
<312<	Automóvil	Fasa-RENAULT (Valladolid)	05/02/2003
<314<	Automóvil	Santana Motor, S.A. (Jaen)	26/01/2006
<315<	Automóvil	Automóviles Citroen Hispania, S.A.	25/05/2004
<316<	Automóvil	Nissan Motor Part Centre, S.A. (El Prat de Llobregat)	22/10/2004
<317<	Automóvil	Nissan Motor Ibérica (Madrid)	19/10/2005
<318<	Automóvil	Nissan Motor España (Barcelona)	28/10/2004
<319<	Automóvil	Nissan Motor Ibérica (Cantabria)	19/12/2005
<320<	Automóvil	Suzuki Motor España /Asturias	01/09/2004
<321<	Automóvil	Volkswagen, S.A. (El Prat)	17/03/2005
<322<	Automóvil	Volkswagen, S.A. (Navarra)	12/10/2001
<323<	Comercio	Mercadona, S.A.	16/02/2006
<324<	Comercio	Consum, SCL	05/03/2002
<325<	Comercio	Grupo Eroski	06/06/2006
<326<	Comercio	Leroy Merlin, S.A.	30/06/2003
<327<	Comercio	Sabeco supermercados, SA y Sabeco Euskadi, SL	11/02/2005
<328<	Comercio	Distribuidora Internacional de Alimentación, SA	04/10/2005
<329<	Comercio	General Optica, SA	04/10/2004
<330<	Comercio	Supermercados Champion, SA	08/10/2001
<331<	Construcción y materiales	Lafarge ASLAND, SA (Barcelona)	07/03/2005
<332<	Construcción y materiales	CEMEX, SA	30/09/2003
<333<	Construcción y materiales	Corporación Roca, SA, Roca Sanitario, SA y Roca Calefacción SL	04/06/2004
<334<	Energía	Grupo ENDESA	03/08/2004
<335<	Energía	Gas Natural Distribución SDG, SA	13/01/2006
<336<	Energía	Gas Natural Soluciones, SL	28/03/2006
<337<	Energía	Iberdrola grupo	26/10/2004
<339<	Energía	Iberdrola Ingeniería y Construcción, SA	27/05/2006
<340<	Energía	Compañía Española de Petróleos, SA	29/09/2003
<341<	Energía	Repsol Butano SA	12/03/2004
<342<	Energía	Repsol YPF SA (Madrid)	05/11/2003

<343<	Energía	Repsol Petróleo SA	07/10/2003
<344<	Energía	Grupo Unión FENOSA	13/06/2002
<345<	Finanzas	Grupo Axa Seguros	12/10/2005
<346<	Finanzas	Grupo Generali	23/11/2005
<347<	Finanzas	Fénix Directo	11/06/2004
<348<	Finanzas	Allianz Seguros y reaseguros SA	17/03/2003
<349<	Finanzas	Mapfre grupo asegurador	30/04/2005
<350<	Hostelería	Eurest Catering, S.A (Las Palmas)	03/02/2006
<351<	Hostelería	Casino de juego Gran Madrid, SA	11/05/2006
<352<	Hostelería	Casino de Marbella (Málaga)	03/02/2006
<353<	Hostelería	CENESA (Centros de neorestauración, SA)	27/07/2001
<354<	Hostelería	Paradores de turismo	29/10/2005
<355<	Hostelería	NH Eurobuilding (Madrid)	10/01/2006
<356<	Metal	Zardoya Otis y ascensores Eguren, SA	08/08/2005
<357<	Metal	Thyssenkrupp elevadores, SA	18/02/2004
<358<	Metal	Sidenor Industrial, SL (Álava)	11/12/2003
<359<	Metal	Felguera Calderería pesada, SA /Asturias	21/01/2006
<360<	Metal	Siemens	21/06/2004
<361<	Química y afines	Solvay química, SA (Cantabria)	25/08/2004
<362<	Química y afines	Grupo Sniace	29/08/2006
<363<	Química y afines	Fertiberia (Vizcaya)	22/10/2004
<364<	Química y afines	Michelin España-Portugal, SA	11/10/2004
<365<	Química y afines	Bridgestone Hispania, SA	26/08/2005
<366<	Química y afines	Celulosas de Asturias, SA	27/06/2002
<367<	Química y afines	Pfizer Consumer Healthcare	20/08/2005
<368<	Química y afines	Ipsen Pharma, SA	08/11/2005
<369<	Servicios	FCC, SA (limpieza Menorca)	04/05/2006
<370<	Servicios	Acciona Infraestructuras, SA (alcantarillado Valencia)	03/04/2006
<371<	Servicios	Urbaser, SA (limpieza Torreldones)	27/02/2006
<372<	Servicios	Agricultores de la Vega, SA (Vila Joiosa)	02/11/2005
<373<	Servicios	Servicios Securitas, SA	29/06/2005
<374<	Servicios	Vigilancia integrada, SA	02/03/2006
<375<	Telecomunicaciones	Telefónica de España	16/10/2003
<376<	Telecomunicaciones	Telefónica móviles, SA	30/09/2004
<377<	Telecomunicaciones	Auna Telecomunicaciones	25/05/2004
<378<	Telecomunicaciones	Entepúblico RadioTV Madrid	07/06/2005
<379<	Telecomunicaciones	Radiotelevisión valenciana	26/04/2005

<380<	Telecomunicaciones	Canal Sur	20/02/2003
<381<	Telecomunicaciones	ALCATEL	10/02/2006
<382<	Telecomunicaciones	Grupo SOGECABLE	19/02/2004
<383<	Transporte	Iberia LAE (personal de tierra)	06/06/2006
<384<	Transporte	Iberia LAE (oficiales técnicos a bordo)	08/02/2005
<385<	Transporte	Iberia LAE (tripulantes de cabina de pasajeros)	13/12/2001
<386<	Transporte	Air Nostrum, S.A. (personal de tierra y TCP)	22/11/2005
<387<	Transporte	Air Nostrum, S.A. (técnicos de mantenimiento)	11/08/2003
<388<	Transporte	Air Nostrum, S.A. (pilotos)	12/08/2003
<389<	Transporte	Air Europa (personal de tierra)	08/07/2005
<390<	Transporte	Air Europa (tripulantes cabina pasajeros)	15/12/2004
<391<	Transporte	Air Europa (técnicos de mantenimiento)	10/03/2004
<392<	Transporte	Spanair, SA (rampa)	14/04/2006
<393<	Transporte	Spanair; SA (técnicos de mantenimiento)	29/08/2005
<394<	Transporte	Spanair, SA (pilotos)	24/05/2005
<395<	Transporte	Alitalia, SpA	28/02/2002
<396<	Transporte	KLM	03/05/2006
<397<	Transporte	Metro de Madrid, SA	21/09/2005
<398<	Transporte	Ferrocarrils de la G Valenciana	26/04/2005
<399<	Transporte	Ferrocarrils de la G Catalunya	10/06/2002
<400<	Transporte	DHL Logistics Spain SLU (Valencia)	26/12/2005



Uno de los temas capitales en la ordenación jurídica de las relaciones laborales en la empresa es, sin duda, el del tiempo de trabajo. De ahí la importancia que históricamente ha tenido para el ordenamiento laboral. De hecho, ha sido uno de los primeros aspectos a los que se ha extendido la intervención normativa del Estado que hoy conocemos como Derecho del Trabajo. Y también ha sido uno de los contenidos clásicos de negociación y convenios colectivos.

A pesar de esta circunstancia, la disciplina de la jornada y su distribución dista mucho de ser una temática cerrada. Antes al contrario, precisamente por su carácter nuclear, los factores que motivan la evolución del Derecho del Trabajo no pueden dejar de afectarle. En este sentido, la historia reciente muestra sustanciales cambios en la estructuración y la finalidad que le corresponde. De un lado, los aspectos cuantitativos de la jornada –que tradicionalmente han sido los más importantes– han perdido parte de su protagonismo a favor de los relacionados con la distribución flexible del tiempo de trabajo. De otro, y en conexión con ello, las relaciones entre la ley y la negociación han variado desde un modelo basado en el principio de la norma mínima –adecuado cuando lo más importante es la cantidad de tiempo de trabajo– hasta otro mucho más articulado, en el que la norma estatal reduce su ámbito de acción y aumentan paralelamente las posibilidades de actuación de los convenios.

El presente estudio analiza la situación de la negociación colectiva en relación con el tiempo de trabajo. Sobre una extensa muestra de convenios, tanto en cantidad –pues se aproxima a los cuatrocientos– como por lo que se refiere a su tipología –al recoger tanto convenios estatales como territoriales de ámbito inferior y de empresa–, el análisis pretende reconocer los principales problemas que se encuentran en relación con la disciplina colectiva de la jornada y aspectos conexos.

ISBN: 978-84-8417-309-0



9 788484 173090