ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS

50 Reformas Estructurales y negociación colectiva. XXX Hornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Fco. Javier Prados de Reyes (Coord.)

51 Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico. XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Eva Garrido Pérez (Coord.)

52 Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
José Luis Monereo Pérez (Coord.)

53 El Derecho a la Negociación Colectiva Liber Amicorum. Profesor Antonio Ojeda Aviles
Juan Corelli Hernández (Coord.)

54 Reforma de las Administraciones Públicas y empleo público. XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
José Manuel Gómez Muñoz (Coord.)

55 Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo
Jesús Cruz Villalón, Eva Garrido Pérez y Carmen Ferradans Carames (Coord.)

56 La política y del derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo. Liber Amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura
Jose Luís Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto (Directores)

57 Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: Perspectivas y Retos. XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del TRabajo y Relaciones Laborales
Jose Luís Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto (Directores)

58 Los grandes debates actuales en el Derecho del Trabajo y la protección social
Jesús Cruz Villalón, José M. Gómez Muñoz y Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco (Coord.)

59 Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años de la Unión. XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del TRabajo y Relaciones Laborales
Juan Gorrelli Hernández (Coord.)
Las modalidades de contratación laboral

60 Las modalidades de contratación laboral. Libro homenaje al prof. Francisco J. Prados de Reyes
Ángel Javier Gallego Morales, Jesús Cruz Villalón y Sebastián de Soto Rioja

61 Impacto sobre la Legislación Laboral Española de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Ángel Javier Gallego Morales, Jesús Cruz Villalón y Sebastián de Soto Rioja

Aunque solamente referida a la cuestión del registro de jornada, la reforma del Estatuto de los Trabajadores por obra del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo y su aplicación práctica posterior ha tenido el efecto de traer a la actualidad una de las dimensiones centrales de la relación laboral como es la de la jornada de trabajo. De aquí que, aceptando ese reto, las XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, celebradas en diciembre de 2019, se dedicaran a la materia del nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo.

El presente libro recopila las numerosas aportaciones realizadas a dichas Jornadas abarcando desde luego el tema del registro de jornada pero abriéndose a otras dimensiones del tiempo de trabajo, incluyendo cuestiones como las fuentes reguladoras del tiempo de trabajo, la forma de computar el denominado tiempo de trabajo efectivo, la repercusión sobre la jornada de trabajo de las nuevas formas de prestación del mismo relacionadas con la aplicación al proceso productivo de las tecnologías de la información y de la comunicación, las conexiones entre tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral, familiar y personal, el trabajo a tiempo parcial en sus distintas dimensiones como figura contractual en la que el tiempo de trabajo alcanza una relevancia particular, el control sindical del tiempo de trabajo y, en fin, la cuestión del tiempo de trabajo y los derechos digitales.

Como puede apreciarse, en fin, el volumen con el que se hacen públicas esas aportaciones así como las numerosas comunicaciones hechas a los diferentes temas, constituye una visión actualizada de toda la problemática laboral que suscita el tiempo de trabajo desde la perspectiva de su condición esencial del contrato, respondiendo con ello tanto las Jornadas como esta misma publicación a los estándares de calidad científica que se han convertido en una seña de identidad de las Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales.

http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl

M TEMAS LABORALES 62

EL NUEVO ESCENARIO EN MATERIA DE TIEMPO DE TRABAJO
XXXVIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

EL NUEVO ESCENARIO EN MATERIA DE TIEMPO DE TRABAJO

XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales

Santiago González Ortega
Coordinador

62

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES

Andalucía
ORIGEN & DESTINO
Quinto Centenario de la Primera Vuelta al Mundo

ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS

37 La aplicación de la ley de Dependencia en Andalucía
Santiago González Ortega (Director)
Estefanía Rodríguez Santos, Cristina Blasco Rasero, Margarita Arenas Viruez

38 Políticas laborales de prortección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andallucía. XXVI Jornadas Universitarias Andalluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Fco. Javier Prados de Reyes (Coordinador)

39 La situación sociolaboral de los profesionales de la comunicación en Andalucía
Francisco Javier Calvo Gallego (Director), Joaquín Guzman Cuevas, Francisco Liñán Alcalde, María José Gómez Biedma, José Fernández Serrano, Antonio J. Valverde Asencio

40 Efectividad de la mediación en conflictos laborales
Roberto Martínez Pecino

41 Derechos de Libertad Sindical y Principio de Igualdad
Esther Carrizosa Prieto

42 Cuestiones Problemáticas de la Negociación Andaluza. XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Sebastián de Soto Rioja (Coord.)

43 La seguridad y la salud en el trabajo autónomo Un enfoque sectorial
Antonio Álvarez Montero, Manuel García Jiménez (Coords.)

44 El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad. Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito
Juan Corelli Hernández

45 Reestructuraciones de Empresas. XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del TRabajo y Relaciones Laborales
Jaime Castineira Fernández (Coord.)

46 El Servicio Público de Empleo y el proceso jurídico de colocación
María Salas Porras

47 Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de seguridad social
Santiago González Ortega, Joaquín García Murcia, Fernando Elorza Guerrero (Coord.)

48 Relaciones Laborales y nuevo modelo productivo. XXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Jaime Castiñera Fernández (Coord.)

49 Políticas de Empleo y Nuevos Territorios de la Regulación: Discursos y Prácticas para un Modelo de Gestión Regional-Local
María Rosa Vallecillo Gámez

Monografías de Temas Laborales

El Nuevo Escenario en Materia de Tiempo de Trabajo

XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales

Monografías de Temas Laborales

Dirección:

Ángel Javier Gallego Morales
Jesús Cruz Villalón
Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2020

© Los autores, 2020

ISBN: 978-84-09-24408-9

Impresión y maquetación: GM Technology, S.L.

Depósito Legal: SE 1897-2020

Monografías de Temas Laborales

El Nuevo Escenario en Materia de Tiempo de Trabajo

XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA
COORDINADOR

62

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES

ÍNDICE

PRÓLOGO 9
Santiago González Ortega

PONENCIAS GENERALES:

Ponencia General Primera:

LAS FUENTES REGULADORAS DEL TIEMPO DE TRABAJO. 17
Juan Escribano Gutiérrez

TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO. 57
Miguel Ángel Almendros González

TIEMPOS DE TRABAJO Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO. 99
Antonio José Valverde Asensio

Ponencia General Segunda:

TIEMPO DE TRABAJO Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL, FAMILIAR Y PERSONAL 125
Juan Gorelli Hernández

CUESTIONES DE ACTUALIDAD SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL 161
Carmen Ferradans Caramés

EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL 191
Julia Muñoz Molina

Ponencia General Tercera:

REGISTRO DE JORNADA Y CONTROL HORARIO 215
María José Gómez-Millán Herencia

EL CONTROL SINDICAL DEL TIEMPO DE TRABAJO 261
María Sepúlveda Gómez

TIEMPO DE TRABAJO Y DERECHOS DIGITALES 289
Francisco Lozano Lares

ACUERDO DE COMITÉ CIENTÍFICO DE LAS XXXVIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE RELACIONES LABORALES 327

PONENCIAS ESPECÍFICAS PREMIADAS:

TIEMPO DE TRABAJO Y DESCONEXIÓN DIGITAL 329
M.ª Rosa Martín Muñoz

RECUSACIONES DOGMÁTICO-JURÍDICAS AL TIEMPO DE PRESENCIA 355
Francisco Vigo Serralvo

EL CONTROL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS A TRAVÉS DE LA TECNOLOGÍA PORTATIL EN LA ERA DIGITAL: TIEMPO DE TRABAJO Y DERECHO A LA INTIMIDAD 379
Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado

EL CÁLCULO DE LOS PERÍODOS COTIZADOS Y LA INTEGRACIÓN DE LAGUNAS EN LOS TRABAJADORES A TIEMPOPARCIAL. UNA REGULACIÓN DISCRIMINATORIA Y DESFAVORABLE 405
José Bascón Marín

ÍNDICE DE LA TARJETA DE MEMORIA 432

PRÓLOGO AL LIBRO "EL NUEVO ESCENARIO EN MATERIA DE TIEMPO DE TRABAJO" (XXXVIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES.

Santiago González Ortega
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Coordinador de las Jornadas y miembro del Comité Científico

Con la rigurosa periodicidad anual con la que se vienen celebrando desde hace treinta y ocho años las Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, ha correspondido en el año 2019 la organización de las mismas a la Universidad Pablo de Olavide a la que pertenezco como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social desde hace quince años. Tanto para mí, como para los integrantes del Área de Conocimiento de Derecho del Trabajo de la Universidad, ha sido una responsabilidad, un orgullo y un placer, organizar, con la colaboración inestimable del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, la realización de las Jornadas, así como ofrecer, gracias a la generosidad del Rectorado, las instalaciones de la Universidad para la realización de las mismas. Mucho más cuando por tema, número y calidad de ponentes y comunicantes, asistencia, participación y resultados científicos puedo afirmar, sin riesgo de parecer petulante, que las Jornadas han sido un éxito.

Como colofón de mi función como coordinador de las Jornadas, y también como portavoz del comité científico, asumo ahora la tarea de escribir el Prólogo del libro que recoge todas las aportaciones. Si bien, aprovechando las utilidades de las tecnologías de

la información, tan presentes en estos momentos de restricciones de la presencialidad, del contacto personal y de las relaciones físicas entre docentes e investigadores, en el volumen en papel solamente se incluyen las ponencias generales y las cuatro específicas premiadas por el comité científico en virtud de su excelencia entre las veinticuatro presentadas las cuales se adjuntan al volumen físico mediante la pertinente tarjeta de memoria. De este modo, y sea de una forma u otra, el usuario del presente volumen tiene acceso a todas las aportaciones hechas a las Jornadas sin necesidad de generar una monografía inmanejable debido a su excesiva dimensión total de páginas. Ninguna otra razón ha llevado a esta doble agrupación que se ha considerado la más eficiente para dar la mejor publicidad al contenido de las Jornadas.

Aunque los acontecimientos vividos desde diciembre de 2019, fecha de celebración de las Jornadas, parecen haberlas distanciado enormemente en el tiempo y haber convertido lo que en su momento era sin duda una materia absolutamente actual en algo que parece pertenecer a un pasado lejano, no puede olvidarse que la cuestión del tiempo de trabajo, más allá de su relevancia natural dado el lugar central que ocupa entre las condiciones de trabajo, adquirió actualidad ya en el año 2017 debido a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo (rec. 81/2016) que rechazó que el Estatuto de los Trabajadores impusiera a las empresas la obligación de llevar un registro de la jornada ordinaria de trabajo, por más que, como ya se advirtió, esa llevanza constituía un instrumento imprescindible para el control de las horas extraordinarias realizadas de las que el art. 35.5 del mismo Estatuto obligaba a mantener un registro. No obstante, y como se sabe, la posición del TS fue corregida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el cual mediante la Sentencia de 14 de mayo de 2019 (Asunto C-55/18) determinó que el respeto de los mandatos comunitarios contenidos en el art. 31.2 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales en relación, principalmente, con los artículos 3, 5, 6, 16 y 22 de la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, obligaba al Estado español a incluir en sus normas la obligación de dicho registro.

Algo que, anticipándose a la Sentencia, aunque seguramente intuyéndola, hizo el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, el cual modificó, como se sabe, el art. 34 del Estatuto de los Trabajadores, añadiendo un apartado, el 9, conforme al cual la empresa está obligada a llevar un registro diario de la jornada, con indicación de los momentos de inicio y finalización, que deberá mantener durante cuatro años a disposición tanto de los trabajadores y de sus representantes así como de la Inspección de Trabajo; remitiendo a la negociación colectiva, y en su defecto a la decisión de la empresa, la forma concreta de organizar y documentar el registro de la jornada.

Una norma que, tras haber provocado el habitual revuelo empresarial, donde la alegada dificultad del registro teniendo en cuenta la extraordinaria heterogeneidad de los trabajos ocultaba en realidad un rechazo y un intento de inaplicación de una regla de control mínimo del tiempo efectivo de trabajo. Y que pusiera coto a una práctica de jornadas ordinarias que sobrepasaban el máximo legal o convencionalmente permitido, así como a la realización indiscriminada de horas extraordinarias, algo posible debido a la falta de una

norma de fijación clara de la jornada ordinaria que es el presupuesto indispensable para la identificación y cómputo de las horas extraordinarias. Pasadas las primeras contestaciones, basta consultar los periódicos oficiales para comprobar cómo se han ido sucediendo acuerdos colectivos monográficos acerca del registro de jornada; poniendo de manifiesto que no eran irracionales o imposibles, mucho más cuando la nueva norma atribuye al empresario la facultad de organizar ese registro en el caso de que no sea posible el acuerdo colectivo al respecto.

Dejando al margen esta concreta cuestión del registro, que naturalmente tampoco podía dejarse de lado en unas Jornadas dedicadas al tiempo de trabajo habiéndosele dedicado la Ponencia General Tercera, lo cierto es que lo que puso de manifiesto es la conveniencia de revisitar esta materia desde una perspectiva general que abarcara toda su amplia problemática, poniendo al día regulaciones, problemas interpretativos y aplicativos y respuestas judiciales y de los estudiosos e investigadores especializados en estas cuestiones. De aquí la propuesta de dedicar las XXXVIII Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales a la materia del tiempo de trabajo anteponiéndole la referencia al "nuevo escenario" y dedicando la Ponencia General Primera a esta problemática más general. El propósito anterior sirve para condensar la finalidad del congreso, ubicando el tiempo de trabajo en el contexto de las nuevas exigencias productivas, pero también respecto de las relacionadas con una dimensión de las normas y las prácticas laborales que cada vez más está adquiriendo un protagonismo que, seguramente, incidirá en el futuro del Derecho del Trabajo. Se trata de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, concebida como un nuevo valor impulsado además por su conexión con el principio de igualdad de trato al ser tradicionalmente esa conciliación una carga que la sociedad ha puesto sobre los hombros de las mujeres y que ha funcionado, y sigue funcionando, como una traba para su plena incorporación al mercado de trabajo en pie de igualdad con los hombres. Por eso se dedica a esta cuestión la Ponencia General Segunda.

Aunque no es tarea de este Prólogo convertirse en una especie de mención crítica de las aportaciones hechas a las Jornadas, ya que para ello fueron nombradas las personas responsables de realizar la labor de relatoras en relación con cada una de las ponencias y las comunicaciones presentadas a ellas, creo que no sobra alguna mínima referencia a los textos que se incluyen, de una forma u otra, en este volumen, particularmente a las que se califican como Ponencias Generales.

Así, empezando por la Ponencia General Primera, dedicada a los temas más amplios relativos al tiempo de trabajo, comprende tres aportaciones con los títulos siguientes: "Las fuentes reguladoras del tiempo de trabajo", a cargo de Juan Escribano Gutiérrez, de la Universidad de Almería; "Tiempo de trabajo efectivo", presentada por Miguel Ángel Almendros González, de la Universidad de Granada; y "Tiempos de trabajo y nuevas formas de trabajo", realizada por Antonio José Valverde Asensio, de la Universidad de Sevilla.

En cuanto a la primera, no puede evitarse la sensación general de desánimo que se desprende de sus páginas, sobre todo porque, teniendo como objetivo reflexionar sobre las fuentes de regulación del tiempo de trabajo y el papel respectivo de cada una de ellas,

ofrece un balance en el que atestigua que se ha pasado de una regulación legal de mínimos de derecho necesario, mejorados eventualmente por una negociación colectiva capaz de introducir esas mejoras, a un panorama en el que la ley ha sido muy permeable a las demandas empresariales de flexibilización del tiempo de trabajo en la lógica de orientar preferentemente su funcionalidad a los objetivos empresariales de obtención del máximo beneficio. Lo que se ha reflejado tanto en la regulación directa de la jornada como en los casos en los que ordena, de forma igualmente flexible, el tiempo de trabajo como elemento característico del trabajo a tiempo parcial, convertido prácticamente en un trabajo a llamada donde la duración y el control de la jornada se diluyen de forma extraordinaria. A lo que se une todo el proceso de apuntalamiento de los poderes empresariales por la vía, por ejemplo, de la reforma del art. 41 del Estatuto, así como de deterioro de la negociación colectiva auténtica, como lo expresan manifestaciones como la prioridad aplicativa del convenio de empresa o la posibilidad de forzar unilateralmente el descuelgue de las reglas convencionales mediante un arbitraje obligatorio, así como el freno a la vigencia prorrogada de los convenios por la limitación de la ultraactividad, debilitando, en consecuencia, la posición negociadora de la parte social.

La segunda de las aportaciones a la Primera Ponencia General se refiere al concepto de tiempo de trabajo efectivo, esencial para determinar la duración real de las jornadas y con repercusión obvia en la retribución salarial. Para lo que el trabajo parte de las escasas e incompletas referencias contenidas en el Estatuto de los Trabajadores, estableciendo mejor la conexión e imperatividad de las normas comunitarias al respecto, aunque subrayando cómo éstas, y particularmente la interpretación que de ellas ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, manejan un concepto binario del tiempo dividiéndolo rígidamente en tiempo de trabajo y tiempo de descanso. Un enfoque que no da respuesta a las variadas formas de presencia en el centro de trabajo o de participación en el proceso productivo de la que derivan figuras, tan diferentes de la jornada efectiva concebida como de trabajo real y continuo en el puesto de trabajo como los tiempos de descanso computables como de trabajo, las interrupciones de la jornada, los tiempos de guarda y de presencia, los tiempos de desplazamiento, los dedicados a actividades preparatorias del trabajo o a realizar al final del mismo, los de disponibilidad, de guardias o retenes, o, en fin, los dedicados a formación o rehabilitación. De todas estas variedades de tiempos de contacto con la actividad laboral diferentes de lo que es el trabajo productivo pleno y directo, da testimonio la aportación haciendo un análisis muy adecuado de su relación con el concepto de tiempo de trabajo efectivo, revelándose como un trabajo muy útil para calificar, desde el punto de vista de la jornada, del descanso y de la retribución esas peculiares, pero generalizadas, formas de presencia en el trabajo.

La tercera de las aportaciones a esta Primera Ponencia General se centra en las nuevas formas de trabajo relacionadas con las tecnologías de la información y de la comunicación en las que los conceptos de accesibilidad inmediata por parte del cliente y disponibilidad del trabajador plantean sin duda nuevas dimensiones en relación con el tiempo de trabajo; tanto que, en alguna medida, estas nuevas formas de trabajo lo desalojan de la centralidad habitual en el contrato para convertirlo en una dimensión complementaria que se determina, más que directamente por la duración, por la tarea encomendada y por la disponibili-

dad activa del trabajador. Circunstancias que, como el ponente subraya, reclaman nuevas formas de fijación del tiempo de trabajo y de su duración, aunque sea indirecta, pero con impacto real sobre el mismo. De aquí la insistencia en el tema de la desconexión digital, que es objeto de dos de las ponencias específicas premiadas y de varias de las que se incluyen en el anexo digital del libro, como institución clave en el contexto del control del tiempo de trabajo en el desempeño de este nuevo tipo de prestación laboral.

La Ponencia General Segunda está integrada por otras tres aportaciones, una de las cuales se refiere al tema, también objeto de algunas ponencias específicas, como es del "Tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral, familiar y personal", a cargo de Juan Gorelli Hernández, de la Universidad de Huelva; mientras que las otras dos se centran en la modalidad contractual caracterizada precisamente por el tiempo de trabajo como es el contrato de trabajo a tiempo parcial. De aquí el título de las Ponencias: "El trabajo a tiempo parcial: aspectos jurídicos laborales", presentada por Carmen Ferradans Caramés, de la Universidad de Cádiz y "El trabajo a tiempo parcial desde la perspectiva de la Seguridad Social", elaborada por Julia Muñoz Molina, de la Universidad de Córdoba.

En cuanto a la primera aportación, parte de la base de una interesante diferenciación entre conciliación y corresponsabilidad, vinculando la primera a normas de protección de la mujer que tienen el riesgo, muchas veces denunciado, de convertirse en argumentos contra su propia empleabilidad al ser reglas favorecedoras de esa combinación de vida laboral y personal o familiar pero teniendo como destinatarias esencialmente a las mujeres en la medida en que son ellas las que socialmente vienen asumiendo esa carga al coste de una búsqueda constante de conciliación entre trabajo y carga familiar. La corresponsabilidad, en cambio, es una orientación normativa que tiene como finalidad no solamente favorecer la conciliación sino también cambiar esas reglas sociales y culturales que hacen que la asunción de esas responsabilidades familiares se haga, de forma indistinta, entre hombre y mujeres. Una distinción, en fin, que también ha sido tratada por la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de lo que el ponente da cumplida y adecuada razón. No olvida la ponencia aspectos más directos y prácticos que, partiendo de la adaptación del tiempo de trabajo como medida central de la flexibilidad vista desde la dimensión del trabajador, ha experimentado recientes reformas normativas que solo pueden calificarse de tímidas y que, finalmente, no hacen sino judicializar la cuestión atribuyendo al juez laboral la labor de ponderación entre los intereses empresariales y del trabajador, aunque para ello deba tener en cuenta el apoyo constitucional de las medidas de adaptación, tema al que la ponencia también dedica un espacio suficiente. La ponencia se cierra con la referencia a otras hipótesis o instrumentos de conciliación que tienen una relación indirecta con el tiempo de trabajo como lo relativo a los permisos y licencias por causas personales y familiares o a las reducciones del tiempo de trabajo, constante el contrato, por estas causas.

La segunda aportación, referida al contrato de trabajo a tiempo parcial puede valorarse como una actualización, vista desde la perspectiva singular de las nuevas formas de trabajo, del contrato de trabajo a tiempo parcial. Por esta razón el trabajo pasa revista a todas las dimensiones habituales de esta modalidad contractual, caracterizada, como se ha dicho

antes, precisamente por la peculiaridad de su jornada de trabajo. De aquí que vuelva sobre temas como la fijación de la duración de la jornada de trabajo y su distribución; sobre el ya clásico principio de igualdad de trato con los trabajadores a tiempo completo reflexionando sobre la proyección de la regla general, llena de excepciones, del disfrute de condiciones de trabajo en proporción, cuando es razonable y puede fijarse así, a la jornada concreta de trabajo; sobre la necesaria intensificación de los medios de control del respeto de las, verdaderamente no muy exigentes, normas laborales relativas al tiempo de trabajo en este tipo de contratos; o, en fin, sobre la cuestión de las transiciones entre tiempo completo y tiempo parcial, teóricamente sujeta a un principio de voluntariedad pero que afronta problemas que la ponencia describe y analiza. Seguramente lo más singular y novedoso de la ponencia sea la parte destinada a analizar el impacto de la reciente Directiva 2019/1152, relativa a las condiciones laborales transparentes y previsible en la Unión Europea.

La tercera aportación, dentro de la Segunda Ponencia General, se refiere al trabajo a tiempo parcial, pero visto desde la perspectiva de la Seguridad Social. Ya se conocen suficientemente los problemas interpretativos y de aplicación que la regulación de esta materia ha planteado, generando una sucesión de resoluciones judiciales, particularmente comunitarias pero también de los tribunales nacionales, y reformas normativas que, nuevamente, han sido revisadas judicialmente en un proceso que no parece haber concluido todavía a la espera de obtener la fórmula normativa que haga compatibles la contributividad de las prestaciones profesionales con el tratamiento no discriminatorio por razón de sexo. A este efecto, la tercera aportación a la Segunda Ponencia General se limita a seguir minuciosamente, y en esto consiste su utilidad, el tortuoso recorrido hecho por esta secuencia de reformas legales y desautorizaciones judiciales de las mismas, poniendo de manifiesto tanto la especialidad de las reformas como el contenido concreto de las sentencias que las han considerado y filtrado desde la perspectiva tanto comunitaria como constitucional.

Formando parte de la Ponencia General Tercera se encuentran las aportaciones sobre "Registro de jornada y control horario", a cargo de María José Gómez-Millán Herencia, de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla; "El control sindical del tiempo de trabajo", desarrollada por María Sepúlveda Gómez, de la Universidad de Sevilla; y "Tiempo de trabajo y derechos digitales", realizada por Francisco Lozano Lares, de la Universidad de Málaga.

La primera de las aportaciones constituye un estudio completo y documentado acerca de la problemática del registro de la jornada que tiene en consideración la relevancia de esta obligación de registro en un contexto laboral y productivo que afecta directamente a los modos de estar en la fábrica, obligando a afrontar el tema del tiempo de trabajo y su registro de una manera más flexible y novedosa. Constatado lo anterior, el trabajo se en desenvuelve de forma ordenada y útil centrándose esencialmente en tres aspectos perfectamente concatenados. Así, en primer lugar, se explica el origen y la funcionalidad de la reforma legal que impone el registro de jornada, atendiendo a sus antecedentes normativos y jurisprudenciales, se valora su trascendencia y hace un análisis detallado del Criterio Técnico 101/2019 de la Inspección de Trabajo que ha sido el referente aplicativo en los primeros momentos de vigencia de la regla legal. En segundo lugar, se establece un intere-

sante y completo repertorio de los problemas prácticos que plantea el registro de jornada tocando dimensiones como su ámbito subjetivo, el contenido del registro, la participación de los trabajadores, los conceptos concretos que deben ser objeto de registro o la atención a las jornadas particulares de trabajo. En tercer lugar, y finalmente, se establece un listado de los caracteres esenciales que debe reunir el registro destacando los de claridad y objetividad, accesibilidad, invariabilidad de los datos, conservación y protección de los derechos fundamentales asociados a la intimidad o a la protección de datos personales. Acabando esta exhaustiva y utilísima aportación con referencias a las dimensiones más procesales como la relación entre registro y prueba o la caducidad de la acción de reclamación.

La segunda de las aportaciones versa, como se ha dicho, sobre el control sindical del tiempo de trabajo y que, dado su título, va más allá del tema de la intervención sindical en el control y en el registro de la jornada para abarcar las tres dimensiones de la presencia sindical que el trabajo aborda como son la participación en los procesos de concertación orientados a la creación y reforma de normas laborales; la negociación colectiva como instrumento especializado de carácter colectivo para la elaboración de normas referidas a las condiciones de trabajo y, en concreto, al tiempo de trabajo; y, en tercer lugar, la intervención sindical en los procesos de cambios empresariales que pueden estar referidos igualmente al tiempo de trabajo. Se trata de momentos de intervención que se analizan con carácter general, aunque no faltan referencias en relación con el tema específico del tiempo de trabajo. La segunda parte de la ponencia se dedica a establecer detalladamente las herramientas de control sindical en relación con el cumplimiento y la documentación estricta y fiable de la jornada realizada, así como las posibles vías de acción reactiva, sea administrativa, judicial o de medidas de conflicto colectivo.

El título de la última de las aportaciones a la Ponencia General Tercera inclinaría a pensar que se centra en el importante tema del tiempo de trabajo y derechos digitales, en la medida en que el registro de la jornada implica la creación de archivos integrados por datos que, sin duda, pueden calificarse como personales en la medida en que, como se establece en las normas comunitarias y la ley orgánica dedicada a este tema, son datos a través de los cuales puede identificarse a una determinada persona. Sin embargo, esta es una cuestión que el trabajo soslaya, ya que se dedica, haciendo interesantes e ilustrativas aportaciones, más bien a la cuestión del entorno digital y las nuevas formas de trabajo, ya se trate del trabajo a través de las plataformas digitales o del teletrabajo, incidiendo igualmente en la cuestión de la desconexión digital como derecho del trabajador. Una referencia última a la robotización y su conexión con el reparto del tiempo de trabajo pone fin a esta aportación.

Como ha podido apreciarse mediante el somero testimonio hecho de las ponencias generales presentadas, y mucho más si se consideran las aportaciones menores contenidas en las numerosas ponencias específicas, las XXXVIII Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales han cumplido con creces y un año más el propósito primigenio de las mismas: crear un espacio anual de concurrencia de investigadores y expertos en las materias laborales para debatir monográficamente una cuestión jurídico-laboral de actualidad, realizando aportaciones de calidad que acaben convirtiéndose en un referente científico ineludible. Haciendo con ello realidad lo afirmado por Henry Ford en el sentido

de que *:"Juntarse es un comienzo. Seguir juntos es un progreso. Trabajar juntos es un éxito"*; circunstancias que vienen confluyendo desde hace años en las Jornadas Andaluzas contribuyendo al prestigio indudable de que gozan.

Por ello, y para finalizar este prólogo, debo felicitar, en primer lugar, a los ponentes y comunicantes, pero también a todos los asistentes, particularmente a los que han participado de forma activa en los debates colaborando al perfeccionamiento y la depuración de las ponencias, a los integrantes del comité científico que han establecido los temas de las ponencias generales y valorado las ponencias específicas, al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales por su mantenido e indispensable apoyo a la realización de las Jornadas y, finalmente, a mí mismo y al Área de Conocimiento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla por la modesta parte que nos corresponde en la organización de las Jornadas.

Sevilla, septiembre de 2020

PONENCIA GENERAL PRIMERA
LAS FUENTES REGULADORAS DEL TIEMPO DE TRABAJO

Juan Escribano Gutiérrez
Prof. TU Derecho del Trabajo
Universidad de Almería

1. El tiempo de trabajo como objeto del contrato de trabajo
2. Aproximación a un sistema de fuentes complejo
3. El papel de la Ley en su camino de ida y vuelta. Imperativa para flexibilizar, dispositva para flexibilizar
4. La negociación colectiva como instrumento fundamental de regulación del tiempo de trabajo:
   a) Nuevos caracteres y nuevas figuras
   b) Prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa o legalización del dumping social
   c) La inaplicación convencional en las microempresas o autonomía individual en masa
   d) Nuevos espacios del convenio colectivo extraestatutario
   e) El fin de la ultraactividad convencional. La falsa garantía de la contractualización
5. Exaltación de la potestad unilateral empresarial como instrumento de regulación del tiempo de trabajo:
   a) El tiempo de trabajo como objeto determinable al margen del contrato de trabajo
   b) Reciente realidad convencional y potestades unilaterales
   c) Tiempo de trabajo y conciliación de la vida personal y familiar
6. El trabajador como sujeto enajenado de la gestión de su tiempo
7. Conclusiones

1. El tiempo de trabajo como objeto del contrato de trabajo

El tiempo de trabajo constituye uno de los elementos fundamentales del objeto del contrato de trabajo[1]. Dicho elemento no sólo determina, en buena medida, la retribución a recibir por el trabajo realizado, sino que se relaciona con aspectos tan importantes como la salud del trabajador, su derecho al descanso y a conciliar su trabajo con su vida personal y familiar. El trabajador, cuando firma su contrato de trabajo, se compromete a poner parte de su tiempo a disposición de la empresa, tiempo que le es descontado del resto de sus facetas vitales.

El movimiento obrero, en cuanto se hubo organizado mínimamente, planteó como una de sus primeras reivindicaciones, junto al incremento de sus salarios, una reducción de sus extenuantes jornadas de trabajo. Por ello, las primeras normas de contenido laboral vinieron, precisamente, a reducir dicha jornada, espoleadas por unas reivindicaciones obreras que fijaron como horizonte la consecución de la jornada de ocho horas de trabajo diario. Por recordar lo acaecido en nuestro ordenamiento jurídico, precisamente en este año que concluye, se conmemora el primer centenario de la huelga de La Canadiense que culminó con la aprobación del Real Decreto de 3 de abril de 1919 que generalizaba la jornada de 8 horas ya aplicada en ciertos sectores productivos[2].

Desde ese momento, está referencia temporal se comienza a generalizar como mínimo infranqueable por estar relacionada con aspectos irrenunciables de la persona del trabajador. Además, las reivindicaciones obreras iban dirigidas a que dicha regulación tuviera una consideración imperativa y general, no dejándose al arbitrio de la negociación en las empresas[3]. Ese carácter imperativo se verá reforzado por la aprobación del Convenio nº 1 de la OIT (1919) en el que se consagraba esa misma duración máxima de la jornada diaria.

El paso de estos cien años convierte la referencia de las ocho horas diarias de trabajo en un patrimonio de los trabajadores que difícilmente podrá revertirse. Sin embargo, no todo son luces en esta descripción de la historia de la regulación del tiempo de trabajo. En primer lugar, hemos de resaltar que, tras más de cien años y con una modificación significativa de las tecnologías aplicadas a los procesos productivos, con el consiguiente incremento exponencial de las plusvalías obtenidas por la empresa, no se ha conseguido reducir dicho añejo límite temporal. Salvo supuestos muy concretos en el derecho comparado que no han fructificado[4], esas ocho horas de trabajo como regla general de la jornada máxima siguen inamovibles. En cambio, la gestión del tiempo de trabajo ha sido objeto, en las últimas dé-

1 ALARCÓN CARACUEL, M.R., La ordenación del tiempo de trabajo, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 75 y ss.

2 Más ampliamente, puede verse ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., La mujer trabajadora en el Derecho del trabajo histórico en España, Comares, Granada, 2019, p. 21.

3 Véase MARTÍNEZ MORENO, C., «La recomposición del sistema de fuentes en la ordenación del tiempo de trabajo» en Argüelles Blanco, A.R. y Romero Bustillo, A.M. (dir.), Régimen jurídico y gestión racional del tiempo de trabajo, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 30.

4 Cfr. SAVATIER, J., «Les seulis d'effectifs pour l'application des lois Aubry», Droit Social, nº 3, 2000, pp. 318-321.

cadas, de una ofensiva flexibilizadora que, sin alterar sus límites cuantitativos, ha supuesto una alteración significativa de los caracteres tradicionales de las jornadas de trabajo y de la capacidad de los trabajadores para disponer de su propio tiempo con cierta antelación[5]. Asimismo, como desarrollaremos más abajo, el incremento de la flexibilidad en favor del empresario no se ha traducido en un incremento de una flexibilidad en favor de los trabajadores, calificándose ambas, incluso, como incompatibles entre sí[6]. Ni que decir tiene que una gestión de tiempo de trabajo con unos fines que trasciendan la competitividad empresarial, como sería la búsqueda del objetivo de hacer más sostenible medioambientalmente la actividad empresarial, es inimaginable en el actual contexto[7].

La situación de incremento de la precariedad resultante, no sólo de la crisis económica sino también del desarrollo de las nuevas tecnologías, ha tenido como expresión fundamental el progresivo abandono de la regla general del trabajo desempeñado en jornadas semejantes durante períodos de cinco días a la semana. Por el contrario, han proliferado toda una serie de excepciones que amenazan en hacer desaparecer la hasta ahora regla general, conforme se encargó de alertar el Parlamento Europeo en su Resolución de 4 de julio de 2017 sobre las condiciones laborales y el empleo precario (2016/2221 (INI).

Es más, los propios representantes de los trabajadores han terminado admitiendo que la gestión flexible del tiempo de trabajo constituye un elemento fundamental a la hora de incrementar la productividad empresarial. Para ello, en el marco del III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva firmado el 8 de junio de 2015 y prorrogado por el IV Acuerdo de 5 de julio de 2018, se insta a los negociadores para que, como medida de flexibilidad interna, se incluyan en todas las empresas sistemas de ordenación flexible del tiempo de trabajo con el fin de mejorar la productividad y competitividad empresarial, olvidando, prácticamente, la fuerte vinculación que la ordenación del tiempo de trabajo tiene con la salud y bienestar de los trabajadores.

2. Aproximación a un sistema de fuentes complejo

Las reformas que tuvieron lugar entre los años 2010 y 2013 supusieron, sin lugar a duda, la transformación del sistema de fuentes de regulación del tiempo de trabajo. En esta regulación concurren todas las fuentes del derecho y de las obligaciones descritas en el art. 3 ET, así como otras informales, como el convenio colectivo extraestatutario. Por ello, el estudio de estas fuentes se termina convirtiendo en un estudio de las relaciones entre ellas en su conjunto.

Posiblemente, en la gestión del tiempo de trabajo es donde se evidencia con más claridad el enfrentamiento entre los intereses de la empresa y de los trabajadores. Los primeros

5 Véase, MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M., El régimen jurídico de la disponibilidad horaria, Navarra, Aranzadi, 2011, pp. 27 y ss.

6 LOUSADA AROCHENA, «El tiempo de trabajo, la productividad y la conciliación en la negociación colectiva», en XXI Jornada de estudio sobre negociación colectiva, Madrid, 2009, p. 25.

7 Sobre las posibilidades de la negociación colectiva al respecto, puede verse CHACARTEGUI JÁVEGA, C., Negociación colectiva y sostenibilidad medioambiental. Un compromiso social y ecológico, Bomarzo, Albacete, 2018.

en forma de consecución de los máximos niveles de productividad, lo que implica tanto un uso intensivo como extensivo del trabajo y que se traduce en el deseo del aumento de las jornadas de trabajo y la gestión flexible de las mismas. Por otra parte, los trabajadores requieren que su tiempo de trabajo no implique la anulación del resto de sus actividades como no trabajadores, en especial, la necesidad de compatibilizarlo con su vida personal y familiar.

Desde la aprobación de nuestra Constitución, se ha alertado sobre el deficiente reconocimiento con que en esta fueron consagrados los derechos de los trabajadores con relación al tiempo de trabajo, sobre todo si recordamos la inusitada consideración de la libertad de empresa en dicho texto constitucional. Asimismo, se ha advertido de las consecuencias negativas que la separación entre derecho al trabajo (art. 35 CE) y tiempo de trabajo (art. 40.2 CE) establecida en la constitución pueden acarrear[8]. El paso de los años ha dado la razón a los que realizaban dichas advertencias. De hecho, sobre todo tras las reformas de la década de los noventa y las más recientes de esta década, se comprueba una clara desproporción en el reconocimiento de dichos intereses enfrentados. Es más, como tendremos ocasión de advertir, ahí se encuentra el origen de los más recientes pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional, donde se antepone de manera absolutamente desproporcionada la productividad a cualquier otro derecho.

Esta dicotomía de intereses estará presente, necesariamente, en todo estudio del sistema de fuentes de regulación del tiempo de trabajo. Tradicionalmente, una mayor presencia de la norma legal e imperativa era sinónimo de protección de los trabajadores, no en vano fue a través de estas como se comenzó a regular, coincidiendo con el origen de nuestra disciplina, la duración de la jornada de trabajo. El retroceso de esta técnica normativa tiene un punto de inflexión en la reforma de 1994, donde importantes aspectos de la regulación del tiempo de trabajo se dejan de manos de la negociación colectiva, en el convencimiento de que implementará, de manera pacífica, mayores niveles de flexibilidad interna. No obstante, tras las reformas de esta década la situación adquiere mayor complejidad. Se sigue confiando en el convenio colectivo como instrumento de flexibilización, pero una vez que, por reglas de derecho necesario absoluto, se le ha dotado de unos caracteres muy distintos de los tradicionales. Es decir, la norma legal e imperativa deja de ser solo, como era tradicional, el instrumento de protección de mínimos en favor de los trabajadores para convertirse, también, en introductor de mayores niveles de flexibilidad.

La determinación del tiempo de trabajo real, así como su gestión, no siempre es la consecuencia de las previsiones contenidas en el conjunto de fuentes con capacidad para su regulación, sino que, por el contrario, son el resultado de la desequilibrada relación de poder existente en la empresa. Por ello, esta duración y distribución será consecuencia, en muchos casos, de la voluntad unilateral del empresario, símbolo, pues, de la pérdida de eficacia del Derecho del Trabajo. Esta afirmación se ve respaldada por la necesaria aprobación del RD-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y lucha contra la

8 TRILLO PÁRRAGA, F.J., La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales, Lex Nova, Valladolid, 2010, p 133.

precariedad laboral en la jornada de trabajo, que vino a introducir el último apartado del art. 34 ET, en el que se extendió la obligatoriedad del registro diario de jornada para poner freno al sistemático abuso empresarial del tiempo de trabajo de sus trabajadores[9].

El tratamiento jurídico del tiempo de trabajo tiene dos elementos caracterizadores. Por una parte, la duración de la jornada de trabajo, así como de los descansos, se ha mantenido muy constante a lo largo de las décadas. Por el contrario, la gestión flexible de dicho tiempo y su distribución cada vez más irregular se convierte en el objetivo de cada una de las reformas que se van sucediendo en el tiempo. Se puede incluso aventurar que ha sido, precisamente, la facilitación de la gestión flexible del tiempo de trabajo el objetivo destacado de la mayor parte de las reformas que se han ido sucediendo. Recuérdese, por ejemplo, la supresión de la referencia diaria para la determinación de la jornada máxima tras la reforma de 1994.

En este sentido, baste como adelanto recordar que uno de los aspectos más destacados de esta gestión flexible, esto es, la posibilidad de reducir, justificada por intereses empresariales, la jornada de trabajo que realiza el trabajador con la consiguiente reducción del salario, se ha visto potenciada considerablemente. En concreto, esta posibilidad es permitida, con unos u otros matices en su régimen jurídico, a través de tres procedimientos distintos, todos ellos basados en una misma lógica: facilitar las decisiones unilaterales del empresario.

La enorme capacidad otorgada en las sucesivas reformas a la empresa para que llevara a cabo una gestión flexible del tiempo de trabajo ha generado un desequilibrio en las mutuas obligaciones de trabajador y empresario. Es evidente que la gestión flexible del tiempo de trabajo no sólo mejora la gestión empresarial, sino que tiene una repercusión económica directa en su favor, que, sin embargo, no se ve acompañada de manera generalizada por un aumento de la retribución de dicho trabajo[10].

En definitiva, el sistema de fuentes del tiempo de trabajo se caracteriza por sintetizar toda la complejidad de estas, tanto en un sentido estático como dinámico. Así, una simple lectura del artículo básico de regulación del tiempo de trabajo, esto es, el art. 34 ET, nos permite identificar reglas imperativas y de orden público, apelaciones a las distintas manifestaciones de la autonomía colectiva y, por último, la admisión del contrato de trabajo y de la voluntad unilateral del empresario como instrumentos válidos de regulación de importantes aspectos de esta cuestión[11].

---

9 Según datos de la EPA del pasado mes de septiembre, 270000 asalariados realizaron horas gratis. Además, se calcula en más de 2 millones el número de horas semanales no remuneradas. Todo ello a pesar de que la entrada en vigor de la norma que exige el registro obligatorio de la jornada de trabajo consiguió reducir dicho volumen en un 23,7 %.

10 Este razonamiento es desarrollado por BALLESTER PASTOR, M.A., «La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo», R.D.S., nº 62, 2013, p. 55.

11 Cfr. MONREAL BRINGSVEARD, La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo, CES, Madrid, 2005, pp. 211 y ss.

3. El papel de la Ley en su camino de ida y vuelta. Imperativa para flexibilzar, dispositiva para flexibilizar

En las relaciones Ley-convenio colectivo, una de las cuestiones más destacadas por la doctrina que se ocupó de analizar las reformas acaecidas a principios de la actual década fue la del incremento de los supuestos de derecho necesario, pero con unos fines más amplios de los tradicionales[12]. Esta opción en la configuración de la Ley tuvo especial significación en aspectos relacionados con la regulación del tiempo de trabajo. De esta manera, se venía a alterar la que fue la nota más significativa de los cambios de nuestro sistema de fuentes tras la década de los 90[13]. En dicha reforma, se confiaba a la negociación colectiva la introducción de mecanismos de flexibilización a través de la concesión de facultades reguladoras hasta ese momento de exclusiva competencia heterónoma. Dos décadas más tarde, se cuestionó la efectividad de dicha configuración del sistema del sistema de fuentes, básicamente, porque el convenio colectivo se había dejado llevar por inercias que habían impedido alcanzar una regulación lo suficientemente flexible. Por ello, el legislador de la segunda década del nuevo siglo trata, por la vía del derecho necesario, de enmendar aquel déficit a través de la flexibilización, esta vez, de la propia negociación colectiva y el resultado de esta, el convenio colectivo. No obstante, ello no supone la desaparición de la tradicional función de la Ley a la hora de establecer límites a dicha flexibilidad.

De este modo, la duración máxima de la jornada ordinaria, los períodos mínimos de descanso diario y semanal, el período mínimo de preaviso del día y hora de la prestación al trabajador, el período de descanso mínimo durante las jornadas de más de seis horas, la obligatoriedad de la elaboración del calendario laboral, la exigencia de un registro diario de jornada y el número máximo de horas extraordinarias al año, entre otros aspectos, siguen siendo mínimos de derecho necesario. Esa característica histórica de la regulación del tiempo de trabajo continúa presente, pues, en nuestro ordenamiento, en especial, en temas relacionados con la duración máxima de la jornada y en lo referente a la duración mínima de los descansos. Este papel tradicional de la Ley como definidor de unos límites a la ocupación temporal en el trabajo genera, no obstante, dos cuestiones inmediatas. En primer lugar, como ya advertimos, la relativa a lo antiguo de estos límites, en concreto, más de un siglo. A pesar del cambio de las tecnologías y la posibilidad de organizar los procesos productivos a través de jornadas de trabajo más reducidas, no se ha planteado la posibilidad de avanzar en la dirección de reducir dichas jornadas como un instrumento, por ejemplo, de reparto del trabajo[14].

Por otro lado, se ha resaltado como hecho indubitado que es precisamente la falta de respeto de los límites legales a la duración de la jornada de trabajo uno de los aspectos que con mayor frecuencia cuestionan la eficacia del Derecho del Trabajo. La enorme flexibilidad en aspectos tales como la realización de horas extraordinarias, distribución de la jor-

12 Véase, VALDÉS DAL-RÉ, F., «La reforma de 2012 de la negociación colectivo: la irrazonable exacerbación de la función de gestión», R.L., nº 23, 2012.

13 En general, puede verse ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, CES, Madrid, 2001.

14 Véase, BILBAO UBILLOS, J., «Creación de empleo y tiempo de trabajo», Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales, nº 1, julio 1999, p. 46.

nada flexible, horas complementarias, etc., hacen muy difícil el control del cumplimiento de dicha jornada máxima.

Como venimos advirtiendo, estos límites temporales vieron reducida su significación, en cuanto garantes de un descanso para los trabajadores, como consecuencia de las facilidades implementadas para la gestión flexible de los mismos. De este modo, la ley continúa siendo indisponible cuantitativamente pero no así en lo referido a la gestión flexible de esa duración. La distribución irregular de la jornada de trabajo, ya introducida en la década de los 90 del siglo pasado, vuelve a ser configurada como una competencia de la negociación colectiva y, en menos ocasiones, de la autonomía individual.

No obstante, como hemos adelantado, el papel de la Ley en el actual régimen jurídico del tiempo de trabajo se ha visto alterado a través de unos procedimientos más complejos. En concreto, encontramos supuestos de derecho necesario absoluto en algunos de los extremos que determinarán aspectos muy significativos del tiempo de trabajo. Así, por ejemplo, la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa (84.2 ET), así como las amplias posibilidades de inaplicación de los convenios colectivos durante su vigencia (82.3 ET) con relación a las más importantes cuestiones relacionadas con el tiempo de trabajo[15].

En otras ocasiones, será la configuración como supletoria, por mandato legal, de la autonomía individual en defecto de convenio la que pesará sobre los negociadores y, evidentemente, condicionará el devenir de las negociaciones. De este modo, la atribución al empresario de un derecho supletorio a utilizar la jornada irregular en un porcentaje del 10 % (primer apartado del art. 34.2. ET), sobrevolará el procedimiento negociador y la consecución de acuerdos, a sabiendas el empresario de que, de no preverse lo contrario, le corresponderá dicho privilegio unilateral. A la misma conclusión hemos de llegar tras la lectura del último inciso del art. 34.2 ET en relación con la compensación de las diferencias por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de trabajo legal o pactada. En este supuesto, en caso de no alcanzarse acuerdo a través de convenio colectivo o pacto de empresa, el período de compensación será de doce meses desde que se produzcan los excesos o defectos. En este caso, se otorga supletoriamente una potestad unilateral al empresario por encima, incluso, de la prevista en el art. 79 de la Directiva 2003/88 de 4 de noviembre, en donde toda compensación superior a seis meses se hace depender de una expresa habilitación convencional y de la concurrencia de causa que la justifique[16].

En esta misma línea, cabe mencionar el específico supuesto previsto en el art. 12.5 c) ET, fruto de la reforma introducida por el RD-Ley 16/13, que, con relación a la regulación

15 Véase CASAS BAAMONDE, M.E., «La rigidez de la ley laboral flexibilizadora», en RAMOS, M. y ROJAS, G. (coords.), Transformaciones del Estado Social y de Derecho del Trabajo, Comares, Granada, 2014, pp. 63 y ss.

16 ARGÜELLES BLANCO, «La deriva del derecho laboral hacia una ordenación socialmente insostenible del tiempo de trabajo», XXIV Jornadas catalanas de Derecho Social, Barcelona, 2013, p. 5; y CABEZA PEREIRO, J., «Las fuentes reguladoras de la jornada de trabajo», en AA.VV., Tiempo de trabajo, Albacete, Bomarzo, 2007, p. 21; MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.R., «Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales», La Ley, 2028/13, p. 26; y LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., Distribución irregular de la jornada de trabajo, Lefbvre, Madrid, 2015, p. 19.

de los límites del porcentaje de las horas complementarias susceptibles de ser realizadas por los trabajadores con contrato a tiempo parcial, impone al convenio colectivo la obligación, en caso de que regule tal cuestión, o de mantener el límite legal o de ampliarlo. Es decir, impide, al configurarse la ley como indisponible, la posibilidad de que se reduzca el porcentaje del 30 % establecido como un tope máximo. Esta circunstancia se une al hecho de que aquí también se produjo un incremento del protagonismo del convenio de empresa, haciendo desaparecer dicha reforma la necesidad, contemplada hasta ese momento, de que estuviera habilitado a través de un convenio colectivo sectorial[17].

El diseño de este complejo sistema de fuentes puede ser la causa, entre otras, de que en la mayor parte de los convenios colectivos aprobados con posterioridad a la reforma se ha previsto una distribución irregular de la jornada de trabajo[18].

4. La negociación colectiva como instrumento fundamental de regulación del tiempo de trabajo

a) Nuevos caracteres y nuevas figuras

Hemos de partir, a este respecto, de una cuestión evidente: el convenio colectivo no introducirá una regulación necesariamente ventajosa para el trabajador, en este caso, que reduzca las incertidumbres que en el empleo del propio tiempo puede conllevar el exceso de flexibilidad en la gestión de la jornada de trabajo. De este modo, aspectos como la estructura convencional, la resistencia pasiva de los convenios colectivos o las posibilidades de la actuación supletoria unilateral del empresario van a condicionar considerablemente las posibilidades de dichas ventajas. Todo ello, lógicamente, al margen de la propia situación de "salud" del movimiento sindical y las posibilidades de sus reivindicaciones, condicionadas, entre otras muchos, por factores como el desempleo o la precariedad laboral que imposibilitan una correcta acción sindical.

El objetivo de este apartado consistirá, precisamente, en dilucidar dichas posibilidades a tenor del régimen jurídico resultante de las sucesivas reformas de nuestra legislación, pretendida consecuencia de la crisis financiera del año 8. Las reformas de marcado carácter liberal que tuvieron lugar a comienzos de la actual década continuaban con la tendencia de las anteriores modificaciones del Estatuto de los Trabajadores en lo que se refiere a los instrumentos utilizados para la consecución de sus objetivos. En concreto, se llevaba a cabo la atribución a la negociación colectiva de la misión de contribuir al proceso de flexibilización interna de las condiciones de trabajo, profundizando así una tendencia iniciada tiempo atrás[19].

17 Véase, MUÑOZ RUIZ, A.B., «Últimas tendencias en la ordenación flexible del tiempo de trabajo en los convenios colectivos de empresa», Información Laboral, nº 1, 2014.

18 DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L., «Contenidos de la negociación en el nuevo contexto laboral: el tiempo de trabajo», Temas Laborales, nº 140, 2017, p. 271.

19 Véase, ampliamente, RUIZ CASTILLO, M.M. Y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo, Bomarzo, Albacete, 2013.

No debe olvidarse que el incremento de la importancia de la negociación colectiva en la década de los noventa se produce con el objeto de posibilitar un aumento de la flexibilidad laboral[20]. Esta orientación responde a una clara intención político-ideológica[21]. Una vez ampliados los contenidos de la negociación colectiva como consecuencia de la retirada de las fuentes heterónomas en cuanto reguladoras directas de importantes aspectos de las relaciones laborales, se necesita flexibilizar los procedimientos de aprobación y modificación de los convenios colectivos a los que se les encomendaba tan importantes funciones. Y eso queda asegurado de forma heterónoma, por imposición legislativa, en aspectos absolutamente fundamentales tanto en lo relativo al derecho individual del trabajo, como en lo que concierne a la negociación colectiva. La Ley se retira y deja paso a la negociación colectiva, pero no sin cerciorarse de que el debilitamiento de la negociación asegure, a su vez, los fines flexibilizadores que pretende, sin que se la pueda culpabilizar directamente del deterioro del estatus del trabajador[22].

En cuanto al primero de los aspectos, esto es, la atribución de funciones reguladoras amplias a la negociación colectiva, en lo que respecta a la regulación del tiempo de trabajo habría que destacar, en primer lugar, la competencia atribuida en el art. 34 ET en sus dos primeros párrafos. La negociación colectiva se convierte, pues, en el instrumento idóneo para la determinación de la duración de la jornada de trabajo y, lo que es más importante, de la distribución irregular de dicha jornada. Asimismo, habría de destacarse la posibilidad convencional de ampliar el número de horas ordinarias diarias por encima de nueve, así como la determinación de la compensación de las horas extraordinarias, entre otras.

No obstante, tras la reforma, lo determinante no es tanto el número y calidad de las competencias atribuidas por la Ley a la negociación colectiva sino la flexibilización de los procedimientos de regulación a nivel colectivo de, entre otras, las cuestiones relativas al tiempo de trabajo. En concreto, tal objetivo se pretendió conseguir en las últimas reformas laborales a través de una serie previsiones que, en aquel momento, generaron una considerable literatura doctrinal. Para ello se alteró significativamente la legitimidad y la estructura negocial, la eficacia del convenio colectivo, la duración de este, etc. Especialmente significativas fueron, a este respecto, la atribución de una prioridad aplicativa al convenio colectivo de empresa, la posibilidad contemplada en el art. 82.3 ET para llevar a cabo inaplicaciones del convenio colectivo vigente incluso por sujetos no legitimados para la negociación del convenio que se pretende inaplicar –o no legitimados en absoluto para la negociación- y la posible supresión de la ultraactividad convencional tras el transcurso de un año desde la denuncia del convenio colectivo.

---

20 Cfr. VALDÉS DAL-RÉ, F., Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social, Madrid, MTSS, 1994, p. 51.

21 Efectivamente, este autor afirma expresamente que «el Derecho del Trabajo francés es un derecho neoliberal. Su piedra angular se encuentra en la libertad del trabajo. Los salarios son negociables libremente por los interlocutores sociales y en caso de conflicto el Estado apenas interviene» (Droit du Travail, París, Dalloz, 17ª edición, 1994, p. 37).

22 Esta misma realidad se extiende en el resto de los países de nuestro entorno. Para el caso francés, véase CANUT, F., «Le recul de l'ordre public face à l'accord collectif», Droit Ouvrier, nº 827, 2017, pp. 342 y ss.

Todas estas medidas tenían un común objetivo que no era otro que el de permitir una rebaja del precio de la fuerza de trabajo y un aumento de la productividad a costa de ciertos derechos de los trabajadores[23].

b) Prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa o legalización del dumping social

Las reformas de la crisis económica vinieron a alterar la regla general, tradicionalmente consagrada en nuestro ordenamiento jurídico, respecto de la concurrencia de convenios colectivos. Se introdujo, como regla de derecho necesario absoluto, la prioridad de los convenios colectivos de empresa respecto de cualquier otro en la regulación de determinadas materias. Se rompía, pues, con el principio de no afectación, todavía formalmente presente en el art. 84.1 ET, y de no jerarquía convencional. A partir de ese momento, es el convenio colectivo de empresa el instrumento priorizado en su aplicación para una serie de amplias materias que encuentra en el tiempo de trabajo una de sus más importantes posibilidades. En efecto, conforme se menciona en el art. 84.2 c), esta prioridad aplicativa afectará al horario, la distribución de tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.

El objetivo perseguido por el legislador era evidente. Al permitir a los convenios de empresa introducir una regulación distinta, in peius o in melius, del convenio colectivo de sector, se permitía acabar con las inercias en el mantenimiento de los niveles de protección existentes y concebidos como obstáculos para la flexibilidad. Asimismo, conscientes de la estructura productiva de nuestro país, se trataba de priorizar unas unidades de negociación lo suficientemente pequeñas como para asegurar un mayor desequilibrio negociador que el presente al nivel sectorial. Teniendo en cuenta la escasa dimensión media de nuestras empresas, la tradicional huida del convenio de empresa y el acudir a los convenios colectivos sectoriales (en especial de ámbito provincial) como marco protector, estaba plenamente justificado desde la perspectiva de los trabajadores. Esta situación se ve, tras las reformas de la crisis financiera, significativamente alterada, dando cumplimiento a una antigua reivindicación de los sectores más liberales de la doctrina, a sabiendas de que en el marco de la empresa es tradicional la escasa presencia sindical, consecuencia, en muchos casos, de una represión encubierta del hecho sindical[24].

Así pues, la potenciación de los convenios colectivos de empresa en un contexto de fuerte segmentación empresarial y de crisis económica y de empleo, tiene como consecuencia lógica el que las distintas empresas, a través de la utilización de este mecanismo

23 Llegan a esta conclusión, entre otros muchos, GARCÍA QUIÑONES, J.C., «El régimen jurídico de la retribución en el ordenamiento español: herencias y tendencias», R.L., nº 1, 2013; LLOMPART BENNÀSAR, M., «Alcance de la reforma laboral en materia de salario», T.L., nº 122, 2013; ROLDÁN MARTÍNEZ, A., «El papel emergente de la empresa como ámbito de negociación de los salarios», en Escudero Rodríguez, R. (coord.), La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012, Cinca, Madrid, 2012.

24 GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y ILLUECA BALLESTER, H., El huracán neoliberal. Una reforma laboral contra el trabajo, Sequitur, Madrid, 2012, p. 118.

convencional, utilizarán el valor de cambio de la fuerza de trabajo como instrumento de competencia entre ellas[25]. La regulación de condiciones de trabajo a través de los convenios colectivos de sector, especialmente provinciales, tenía como objetivo el evitar, precisamente, esta infinita lucha por abaratar los costes laborales[26]. De este modo, se daba cumplimiento en aquel momento a las consignas dictadas por los organismos financieros internacionales[27].

Además, esta potenciación del convenio colectivo de empresa supone la singularización del derecho español de negociación colectiva respecto de otros modelos comparados tales como el alemán. En éste, su jurisprudencia establece un límite infranqueable al respecto, al vincular la viabilidad jurídica del acuerdo de empresa derogatorio a la aprobación de las partes negociadoras del convenio de sector afectado, entendiendo que, en caso contrario, la autonomía colectiva quedaría desvirtuada. De este modo, la pervivencia del control colectivo a nivel de sector se configura como una garantía in extremis de la efectividad del propio sistema de negociación colectiva, algo que, sin embargo, desaparece en nuestro modelo actual a tenor del carácter imperativo o indisponible de la norma legal[28]. No obstante, esta opción ha pasado a ser minoritaria en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Tras la reforma del derecho italiano de negociación colectiva, en el mes de septiembre del presente año se aprobó en el Derecho francés la Ordennance nº 2017/1385, 23 de septiembre[29]. A partir de esta nueva regulación, finaliza la tradicional relación de jerarquía entre el convenio sectorial y el de empresa en dicho país. Se idea en tal Ordennance un sistema de distribución competencial entre convenios de caracteres muy parecidos a los implementados en nuestro ordenamiento por la reforma del inicio de la década[30].

Es evidente que la potenciación del convenio colectivo de empresa tiene como objetivo la exaltación de las funciones de gestión de la negociación colectiva. «La autonomía colectiva a nivel de empresa tiende a asumir el papel de instrumento de gestión participativa en el que trabajadores y empresarios comparten la responsabilidad de determinar las condiciones de trabajo que contribuyan a la buena marcha de la actividad, produciéndose así una curiosa comunidad de intereses entre ambos, que anula la faceta de control del poder empresarial propia de una negociación colectiva sindicalizada, como ha sido hasta ahora la española»[31].

25 Véase, CARDENAL CARRO, M., «Un supuesto específico de concurrencia: la prioridad del convenio de empresa», Aranzadi Social, nº 5, 2011, p. 19; BAYLOS GRAU, A. y CABEZA PEREIRO, J., «La lesividad de los convenios de empresa concurrentes con los de sector al amparo del art. 84.2 ET», Revista de Derecho Social, nº 59, 2012.

26 Véase, CRUZ VILLALÓN, J., «Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011 y 2012», en Reformas estructurales y negociación colectiva. XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2012, CARL, Sevilla, p. 37.

27 Una valoración positiva de este proceso puede verse en MERCADER UGUINA, J., «Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios colectivos», en La reforma de la negociación colectiva, Lex Nova, Valladolid, p. 95.

28 CORREA CARRASCO, M., «La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales», RDS, nº 59, 2012, pp. 32 y ss.

29 Véase, al respecto, el monográfico de Droit Social, nº 11, 2019.

30 Véase Lyon-Caen, A.,«Réforme 2017»,Revue de Droit du Travail,octubre 2017,pp. 571 y ss.

31 MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M., «Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales», cit., p. 11.

Sin embargo, esta intención legislativa chocaba con una de las peculiaridades más significativas de nuestro sistema de relaciones laborales y que no es otro que la inexistencia de órganos de representación de los trabajadores en buena parte de nuestras empresas[32]. Es decir, este instrumento de flexibilización no podía desarrollar todas las potencialidades pretendidas. Esta es la razón, lógicamente, como ya se vaticinó[33], de que tras casi una década no podamos afirmar que se haya producido una alteración de la estructura más tradicional de nuestra negociación colectiva[34].

c) La inaplicación convencional en las microempresas o autonomía individual en masa

A través de la facilitación extrema de los mecanismos de inaplicación contenidos en el art. 82.3 ET, en especial, con la atribución de funciones colectivas a sujetos que carecen de esa consideración, se contradijo la larga jurisprudencia que impedía al empresario la adaptación en la empresa, a nivel individual, de la regulación de la jornada de trabajo prevista por el convenio colectivo.

Desde un primer momento, se advirtió por parte de la doctrina que dicho precepto era la consecuencia del intento de eludir una de las cuestiones que había planeado, tradicionalmente, en las relaciones entre autonomía individual y autonomía colectiva y que nuestro Tribunal Constitucional había venido resolviendo en favor de esta última. Nos referimos a la contundente apelación al carácter normativo del convenio colectivo frente a las posibilidades de que, a través de la autonomía individual, se modificaran o inaplicaran los convenios colectivos a través de mecanismos formalmente individuales, pero de significación colectiva.

Conforme al art. 82.3 ET, en el caso de que concurran determinadas condiciones, podrá acordarse la inaplicación del convenio colectivo aplicable a la empresa de las más importantes condiciones de trabajo, incluidos, los aspectos más significativos del tiempo de trabajo: jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo y régimen de trabajo a turnos.

Esta regulación de la inaplicación en la empresa de las condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos del Título III y, en especial, la atribución de legitimidad, desde la perspectiva de los trabajadores, a una comisión ad hoc en caso de que no exista representación unitaria ni sindical, implica la mayor flexibilización del convenio colectivo de las implementadas por las reformas de inicios de la década. Sobre todo, si tenemos en

32 Véase JÓDAR, P., ALÓS, R., BENEYTO, P. y VIDAL, S., «La representación sindical en España: cobertura y límite», Cuadernos de Relaciones Laborales, nº 36, 2018, pp. 26-27).

33 ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Dos reformas trenzadas de la negociación colectiva: la Ley 35/10 y el RD-Ley 7/11», R.L., nº 23-24, p. 323; VALDÉS DAL-RÉ, F., «El sistema español de negociación colectiva, entre la continuidad y el cambio», R.L., nº 8, 2011, pp. 5 y ss.

34 ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Contenidos de la negociación en el nuevo contexto laboral: la retribución del trabajo», Temas Laborales, nº 140, 2017, pp. 169-170.

cuenta los datos sobre existencia de estas representaciones en nuestra realidad empresarial. En concreto, más de dos millones de trabajadores carecen de representación por trabajar en empresas de menos de 6 trabajadores y el 37,3% de los restantes también carecen de ella a pesar de que, por el tamaño de las empresas, podría existir[35].

Se consigue por la vía legal, como acabamos de mantener, una vieja reivindicación empresarial consistente en, dadas determinadas circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción, poder separarse del cumplimiento de un convenio colectivo anteriormente negociado con los representantes de los trabajadores, a través de un procedimiento solo formalmente colectivo, al margen pues de los mecanismos y legitimidades necesarias para la aprobación de dicho convenio colectivo. Este sistema de inaplicación del convenio colectivo ha sido tradicionalmente calificado por nuestra doctrina y jurisprudencia como «autonomía individual en masa»[36].

El Tribunal Constitucional ha analizado en varias ocasiones esta problemática, enraizada directamente con las relaciones entre autonomía individual y colectiva[37]. Estas situaciones están siempre sujetas a sutiles equilibrios en muchas ocasiones no resueltos expresamente por nuestro ordenamiento jurídico. La parquedad del art. 3 ET a la hora de definir el espacio de la autonomía individual y su relación con las fuentes del derecho, especialmente el convenio colectivo, puede acarrear importantes problemas interpretativos. Al mismo tiempo, la delimitación de dichos espacios va más allá de una mera reflexión jurídica y engarza, directamente, con la concepción que del propio Derecho del Trabajo, y de sus características básicas, se parta.

El Tribunal Constitucional configuró en su sentencia 105/92, de 1 de julio, el primero de los grandes pilares de la doctrina constitucional en esta materia. El recurso de amparo que dio lugar a este pronunciamiento partía de la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 26 de enero de 1988, que había aceptado la licitud de una práctica empresarial según la cual se ofrecía de manera genérica a la totalidad de la plantilla la posibilidad de inaplicar individualmente el régimen de jornada establecido en el convenio colectivo, a cambio de lo cual se ofertaba una compensación dineraria[38].

En la citada sentencia, se entraba por vez primera a analizar el fondo del asunto, al contrario de lo que había ocurrido con anterioridad cuando fue denegada la admisión a trámite de un supuesto semejante por Auto 1074/88, de 26 de septiembre. Esta tendencia

35 JÓDAR, P., ALÓS, R., BENEYTO, P. y VIDAL, S., «La representación sindical en España: cobertura y límite», cit., pp. 26-27; y ALÓS, R., BENEYTO, P., JÓDAR, P., MOLINA, O. y VIDAL, S., La representación sindical en España, Fundación 1º de mayo, Madrid, 2015, pp. 87 y ss.

36 GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, «Autonomía individual "en masa" y antisindicalidad», Relaciones Laborales, 1989-II, pp. 256 y ss.

37 Véase, ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Convenio colectivo y autonomía individual en masa», Temas Laborales, nº 84, 2006, pp. 155-165.

38 Dicha práctica fue analizada y criticada -con anterioridad incluso a las sentencias del Tribunal Constitucional que entraron a conocer de la misma- por GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Autonomía individual "en masa" y antisindicalidad», cit., pp. 263 y ss.

empresarial, y la confirmación de su validez por el Tribunal Central de Trabajo, había sido objeto de críticas por parte algún sector de la doctrina, llegando a ser calificado como un mecanismo de fuga de la regulación uniforme del convenio colectivo estatutario[39].

En síntesis, la doctrina contenida en la sentencia 105/92 consiste en afirmar que el espacio natural que en el sistema de fuentes tiene asignada la autonomía de la voluntad no puede imponerse respecto a la autonomía negocial del conjunto de los trabajadores formulada a través del convenio colectivo. La consecuencia inmediata que la sentencia del Tribunal Constitucional extrae de esta necesaria subordinación es que el convenio colectivo sólo puede ser objeto de modificación a través de los procedimientos de modificación y denuncia colectivas que estén arbitrados al efecto por el legislador. De lo contrario, «de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores, sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el art. 37 C.E.»[40].

Esta sentencia pretendía, por tanto, evitar que mediante la cobertura de actuaciones bilaterales y plurales se impusieran adhesiones en masa que ocultasen «una trasgresión del resultado colectivo, a través de una vía formalmente individual, aunque realmente colectiva, y que «margina el papel de los sindicatos como interlocutores negociales y desconoce la fuerza vinculante del convenio».

No obstante, esta doctrina del Tribunal Constitucional fue matizada con posterioridad por este en la sentencia 208/93, de 28 de junio. En resumen, en esta última se valoraba la constitucionalidad de un supuesto de modificación individual de las condiciones retributivas, consistente en la introducción de una serie de gratificaciones temporales y pluses de disponibilidad, compensando así la creación de una obligación de disponibilidad asumida por ciertos trabajadores, no encontrándose ninguna de estas condiciones contempladas en el propio convenio colectivo. El Tribunal Constitucional en 1993 admitió la validez de lo acordado justificando su decisión fundamentalmente en el hecho de que las mismas no perjudicaban a los trabajadores. Junto a ello, el Tribunal se basaba en que las medidas cuestionadas se encontraban exentas de ánimo alguno de antisindicalidad, dado que las condiciones ofertadas por la empresa en esta ocasión no suponían una tentativa de soslayar y evitar la intervención de los representantes sindicales, puesto que dichas medidas no tenían la trascendencia, importancia y significación necesarias para que la presunta pretensión antisindical pudiera considerarse existente (Fundamento Jurídico Cuarto).

Se introducían además dos argumentos de capital importancia en lo que respecta a las relaciones entre autonomía individual y colectiva: los relativos a la capacidad del contrato de trabajo para regular aquellas materias que no lo hubieran sido por el convenio colectivo,

39 Cfr.CASAS BAAMONDE, M.E. y BAYLOS GRAU,A.,«La organización del trabajo y autonomía individual: la "desregulación" del convenio colectivo»,Relaciones Laborales,1988-I, 171 y ss.

40 Fundamente Jurídico Sexto de la STCo 105/92, de 1 de julio.

y al hecho de que «la mera circunstancia de que una materia pudiera en su momento ser objeto de negociación colectiva no supone un impedimento para acuerdos contractuales individuales o para decisiones de la empresa en ejercicio de sus poderes de gestión».

En definitiva, el Tribunal Constitucional abrió, en la sentencia 208/93, nuevas vías de potenciación de la autonomía individual: por una parte, se aceptaba la regulación de las materias no contempladas en el convenio colectivo; y, por otra, se reconocía la capacidad de aquélla para la consagración de condiciones de trabajo que no supusieran una alteración sustancial que marginase el pacto colectivo.

Estas declaraciones del Tribunal Constitucional fueron reiteradas posteriormente en su Sentencia 74/96, de 30 de abril, en la cual se consideraba que, si bien no es descartable la hipótesis de que a través de pactos favorecedores suscritos individualmente entre trabajador y empresa se cobije una estrategia empresarial destinada a mermar la posición profesional que en el ámbito de la mediación laboral corresponde por mandato constitucional a las organizaciones sindicales, ello no ocurre de manera automática. Con posterioridad, la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/00, de 5 de mayo, tuvo ocasión de pronunciarse sobre un supuesto un tanto diferente por cuanto que no se trataba de alterar un convenio colectivo vigente, sino de suplantar el espacio que debiera ocupar un convenio dejado de negociar ante la imposibilidad de que las partes llegaran a un acuerdo. Dado que este acuerdo no se alcanza, la empresa procede a una negociación individualizada con sus trabajadores. Ante esta situación, el Tribunal Constitucional reiteró que la autonomía individual no puede proceder a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo cuando ello, atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíe sustancialmente el contenido efectivo del convenio.

Por último, la Sentencia del Tribunal Constitucional 238/05, de 26 de septiembre, como ya se hizo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 105/92, y apartándose del posicionamiento posterior de este tribunal, niega la posibilidad de hacer prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en el convenio colectivo legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial. De lo contrario, mantiene el Constitucional, «quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador, cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el art. 37.1 Constitución Española» (F.J. Cuarto). Todo ello a pesar de que no se produce una modificación o derogación expresa del contenido del convenio colectivo, que se mantendría en vigor para el resto de los trabajadores y en los aspectos no afectados por el nuevo horario para los trabajadores que aceptaran la genérica oferta empresarial.

Sin embargo, los convenios colectivos no han de «petrificar» las condiciones pactadas. Por el contrario, ha de conjugarse semejante fuerza vinculante con la necesidad de adaptar el convenio colectivo a las alteraciones de las condiciones económicas, técnicas, etc., si bien el procedimiento a seguir habrá de ser el previsto en el propio convenio colectivo y en el Estatuto de los Trabajadores. La resistencia al cambio del convenio se predica frente a la

autonomía individual, que, como es el caso, puede incluso introducir una modificación que sea más beneficiosa para el trabajador individualmente considerado. Frente a los procedimientos estatutarios, en concreto el del 82.3 ET o los previstos en los convenios, no cabría objetar ningún tipo de reserva constitucional. Es decir, la inconstitucionalidad de la modificación no viene ni por el contenido de la modificación ni por el carácter de lo modificado (el convenio colectivo), sino únicamente por la utilización de un instrumento no adecuado para llevar a cabo dicha modificación[41].

Esta es precisamente la línea que el legislador de las reformas de 2010, 2011 y 2012 ha explotado hasta sus últimas consecuencias[42]: intentar conseguir los objetivos de la autonomía individual en masa, pero dotando al instrumento ideado de una apariencia colectiva cuando la competente, conforme a las reglas del art. 41, es la citada comisión ad hoc. De este modo, crea un procedimiento formalmente bilateral e inscrito dentro de los procedimientos de inaplicación de los convenios colectivos pero que, en la práctica, no se diferencia en exceso de la, en su día, rechazada por el Tribunal Constitucional autonomía individual «en masa». Se trata de un procedimiento sólo formalmente bilateral puesto que no puede darse, respecto de unos sujetos expresamente elegidos para llevar a cabo la negociación de la inaplicación convencional, una auténtica capacidad de negociación y que, además, no gozan de las garantías atribuidas a los representantes de los trabajadores[43].

No obstante, todos los argumentos aquí esgrimidos, que hubieran sido suficientes para que el Tribunal Constitucional cuestionara la constitucionalidad de la reforma, al menos en este aspecto, no fueron tenidos en cuenta en las sentencias que dictó tras sendos recursos de inconstitucionalidad. En concreto, en la STCo. 119/14, se liquida, como hará en cada ocasión posterior, estas dudas de constitucionalidad sobre la base de que la inaplicación contemplada en el art. 82.3 ET está justificada por la finalidad que, a juicio del constitucional, cumple en orden al mantenimiento de la estabilidad de la empresa (art. 40 CE), no entrando, por no haber sido objeto del recurso, en el concreto caso que aquí nos ocupa[44].

Volviendo a la idea que nos sirve como hilo conductor, podemos afirmar que unos sujetos sin legitimidad para negociar un convenio colectivo de empresa, sí que poseen la suficiente para poder llevar a cabo una inaplicación de cualquiera otro convenio, incluidos los de ámbito superior («sea este de sector o de empresa» se encarga de remarcar el art. 82.3 ET). Se consigue, pues, despojar de toda resistencia pasiva a los convenios colectivos, creando una suerte de unidad de negociación-inaplicación totalmente descentralizada. Por tanto, y dado la estructura productiva española fuertemente segmentada, aquellas com-

41 En el mismo sentido se pronuncian las SSTCo 107/00, de 5 de mayo y 225/01, de 26 de noviembre.

42 BAYLOS GRAU, A., «En la onda de las reformas estructurales: la negociación colectiva colonizada desde la unidad económica empresarial», Cuadernos de la fundación, nº 20, 2011, p. 6.

43 GARCÍA VIÑA, J., La negociación colectiva en España tras las Últimas Reformas, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 244.

44 Un cuestionamiento de la constitucionalidad del precepto puede verse en BENAVENTE TORRES, I., «Representación extraestatutaria, participación directa y posible inconstitucionalidad de la comisión ad hoc no sindicalizada», RTSS-CEF, nº 385, 2015, pp. 69 y ss.

petencias generosamente cedidas por el legislador en favor de la negociación colectiva, se convierten, por la vía de los hechos, en competencias unilaterales del empresario. Además, la atribución de competencias a esta comisión de trabajadores terminará menoscabando la presencia de organizaciones sindicales en el seno de la empresa[45].

A pesar de las ventajas que para la empresa posee esta privilegiada institución, nos sorprende el escaso impacto que ha producido en nuestra realidad convencional. En concreto, de los datos elaborados por el Ministerio de Trabajo se desprende que su uso no ha sido generalizado. En concreto, desde la aprobación de la reforma, se han venido realizando más de mil inaplicaciones anuales. En los años siguientes a la reforma se realizaron más de dos mil inaplicaciones, llegando a afectar en el año 2013 a más de 150.000 trabajadores. No obstante, el número de inaplicaciones ha ido descendiendo en torno a los 30.000 trabajadores afectados. En el presente año, los datos hasta noviembre indican que se han producido 996 inaplicaciones que afectaron a 20.903 trabajadores.

d) Nuevos espacios de los convenios colectivos extraestatutarios

Como se sabe, los convenios colectivos extraestatutarios fueron aceptados en nuestro Derecho, con ciertas condiciones, en especial su relación de sometimiento jerárquico a los convenios colectivos en los que sí concurren los requisitos formales y de legitimación previstos en el Título III del Estatuto. En este momento, nos remitimos a los múltiples estudios que desde nuestra disciplina se han elaborado sobre el significado, dentro de dicho sistema de fuentes, de los mismos[46].

Por el contrario, nos centraremos en uno de los nuevos espacios que cabría atribuir a los convenios colectivos extraestatutarios en la regulación del tiempo de trabajo como consecuencia de las reformas acaecidas tras la crisis económica. En este sentido, es básico determinar si estos se encuentran comprendidos dentro de los acuerdos parciales previstos en el art. 86.3 ET para «la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad del sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen».

A esta cuestión viene a responder la STS 14 de diciembre de 2016 (Rec. 17/16). Si bien, esta no se detiene en el que, a nuestro juicio, debería haber sido el núcleo básico de su razonamiento. En concreto, se limita a afirmar que los convenios colectivos extraestatutarios se encuentran «sin duda» dentro de los mencionados por el art. 86.3 ET y que persiguen «garantizar una mejor adaptación a las circunstancias del sector o empresa en procesos negociadores de larga duración».

45 GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y ILLUECA BALLESTER, H., El huracán neoliberal, cit., p.112.

46 Cfr. QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., Los convenios colectivos irregulares, Madrid, CES, 1999.

Lo que sí hace la Sala es excluir a este tipo de acuerdos de los requisitos previstos en el art. 82 ET con relación a la legitimidad requerida para la ratificación, por parte de los trabajadores, de los acuerdos de inaplicación. Conforme su parecer, no se trata de inaplicar un convenio colectivo durante su vigencia sino de sustituirlo parcialmente, aunque la naturaleza jurídica del nuevo acuerdo no sea estatutaria y la implantación de los negociadores del banco social minoritaria.

Que el convenio colectivo extraestatutario ocupe el espacio que debería haber ocupado un nuevo convenio colectivo estatutario, posee, desde nuestro punto de vista, una enorme trascendencia, no atendida por esta sentencia. En primer lugar, porque supone un clara desincentivo para continuar el proceso negociador y la posibilidad de que el mismo se desarrolle con la buena fe requerida. De hecho, en la empresa en cuestión se encontraba abierto un proceso negociador que, a resultas de la aprobación de este otro acuerdo, queda frustrado. Especialmente, si recordamos la ampliación progresiva que la jurisprudencia ha ido incorporando al ámbito subjetivo de estos convenios colectivos y a su vinculabillidad para los trabajadores susceptibles de verse afectados[47].

No obstante, la Sala del Tribunal Supremo termina recordando que las posibilidades reguladoras de los convenios colectivos extraestatutarios dependerán de la existencia o no de convenios colectivos estatutarios en vigor. Es decir, que sólo podrán cumplir con los objetivos del art. 86.3 ET en el caso de que haya finalizado la ultraactividad legal o convencionalmente prevista.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, esta salvedad no deja de evidenciar la apuesta del Tribunal Supremo por flexibilizar, también en este supuesto, la regulación del tiempo de trabajo, dado que este tipo de instrumentos son susceptibles de usos desviados. A este respecto, sería interesante recordar el supuesto resuelto por el propio Tribunal Supremo (STS de 24 de julio de 2014, Rec. 135/13) con relación a la selección de los trabajadores afectados para la reducción de jornada prevista en un convenio colectivo extraestatutario aprobado en el marco de la negociación de un ERTE. En concreto, el Tribunal declara la nulidad de este por haber seleccionado la empresa, en exclusiva, a aquellos trabajadores que no se habían adherido a dicho convenio colectivo extraestatutario. Es decir, la admisión dentro de los acuerdos previstos en el art. 86.3 ET de un convenio de eficacia contractual cuya aplicación depende, en principio, de la adhesión de los destinatarios, sí puede llegar a ser trascendente en la práctica.

Esta apertura de nuevos espacios en favor del convenio colectivo extraestatutario no deja de ser coherente con la línea de tendencia detectada en favor de un incremento de las potestades unilaterales empresariales. En concreto, se evidencia esta circunstancia si la relacionamos con las facilidades que, vía art. 41 ET, posee el empresario para conseguir la modificación unilateral de este tipo de instrumentos no amparados por las garantías de los

47 ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., ««Eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios en el seno de las nuevas funciones de la autonomía colectiva», Revista Española de Derecho del Trabajo (Civitas), nº 97 (septiembre-octubre), 1999, pp. 681-704.

convenios del Título III[48]. No obstante, tampoco serían muy distintas las consecuencias respecto a los supuestos en los que la regulación de importantes aspectos del tiempo de trabajo venga establecida por acuerdos de empresa. Esta posibilidad es consecuencia, además, de la propia mención de estos instrumentos de regulación en los arts. 34.2 y 82.3 ET y la enorme facilidad que para su modificación se prevé en el citado art. 41 ET.

e) El fin de la ultraactividad convencional. La falsa garantía de la contractualización

El último inciso del art. 86.3 ET se consideró, desde un primer momento, como un riesgo considerable a la hora de seguir manteniendo en nuestro país un sistema de negociación colectiva que aportara a los trabajadores unas garantías de estabilidad en sus condiciones de trabajo. Como se sabe, «transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación».

El precepto contenía una serie de excepciones al fin de la ultraactividad convencional, lo que podría llevar a pensar que, sólo muy ocasionalmente, tendría cabida en la práctica. En primer lugar, serían los propios negociadores los que tendrían en sus manos la posibilidad de evitar tal situación y, además, habría de darse la circunstancia de que no existiera un convenio colectivo de ámbito superior que la enmendase[49].

El pretendido objetivo del precepto consistía en evitar que, ante bloqueos en la negociación del nuevo convenio colectivo, las condiciones de trabajo en la empresa continuaran indefinidamente estabilizadas, impidiéndose la incorporación de reglas flexibilizadoras. Aunque, excepcional, existía la posibilidad de que la regulación de la mayor parte de las condiciones de trabajo, en nuestro caso, de los aspectos básicos del tiempo de trabajo, pasaran a estar regulados, en exclusiva, por una norma legal de mínimos que se completaría con la autonomía individual que, en nuestra disciplina, es tanto como decir voluntad unilateral del empresario.

Poco tiempo después de la aprobación de las leyes reformadoras, se evidenció que esta posibilidad no era tan excepcional. Esta circunstancia fue la que motivó un intento de corrección de la previsión normativa por parte de nuestro Tribunal Supremo y la creación

48 La validez de este procedimiento modificador, respecto de los convenios colectivos extraestatutarios, ha sido mantenida por la STS 696/17, de 19 de septiembre.

49 Un análisis de la ultraactividad puede verse en MARTÍN VALVERDE, A., «Régimen de la ultraactividad», en Goerlich Peset, J.M., Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 1529-1549; SEMPERE NAVARRO, A.V., «Sobre la ultraactividad de los convenios colectivos», Revista Aranzadi Doctrinal, nº 4, 2013, pp. 11-24. GOERLICH PESET, J.M., «La ultraactividad de los convenios colectivos», Justicia Laboral, nº 54, 2013, pp. 13-36; y CASAS BAAMONDE, M.E., «La pérdida de la ultraactividad de los convenios colectivos», R.L., nº 6, 2013, pp. 1-25.

de una curiosa doctrina en virtud de la cual el convenio desaparecido como norma pasaba a incorporarse a los contratos de los trabajadores. Según lo establecido por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de diciembre de 2014 (Rec. 264/2014), las ventajas consagradas por los convenios colectivos pasan a integrarse, a incorporarse en el clausulado del contrato, deviniendo a partir de ese momento vinculadas, para su derogación, a los correspondientes mecanismos contractuales. Esta teoría asume un error de partida, pues la incorporación de la ventaja o derecho de origen convencional al contenido del contrato de trabajo independiza, completamente, la correspondiente condición de trabajo del convenio colectivo del que traía su causa. De llevarse esta teoría hasta sus últimos extremos, continuaría produciendo efectos a pesar de haber sido sustituido el convenio inicial por un nuevo convenio colectivo.

Distintas razones pueden explicar, históricamente, el surgimiento de esta teoría. Así, por ejemplo, es de destacar, en el contexto concreto del Derecho italiano, cómo esta teoría encuentra su razón de ser en la necesidad de justificar la eficacia del convenio colectivo sobre los contratos de trabajo. En este ordenamiento jurídico se llegaba a la conclusión, por parte de la jurisprudencia, de que el convenio colectivo estaría privado de tal eficacia a no ser que se produjera la recepción de éste en los concretos contratos individuales. En otras palabras, sería la ausencia de eficacia normativa del convenio colectivo la que haría necesario idear la teoría de la incorporación.

Desde el momento en que se puede justificar la eficacia del convenio colectivo sin necesidad de exigir su incorporación al clausulado contractual, debe abandonarse cualquier virtualidad de la citada teoría de la incorporación. Pero a pesar de todos los inconvenientes y críticas reseñadas, el principio de incorporación no se ha visto desterrado totalmente de nuestro ordenamiento jurídico; es más, continúa siendo uno de los criterios interpretativos básicos respecto a la aplicación de los convenios colectivos extraestatutarios. Pero, incluso en este específico contexto, se evidenció lo inapropiado de la tesis de la incorporación, llegándose a propugnar la necesidad de introducir correctivos a los excesos de dicha teoría[50].

Cabe decir que, como consecuencia de las importantes dificultades que plantea su aplicación, se ha creado, en su contra, un estado de opinión prácticamente unánime entre la doctrina. El principio de incorporación ha recibido numerosas críticas, algunas de las cuales quedan reseñadas a continuación:

a) El convenio colectivo tiene una naturaleza esencialmente temporal. Los trabajadores que se ven beneficiados por su entrada en vigor son, no obstante, conscientes de que desde ese mismo momento sus beneficios son transitorios.

La atribución de efectos normativos al convenio colectivo supone, del mismo modo, admitir su capacidad para modificar los derechos anteriormente consagrados por vía convencional. El contrato se rige por la regulación convencional existente en cada momento,

50 Véase, ampliamente, ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios», cit., pp. 681-704; y «Vigencia de los convenios colectivos extraestatutarios y condición más beneficiosa», T.L., nº 105, 2010, pp. 183-193.

sin que ello implique su incorporación a la estructura del contrato de trabajo. De ello se deduce que toda modificación operada en el ámbito convencional implicará, necesariamente, la pérdida de aquellos derechos que, en virtud de la situación anterior, se venían disfrutando. Esta regla no es, en principio, de aplicación conforme a la teoría descrita.

b) Otro de los argumentos empleados parte de la superioridad de lo colectivo sobre lo individual. Conforme a ello, el convenio colectivo no se podrá aplicar más allá de lo que se desprenda de la voluntad de las partes colectivas. Desde el punto de vista jurídico, la propia subordinación de la autonomía individual a la autonomía colectiva, en base a lo establecido en el art. 3 E.T., se vería alterada si -como consecuencia de la capacidad de resistencia de los contratos individuales a los cambios introducidos en la vida convencional- se pudiera impedir la efectiva aplicación de los nuevos convenios colectivos.

c) Por último, cabe contemplar un argumento basado en la búsqueda de la unidad y la maximización de la racionalidad en la empresa. El mantenimiento de los convenios derogados a nivel individual implicaría la existencia de múltiples regímenes de trabajo, dependientes todos ellos de la fecha de incorporación de los trabajadores a la empresa. Además, resultaría que tales condiciones más beneficiosas de origen colectivo habrían de respetarse en un hipotético nuevo convenio con lo que se imposibilitaría, como mantiene uno de los votos particulares de la sentencia ahora comentada, toda negociación que no llevase a mejorar la regulación colectiva anterior (Voto Particular I, 3.3 de la STS de 22 de diciembre de 2014)[51].

Resulta necesario, en último lugar, advertir cómo el principio de incorporación ha perdido igualmente parte de su significación protectora hacia los trabajadores, como consecuencia de la progresiva precarización de las condiciones más beneficiosas contractuales. En teoría, con la incorporación se pretendía que las condiciones de los convenios colectivos que perdieron su vigencia se integraran en el clausulado de los contratos de trabajo para evitar que, por vía de negociación ex novo contractual, se empeorara la anterior situación de los trabajadores. Sin embargo, como consecuencia de las posibilidades concedidas al empresario, cuando concurren determinadas circunstancias, para la modificación unilateral de las condiciones de trabajo de origen individual, se rebaja notablemente el posible carácter protector de la incorporación contractual de las condiciones contenidas en el convenio colectivo que alcanzó el fin de la ultraactividad.

Con posterioridad a esta sentencia, el Tribunal Supremo ha continuado incidiendo en esta teoría, produciéndose, además, algunos de los problemas que ya avanzaban los votos particulares planteados en la STS de 22 de diciembre de 2014[52]. En especial, los problemas

51 Cfr. DESDENTADO BONETE, A., «La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la sentencia de 22 de diciembre de 2014», Revista Información Laboral, nº 3, 2015, pp. 25-44.

52 Así, por ejemplo, puede verse la STS de 20 de diciembre de 2016 (Rec. 217/15) sobre las materias del convenio colectivo que se contractualizan. Véase un comentario a la posterior STS de 23 de septiembre de 2015 en BENAVENTE TORRES, M.I., «La contractualización de las condiciones de trabajo del convenio colectivo estatutario: un nuevo paradigma judicial», T.L., nº 130, 2016, pp.

que genera la imposibilidad de extensión del convenio colectivo, cuyas cláusulas se han incorporado a los contratos de trabajo, a aquellos trabajadores incorporados a la empresa con posterioridad al fin de la ultraactividad[53].

En definitiva, y centrándonos en la regulación del tiempo de trabajo, la finalización de la ultraactividad del convenio colectivo en aquellos sectores en los que no existe otra solución estará, conforme a la más reciente doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo, regulada directa o indirectamente por la voluntad unilateral del empresario. En el caso de que a los trabajadores se les haya podido incorporar a su contrato de trabajo, estas condiciones serán modificables, una vez degradado el convenio colectivo normativo, a través del procedimiento del art. 41 ET[54]. En el caso de que no se haya podido proceder a dicha incorporación, como en el caso de la contratación posterior de los trabajadores, la única regulación, a salvo de los mínimos legales, será el fruto del acuerdo individual. Por último, no podemos dejar de advertir que ni tan siquiera el objetivo de impedir los vacíos de regulación que, suponemos pretende la teoría de la incorporación ahora descrita, son conseguidos. En concreto, en el caso de que exista convenio colectivo de ámbito superior aplicable, el convenio que alcanzó el fin de la ultraactividad no gozaría de eficacia contractual, y ello a pesar de que dicho convenio superior carezca de regulación mínima y detallada de las cuestiones más importantes, en nuestro caso, del tiempo de trabajo[55].

La pretendida solución jurisprudencial para evitar los vacíos de regulación generados por un afán excesivo del legislador tiene como reparo más significativo el que será siempre una solución de carácter temporal. En el caso de que no se alcance un acuerdo para la regulación colectiva de los espacios vacíos de regulación convencional, se plantearía el problema de que el único instrumento de actualización de la regulación de dichas condiciones de trabajo sería el contrato de trabajo donde se incorporaron las condiciones de trabajo convencionales. Es decir, no sólo estaría sujeto a la fácil modificación sustancial del art. 41 ET sino que, en el discurrir del tiempo, sería el empresario el que tendría en sus manos la posible actualización al margen de cualquier restricción de carácter colectivo.

5. Exaltación de la potestad unilateral empresarial como instrumento de regulación del tiempo de trabajo

a) El tiempo de trabajo como objeto determinable al margen del contrato de trabajo

Todo lo desarrollado hasta ahora nos lleva a afirmar que el objetivo fundamental del nuevo diseño del sistema de fuentes de regulación del tiempo de trabajo está presidido por la búsqueda de un considerable aumento de las facultades unilaterales del empresario. En

192 y ss.

53 Cfr. MOLINA NAVARRETE, C., «Entre "polvos" y "lodos": el fin de la ultraactividad abre la "caja de Pandora"», RTSS-CEF, nº 439, 2019, pp. 5-19; y CASTRO ARGÜELLES, M.A., «El fin de la ultraactividad del convenio colectivo y los trabajadores de nuevo ingreso: inaplicación por vía de "contractualización" del convenio vencido», Revista de Jurisprudencia Laboral, nº 5, 2019.

54 En general, sobre la extensión del art. 41 puede verse GARCÍA MURCIA, J., «La reducción de la jornada de trabajo: fórmulas legales y vías de control judicial», A.L., nº 6, 2013.

55 MOLINA NAVARRETE, C., «Entre "polvos" y "lodos": el fin de la ultraactividad abre la "caja de Pandora"», cit., pp. 5-19

algunas ocasiones, a través de la potenciación de los instrumentos de regulación colectiva con un mayor desequilibrio negociador en su favor; en otras, facilitando que el convenio colectivo no sea un mecanismo de regulación estable del tiempo de trabajo; no faltan, además, supuestos en los que el legislador, a través de una peculiar técnica normativa, apela a la voluntad unilateral del empresario como fuente de regulación supletoria en defecto de convenio colectivo, lo que significa una "amenaza" ante la posible frustración de los procesos negociadores.

En concreto, en la determinación de aspectos importantes del tiempo de trabajo, el legislador concedió al empresario una potestad unilateral que no vino acompañada por ningún tipo de contraprestación para el trabajador. Además, conforme al art. 34.2 ET, «en defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo».

Esta previsión tiene, desde nuestro punto de vista, unas importantes implicaciones tanto prácticas como teóricas. En primer lugar, como ya hemos mantenido, la atribución de esta potestad, aunque supletoria de la prevista en el correspondiente convenio colectivo, puede condicionar la capacidad de las partes en el proceso negociador a sabiendas de que, de frustrarse el mismo, se aplicaría tal regla supletoria[56]. Además, esta previsión tiene un importante significado simbólico del poder con que el legislador quiere investir al empresario en lo referente a la gestión del tiempo de trabajo. En concreto, nos referimos al hecho de que tal atribución se realiza con independencia de la concurrencia de cualquier tipo de causa. Es decir, se otorga una gestión unilateral del tiempo de trabajo sin que ello implique compensación alguna en favor de los trabajadores ni posibilidad de recurso contra la misma, dada la atribución en sí de dicho poder, al margen de la utilidad real que la medida pudiera poseer.

Ello puede explicar el hecho de que, tras las reformas, la inmensa mayoría de los convenios colectivos vienen a incorporar cláusulas de distribución irregular de la jornada de trabajo, como era el deseo, por otra parte, de los negociadores de los sucesivos Acuerdos para el empleo y la negociación colectiva.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, el aspecto más reseñable de semejante previsión se encuentra en la propia consideración del tiempo de trabajo y su distribución como un instrumento de incremento unilateral del valor de la fuerza de trabajo en la empresa. Dicha previsión se contempla sin ningún tipo de contraprestación, es decir, el incremento de dicho valor se concede al empresario sin admitir, al mismo tiempo, que ello implica un incremento del sacrificio que para el trabajador supone la realización de su trabajo. En definitiva, en el contraste entre interés de la empresa e interés del trabajo, se vuelve, como tendremos ocasión de desarrollar más adelante, a exaltar el primero y a olvidar el segundo, al entender que, en cierto sentido, ya está englobado en una especie de interés de carácter corporativo que es el de la búsqueda conjunta de la competitividad empresarial. Asimismo,

56 GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma de mercado laboral», T.L., nº 115, 2012, p. 120.

se ha valorado como de especial significación el hecho de que la atribución de esta potestad unilateral pasara, tras la reforma de 2012, de estar contemplada como parte del contenido convencional a situarse en el art. 34.2 ET, dedicado a la regulación de la jornada, lo que parece denotar un cierto deseo del legislador de facilitar el uso de dicha facultad[57].

Esta apuesta por la potenciación de las facultades unilaterales empresariales se vio respaldada por el propio Tribunal Constitucional en relación con el derecho a la adaptación del tiempo de trabajo[58]. En concreto, se llevaba a cabo una restrictiva interpretación literal del antiguo art. 34.8 ET, en virtud de la cual, sólo existiría el derecho en él contemplado en el caso de que el convenio colectivo correspondiente hubiera previsto esa circunstancia. Es decir, no se concedía un derecho subjetivo al trabajador que necesitaba ejercer la conciliación sino había sido previsto tal derecho convencionalmente. Esta situación ha pretendido resolverla el legislador de 2019, al conceder el derecho al margen de cualquier requisito previo, aunque con las dudas que más tarde desarrollaremos. Es decir, se enmendaba el curioso papel del convenio colectivo que actuaba como elemento de restricción de derechos, incluso en el caso de que no hubiera previsto nada al respecto.

Al margen de la atribución legal o convencional de facultades unilaterales al empresario para la gestión del tiempo de trabajo, es posible que se produzca un incremento de estas facultades reguladoras en el caso de que el trabajador no consiga estar cubierto por un convenio colectivo. Esta posibilidad no es una simple hipótesis de trabajo, basta recordar que durante el año 2019 se batió el "récords" de trabajadores y trabajadoras no cubiertos por convenio colectivo, siendo más de la mitad de los asalariados sin convenio colectivo[59].

Esta circunstancia puede conllevar, en la práctica, varias posibilidades:

-La inexistencia de convenio colectivo conlleva la aplicación de la norma heterónoma declarada como supletoria.

-La inexistencia de convenio colectivo deja en manos del empresario la regulación exclusiva de determinados aspectos de la regulación del tiempo de trabajo al no existir norma supletoria.

-Por último, importante novedad de las últimas reformas, la aplicación supletoria de la voluntad unilateral del empresario como consecuencia de su declaración como tal por la propia norma heterónoma.

Dada la tendencia a adelgazar las previsiones, incluso supletorias, de la norma heterónoma, la falta de convenio colectivo dejaría al trabajador al albur de la decisión de la empresa en importantes cuestiones relacionadas con el tiempo de trabajo, a salvo, lógicamen-

57 BALLESTER PASTOR, M.A., «La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo», cit., p. 76.

58 STCo. 24/11, de 14 de marzo.

59 Véase Observatorio de la negociación colectiva, Boletín de la Comisión Consultiva Nacional de Convenio colectivos, nº 71 (noviembre de 2019). Véase, asimismo: http://www.mitramiss.gob.es/estadisticas/cct/cct19octav/Resumen_resultados_CCT_octubre-19.pdf

te, del cumplimiento de los límites tradicionales de este, tales como la duración máxima de la jornada, duración de las vacaciones o descansos semanales y diarios.

Por último, no podemos olvidar la atribución de unas facultades unilaterales al empresario en orden a la modificación de aquellas previsiones sobre tiempo de trabajo que vengan establecidas en el contrato o en instrumentos de carácter colectivo que no poseen la protección de los convenios colectivos del Título III. En este sentido, cabe recordar que las reformas del inicio de la década incorporaron, aunque no era preciso al tratarse de una enumeración abierta, entre las materias susceptibles de ser objeto de modificación conforme al art. 41 ET, las referidas a la distribución del tiempo de trabajo. Al mismo tiempo, se incrementó dicho carácter unilateral al hacer desaparecer, prácticamente, cualquier restricción, al margen de la concurrencia de unas causas cada vez más diluidas.

Asimismo, nos queda recordar como, junto a la suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, el art. 47 ET prevé la posibilidad de que se lleve a efecto la reducción de la jornada de trabajo de todos o parte de los trabajadores de la empresa. Esta reducción podrá realizarse entre un diez y un setenta por ciento de la jornada y el procedimiento para llevarlo a efecto será el mismo que el previsto para la suspensión del contrato. Es decir, que dicha posibilidad se configura como una potestad empresarial que no requiere, obligatoriamente, el alcanzar ningún tipo de acuerdo con los representantes de los trabajadores[60]. Por otra parte, esta reducción mantiene un mismo régimen jurídico independientemente del origen colectivo o individual de la regulación de la jornada que se pretende reducir. En definitiva, se admite una excepción, de carácter temporal, a la aplicación del convenio colectivo regulador de la jornada no exigiéndose el acuerdo, inexcusablemente, con los representantes de los trabajadores. Por el contario, la existencia del acuerdo sólo implicaría la presunción de la concurrencia de las causas justificativas. En caso de que no haya acuerdo, el empresario notificará su decisión, no requiriéndose, como ocurría hasta la reforma de 2012, de autorización administrativa. Por el contrario, la autoridad laboral sólo podrá impugnar dicha decisión a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo[61].

La evolución de este precepto nos parece especialmente significativa a los efectos de nuestro estudio[62]. En primer lugar, el artículo incorpora en la reforma de 2010 una posibilidad que ya estaba en la práctica empresarial y que venía avalada jurisprudencial y admi-

60 Véase MELLA MÉNDEZ, «La suspensión del contrato y reducción temporal de jornada tras las reformas laborales de 2012», R.L., nº 23, 2012, p. 7; y FERRADANS CARAMES, C., «La reducción de la jornada de trabajo como mecanismo de reestructuración empresarial frente a la crisis de empleo», Temas Laborales, nº 107, 2016, p. 244.

61 Sobre el significado del retroceso de la intervención de la Administración Laboral en la configuración del tiempo de trabajo, puede verse ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva», La Ley, 5825/2002, p. 8.

62 OLARTE ENCABO, S., «Liberalización» y «Subvención» de la suspensión del contrato de trabajo y de la reducción temporal de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 47 ET) tras la reforma de 2012», Documentación Laboral, nº 95-96, 2012, pp. 77-88.

nistrativamente. En la reforma de 2012 se elimina la autorización administrativa siendo, pues, una potestad empresarial no sujeta a más límite que la apertura de un período de consultas[63]. En el caso de que tal período concluya con acuerdo, se presume la concurrencia de la causa del expediente. Es decir, se pasa de un control previo administrativo a otorgar especial consideración al carácter consensuado de la medida. Sin embargo, dicho carácter queda relativizado por dos factores. En primer lugar, por la posibilidad de que el empresario continúe con la reducción de la jornada a pesar de que no alcance un acuerdo. En segundo lugar, de nuevo aquí, por la "descolectivización" de los representantes de los trabajadores, consecuencia de la remisión al art. 41.4 y la adjudicación de capacidad para la negociación de esta reducción, en última instancia, a las comisiones ad hoc tantas veces citadas en este trabajo.

Las múltiples posibilidades flexibilizadoras de la gestión del tiempo de trabajo convirtieron en muy complejo su control para evitar abusos empresariales en un contexto fuertemente precarizado de trabajo. Por ello, en el RD-Ley 8/19, de 8 de marzo, se extendió la obligatoriedad del registro de jornada de trabajo, en el que se incluirá el horario de cada persona trabajadora[64]. No obstante, incluso en esta garantía frente a los abusos detectados en la práctica, se termina secundando, desde el punto de vista de las fuentes que implementarán tales registros, la salvaguarda de las potestades unilaterales del empresario. De este modo, será la negociación colectiva la encargada de tal implementación y, en su defecto, será la empresa, de nuevo unilateralmente, la que determine el procedimiento más adecuado de control. Es decir, una norma que comienza siendo de carácter imperativo a la hora de configurar su existencia, termina delegando, en muchos casos, en el sujeto controlado los instrumentos en los que se llevará a cabo el mismo[65]. Ello ha generado que, en la práctica, se hayan denunciado por la Inspección numerosos déficits en estos procesos[66].

En definitiva, son múltiples las posibilidades directa o indirectamente concedidas al empresario para la gestión del tiempo de trabajo de manera unilateral sin que apenas existan ejemplos de atribución de facultades parecidas, en la gestión de su propio tiempo, en favor de los trabajadores[67], al contrario de lo que, desde la doctrina, se viene manteniendo como indispensable[68].

63 Puede verse la relación entre el retroceso de la intervención administrativa y el aumento de las potestades unilaterales en LANTARÓN BARQUÍN, D., «Repensando en la autonomía colectiva "versus" autonomía individual», en MONEREO PÉREZ, J.L. y otros (coord.), El sistema de negociación colectiva en España: estudio de su régimen jurídico, Navarra, Aranzadi, 2013, pp. 201-241.

64 Sobre la necesidad de que este sistema sea creíble, fidedigno y seguro véase la Sentencia TJUE de 14 de mayo de 2019, asunto C-55/18.

65 MOLINA NAVARRETE, C., «Nuevas claves de gestión del tiempo de trabajo: problemas aplicativos, sentencias controvertidas y primeros desarrollos convencionales», RTSS-CEF, nº 440, 2019, pp. 134-135.

66 Véase las reflexiones de la Inspectora de Trabajo Mercedes Martínez Aso en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/06/el-registro-horario-y-como-el-arbol-no.html

67 CABEZA PEREIRO, J., «Las fuentes reguladoras de la jornada de trabajo», cit., p. 28.

68 CASAS BAAMONDE, M.E., «Distribución irregular de la jornada, flexibilidad del tiempo de trabajo y tiempo de vida personal y familiar», Revista Jurídica de la Universidad de León, nº 4, 2017, p. 7.

Esta tendencia de aumento de las facultades empresariales en la gestión del tiempo de trabajo no es exclusiva de nuestro ordenamiento interno. Por el contrario, una simple lectura de la Directiva 2003/88/CE evidencia que nos encontramos ante una línea de tendencia que configura al tiempo de trabajo como uno de los elementos más valiosos en orden a la gestión flexible del trabajo en su conjunto. Así, por ejemplo, podríamos recordar las amplias facultades que en el art. 22 de la citada Directiva se conceden a los pactos individuales para superar la jornada máxima semanal prevista por ella en orden a garantizar la salud de los trabajadores[69].

b) Reciente realidad convencional y potestades unilaterales

Es evidente que en la configuración de las fuentes que regularán las cuestiones relacionadas con el tiempo de trabajo va a ser fundamental la recepción por parte de la negociación colectiva de las importantes potestades que se le confieren, en especialmente, en la gestión flexible del mismo. Por ello, es conveniente hacer un pequeño recorrido, sirviéndonos de los estudios doctrinales que han profundizado en esta cuestión, a través de la realidad convencional posterior a la reforma de la crisis. De este modo, podremos llegar a saber cuál es, en la práctica, la distribución competencial entre las diferentes fuentes de regulación presentes. A este respecto, podemos destacar los siguientes elementos caracterizadores de esta nueva realidad convencional:

- Durante esta década se ha producido un importante retroceso de los niveles de cobertura convencional, lo que, evidentemente, condiciona buena parte de las lógicas ideadas por el legislador[70]. Además, a pesar de la fuerte promoción legal de la negociación colectiva de empresa, ello no se ha traducido en una modificación de los porcentajes de cobertura de la negociación colectiva sectorial respecto a aquella[71].

-La negociación colectiva sectorial renuncia, como regla general, a una regulación sistemática de las cuestiones relativas al tiempo de trabajo. Además, cabe destacar que solo un porcentaje muy reducido de convenios colectivos sectoriales contienen una regulación adecuada sobre distribución irregular de la jornada de trabajo[72].

- Los convenios colectivos de empresa, en el caso de existir, son los que más habitualmente regulan de manera pormenorizada los aspectos cuantitativos y cualitativos del tiempo de trabajo. Ello no de es de extrañar a tenor de que, a través de los sucesivos Acuerdos

69 Véase DE VICENTE PACHÉS, F. y MATEU CARUANA, M.J., Crisis de empresa y tiempo de trabajo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

70 Véase Observatorio de la negociación colectiva, Boletín de la Comisión Consultiva Nacional de Convenio colectivos, nº 66 (diciembre de 2018).

71 ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Contenidos de la negociación en el nuevo contexto laboral: la retribución del trabajo», cit., pp. 169-170.

72 MERINO SEGOVIA, A. y otros, «La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa en la organización y gestión del tiempo de trabajo», en ALFONSO MELLADO, C.L. y otros (coord.), Los convenios colectivos de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012, Lefbvre, Madrid, 2016, p. 328.

para el empleo y la negociación colectiva, se consideró por parte de los firmantes que esta materia era preferible que fuera regulada en el ámbito más próximo al de su aplicación. No obstante, nuestra organización productiva hace que todavía muchas empresas carezcan de convenio colectivo propio. Esta es la razón por la que son muy habituales las remisiones contenidas en los convenios colectivos sectoriales a los acuerdos entre los representantes de los trabajadores y la empresa con relación a la ordenación del tiempo de trabajo. A través de estos instrumentos formalmente colectivos se estaría superando los problemas que, con relación a la legitimación de los representantes de los trabajadores, puede tener la negociación de convenios colectivos de empresa[73].

-Por otra parte, se detecta una ampliación, vía convencional, de las potestades unilaterales. A pesar de las dudas planteadas por cierto sector de la doctrina sobre las posibilidades de la negociación colectiva de atribuir a la autonomía individual facultades que el ET asigna a la negociación colectiva[74], este tipo de cláusulas han sido detectadas en los análisis de la regulación convencional posterior a las reformas de la crisis. Así, por ejemplo, podríamos citar la presencia convencional de sistemas flexibles de gestión del tiempo de trabajo al margen de los previstos legalmente. El ejemplo más significativo, probablemente, sea el de las bolsas de horas[75].

-Ello hace innecesario la utilización de algunos de los instrumentos flexibilizadores más llamativos de tales reformas, siendo muy escasos los supuestos de inaplicación. Del análisis de los datos obtenidos de la última Estadística de Convenio colectivos elaborada en el mes de septiembre por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, desde la aprobación de la reforma, se han venido realizando más de mil inaplicaciones anuales. En los años siguientes a la reforma se realizaron más de dos mil inaplicaciones, llegando a afectar en el año 2013 a más de 150.000 trabajadores. No obstante, el número de inaplicaciones ha ido descendiendo en torno a los 30.000 trabajadores afectados. En el presente año, los datos hasta septiembre indican que se han producido 822 inaplicaciones que afectaron a 16.464 trabajadores. Respeto de las condiciones de trabajo inaplicadas, la gran mayoría de las inaplicaciones presentadas (el 89,8 %) se refieren a la cuantía salarial pactada en el correspondiente convenio[76].

---

73 DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L., «Contenidos de la negociación en el nuevo contexto laboral: el tiempo de trabajo», cit, p. 271.

74 MERINO SEGOVIA, A. y otros, «La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa en la organización y gestión del tiempo de trabajo», cit., p. 323.

75 ALARCÓN BRAVO DE RUEDA, P.O., «Convenio colectivo de industria siderometalúrgica de Navarra: jornada laboral flexible. Saldo plurianual de la bolsa de disponibilidad de horas. Procedencia. Adopción a circunstancias del mercado», NREDT, nº 176, 2015, pp. 331-338. Sobre la utilización de este mecanismo de gestión flexible del tiempo de trabajo, puede verse con anterioridad a las reformas MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M., «Bolsas de horas y distribución irregular de la jornada», Información Laboral, nº 6, 2004, pp. 3-32.

76 Cfr. RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, C. y CANAL DOMÍNGUEZ, J.F., «Análisis de las inaplicaciones de convenios tras la reforma laboral», Revista de Economía Laboral, nº 13 (2), 2016, pp. 65-91.

-En línea con todo la anterior, lógicamente, son muy escasos los convenios colectivos que han optado por regulaciones del tiempo de trabajo que supongan ventajas adicionales para los trabajadores en forma de reducción de jornadas de trabajo sin disminución de salarios o de organización flexible del tiempo de trabajo a instancias del trabajador más allá del supuesto específico del art. 34.8 ET[77].

c) Tiempo de trabajo y conciliación de la vida personal y familiar

Quizás uno de los aspectos en los que la autonomía de la voluntad del trabajador habría de estar más presente respecto a la gestión del tiempo de trabajo estaría relacionado con la atribución de una cierta libertad a la hora de hacer compatible la conciliación de su vida personal y familiar con una gestión flexible, esta vez en su beneficio, de aquel. Es decir, en correspondencia a la atribución de tan importantes potestades unilaterales empresariales, el trabajador también habría de ser destinatario de ciertas capacidades de adaptación de su jornada laboral[78].

Pues bien, la redacción dada al art. 34.8 ET por la reforma de principios de la actual década venía a consagrar dicha posibilidad conforme a la siguiente redacción:

«El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella.

A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas».

Este precepto fue interpretado de modo extraordinariamente restrictivo por el Tribunal Constitucional que vino a negar, como ya advertimos, el derecho de los trabajadores a la adaptación de la jornada, más allá de las posibilidades abiertas por el art. 34.8 ET, en su redacción anterior a 2019, a que se establezca por convenio o pacto (STCo. 24/11, de 14 de marzo)[79].

77 GORELLI HERNÁNDEZ, J., «Tiempo de trabajo y jornada. Regulación y tratamiento en la negociación colectiva», en AA.VV., Tiempo de trabajo. XXIX Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva, MESS, Madri, 2017, p. 179; y MERINO SEGOVIA, A. y otros, «La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa en la organización y gestión del tiempo de trabajo», cit., p. 403.

78 MARTÍNEZ MORENO, C., «Vida privada y relación de trabajo. A propósito de la posibilidad de pactar individualmente las condiciones de ejercicios de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral», Tribuna Social, nº 197, 2007, pp. 17 y ss.

79 Esta situación se hacía más grave a tenor de la "desidia" de los negociadores a la hora de implementar medidas de conciliación de la vida familiar y laboral. En este sentido, véase el análisis realizado de este tipo de cláusulas convencionales por DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L., «Conte-

Esta situación trató de ser contrarrestada por el Real Decreto-Ley 6/19, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, en el que lo definió, expresamente, como un «derecho a solicitar la adaptación por parte de las personas trabajadoras». Es decir, no se hace referencia a que haya sido previsto convencionalmente con carácter previo. Sin embargo, en última instancia, en el caso de que no aparezca regulado en el correspondiente convenio colectivo, queda relegado su ejercicio al acuerdo trabajador-empresario (art. 34.8 ET)[80].

Es evidente el contraste entre la posibilidad de reducción de la jornada de trabajo cuando la misma se plantea a instancias de los trabajadores, siempre subordinada a las necesidades empresariales[81], y los supuestos de adaptación de la jornada motivada por intereses de la empresa, cada vez más desprovistos de control y prácticamente descausalizados. Tras esta clara diferencia entre las potestades unilaterales empresariales y las de los trabajadores se encuentra una explicación de carácter ideológico y que no es otra que la consagración del interés empresarial y la defensa de la productividad como elemento basilar de nuestro sistema de relaciones laborales. A este objetivo contribuye, entusiastamente, la más reciente jurisprudencia del Tribunal constitucional.

Por otra parte, la atribución a la negociación colectiva, en primer lugar, de la facultad de determinar las condiciones del ejercicio del derecho de conciliación, también incluye, a juicio del Tribunal Supremo[82], si bien en una sentencia anterior a la reforma, la compatibilidad de dicho reconocimiento con la posibilidad prevista en el art. 37.7 de subordinar el mismo con las necesidades productivas y organizativas de la empresa. Es decir, el Supremo terminó admitiendo el otorgamiento a la empresa de la facultad última de conceder dicho derecho[83].

Tras la reforma, esta facultad empresarial de concesión ha sido incorporada en la nueva redacción del precepto. Sólo en el caso de que el empresario acepte la propuesta de la persona trabajadora, la medida será efectiva desde el momento de su solicitud. En caso de que la empresa no acepte la adaptación propuesta, la efectividad quedará subordinada a la resolución dictada por el juez tras el recurso planteado contra dicha negativa por la persona trabajadora.

---

nidos de la negociación en el nuevo contexto laboral», cit., pp. 301-302.

80 IGARTUA MIRÓ, M.T., «Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET», RGDTSS, nº 53, 2019, p. 82.

81 Sobre el respaldo jurisprudencial a la prioridad del interés empresarial en este contexto, puede verse MOLINA NAVARRETE, C., «"Autodeterminación" ("soberanía") sobre el tiempo y adaptación de la jornada "a la carta" por razones conciliatorias: entre utopías, derechos y quimeras», Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF., nº 441, 2019, pp. 5 y ss.

82 STS de 24 de julio de 2017 (Rec. 2016/245).

83 En general, sobre las relaciones entre conciliación y productividad, puede verse MOLINA HERMOSILLA, O., «De la conciliación a la corresponsabilidad: hacia una política de productividad y flexibilidad», en Molina Hermosilla, O. (dir), Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género, Comares, Granadas, 2012, pp.133 y ss.

Conforme a lo anterior, puede comprobarse que, pese a estar implicados derechos individuales de tanta significación para el trabajador, los mismos están condicionados en su ejercicio, también tras la reforma de 2019, al reconocimiento y desarrollo previsto de manera externa a la de la persona trabajadora que requiere la adaptación de su tiempo de trabajo. Esta circunstancia ha sido criticada por cierto sector de la doctrina por considerarse que, en la práctica, dichos condicionantes, en especial los contenidos en los art. 34.8 y 37.6 ET, pueden impedir un adecuado ejercicio de tales derechos[84].

Hemos de advertir, además, que los problemas generados en las relaciones entre ley, convenio colectivo y contrato de trabajo en esta materia han sido de difícil solución. La confluencia, como ya advertimos de un interés empresarial a la productividad y los derechos personales de los trabajadores a la conciliación, generan importantes dudas sobre su efectividad. El contraste entre interés individual y colectivo queda muy evidenciado en esta materia. Cabe citarse, por ejemplo, la STS de 21 de marzo de 2011 en la que se declaró la nulidad del artículo de un convenio colectivo que ampliaba los derechos de los trabajadores a la conciliación, pero, al mismo tiempo, incorporaba requisitos para su solicitud superiores a los legales.

6. El trabajador como sujeto enajenado de la gestión de su tiempo

El trabajador individual se encuentra, como consecuencia de la confluencia de todos los mecanismos de flexibilidad directa o indirecta de la gestión del tiempo de trabajo, enajenado de su propio tiempo. A este respecto, cabe recordar que, al haberse mantenido formalmente el carácter colectivo de los procedimientos de alteración de dicho tiempo de trabajo, no es posible encontrar ningún instrumento adecuado de resistencia individual a dichos cambios. Todo ello, a salvo, lógicamente, de la posibilidad de solicitar la extinción indemnizada de su contrato de trabajo prevista en el art. 41.3 ET.

Un respaldo contundente a este razonamiento lo constituye, sin lugar a duda, la sentencia del Tribunal constitucional 118/19, de 16 de octubre, y que, como viene siendo habitual, no ha contado con la unanimidad de sus magistrados. En la misma se valoró la constitucionalidad de la redacción dada por la reforma de 2012 al art. 52 d) ET y la posibilidad concedida en este precepto a la empresa de despedir a aquellos trabajadores que, aunque estuvieran justificadas, acumulen un determinado número de días de ausencia. Por otra parte, esta sentencia se viene a unir a la posición mantenida por el máximo intérprete de la Constitución con relación a la constitucionalidad de la última gran reforma de nuestro Estatuto, en sus ya mencionadas sentencias 119/2014 y 8/2015.

Evidentemente, la posibilidad de faltar al trabajo, sin que ello implique consecuencias negativas para el trabajador, durante los períodos de enfermedad, está directamente relacionada con el tiempo de trabajo y su gestión. En relación a esta, el Tribunal Constitucional

84 Cfr. BALLESTER PASTOR, M.A., «Flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo», cit., p. 57.

considera, básicamente y sin ánimo de extendernos demasiado al respecto, que en el conflicto entre, por una parte, la integridad física, el derecho a la salud y el derecho al trabajo y, por otra, el derecho de libertad de empresa, ha de considerarse preferente este último: «debemos descartar que el precepto legal cuestionado resulte contrario al art. 35.1 CE, pues si bien es cierto que el legislador ha adoptado una medida que limita el derecho al trabajo, en su vertiente de derecho a la estabilidad en el empleo, lo ha hecho con una finalidad legítima –evitar el incremento indebido de los costes que para las empresas suponen las ausencias al trabajo, que encuentra fundamento constitucional en la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE). Se han ponderado los derechos e intereses en conflicto, especialmente a través de las señaladas excepciones a la cláusula general que permite la extinción del contrato de trabajo por absentismo, así como mediante el establecimiento de la correspondiente indemnización al trabajador en caso de que el empresario opte por la decisión extintiva, que en todo caso puede ser impugnada ante la jurisdicción social. A esta corresponde controlar que la decisión empresarial se ajusta a los presupuestos establecidos en el art. 52 d) LET y que la aplicación del precepto en el caso concreto no va más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad legítima de proteger los intereses del empleador frente a las faltas de asistencia del trabajador a su puesto de trabajo, cuando alcancen la duración establecida por la norma».

En definitiva, la libertad de empresa y la defensa de la productividad son derechos que legítimamente limitan, en opinión del constitucional, el derecho al trabajo, a la integridad física y a la salud. Evidentemente, esta argumentación, unida a la expresada con anterioridad, rompe toda posibilidad del trabajador para una gestión autónoma de su tiempo de trabajo que, ni tan siquiera en el supuesto de una enfermedad acreditada, le permite ausentarse del trabajo por encima de los límites estatutarios sin que ello conlleve importantes consecuencias en su contra.

La Sentencia ahora analizada fue objeto de varios votos particulares que, dada la fineza de sus razonamientos jurídicos, no nos resistimos, si quiera someramente, a resumir. Nos limitaremos a traer uno de los argumentos que, de una u otro modo se repiten en los mismos, y que estriba en afirmar que la libertad de empresa consagrada en el art. 38 CE no es un derecho susceptible de contraponerse al derecho al trabajo. Conforme al voto elaborado por el profesor Valdés Dal-Ré, «atañe el art. 38 CE a las reglas de ordenación de la economía de mercado; y no, por tanto, a las fuentes de la relación laboral, al patrimonio jurídico de los trabajadores o los límites del legislador al incidir en derecho fundamentales de los trabajadores. Las breves referencias de nuestra jurisprudencia a la defensa de la productividad, imprecisas y vagas como pocas otras, no hacen sino acreditar la volatilidad de la justificación que en dicha mención del art. 38 CE trata de encontrar la mayoría para concluir en la constitucionalidad de la norma aquí cuestionada».

7. Conclusiones

En definitiva, en el análisis aquí desarrollado planea un elemento que condiciona la propia estructura de fuentes reguladoras del tiempo de trabajo: la gestión del tiempo de trabajo, a juicio del legislador de la crisis financiera, es uno de los elementos que incide

más directamente en la productividad empresarial y, por tanto, es una competencia que corresponde a la empresa y sólo excepcionalmente habrá de estar condicionada por límites externos.

El único retroceso en la tendencia detectada de continuo aumento de la capacidad de la empresa en el control del tiempo de trabajo lo constituye la necesaria compatibilidad con una cierta conciliación de la vida familiar y personal. En el resto de las ocasiones, flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo es sinónimo, en nuestras relaciones de trabajo, de aumento de la capacidad unilateral empresarial en la utilización de dicho tiempo. Para alcanzar dicho objetivo, como hemos destacado, nuestro ordenamiento, desde el punto de vista de la configuración del sistema de fuentes, arbitra múltiples instrumentos que buscan, en última instancia, no generar demasiados obstáculos que impidan la unilateralidad empresarial en la gestión del tiempo de trabajo.

De este modo, cuando la Ley se autoconfigura como derecho imperativo lo hace, junto a la tradicional función de fijar la duración máxima de la jornada y el necesario respeto de unos mínimos descansos diarios, semanales, etc., para facilitar, directa o indirectamente, dicha unilateralidad. Incluso, la técnica de supletoriedad trasmuta sus típicas funciones y se convierte en una amenaza para los representantes de los trabajadores en la negociación que, de no alcanzar un acuerdo, se encuentran con la llamada de la Ley a la autonomía individual empresarial.

El convenio colectivo, en principio, conserva las funciones que desde los noventa se le vienen asignando, asumiendo, cada vez más intensamente, funciones de gestión. La gran novedad surgida tras la reforma de principio de la década que concluye ha sido la flexibilización de los mecanismos de inaplicación, supresión de la ultraactividad y la priorización de los modelos de negociación en los que existe un mayor desequilibrio de los poderes de negociación de los representantes de trabajadores y empresario. De este modo, instrumentos formalmente colectivos se convierten, en ocasiones, en diques de escasa eficacia frente a la autonomía unilateral empresarial.

Todo ello se ve acompañado por el incremento, una vez más, de los instrumentos típicamente unilaterales en favor del empresario[85]. En concreto, a la exorbitante facultad de modificación unilateral de los contratos de trabajo vía art. 41, se ha de unir la desaparición de autorización previa para la reducción de jornada introducida en el marco de un expediente de regulación de empleo del art. 47, o la exorbitante gestión unilateral del tiempo de trabajo del contrato a tiempo parcial. El aumento de las facultades unilaterales empresariales no viene acompañado de ningún tipo de compensación para los trabajadores, tales como descansos compensatorios u otro tipo de mejora[86].

85 BAYLOS GRAU, A., «El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario», RDS, nº 57, 2012, pp. 9 y ss.; y CRUZ VILLALÓN, J., «Hacia una nueva concepción de la legislación laboral», T.L., nº 115, 2012, pp. 17 y ss.

86 LOUSADA AROCHENA, «El tiempo de trabajo, la productividad y la conciliación en la negociación colectiva», cit., p. 34.

En definitiva, la configuración de la productividad como eje fundamental de las relaciones laborales, como ha admitido recientemente el Tribunal Constitucional, ha de conllevar, lógicamente, la exaltación del sujeto portador de la defensa por antonomasia de esta y, consecuentemente, de su capacidad de imponer sus posturas independientemente de cuáles sean los instrumentos de regulación que sean utilizados en cada momento.

No podemos dejar de concluir sino advirtiendo de que estamos convencidos de que ese incremento exponencial de las potestades unilaterales empresariales se encuentra detrás de las impresionantes cifras de incumplimientos relacionados con la gestión y retribución del tiempo de trabajo. Asimismo, este incremento puede ser la causa de que no haya sido necesario, para favorecer la gestión flexible del tiempo de trabajo, el pleno desarrollo de las instituciones creadas tras la crisis económica para la consecución de dicha finalidad.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ALARCÓN CARACUEL, M.R., La ordenación del tiempo de trabajo, Tecnos, Madrid, 1988.

ALARCÓN BRAVO DE RUEDA, P.O., «Convenio colectivo de industria siderometalúrgica de Navarra: jornada laboral flexible. Saldo plurianual de la bolsa de disponibilidad de horas. Procedencia. Adopción a circunstancias del mercado», NREDT, nº 176, 2015, pp. 331-338.

ARGÜELLES BLANCO, A.R., «La deriva del derecho laboral hacia una ordenación socialmente insostenible del tiempo de trabajo», XXIV Jornadas catalanas de Derecho Social, Barcelona, 2013, p. 5.

BALLESTER PASTOR, M.A., «La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo», R.D.S., nº 62, 2013, p. 55.

BAYLOS GRAU, A. y CABEZA PEREIRO, J., «La lesividad de los convenios de empresa concurrentes con los de sector al amparo del art. 84.2 ET», Revista de Derecho Social, nº 59, 2012.

BAYLOS GRAU, A., «En la onda de las reformas estructurales: la negociación colectiva colonizada desde la unidad económica empresarial», Cuadernos de la fundación, nº 20, 2011, p. 6.
- «El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario», RDS, nº 57, 2012, pp. 9 y ss.

BENAVENTE TORRES, I., «Representación extraestatutaria, participación directa y posible inconstitucionalidad de la comisión ad hoc no sindicalizada», RTSS-CEF, nº 385, 2015, pp. 69 y ss.
-«La contractualización de las condiciones de trabajo del convenio colectivo estatutario: un nuevo paradigma judicial», T.L., nº 130, 2016, pp. 192 y ss.

BILBAO UBILLOS, J., «Creación de empleo y tiempo de trabajo», Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales, núm. 1, julio 1999, p. 46.

CABEZA PEREIRO, J., «Las fuentes reguladoras de la jornada de trabajo», en AA.VV., Tiempo de trabajo, Albacete, Bomarzo, 2007, pp. 13 y ss.

CANUT, F., «Le recul de l'ordre public face à l'accord collectif», Droit Ouvrier, nº 827, 2017, pp. 342 y ss.

CARDENAL CARRO, M., «Un supuesto específico de concurrencia: la prioridad del convenio de empresa», Aranzadi Social, nº 5, 2011, p. 19.

CASAS BAAMONDE, M.E. y BAYLOS GRAU, A., «La organización del trabajo y autonomía individual: la "desregulación" del convenio colectivo», Relaciones Laborales,1988-I, 171 y ss.

CASAS BAAMONDE, M.E., «Distribución irregular de la jornada, flexibilidad del tiempo de trabajo y tiempo de vida personal y familiar», Revista Jurídica de la Universidad de León, nº 4, 2017, p. 7.
-«La rigidez de la ley laboral flexibilizadora», en RAMOS, M. y ROJAS, G. (coords.), Transformaciones del Estado Social y de Derecho del Trabajo, Comares, Granada, 2014, pp. 63 y ss.
- «La pérdida de la ultraactividad de los convenios colectivos», R.L., nº 6, 2013, pp. 1-25.

CASTRO ARGÜELLES, M.A., «El fin de la ultraactividad del convenio colectivo y los trabajadores de nuevo ingreso: inaplicación por vía de "contractualización" del convenio vencido», Revista de Jurisprudencia Laboral, nº 5, 2019.

CHACARTEGUI JÁVEGA, C., Negociación colectiva y sostenibilidad medioambiental. Un compromiso social y ecológico, Bomarzo, Albacete, 2018.

CORREA CARRASCO, M., «La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales», RDS, nº 59, 2012, pp. 32 y ss.

CRUZ VILLALÓN, J., «Hacia una nueva concepción de la legislación laboral», T.L., nº 115, 2012, pp. 17 y ss.
-«Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011 y 2012», en Reformas estructurales y negociación colectiva : XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2012, CARL, Sevilla, pp. 17-76.

DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L., «Contenidos de la negociación en el nuevo contexto laboral: el tiempo de trabajo y la distribución irregular de la jornada», Temas Laborales, nº 140, 2017, pp. 301-302.

DESDENTADO BONETE, A., «La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la sentencia de 22 de diciembre de 2014», Revista Información Laboral, nº 3, 2015, pp. 25-44.

DE VICENTE PACHÉS, F. y MATEU CARUANA, M.J., Crisis de empresa y tiempo de trabajo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., ««Eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios en el seno de las nuevas funciones de la autonomía colectiva», Revista Española de Derecho del Trabajo (Civitas), nº 97 (septiembre-octubre), 1999, pp. 681-704.
- «Contenidos de la negociación en el nuevo contexto laboral: la retribución del trabajo», Temas Laborales, nº 140, 2017, pp. 169-170.
- «Convenio colectivo y autonomía individual en masa», Temas Laborales, nº 84, 2006,

pp. 155-165.
- Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, CES, Madrid, 2001.
- La mujer trabajadora en el Derecho del trabajo histórico en España, Comares, Granada, 2019.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Dos reformas trenzadas de la negociación colectiva: la Ley 35/10 y el RD-Ley 7/11», R.L., nº 23-24, p. 323; VALDÉS DAL-RÉ, F., «El sistema español de negociación colectiva, entre la continuidad y el cambio», R.L., nº 8, 2011, pp. 5 y ss.
- «Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva», La Ley, 5825/2002, p. 8.

GARCÍA MURCIA, J., «La reducción de la jornada de trabajo: fórmulas legales y vías de control judicial», A.L., nº 6, 2013.

GARCÍA QUIÑONES, J.C., «El régimen jurídico de la retribución en el ordenamiento español: herencias y tendencias», R.L., nº 1, 2013

GARCÍA VIÑA, J., La negociación colectiva en España tras las Últimas Reformas, Aranzadi, Pamplona, 2011.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Autonomía individual "en masa" y antisindicalidad», Relaciones Laborales, 1989-II, pp. 256 y ss.

GOERLICH PESET, J.M., «La ultraactividad de los convenios colectivos», Justicia Laboral, nº 54, 2013, pp. 13-36.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma de mercado laboral», T.L., nº 115, 2012, p. 120.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., «Tiempo de trabajo y jornada. Regulación y tratamiento en la negociación colectiva», en AA.VV., Tiempo de trabajo. XXIX Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva, MESS, Madri, 2017, pp. 63 y ss.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y ILLUECA BALLESTER, H., El huracán neoliberal. Una reforma laboral contra el trabajo, Sequitur, Madrid, 2012, p. 112.

IGARTUA MIRÓ, M.T., «Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET», RGDTSS, nº 53, 2019, p. 82.

JÓDAR, P., ALÓS, R., BENEYTO, P. y VIDAL, S., «La representación sindical en España: cobertura y límite», Cuadernos de Relaciones Laborales, nº 36, 2018, pp. 15 y ss.

LANTARÓN BARQUÍN, D., «Repensando en la autonomía colectiva "versus" autonomía individual», en MONEREO PÉREZ, J.L. y otros (coord.), El sistema de negociación colectiva en España: estudio de su régimen jurídico, Navarra, Aranzadi, 2013, pp. 201-241.

LLOMPART BENNÀSAR, M., «Alcance de la reforma laboral en materia de salario», T.L., nº 122, 2013.

LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., Distribución irregular de la jornada de trabajo, Lefbvre, Madrid, 2015.

LOUSADA AROCHENA, «El tiempo de trabajo, la productividad y la conciliación en la negociación colectiva», en XXI Jornada de estudio sobre negociación colectiva, Madrid, 2009, p. 25.

LYON-CAEN, G., Droit du Travail, París, Dalloz, 17ª edición, 1994.

MARTÍN VALVERDE, A., «Régimen de la ultraactividad», en Goerlich Peset, J.M., Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 1529-1549

MARTÍNEZ MORENO, C., «La recomposición del sistema de fuentes en la ordenación del tiempo de trabajo» en Argüelles Blanco, A.R. y Romero Bustillo, A.M. (dir.), Régimen jurídico y gestión racional del tiempo de trabajo, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 30.
-«Vida privada y relación de trabajo. A propósito de la posibilidad de pactar individualmente las condiciones de ejercicios de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral», Tribuna Social, nº 197, 2007, pp. 17 y ss.

MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M., «Bolsas de horas y distribución irregular de la jornada», Información Laboral, nº 6, 2004, pp. 3-32.
- «Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales», La Ley, 2028/2013, p. 11.
- El régimen jurídico de la disponibilidad horaria, Navarra, Aranzadi, 2011.

MELLA MÉNDEZ, L., «La suspensión del contrato y reducción temporal de jornada tras las reformas laborales de 2012», R.L., nº 23, 2012, p. 7.

MERCADER UGUINA, J., «Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios colectivos», en La reforma de la negociación colectiva, Lex Nova, Valladolid, p. 95.

MERINO SEGOVIA, A. y otros, «La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa en la organización y gestión del tiempo de trabajo», en ALFONSO MELLADO, C.L. y otros (coord.), Los convenios colectivos de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012, Lefbvre, Madrid, 2016, p. 328.

MOLINA HERMOSILLA, O., «De la conciliación a la corresponsabilidad: hacia una política de productividad y flexibilidad», en Molina Hermosilla, O. (dir), Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género, Comares, Granadas, 2012, pp.133 y ss.

MOLINA NAVARRETE, C., «Entre "polvos" y "lodos": el fin de la ultraactividad abre la "caja de Pandora"», RTSS-CEF, nº 439, 2019, pp. 5-19.
- «Nuevas claves de gestión del tiempo de trabajo: problemas aplicativos, sentencias controvertidas y primeros desarrollos convencionales», RTSS-CEF, nº 440, 2019, pp. 134-135.
- «"Autodeterminación" ("soberanía") sobre el tiempo y adaptación de la jornada "a la carta" por razones conciliatorias: entre utopías, derechos y quimeras», Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF., nº 441, 2019, pp. 5 y ss.

MONREAL BRINGSVEARD, E.J., La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo, CES, Madrid, 2005.

MUÑOZ RUIZ, A.B., «Últimas tendencias en la ordenación flexible del tiempo de trabajo en los convenios colectivos de empresa», Información Laboral, nº 1, 2014.

OLARTE ENCABO, S., «Liberalización» y «Subvención» de la suspensión del contrato de trabajo y de la reducción temporal de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 47 ET) tras la reforma de 2012», Documentación Laboral, nº 95-96, 2012, pp. 77-88.

QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., Los convenios colectivos irregulares, Madrid, CES, 1999.

RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, C. y CANAL DOMÍNGUEZ, J.F., «Análisis de las inaplicaciones de convenios tras la reforma laboral», Revista de Economía Laboral, nº 13 (2), 2016, pp. 65-91.

ROLDÁN MARTÍNEZ, A., «El papel emergente de la empresa como ámbito de negociación de los salarios», en Escudero Rodríguez, R. (coord.), La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012, Cinca, Madrid, 2012.

RUIZ CASTILLO, M.M. Y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo, Bomarzo, Albacete, 2013.

SAVATIER, J., «Les seulis d'effectifs pour l'application des lois Aubry», Droit Social, nº 3, 2000, pp. 318-321.

SEMPERE NAVARRO, A.V., «Sobre la ultraactividad de los convenios colectivos», Revista Aranzadi Doctrinal, nº 4, 2013, pp. 11-24.

TRILLO PÁRRAGA, F.J., La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales, Lex Nova, Valladolid, 2010.

VALDÉS DAL-RÉ, F., «La reforma de 2012 de la negociación colectivo: la irrazonable exacerbación de la función de gestión», R.L., nº 23, 2012.
- Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social, Madrid, MTSS, 1994.

PONENCIA GENERAL PRIMERA
TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO

MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

1. Aproximación conceptual.
   1.1. La contraposición "Tiempo de trabajo" y "período de descanso": La definición de tiempo de trabajo en la directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación el tiempo de trabajo.
      1.1.1. Criterio espacial o locativo: permanencia en el trabajo.
      1.1.2. Criterio de la disponibilidad: a disposición del empleador.
      1.1.3. Criterio material o funcional:ejercicio de su actividad y sus funciones.
      1.1.4. Irrelevancia del carácter remunerado.
   1.2. Referencias normativas al Tiempo de trabajo efectivo en el ordenamiento jurídico-laboral Español.
      1.2.1. El tiempo de trabajo efectivo en el Estatuto de los Trabajadores.
      1.2.2. Otras referencias normativas.
      1.2.3. Otros conceptos contrapuestos a "tiempo de trabajo efectivo": el "tiempo de actividad formativa" y el "tiempo de presencia".
         a) Tiempo de trabajo efectivo y tiempo de actividad formativa en el contrato para la formación y el aprendizaje.
         b) Tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia en los sectores de transporte y trabajo en el mar.
      1.2.4. El papel de la negociación colectiva en la concreción de lo que es tiempo de trabajo efectivo.

2. Períodos considerados como tiempo de trabajo efectivo.
   2.1. Introducción: La delimitación legal, negocial y jurisprudencial del concepto tiempo de trabajo.
   2.2. Guardias presenciales
   2.3. Guardias localizadas o retenes.
   2.4. Períodos de disponibilidad de los trabajadores móviles del sector del transporte por carretera no considerados como tiempo de presencia.
   2.5. Actividades de preparación y actividades de finalización de la jornada de trabajo.
   2.6. Períodos invertidos en trayectos y desplazamientos.
      2.6.1. Los desplazamientos domicilio-centro de trabajo no son tiempo de trabajo efectivo.
      2.6.2. Los desplazamientos domicilio-clientes de los trabajadores sin centro de trabajo fijo son tiempo de trabajo.
      2.6.3. Desplazamientos intermedios durante la jornada laboral.
      2.6.4. Desplazamientos por motivos formativos de los trabajadores en formación y aprendizaje.
   2.7. Períodos de formación
   2.8. Asistencia y participación en reuniones y eventos de interés empresarial.
   2.9. Actividades en materia de prevención de riesgos laborales.
   2.10. Períodos de rehabilitación de los trabajadores con discapacidad contratados para la formación y el aprendizaje.
   2.11. Períodos de descanso: La "pausa del bocadillo".
      2.11.1. La exclusión como regla general: los descansos no son tiempo de trabajo efectivo.
      2.11.2. La discutible calificación como tiempo de trabajo de las ausencias que tienen la consideración de permisos retribuidos.
      2.11.3. La "pausa del bocadillo" como tiempo de trabajo efectivo.

1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Nuestro análisis se centra en la identificación del concepto "tiempo de trabajo efectivo", que pese a su aparente simplicidad, es un concepto jurídico en continua construcción. Por tanto, se revisarán los criterios de definición del concepto "tiempo de trabajo", los períodos que tienen consideración de tiempo de trabajo efectivo, y los que por exclusión, tienen la consideración de períodos de descanso. Dejamos a un lado otros aspectos que van a ser tratados en otros estudios, pero que afectarían directamente a los aspectos aplicativos del tiempo de trabajo efectivo, a su concreción y al control y registro diario de la jornada de trabajo (artículo 34.9 TRET, introducido por Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo). No obstante, hay que reconocer que con la reciente implantación del control y registro diario de la jornada de trabajo se ha revitalizado y reactivado el interés por el propio concepto de tiempo de trabajo efectivo y concretamente qué períodos deben computarse y registrarse como tiempo de trabajo.

La delimitación conceptual de lo que deba entenderse por tiempo de trabajo, y consiguientemente, de los períodos de descanso, ha de hacerse conforme a la normativa comunitaria y no conforme a las legislaciones nacionales[1]. Por ello, más allá de una primera

1 El TJUE ha declarado que los conceptos de tiempo de trabajo y período de descanso, que contrapone la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, no deben interpretarse en función de las disposiciones de las diferentes normativas de los Estados miembros, sino que constituyen conceptos de Derecho comunitario que es preciso definir según características objetivas, refiriéndose al sistema y a la finalidad de dicha Directiva, que es establecer unas disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores . De esta forma, como recuerda la Comunicación de la Comisión interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C165/01, DOCE de 24 de mayo de 2017), sólo una interpretación autónoma semejante puede garantizar la plena eficacia de la Directiva, así como una aplicación uniforme de los mencionados conceptos en la totalidad de los Estados miembros (Vid. STJUE de 1 de diciembre de 2015, Dellas, asunto C-14/04, apartado 44; STJUE de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, asunto C-151/02, apartado 58; Auto del TJUE de 11 de enero de 2007, Vorel, C-437/05, apartado 26; STJUE de 10 de septiembre de 2015, Tyco, asunto C-266/14, apartado 27; y el Auto del TJUE de 4 de marzo de 2011, Grigore, asunto C-258/10, apartado 44). Esto también significa que los Estados miembros no pueden determinar unilateralmente el alcance de estos conceptos (STJUE de 1 de diciembre de 2015, Dellas, asunto C-14/04, apartado 45). Esta observación se ve corroborada por el hecho de que la Directiva no permite ninguna excepción a su artículo 2 (Auto del TJUE de 4 de marzo de 2011, Grigore, asunto C-258/10, apartado 45; o STJUE de 10 de septiembre de 2015, Tyco, asunto C-266/14, apartado 28), el cual establece, entre otras cosas, las definiciones de tiempo de trabajo y período de descanso. De esta manera, cuando se solicita a los tribunales nacionales que se pronuncien sobre si determinado período se considera tiempo de trabajo o período de descanso, estos no deben limitar su análisis a las disposiciones del Derecho nacional, sino que deben examinar los requisitos que se aplican en la práctica al tiempo de trabajo del trabajador en cuestión (Auto del TJUE de 4 de marzo de 2011, Grigore, asunto C-258/10, apartado 50). No obstante, aunque los Estados miembros no puedan alterar la definición de tiempo de trabajo , sí que pueden establecer disposiciones más favorables conforme al artículo 15 de la Directiva 2003/88/CE (STJUE de 21 de

aproximación estrictamente semántica[2] y de las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales de las referencias normativas estatutarias (básicamente el artículo 34.5 TRET, al que nos referiremos más adelante)[3], el punto de partida debe ser la definición comunitaria de tiempo de trabajo.

1.1. LA CONTRAPOSICIÓN "TIEMPO DE TRABAJO" Y "PERÍODO DE DESCANSO": LA DEFINICIÓN DE TIEMPO DE TRABAJO EN LA DIRECTIVA 2003/88/CE, DE 4 DE NOVIEMBRE, RELATIVA A DETERMINADOS ASPECTOS DE LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

La Directiva 2003/88/CE[4], no se refiere específicamente al tiempo de trabajo efectivo,

febrero de 2018, Matzak, asunto C-518/15, apartado 46).

2 El Diccionario de la RAE recoge dos acepciones del adjetivo efectivo que califica el concepto tiempo de trabajo : lo real y lo verdadero (en oposición a quimérico, dudoso o nominal). Por tanto, gramaticalmente, se trata del tiempo de trabajo real, esto es, el verdaderamente prestado por el trabajador.

3 En este sentido, la STS de 21 de octubre de 1994 (ROJ STS 6775/1994), deslindaba ya los conceptos de descanso (con o sin retribución) y el de jornada laboral, entendiendo así que la jornada efectiva de trabajo es el tiempo que, en cómputo diario semanal o anual, dedica el trabajador a su cometido laboral propio . Más recientemente, reiteran esta doctrina la STS de 19 de marzo de 2019 (ROJ STS 1402/2019) y la STS de 20 junio 2017 (ROJ STS 2695/2017), cuando aclara que en su concepción jurídico-laboral estricta el concepto de jornada de trabajo (&) equivale al tiempo de servicios efectivamente prestados por el trabajador como pago de su deuda de actividad , y así la jornada efectiva de trabajo es el tiempo que dedica el trabajador a su cometido laboral propio y es el tiempo en que el trabajador se encuentra en su puesto de trabajo . Por su parte, ALARCÓN CARACUEL, M.R.: La ordenación del tiempo de trabajo, Tecnos, Madrid, 1988, página 85, relativizaba la dicotomía entre jornada efectiva de trabajo y jornada no efectiva de trabajo , entendiendo que la jornada de trabajo o es efectiva o simplemente no lo es . No obstante, reconocía las especialidades y particularidades sectoriales que contemplaban el entonces Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos (ya derogado), al distinguir entre el trabajo efectivo y el tiempo de presencia del trabajador por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta y otras similares en las que el trabajador, aunque no presta trabajo efectivo, se halla a disposición de la empresa (artículo 9.1, referido a los transportes por carretera, ferroviarios y aéreos y al trabajo en el mar).

4 Esta norma sustituye a la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. El artículo 1 de la vigente Directiva 2003/88/CE establece que se aplicará a todos los sectores de actividad públicos y privados , en el sentido del artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE (y por tanto, no siendo de aplicación, cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, como por ejemplo, en las Fuerzas Armadas o la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil). De esta forma, la posible exclusión del ámbito de aplicación no depende del sector al que pertenezca el trabajador, sino a la naturaleza concreta de determinadas tareas individuales. No obstante, conforme a su artículo 1.3, no se aplica esta Directiva a la gente de mar a la que resulte de aplicación la Directiva 1999/63/CE, de 21 de junio, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar (si se aplicaría en cambio a la gente de mar que no está cubierto por este Acuerdo). Por último, habría que recordar que hay sectores y trabajadores sujetos a legislación específica, y de este modo, el artículo 14 de la Directiva 2003/88/CE, manifiesta que no será de aplicación en la medida que otros instrumentos comuni-

pero sí que identifica un término equivalente en la normativa europea, el de tiempo de trabajo. De esta manera define tiempo de trabajo "como 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" (artículo 2 Directiva 2003/88/CE). En cambio, el concepto período de descanso es definido negativamente como "todo período que no sea tiempo de trabajo".

Nos encontramos así ante una estricta dicotomía conceptual: o se trata de "tiempo de trabajo" o se trata de "períodos de descanso". No hay un tercer género[5]. Como ha recordado la propia jurisprudencia comunitaria, el concepto de tiempo de trabajo "se concibe en contraposición al de período de descanso, al excluirse mutuamente ambos conceptos"[6]. Por tanto, la Directiva 2003/88/CE "no contempla una categoría intermedia entre los períodos de trabajo y los de descanso"[7].

Por tanto, conforme a la normativa comunitaria, y la jurisprudencia del TJUE[8], existen tres criterios que definen el concepto tiempo de trabajo. Si un período de tiempo no cumple estos criterios, debe considerarse "período de descanso". No obstante, las dudas

tarios contengan prescripciones más específicas en materia de ordenación de tiempo de trabajo en lo referente a determinadas ocupaciones o actividades profesionales. Así, encontramos: la Directiva 94/33/CE, de 22 de junio, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo; la Directiva 2000/79/CE, de 27 de noviembre, relativa a la aplicación del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil; la Directiva 2002/15/CE, de 11 de marzo, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera (y el Reglamento CE núm. 561/2006); la Directiva 2005/47/CE, de 18 de julio, sobre determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario (ferrocarriles transfronterizos); y la Directiva 2014/112/UE, de 19 de diciembre, por el que se aplica el Acuerdo europeo sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en el transporte de navegación interior (transporte fluvial).

5 No obstante, dicha afirmación ha sido matizada y discutida en relación con el tiempo de disponibilidad característico de las guardias localizadas, a raíz de la STJUE de 21 de febrero de 2018, Matzak, asunto C-518/15 (vid. infra: 2.3).

6 STJUE de 3 de octubre de 2000, SIMAP, asunto C-303/98, apartado 47; STJUE de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, asunto C-151/02, apartado 48; Auto del TJUE de 11 de enero de 2007, Vorel, C-437/05, apartado 24; STJUE de 1 de diciembre de 2015, Dellas, asunto C-14/04, apartado 42; STJUE de 10 de septiembre de 2015, Tyco, asunto C-266/14, apartados 25 y 26; y STJUE de 21 de febrero de 2018, Matzak, asunto C-518/15, apartado 55.

7 Auto del TJUE de 11 de enero de 2007, Vorel, C-437/05, apartado 25; STJUE de 1 de diciembre de 2015, Dellas, asunto C-14/04, apartado 43; Auto del TJUE de 4 de marzo de 2011, Grigore, asunto C-258/10, apartado 43; STJUE de 10 de septiembre de 2015, Tyco, asunto C-266/14, apartado 26. Entre la jurisprudencia nacional, la STS de 20 de junio de 2017 (ROJ STS 2695/2017), FJ 4º.

8 Además del propio artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CE, es especialmente relevante la STJUE de 10 de septiembre de 2015, Tyco, asunto C-266/14,apartados 30, 35 y 43. También la misma Exposición de motivos de la Comunicación de la Comisión de 18 de noviembre de 1998, sobre la organización del tiempo de trabajo en los sectores y las actividades excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre de 1993, COM(1998)662 final, apartado 6.

interpretativas surgen desde un primer momento. En particular, lo discutible es si tales criterios definitorios deben estar presentes de manera conjunta o acumulativa (que es a lo que parece apuntar la literalidad del precepto que utiliza la copulativa "y" en lugar de la disyuntiva "o") o si es suficiente con que uno solo de los tres esté presente, de forma alternativa[9]. La Comunicación de la Comisión sobre la Directiva 2003/88/CE (2017/C165/01) considera que esos tres criterios exigidos son acumulativos. Sin embargo, dicha interpretación de la Comisión es cuestionable por cuanto la misma jurisprudencia del TJUE ha flexibilizado y matizado la exigencia de tales criterios en relación con determinados supuestos, y como veremos, ha forzado la interpretación de estos requisitos (en particular, la permanencia en el lugar de trabajo, o el ejercicio por parte del trabajador de su actividades o de sus funciones) para dar cabida en el concepto tiempo de trabajo a determinados períodos de tiempo (como el trabajo a distancia, los períodos de disponibilidad, las guardias presenciales o, en ciertos casos, también las guardias localizadas). De este modo, entendemos que prevalece la interpretación más flexible del mismo TJUE frente a la de la Comisión. Así, mediante una redefinición y una reformulación interpretativa de tales criterios se atempera el rigor interpretativo, necesariamente restrictivo, al que conduce el reconocimiento del carácter cumulativo de los mismos[10]. Una vez realizadas estas advertencias, veamos cuales son esos tres criterios definitorios del concepto "tiempo de trabajo"[11].

9 En estas dudas interpretativas sobre la exigencia de tales requisitos (si se trata de una relación copulativa o disyuntiva), se ha querido ver una manifestación del equilibrio que pretende la normativa comunitaria entre la protección de la seguridad y salud de los trabajadores y la flexibilidad de la fuerza de trabajo requerida por la empresa, al optar, como recuerda TRILLO PÁRRAGA, F.J.: La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales, Lex Nova, Valladolid, 2010, páginas 107 y 108, por un diseño que combinase rigidez y flexibilidad. En cualquier caso, se advierte que estos criterios definen un concepto de tiempo de trabajo muy relacionado con el desarrollo de la prestación laboral dentro de los espacios de la empresa (estar en el trabajo) y muy apegado al puesto de trabajo (estar en el ejercicio de sus actividades o funciones) , característico de un modelo tradicional de organización del trabajo. Sobre este debate acerca del carácter cumulativo o no de los criterios definitorios del concepto tiempo de trabajo de la Directiva 2003/88/CE, vid. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: La ordenación del tiempo de trabajo: el caso SIMAP , Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 102, 2013, páginas 151 y 152, y su análisis de las distintas posiciones que defendían la Comisión (el carácter cumulativo) y el Abogado General (que no era necesario que se dieran conjuntamente los tres requisitos) para entender o no como tiempo de trabajo el período de guardias, pues durante los mismos el trabajador se encontraría en el centro de trabajo y a disposición del empresario, pero el requisito de estar en el ejercicio efectivo de sus funciones era más discutible.

10 En este mismo sentido, vid. MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M.: Tiempo de trabajo y período de descanso en la Directiva 03/88/CE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas , Revista de Derecho Social, núm. 25, 2004, páginas 125 a 128; y SÁEZ LARA, C.: Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo , Temas Laborales, núm. 130, 2015, página 262, que incluso llega a afirmar que conforme al TJUE no es necesaria la concurrencia conjunta de la triple exigencia del concepto (permanencia, disponibilidad y ejercicio de funciones) .

11 Que la doctrina comúnmente denomina como criterio espacial (permanencia en el centro de trabajo), criterio de autoridad (estar a disposición del empresario) y criterio profesional (estar ejerciendo su actividad o sus funciones). Por todos, vid. MOLINA NAVARRETE, C.: Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital , Temas Laborales, núm. 138, 2017, página 263.

1.1.1. Criterio espacial o locativo: permanencia en el trabajo

El artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CE considera tiempo de trabajo el período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo. Se requiere que el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo. El TJUE ha interpretado de forma más flexible esta exigencia al considerar que se trata de un criterio espacial relacionado con la necesidad de que el trabajador esté en el "lugar de trabajo" o "en el lugar que determine el empresario". Por tanto, un factor decisivo a la hora de determinar el concepto de tiempo de trabajo es que "el trabajador debe estar físicamente presente en el lugar que determine el empresario", que no tiene que ser necesariamente el centro de trabajo[12].

1.1.2. Criterio de la disponibilidad: a disposición del empleador

El artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CE considera también como elemento constitutivo del concepto tiempo de trabajo que el trabajador permanezca a disposición del empresario. Este requisito es decisivo. Es también aquel que menos discusión ha suscitado, y ha sido en mucha menor medida objeto de matización o flexibilización interpretativa. Se trata de "que el trabajador esté a disposición para poder realizar de manera inmediata las prestaciones adecuadas en caso de necesidad", lo que supone una paralela restricción de la gestión de su tiempo de vida privada[13]. Este es el caso cuando los trabajadores se hallan en una situación en la que "están obligados jurídicamente a obedecer las instrucciones de su empresario y a ejercer su actividad por cuenta de éste"[14]. En cambio, como subraya el TJUE, la posibilidad de que los trabajadores gestionen su tiempo con menos limitaciones y se dediquen a sus asuntos personales es un elemento que permite afirmar que el período de tiempo examinado no constituye tiempo de trabajo[15].

12 La STJUE de 10 de septiembre de 2015, Tyco, asunto C-266/14, apartados 35 y 43 a 46, declara respecto a la aplicación del criterio de la permanencia en el trabajo en el caso de los trabajadores que carecen de centro de trabajo fijo y que se desplazan hacia o desde un cliente que el centro de trabajo de estos trabajadores no puede reducirse a los lugares de intervención física de estos trabajadores en los centros de los clientes de su empresario . Vid. también las Conclusiones del Abogado General Bot de 11 de junio de 2015, en relación con este asunto C-266/14, Tyco, apartados 31 y 48. En esta misma línea interpretativa, la STJUE de 1 de diciembre de 2015, Dellas, asunto C-14/04, apartado 48; el Auto del TJUE de 11 de enero de 2007, Vorel, C-437/05, apartado 28; y el Auto del TJUE de 4 de marzo de 2011, Grigore, asunto C-258/10, apartado 63. En relación con esta flexibilización del criterio espacial, MOLINA NAVARRETE, C.: Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital , op. cit., páginas 263 y 264, destaca cómo con ello se da respuesta al conjunto de problemas que hoy plantean las mutaciones de los modelos organizativos de trabajo de las sociedades de trabajo analógico (organización física y estable) a los propios de sociedades de trabajo digital ; y de este modo, lo relevante no sería el formato dado al trabajo sino la sustancia protectora , por lo que sea un trabajo analógico (fisico y estable) o digital (desmaterializado y móvil, conectado a distancia), la razón protectora pervive.

13 Ibid., página 264: en el nuevo escenario digitalizado, la disponibilidad no debe ser necesariamente material, sino que cabe estimarla en función del poder real de autodeterminación de los trabajadores para gestionar su tiempo de vida privada .

14 Comunicación de la Comisión sobre la Directiva 2003/88/CE (2017/C165/01).

15 STJUE de 10 de septiembre de 2015, Tyco, asunto C-266/14, apartados 36 y 37; STJUE de

1.1.3. Criterio material o funcional: ejercicio de su actividad y sus funciones

Durante el tiempo de trabajo el trabajador debe encontrarse prestando servicios para la empresa. Por ello el artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CE exige que el trabajador permanezca en ejercicio de su actividad o de sus funciones. No obstante, son irrelevantes tanto su intensidad como cualquier discontinuidad en las actividades realizadas. En este sentido, el TJUE ha interpretado que aun cuando la actividad efectivamente realizada varíe según las circunstancias, la obligación impuesta a los trabajadores de estar presentes y disponibles en los centros de trabajo para prestar sus servicios profesionales debe considerarse comprendida en el ejercicio de sus funciones[16]; subrayando el hecho de que, entre los elementos peculiares del concepto de tiempo de trabajo no figura la intensidad del trabajo desempeñado por el trabajador por cuenta ajena ni el rendimiento de éste[17], y que el tiempo en cuestión puede considerarse tiempo de trabajo independientemente de la circunstancia de que el trabajador no realice efectivamente una actividad profesional continua[18].

Con la STJUE de 21 de febrero de 2018, Matzak, asunto C-518/15 se ha dado otra vuelta de tuerca en esa tendencia flexibilizadora en la interpretación de los criterios que definen el tiempo de trabajo, y en concreto del tercero, al considerar al trabajador en ejercicio de su actividad o de sus funciones durante una guardia localizada que exige inmediata prestación de servicios a requerimiento del empresario. Precisamente dentro del ejercicio de su actividad se encontraría esa disponibilidad inmediata.

1.1.4. Irrelevancia del carácter remunerado

La Directiva 2003/88/CE nada dice respecto a que el tiempo de trabajo sea aquel que tenga carácter retribuido. Lo normal es que, dada la naturaleza sinalagmática de la relación de trabajo, el tiempo de trabajo efectivo, en el que el trabajador se encuentra en su puesto de trabajo, a disposición del empleador y desempeñando su prestación de servicios, sea remunerado. Pero la retribución no es un requisito ni un criterio de definición del concepto "tiempo de trabajo efectivo". Además de que hay períodos de descanso con carácter remunerado, por lo cual no todo período retribuido tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo, hay supuestos en los que se reconoce que un determinado lapso de tiempo tiene la consideración de tiempo de trabajo efectivo, pero no es retribuido (como por

3 de octubre de 2000, SIMAP, asunto C-303/98, apartado 50 y apartado 48, que considera que los dos primeros requisitos que definen el tiempo de trabajo (que el trabajador permanezca en el trabajo y a disposición del empresario) se cumplen en los períodos de atención continuada en el centro sanitario (sobre ello volveremos más adelante: vid. 2.2).

16 STJUE de 3 de octubre de 2000, SIMAP, asunto C-303/98,apartado 48; y STJUE de 21 de febrero de 2018, Matzak, asunto C-518/15, apartado 57, respecto de los períodos de guardia presencial.

17 STJUE de 21 de febrero de 2018, Matzak, asunto C-518/15, apartado 55; STJUE de 1 de diciembre de 2015, Dellas, asunto C-14/04, apartado 43; y Auto del TJUE de 11 de enero de 2007, Vorel, C-437/05, apartado 25.

18 STJUE de 5 de octubre de 2004, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, apartado 93.

ejemplo, veremos que sucede con los desplazamientos que diariamente deban realizar los trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje para asistir a las actividades formativas: vid. 2.6.4).

Además de todo lo dicho, el TJUE se ha pronunciado acerca de si la Directiva 2003/88/CE obligaría a los Estados miembros a determinar la retribución en función de la calificación que se haga de un determinado período de tiempo como "tiempo de trabajo" o como "períodos de descanso". De este modo, la STJUE de 21 de febrero de 2018, Matzak, asunto C-518/15 (apartados 48 a 52) recuerda que dicha Directiva no regula la cuestión de la retribución de los trabajadores (aspecto que es ajeno a la competencia de la UE en virtud del artículo 153 TFUE, apartado 5), y por tanto, los Estados miembros pueden establecer en su Derecho nacional que la retribución de un trabajador en tiempo de trabajo no sea la misma que la de un trabajador en período de descanso, hasta el punto de que pueden no reconocer retribución alguna durante este último período. De esta manera, concluye que la Directiva 2003/88/CE no obliga a los Estados miembros a determinar la retribución de los períodos de guardia domiciliaria (sobre los que versa el correspondiente litigio) en función de la calificación de estos períodos como "tiempo de trabajo" o como "períodos de descanso".

1.2. REFERENCIAS NORMATIVAS AL TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-LABORAL ESPAÑOL

1.2.1. El tiempo de trabajo efectivo en el Estatuto de los Trabajadores

No son muchas las alusiones que el Estatuto de los Trabajadores hace al tiempo de trabajo efectivo, y además en ningún caso dicho concepto jurídico es objeto de definición. Las referencias al tiempo de trabajo efectivo que incorpora la norma estatutaria son las siguientes:

- En relación con el contrato para la formación y el aprendizaje, el artículo 11.2 TRET contiene las primeras menciones de la norma estatuaria al tiempo de trabajo efectivo. En primer lugar, en su apartado d), cuando se remite a la vía reglamentaria para desarrollar el sistema de impartición y las características de la formación de los trabajadores en los centros formativos y en las empresas, así como su reconocimiento, en un régimen de alternancia con el trabajo efectivo para favorecer una mayor relación entre éste y la formación y el aprendizaje del trabajador. En segundo lugar, en su apartado f), al establecer que el tiempo de trabajo efectivo, que habrá de ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas, no podrá ser superior al 75 por 100 durante el primer año, o al 85 por 100, durante el segundo y tercer año, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, a la jornada máxima legal. Y finalmente, en su apartado g), al determinar que la retribución del trabajador contratado para la formación y el aprendizaje se fijará en proporción al tiempo de trabajo efectivo, de acuerdo con lo establecido en convenio colectivo, y precisando que, en ningún caso, la retribución podrá ser inferior al SMI, igualmente, en proporción al tiempo de trabajo efectivo. En relación con estas dos últimas referencias (apartados f y g), los artículos 8.2 y 9 del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por

el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual (RDCFA), reiteran estas mismas previsiones legales.

- Respecto al derecho a la formación profesional en el trabajo, se le reconoce al trabajador, entre otros, el derecho a la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, formación que correrá a cargo de la empresa (sin perjuicio de la posibilidad de obtener a tal efecto los créditos destinados a la formación). Pues bien, el artículo 23.1.d TRET considera que el tiempo destinado a dicha formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo. En este mismo sentido, aunque en relación con la extinción del contrato de trabajo por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo cuando dichos cambios sean razonables (despido por causas objetivas), el artículo 52.b TRET exige que previamente el empresario ofrezca al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas, considerando expresamente y en todo caso como tiempo de trabajo efectivo el tiempo destinado a dicha formación, teniendo además dicho período de tiempo carácter retribuido (abonándosele al trabajador el salario medio que viniera percibiendo). En ambos casos, no se define lo que se entiende por trabajo efectivo, pero incluye dentro de dicho concepto un período de tiempo formativo específicamente vinculado a su prestación de servicios. Sobre estas inclusiones de actividades formativas en el concepto de tiempo de trabajo efectivo vid. infra: 2.7.

- La definición legal de salario (artículo 26.1 TRET) también incorpora una referencia específica al tiempo de trabajo efectivo. En concreto, considera salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo o los períodos de descanso computables como de trabajo. Aquí encontramos ya una contraposición clara entre el concepto "trabajo efectivo" y "período de descanso" (aunque "computable como de trabajo" a efectos retributivos). Por otro lado, en esta referencia legal, se evidencia una estrecha conexión entre retribución y tiempo de trabajo efectivo, aunque como ya hemos señalado, la remuneración no constituye un criterio definitorio del tiempo de trabajo, de tal modo que no todo período retribuido tiene la consideración de tiempo de trabajo efectivo, pues también tienen carácter retribuido los períodos de descanso computables como de trabajo.

- La norma estatutaria, cómo no, alude también al tiempo de trabajo efectivo al regular la jornada de trabajo (artículo 34 TRET, puntos 1, 3 y 4). Así, reconoce que la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, que constituye el límite para la fijación de la jornada de trabajo por parte de los convenios colectivos o de los contratos de trabajo, será de 40 horas semanales de trabajo efectivo en cómputo anual. Igualmente, se dispone que el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a 9 diarias, salvo que por convenio colectivo o acuerdo de empresa se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas; aunque matizando que los trabajadores menores de 18 años no podrán realizar más de 8 horas diarias de trabajo efectivo. En dicho precepto legal se vuelve a aludir al tiempo de trabajo efectivo para incluir dentro del mismo un período de descanso diario, el conocido como "pausa del bocadillo", sobre el que volveremos más adelante (vid. 2.10.3), de tal forma que se establece

que siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de 6 horas (en el caso de menores de 18 años, que exceda de 4 horas y media), deberá establecerse un período de descanso durante la misma de duración no inferior a 15 minutos (en el caso de trabajadores menores de 18 años, no inferior a 30 minutos), subrayándose 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".

Sin embargo, como decíamos, en ninguna de tales referencias normativas al concepto "tiempo de trabajo de efectivo" se define lo que se entiende por tal. Tan solo, el artículo 34.5 TRET precisa que "el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo"[19]. Nada más. Por tanto, la pauta interpretativa de lo que deba entenderse por tiempo de trabajo efectivo la encontramos en la normativa comunitaria, en los términos que ya hemos indicado.

A nuestro juicio, y conforme a este artículo 34.5 TRET, que lo que delimite el espacio temporal considerado como de trabajo efectivo sea el encontrarse (desde la entrada hasta la salida) "en su puesto de trabajo" supone una reafirmación de la permanencia en el lugar de trabajo que exige la Directiva 2003/88/CE como uno más de los criterios definitorios del concepto "tiempo de trabajo". No obstante, hay opiniones que, recurren a la tradicional complementariedad entre el criterio temporal (artículo 34.5 TRET, que por sí solo no resuelve satisfactoriamente los supuestos en los que encontrándose el trabajador en su lugar de trabajo sin embargo no desempeña prestación de servicios o en los que el trabajador no presta servicios estrictamente en su puesto de trabajo, ni tampoco resolvería los problemas derivados de las nuevas formas organizativas y de prestación de servicios, por ejemplo, a través de plataformas digitales[20]) y el criterio material (artículo 34.1 TRET, conforme al

19 Aunque hay posiciones, mucho más generosas, que ven en este precepto estatutario una auténtica definición legal de tiempo de trabajo efectivo. En concreto, la SAN de 20 de septiembre de 2018 (ROJ SAN 3511/2018) manifiesta que el artículo 34.5 TRET proporciona el concepto de tiempo de trabajo efectivo en el derecho interno, según el cual la jornada de trabajo empieza a computarse desde el momento en que el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo . En este mismo sentido, se ha afirmado que la jornada comienza a computarse desde el momento en el que el trabajador está listo para trabajar (ARAGÓN GÓMEZ, C.: La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo y la aportación que al respecto ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea , Revista de Información Laboral, núm. 9, 2018, página 113).

20 Determinar cuando empieza y cuando acaba la jornada laboral en los servicios prestados a través de plataformas digitales es un asunto complejo. En este sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital , op. cit., página 255, destaca cómo en las sociedades digitalizadas, delimitar una cuestión tan básica como el tiempo de trabajo respecto del tiempo de no trabajo se tornaría muy problemática, poniendo a dura prueba de resistencia las soluciones clásicas, también del Derecho de la Unión Europea. En el mismo sentido, MARÍN MALO, M.: El cómputo del tiempo de trabajo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales , Temas laborales, núm. 148, 2019, página 176, señala que al tratarse de una prestación de servicio a demanda (economía on-demand) formada por diferentes micro-tareas, la línea que separa el tiempo de trabajo del tiempo de no trabajo queda enormemente desdibujada ; proponiendo como posible solución una regulación similar a la que en el sector del transporte distingue

cual para el cómputo de la jornada de trabajo solo se tendrá en cuenta el tiempo de trabajo efectivo, las horas realmente trabajadas) para entender que "el cómputo de la jornada da inicio con el acceso del trabajador a su puesto de trabajo y finaliza cuando lo abandona, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que entre estos momentos existe trabajo efectivo"[21].

1.2.2. Otras referencias normativas

Pero además de en la norma estatutaria, encontramos también significativas referencias al tiempo efectivo de trabajo en el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (RDJET). Hay alusiones al concepto de tiempo de trabajo efectivo en los artículos 3.1 (respecto de la jornada de trabajo de los empleados de fincas urbanas, que cuando sea con plena dedicación, estará comprendida entre las horas establecidas para la apertura y cierre de los portales), 5.2 (en relación con las labores agrícolas, forestales y pecuarias), 24 (sobre jornadas de trabajo en el campo que exijan bien extraordinario esfuerzo físico o especial penosidad por prestarse en condiciones anormales de temperatura o humedad o bien faenas que hayan de realizarse teniendo el trabajador los pies en agua o fango y en las de cava abierta[22]), 25 (sobre jornada de trabajo en interior de minas, estableciendo una jornada ordinaria de trabajo de 35 horas semanales de trabajo efectivo) y 32 (sobre jornada de trabajo nocturno).

1.2.3. Otros conceptos contrapuestos a "tiempo de trabajo efectivo": el "tiempo de actividad formativa" y el "tiempo de presencia"

a) Tiempo de trabajo efectivo y tiempo de actividad formativa en el contrato para la formación y el aprendizaje

---

entre tiempo de trabajo, tiempo de disponibilidad y tiempo de presencia (páginas 182 y siguientes).

21 MONREAL BRINGSVAERD, E.: La jornada de trabajo: Ley y Convenio colectivo, CES, Madrid, 2005, página 121. De este modo, como recuerda ROQUETA BUJ, R.: La jornada de trabajo y su determinación , en Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (Coord. J. M. Goerlich Peset): El tiempo de trabajo en la negociación colectiva, Colección Informes y Estudios, núm. 86, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, página 82, la incorporación de este criterio material al criterio temporal de cómputo de la jornada, supone 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 este mismo sentido, pero empleando otra terminología, POQUET CATALÁ, R.: Consideración de la guardia de localización como posible tiempo de trabajo efectivo a la luz de la doctrina judicial comunitaria (STJUE, de 21 de febrero de 2018, C-518/2015, Asunto Matzak) , Temas Laborales, núm. 146, 2019, páginas 224 y 225, entiende que el concepto de tiempo de trabajo comprende un doble aspecto: cualitativo (la determinación de qué horas de trabajo computan de cara al cálculo de la jornada máxima de trabajo) y cuantitativo (la determinación del momento inicial y final para computar las horas de trabajo, esto es, el cuánto).

22 Así, la jornada ordinaria no podrá exceder en el primer caso de 6 horas y 20 minutos diarios, ni de 38 horas semanales de trabajo efectivo; y en el segundo, de 6 horas diarias y 36 horas semanales de trabajo efectivo.

El tiempo de trabajo efectivo no solo se contrapone a los períodos de descanso, también a otros períodos de tiempo. Así, en la normativa reglamentaria de desarrollo del contrato para la formación y el aprendizaje se evidencia una clara contraposición entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo dedicado a actividad formativa. El artículo 16.2 RDCFA recuerda que el trabajador contratado para la formación y el aprendizaje está obligado a "prestar el trabajo efectivo y a participar de manera efectiva en la actividad formativa relacionada". Precisamente, uno y otro aspecto (trabajo efectivo y formación) han de estar estrechamente conectados y vinculados, pues la empresa está obligada a "proporcionar a la persona trabajadora un trabajo efectivo relacionado con el perfil profesional del título de formación profesional o del certificado de profesionalidad", y por ello, previamente a la formalización del contrato de trabajo "la empresa deberá verificar que, para el trabajo efectivo a realizar por la persona trabajadora, existe una actividad formativa relacionada con el mismo que se corresponde con un titulo de grado medio o superior o con un certificado de profesional y que constituirá la actividad formativa inherente al contrato". Entre las actividades formativas se podrá incluir formación no referida al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, aunque dicha formación "deberá ser autorizada por el Servicio Público de Empleo competente y no se considerará como trabajo efectivo".

b) Tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia en los sectores de transporte y trabajo en el mar

Una de las particularidades sectoriales más relevantes del RDJET es la distinción que, a efectos del cómputo de la jornada, tiene lugar en los sectores de transportes y trabajo en el mar entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia (artículo 8). De esta forma, a este nivel sectorial, no con carácter general, se supera la estricta y rígida dicotomía entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso. En el sector de transportes, que como hemos visto cuenta también con específica normativa europea reguladora de su tiempo de trabajo, se introduce un tercer género: el tiempo de presencia (que no es ni tiempo de trabajo ni tiempo de descanso). Estos tiempos de presencia también serán delimitados en la negociación colectiva, pudiendo ser en su caso compensados económicamente, aunque no tengan la consideración de tiempo de trabajo.

En particular, esta distinción será de aplicación en el transporte por carretera a los trabajadores móviles, entendiendo por éstos, conforme el artículo 10.2 RDJET, a "cualquier trabajador que forma parte del personal que se desplaza y que está al servicio de una empresa que efectúa servicios de transporte" [23], y en concreto: "los conductores, ayudantes,

23 En parecidos términos, la Directiva 2002/15/CE entiende por trabajador móvil cualquier trabajador que forme parte del personal que se desplace, incluidos las personas en prácticas y los aprendices, que estén al servicio de una empresa que efectúe, por cuenta ajena o propia, servicios de transporte de viajeros o de mercancías por carretera (artículo 3.d). Por su parte, y aunque referido en general al sector de transportes, el artículo 2.7 Directiva 2003/88/CE entiende por trabajador móvil todo trabajador empleado como miembro del personal de transporte de una empresa que realice servicios de transporte de pasajeros o mercancías por carretera, vía aérea o navegación interior . Como recuerda la Comunicación de la Comisión (2017/C165/01), la Directiva 2003/88/CE pretendía establecer determinadas disposiciones específicas para los trabajadores móviles y, al

cobradores y demás personal auxiliar de viaje en el vehículo que realice trabajos en relación con el mismo, sus pasajeros o su carga, tanto en las empresas del sector de transporte por carretera, ya sean urbanos o interurbanos y de viajeros o mercancías, como en las integradas en otros sectores que realicen tales actividades de transporte o alguna de las auxiliares anteriormente citadas". Igualmente, esta distinción entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia será de aplicación también en el sector del transporte ferroviario a "los conductores y demás personas que presten sus servicios a bordo de los trenes durante el trayecto de los mismos, pertenezcan o no a empresas dedicadas al transporte ferroviario"[24].

De esta manera, conforme al mencionado artículo 8 RDJET, 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". En este mismo sentido, aunque referido específicamente al transporte por carretera, el artículo 3.a (Tiempo de trabajo) de la Directiva 2002/15/CEE, considera como tiempo de trabajo de los trabajadores móviles todo período comprendido entre el inicio y el final del trabajo, durante el cual el trabajador móvil está en su lugar de trabajo, a disposición del empresario y en el ejercicio de sus funciones y actividades, esto es: 1) el tiempo dedicado a todas las actividades de transporte por carretera[25]; y 2) los períodos durante los cuales el trabajador móvil no puede disponer libremente de su tiempo y tiene que permanecer en su lugar de trabajo, dispuesto a realizar su trabajo normal, realizando determinadas tareas relacionadas con el servicio[26].

mismo tiempo, garantizar que los trabajadores no móviles pertenecientes a sectores con trabajadores móviles se beneficiaran de una ordenación del tiempo de trabajo que cumpliera con las disposiciones generales. De esta forma, el concepto trabajador móvil se circunscribe solo a aquellos trabajadores que, de forma simultánea (1) forman parte del personal de transporte, (2) trabajan para una empresa que realice servicios de transporte de pasajeros o mercancías y (3) trabajan por carretera, vía aérea o navegación interior. Con ello se quiere tener en cuenta las distintas condiciones de trabajo y las características particulares de las actividades de tales trabajadores (por ejemplo, trabajar y vivir en el centro de trabajo durante ciertos períodos de tiempo), se diferencia de otras acepciones que pudiera tener el concepto trabajador móvil (como trabajadores desplazados, migrantes o transfronterizos) y también supone que no todos los trabajadores del sector del transporte se consideran trabajadores móviles.

24 Y también a las empresas de transporte ferroviario en los servicios siguientes: a) en las estaciones de tráfico reducido, apeaderos, apartaderos y apeaderos-cargaderos, directamente relacionados con la circulación, y el de estaciones comprendidas en el control de tráfico centralizado; y b) vigilancia y custodia, incluida la vigilancia en un punto fijo. En todo caso, los convenios colectivos identificarán tales servicios adaptándolos a las modificaciones derivadas de las innovaciones tecnológicas en el transporte ferroviario (artículo 13.2 RDJET).

25 Entre tales actividades se incluyen la conducción, la carga y la descarga, la asistencia a los pasajeros en la subida y bajada del vehículo, la limpieza y el mantenimiento técnico, y todas las demás tareas cuyo objeto sea garantizar la seguridad del vehículo, de la carga y de los pasajeros o cumplir las obligaciones legales o reglamentarias directamente vinculadas a una operación de transporte específica que se esté llevando a cabo, incluidos el control de la carga y descarga, los trámites administrativos de policía, aduanas, funcionarios de inmigración, etcétera.

26 Y en particular, los períodos de espera de carga y descarga, cuando no se conoce de antemano su duración previsible, es decir, o bien antes de la partida o antes del inicio efectivo del período de

Por otro lado, se considerará tiempo de presencia aquel "en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares" (artículo 8 RDJET). En los convenios colectivos "se determinarán en cada caso los supuestos concretos conceptuables como tiempo de presencia". Respecto del sector de transporte por carretera, se consideran como tiempo de presencia "los períodos distintos de las pausas y de los descansos, durante los 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", y en particular, siempre que concurran las circunstancias anteriores (artículo 10.4 RDJET): a) los períodos durante los cuales el trabajador acompañe a un vehículo transportado en transbordador o tren; b) los períodos de espera en fronteras o los causados por las prohibiciones de circular[27]; c) las dos primeras horas de cada período de espera de carga o de descarga (la tercera hora y siguientes se considerarán tiempo de trabajo efectivo, salvo que se conozca de antemano su duración previsible en las condiciones pactadas en los convenios colectivos de ámbito estatal o, en su defecto, de ámbito inferior); y d) los períodos de tiempo en los que un trabajador móvil que conduce en equipo permanezca sentado o acostado en una litera durante la circulación en el vehículo[28].

Por tanto, en el caso de los trabajadores móviles del sector del transporte, la diferencia entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia radica en que en el primero se cumplen sus tres requisitos definitorios (permanencia en el lugar de trabajo; disponibilidad; y prestación de servicios, aunque estos no sean los propios del transporte, pero sí otras tareas o funciones complementarias o auxiliares), mientras que en el tiempo de presencia, aunque a disposición del empresario, no se presta trabajo efectivo alguno ni tiene por qué estar en su lugar de trabajo.

---

que se trate, o bien en las condiciones generales negociadas entre los interlocutores sociales o definidas por la legislación de los Estados miembros (vid. infra: 2.4).

27 En ambos casos (a y b), el trabajador móvil deberá conocer de antemano estos períodos y su previsible duración, y a tal fin el empresario comunicará al trabajador por cualquier medio admitido en derecho la existencia y duración previsible de los indicados períodos con anterioridad a la partida y en caso contrario, esos períodos serán considerados como de tiempo de trabajo efectivo .

28 Con el Real Decreto 902/2007, de 6 de julio, por el que se modifica el RDJET, se transpuso la Directiva 2002/15/CE, que, por una cuestión meramente de traducción, se refería a tiempo de disponibilidad en lugar de a tiempo de presencia (que es expresión que recoge nuestro RDJET). Además de este tiempo de presencia, tampoco tendrían consideración de tiempo efectivo de trabajo las pausas obligatorias que, con la finalidad de garantizar la seguridad vial, deben observar rigurosamente los conductores. De este modo, el artículo 5 de la Directiva 2002/15/CE garantiza que las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera no trabajen, en ningún caso (&) durante más de seis horas consecutivas sin pausa . De la misma forma, tampoco tendrán consideración de tiempo de trabajo, obviamente, los tiempos de descanso a los que se refiere el artículo 6 de la Directiva 2002/15/CE. Sin embargo, Directiva 2002/15/CE no consideraba como tiempo de presencia el que, como letra c) del artículo 10, si que contempla el RDJET. En relación con esta falta de sintonía entre la norma comunitaria y nuestra norma reglamentaria, vid. ELORZA GUERRERO, F.: La reforma del régimen del tiempo de trabajo en el transporte por carretera: el RD 902/2007, de 6 de julio , Actualidad Laboral, núm. 14, 2008.

1.2.4. El papel de la negociación colectiva en la concreción de lo que es tiempo de trabajo efectivo

Pese a la identificación que la normativa comunitaria hace de los tres criterios definidores de lo que deba entenderse por tiempo de trabajo, el concepto tiempo de trabajo efectivo es un concepto flexible que se encuentra en un continuo proceso de construcción. En la delimitación y determinación de lo que en cada caso se considera tiempo de trabajo efectivo y de lo que no, desempeña (como en otras materias) un papel crucial la negociación colectiva. Y es que, pese a todo, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que requiere de concreción por la negociación colectiva[29].

La ventaja adicional que, frente a otras fuentes reguladoras, aporta la negociación colectiva a la definición de tiempo de trabajo efectivo es su capacidad adaptativa a las particularidades y singularidades sectoriales[30]. De esta forma, son los convenios colectivos los que aclaran si determinados períodos tienen la consideración o no de tiempo de trabajo efectivo, y así, como se verá a continuación, se pronuncian sobre la naturaleza de determinados períodos de descanso (y entre ellos, en particular, la "pausa del bocadillo"), de actividades formativas, de actividades de prevención de riesgos laborales, de determinadas actividades preparatorias o de finalización de la prestación de servicios, de los tiempos de disponibilidad, de las horas de mera presencia[31], de las guardias presenciales, delas guardias

29 Vid. GARCÍA NINET, J.I.: Artículo 34 , en VV.AA.: El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo, Edersa, Madrid, 1981, página 253; citado a su vez por RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. La consideración del tiempo de desplazamiento domicilio-clientes como tiempo de trabajo efectivo. Comentario a la STJUE de 10 de septiembre de 2015 (Asunto C-266/14) , Trabajo y Derecho, núm. 13, 2016.

30 Desde siempre se ha destacado el importante papel que desempeña la negociación colectiva para distinguir el tiempo de trabajo efectivo de los períodos de descanso. En este sentido, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva , Relaciones Laborales, Tomo I, 1999, páginas 311 y 312, caracteriza la regulación del tiempo de trabajo por un profundo sesgo sectorial , destacando que cada concreto ámbito sectorial, subsectorial y de empresa tiene su propia problemática y sus peculiaridades en materia de tiempo de trabajo . A partir de esta consideración, MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M.: Tiempo de trabajo y período de descanso en la Directiva 03/88/CE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas , op. cit., página 127, destaca cómo, pese a la necesidad de una aproximación general, la diferencia entre trabajo y descanso depende al final de un examen casuístico de las circunstancias que rodean cada prestación laboral .

31 Aunque sea con criterios contrapuestos. Por ejemplo, el artículo 20 del Convenio colectivo de Centros de Asistencia y Educación Infantil (BOE de 26 de julio de 2019) dispone que 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 . En cambio, el Acuerdo sobre registro de la jornada de trabajo derivado del VIII Convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada (BOE de 18 de octubre de 2019), por el que se pactan los criterios para el control horario en los centros de trabajo, en su Punto 6 señala que las horas de mera presencia se considerarán dentro de la jornada de trabajo efectivo, siempre que, en virtud del horario establecido por la Dirección del centro, ésta así lo estime, y se dediquen a la realización de tareas docentes y de análoga naturaleza, conforme a lo establecido en el Convenio Colectivo .

localizadas o retenes, de determinados desplazamientos, etcétera, hasta, por si hubiera alguna duda, respecto del período de prueba[32].

2. PERIODOS CONSIDERADOS COMO TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO

2.1. INTRODUCCIÓN: LA DELIMITACIÓN LEGAL, NEGOCIAL Y JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO TIEMPO DE TRABAJO

Partiendo de los criterios definitorios de tiempo de trabajo que consolida la Directiva 2003/88/CE, nos encontramos con períodos de tiempo de dudosa calificación que han sido calificados como "tiempo de trabajo efectivo". En realidad, se puede discutir si tal equiparación es realmente al concepto tiempo de trabajo efectivo o si lo que se pretende es incluir determinadas actividades dentro de la jornada de trabajo, y, por tanto, considerarlas como tiempo de trabajo (una ficción jurídica) aunque se trate de períodos de tiempo en los que no hay prestación "efectiva" de trabajo (que no son verdaderamente tiempo de trabajo efectivo aunque se consideren como tiempo de trabajo y dentro de la jornada de trabajo)[33]. En cualquier caso, la legislación, la negociación colectiva y la jurisprudencia, ya sea "considerando como" o "asimilando a", han reconocido la calificación de tiempo de trabajo efectivo a determinadas situaciones en las que se puede encontrar el trabajador por cuenta ajena.

También hay que tener en cuenta que la consideración como tiempo de trabajo efectivo tiene consecuencias relevantes, básicamente respecto de dos cuestiones: 1) a efectos del cómputo de la jornada máxima de trabajo; y 2) a efectos retributivos, aunque respecto de

32 Es el caso, por ejemplo, del artículo 18 (Período de prueba) del Convenio colectivo de la empresa Severiano Servicio Móvil (BOE de 8 de febrero de 2019), cuando considera que estos períodos de prueba serán de trabajo efectivo, descontándose, por tanto, la situación de incapacidad temporal cualquiera que sea el motivo de la misma .

33 Así, por ejemplo, la STS de 26 de junio de 2003 (ROJ STS 4475/2003) reconocía que es evidente que el tiempo dedicado a la formación no puede considerarse tiempo de trabajo en sentido estricto , pero también lo es que la jornada laboral no tiene porqué comprender sólo el tiempo de trabajo efectivo , como pudiera dar a entender el tenor del artículo 34.5 TRET. Prueba de ello es que nuestro derecho reconoce expresamente la posibilidad de que, durante la jornada laboral se puedan llevar a cabo determinadas actividades que sin ser estrictamente laborales, sí se integran en la jornada laboral porque están directamente relacionadas con la posición profesional del trabajador , como por ejemplo, reconocimientos médicos obligatorios, registros del artículo 18 TRET, pausa del bocadillo cuando así se pacte (artículo 34.4 TRET), tiempo de inactividad no imputable al trabajador (artículo 30 TRET), permisos retribuidos del artículo 37 TRET, realización de funciones sindicales (artículo 68.e TRET), etcétera. No obstante, a y pesar de estas interpretaciones judiciales, debe quedar claro que tiempo de trabajo efectivo y jornada de trabajo no son el mismo concepto. Es cierto que para determinar la jornada máxima de trabajo solo se tiene en cuenta el tiempo de trabajo efectivo (con una finalidad limitativa que pretende garantizar el derecho a la salud del trabajador), pero también que dentro de la jornada de trabajo se pueden incluir otros períodos de tiempo en los que no hay prestación de servicios real y efectiva.

ello ya hemos matizado que hay también tiempos de descanso computables como de trabajo, que tienen carácter retribuido, y períodos considerados como de trabajo efectivo que no son remunerados (por ejemplo, artículo 8.3 RDCFA, vid. infra: 2.6.2).

Como decíamos, en ocasiones esa concreción y precisión de las situaciones, circunstancias y requisitos que deben concurrir para la consideración como tiempo de trabajo efectivo ha tenido lugar mediante el desarrollo normativo (legal y reglamentario) y a través de la negociación colectiva. Pero esa labor interpretativa con la que se clarifican los supuestos más problemáticos es asumida fundamentalmente por la jurisprudencia, que ha ido resolviendo casos concretos que se le han planteado.

2.2. GUARDIAS PRESENCIALES

La jurisprudencia comunitaria ha considerado como tiempo de trabajo las guardias de presencia, fundamentalmente en base a que el trabajador se encuentra en el centro de trabajo (este es un elemento clave en su calificación) y a disposición del empleador, y por tanto, impidiendo y restringiendo su libertad personal para organizarse y atender sus intereses personales, familiares o sociales. Así, se relativiza y flexibiliza la exigencia de estar prestando servicio (el estar ejerciendo su actividad y funciones). De este modo, el TJUE ha ofrecido una orientación específica sobre la situación relativa a tales guardias presenciales (lo que la Comunicación de la Comisión 2017/C165/01 denomina como situaciones de atención continuada en el centro de trabajo), en particular, en sus asuntos SIMAP, Jaeger y Dellas, que se refieren a médicos de Equipos de Atención Primaria y en el hospital así como a un educador especializado en centros que acogen jóvenes o adultos discapacitados en régimen de internado (en centros de servicios médico-sociales de atención a personas inadaptadas y con discapacidad)[34]. Aunque se tratan todos ellos de asuntos focalizados en un determinado tipo de prestación de servicios, el de las guardias médicas[35], y de las particularidades sectoriales que comportan, la doctrina del TJEU es plenamente aplicable a cualquier otra situación que requiera de guardias presenciales de los trabajadores[36].

34 Respecto a lo primero, la STJUE de 3 de octubre de 2000, SIMAP, asunto C-303/98; y la STJUE de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, asunto C-151/02. En relación con lo segundo, la STJUE de 1 de diciembre de 2015, Dellas, asunto C-14/04.

35 El artículo 48 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, contempla una jornada complementaria de atención continuada (guardias de presencia), que tiene por objeto garantizar la adecuada atención permanente al usuario de los centros sanitarios.

36 En este mismo sentido, TRILLO PÁRRAGA, F.J.: La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales, op.cit., página 118, considera que aunque las cuestiones resueltas por el TJUE tienen su origen en la delimitación de la jornada de trabajo en el específico sector productivo de los servicios de guardia médica, y en particular, respeto de las situaciones de disponibilidad de médicos y demás personal sanitario, sin embargo, la relevancia de tales sentencias tienen una proyección general y no se limita a dicho sector. Igualmente, RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: La ordenación del tiempo de trabajo: el caso SIMAP , op. cit., página 157, destaca cómo la doctrina del TJUE no solo es válida para resolver el supuesto de las guardias médicas, sino que también es extrapolable a otras situaciones en las que los trabajadores permanecen en la empresa a disposición del empresario . En este sentido, la jurisprudencia nacional lo ha apli-

En dichos asuntos, el TJUE ha interpretado que el tiempo invertido en atención continuada por los trabajadores debe considerarse en su totalidad como tiempo de trabajo si están obligados a estar presentes en el lugar de trabajo. En estas guardias presenciales, los trabajadores afectados están obligados a mantenerse a disposición para prestar sus servicios en un lugar determinado por su empresario durante toda la duración de sus turnos de atención continuada. Asimismo, los trabajadores están sujetos a limitaciones considerablemente más gravosas, puesto que deben permanecer alejados de su entorno tanto familiar como social y gozan de una menor libertad para administrar el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales[37]. Además, el TJUE advierte que excluir el tiempo en atención continuada del tiempo de trabajo si se requiere la presencia física iría en grave detrimento del objetivo de garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores, de manera que puedan disfrutar de períodos mínimos de descanso y de períodos de pausa adecuados[38].

Es importante destacar, como ya adelantábamos, que respecto de los períodos de guardia hay una reinterpretación flexibilizadora del tercero de los criterios de la Directiva 2003/88/CE que definen el tiempo de trabajo. De esta manera, el tiempo en atención continuada se considera "tiempo de trabajo" independientemente de las prestaciones laborales realmente efectuadas por la persona durante esas guardias[39]. Esto significa que el hecho de que el tiempo en atención continuada comporte ciertos períodos de inactividad carece de relevancia para considerarlo "tiempo de trabajo"[40]. De forma similar, si se pone a disposición de los trabajadores una sala de descanso en la que puedan descansar o dormir durante el tiempo en que no se requieran sus servicios profesionales, esto no afecta a la consideración del tiempo en atención continuada como tiempo de trabajo[41]. En última instancia, en la medida que el trabajador es obligado a estar físicamente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder realizar de manera inmediata las prestaciones adecuadas en caso de necesidad, "se debe por ello considerar que esas obligaciones están comprendidas en el ejercicio de las funciones de ese trabajador"[42], y en

cado a los vigilantes que pernoctan en el lugar de trabajo para poder controlar cada cierto tiempo la temperatura de la explotación agraria (STSJ Castilla-La Mancha, de 29 de enero de 2004) o a los abogados (STS, sala de lo contencioso, de 16 de diciembre de 2008, ROJ STS 6849/2008).

37 STJUE de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, asunto C-151/02, apartado 65.

38 STJUE de 3 de octubre de 2000, SIMAP, asunto C-303/98, apartado 49.

39 STJUE de 1 de diciembre de 2015, Dellas, asunto C-14/04, apartado 46; y Auto del TJUE de 11 de enero de 2007, Vorel, C-437/05, apartado 27.

40 Auto del TJUE de 11 de enero de 2007, Vorel, C-437/05, apartado 28. Entre nuestra jurisprudencia, la STS de 20 de junio de 2017 (ROJ STS 2695/2017), FJ 4º, también recuerda que entre los elementos peculiares del concepto tiempo de trabajo no figura la intensidad del trabajo desempeñado por el trabajador por cuenta ajena ni el rendimiento de éste, por lo que el hecho de que los servicios, en el caso eran de guardia, comporten ciertos períodos de inactividad carece de relevancia . En el mismo sentido, la STS de 21 de febrero de 2006 (rec. 2831/04); la STS de 8 de junio de 2006 (Rcud 1693/05); STS de 4 de julio de 2006 (Rcud 858/05); y STS de 5 de diciembre de 2006 (Rec. 2233/05).

41 STJUE de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, asunto C-151/02, apartados 60 y 64.

42 STJUE de 1 de diciembre de 2015, Dellas, asunto C-14/04, apartado 48. En el mismo sentido, STJUE de 3 de octubre de 2000, SIMAP, asunto C-303/98, apartado 48; y STJUE de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, asunto C-151/02, apartados 49 y 63).

cierto modo se encuentra cumpliendo con su cometido laboral, con sus funciones habituales, y se equipararía en cierto modo su disponibilidad presencial en el lugar de trabajo al ejercicio efectivo de sus funciones.

Por tanto, el tiempo de guardia presencial se considera tiempo de trabajo. Otra cosa es que respecto al cómputo de ese tiempo de trabajo se puedan establecer reglas de cálculo o sistemas de equivalencia conforme a las cuales solo parte de dicho tiempo guardia sea considera como tiempo de trabajo. La interpretación del TJUE respecto de ello es restrictiva, dictaminando que, si estos sistemas no garantizan el cumplimiento de todos los requisitos mínimos de seguridad y salud, son incompatibles con la Directiva 2003/88/CE[43].

En esta misma línea interpretativa, el punto 51 de las Directrices sobre el trabajo decente en los servicios públicos de urgencia (OIT, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Reunión de expertos del 16-20 de abril de 2018), tras reconocer que los trabajadores de los servicios públicos de urgencia pueden tener la necesidad de trabajar en horarios atípicos e irregulares y que se espera que respondan en caso de emergencia, aconseja tener en cuenta, entre otros, los siguientes principios cuando se definan sus horarios laborales y la organización de su trabajo: 1) las pausas que se tomen durante el servicio deberían computarse como horas de trabajo; y especialmente, 2) cuando el empleador exija que un trabajador permanezca disponible fuera de su horario de trabajo habitual para prestar un servicio concreto o en un lugar determinado, ese tiempo de disponibilidad, sea cual fuere su duración, debería contabilizarse como tiempo de trabajo.

La jurisprudencia nacional también ha refrendado estas consideraciones, entendiendo que la jornada complementaria de atención continuada o guardias de presencia son tiempo de trabajo[44].

---

43 En el asunto Dellas, la normativa nacional francesa, y en concreto el artículo 2 del Decreto núm. 2001-1384, de 31 de diciembre de 2001, adoptado conforme a lo previsto en el artículo L. 212-4 del Code du Travail, por el que se asigna una equivalencia de la duración legal de trabajo en los centros sociales y médico-sociales gestionados por personas privadas sin ánimo de lucro, establecía que para el cálculo temporal de la duración legal del trabajo (&) cada período de nueve horas de vigilancia nocturna en las habitaciones de guardia se computará como tres horas de trabajo efectivo . Frente a ello, la STJUE de 1 de diciembre de 2015, Dellas, asunto C-14/04, tras admitir en su apartado 34 que este régimen de equivalencia y este modo específico de contabilización del trabajo efectivo pretende tener en cuenta la menor intensidad del trabajo prestado durante esos períodos, sin embargo dictamina en su apartado 63 que la Directiva 2003/88/CE se opone a la normativa de un Estado miembro que, en relación con los servicios de guardia que desempeñan los trabajadores en régimen de presencia física en el propio lugar de trabajo, establece a los efectos del cómputo del tiempo de trabajo efectivo un sistema de equivalencia como el que es objeto de litigio, cuando no resulta garantizado el respeto del conjunto de las disposiciones mínimas establecidas con el objetivo de proteger de manera eficaz la seguridad y la salud de los trabajadores.

44 Así, la STS de 21 de febrero de 2006 (ROJ STS 2514/2006) señala que 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 ; y precisamente el que el trabajo en hospitales no esté previsto como jornada especial a estos

2.3. GUARDIAS LOCALIZADAS O RETENES

Hay ocasiones en los que el trabajador se encuentra a disposición del empleador y preparado para prestar servicios en cuanto fuera requerido, pero en su domicilio o cualquier otro lugar diferente al centro de trabajo. Se trata de las conocidas como guardias localizadas[45], disponibilidad horaria o, como suele llamar la negociación colectiva, retenes[46],

efectos en ninguna disposición legal supone que no quepa introducir esa distinción entre tiempo de trabajo en planta y tiempo de trabajo en régimen de guardia de presencia . Por tanto, que la guardia sea considerada como tiempo de trabajo es una cuestión pacífica, pero son numerosos los conflictos respecto a su retribución, en la medida en la que algunos convenios colectivos retribuyen dichas horas de guardia con valor inferior a la hora ordinaria. Como recuerda la citada STS, el sistema retributivo de la guardia presencial está muy vinculado a su propia naturaleza. Y es que en el tiempo de guardia de presencia puede existir una gran actividad profesional, pero también puede ocurrir lo contrario (incluso existen camas para que el facultativo descanse, cuando sea posible). Esos factores, de alguna manera, devaluarían ese tiempo de trabajo y serían la razón de su inferior retribución. Sin embargo, en tales casos, la jurisprudencia viene manteniendo que las horas realizadas en servicio de guardia de presencia han de retribuirse con el valor establecido para la hora ordinaria de trabajo. En este mismo sentido, la STS de 6 de marzo de 2006 (ROJ STS 2483/2006), la STS de 26 de diciembre de 2007 (ROJ STS 9089/2006), o la STS de 11 de octubre de 2006 (ROJ STS 6669/2006).

45 También conocidas, en particular en el marco de la prestación de servicios sanitarios, como período de localización. Por su parte, ROQUETA BUJ, R.: La jornada de trabajo y su determinación , op. cit., páginas 86 y 87, entiende por tiempo de localización 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 quiera con tal de poder acudir a las llamadas o servicios si las circunstancias lo requieren . Sobre esa distinción conceptual y ese distinto tratamiento de las guardias de presencia física y las guardias de localización, vid. la STS de 22 de noviembre de 1999 (ROJ STS 7375/1999).

46 Como ejemplo, el artículo 35 del Convenio colectivo de Centrales Nucleares Almaraz-Trillo (BOE 24 de enero de 2019) entiende por retén la situación del trabajador que, durante las 24 horas del día, está en disposición de ser llamado a trabajar, para lo cual debe estar fácilmente localizable y en disposición de incorporación lo antes posible al trabajo . En el mismo sentido, el artículo 28 del Convenio colectivo del Grupo Acciona Energía (BOE de 16 de julio de 2019) dispone que, con el objeto de garantizar la continuidad del servicio, evitar la pérdida de producción, necesidades de mantenimiento, averías, atender incidencias no previstas y razones de seguridad a las personas, instalaciones, el entorno y otras medioambientales, se establece la figura del retén de disponibilidad, entendiendo por tal la situación en la cual el trabajador se encuentra localizable, disponible e incorporable, fuera de la jornada laboral, a cambio de una compensación económica según lo dispuesto en el plus retén del presente convenio . La empresa proporcionará los medios suficientes para su localización y el trabajador se encontrará en un radio tal que les permita presentarse en el plazo que se establezca, si es requerido para ello . Estos retenes se establecerán cuando las necesidades del servicio lo requieran, y la situación de reten será incompatible con las vacaciones del personal afectado . Igualmente, el artículo 38 del Convenio colectivo estatal del Ciclo Integral del Agua (BOE de 3 de octubre de 2019) entiende que el retén consiste en estar disponible y localizable para el trabajo que se le pueda encomendar a las personas trabajadoras fuera del horario o jornada habitual u ordinaria de trabajo, mediante el sistema de localización que proporcione la empresa, con el fin de que se realicen todos los trabajos o tareas que se requieran en las intervenciones del servicio . Y además, debido al carácter público del servicio que prestan estas empresas, la disponibilidad para retén será obligatoria para todas las personas trabajadoras que por sus funciones específicas que garanticen

o en menomedida, guardias "on call"[47]. En principio, conforme a la normativa comunitaria, se entiende que, contrariamente a lo que hemos señalado que sucede con las guardias presenciales, las guardias localizadas, por no encontrarse en el lugar de trabajo determinado por el empresario (por faltar el primer criterio de la permanencia en el trabajo), no tienen la consideración de tiempo de trabajo. En concreto, se argumentaba que cuando los trabajadores se encuentren en régimen de localización, sin que sea obligatoria su presencia en un lugar determinado por el empresario, estos pueden organizar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus asuntos personales. En estas situaciones, también llamadas "alertas localizadas", sólo debe considerarse tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva 2003/88/CE el correspondiente a la prestación efectiva de servicios (incluido el tiempo de desplazamiento hasta el lugar en el que se prestan dichos servicios)[48], pero no todo el tiempo durante el que el trabajador se encuentre de guardia localizada. Nuestra legislación nacional no regula con carácter general éstas guardias localizadas[49], aunque sí están previstas en determinados sectores, y en particular en relación con los Servicios de Salud[50].

el funcionamiento del servicio y, especialmente en el área técnica y operaria, sean designadas para tales cometidos . Por último, el artículo 13 del Convenio colectivo de la empresa Mantenimiento y Montajes Industriales (BOE de 24 de abril de 2018) entiende por retén el tiempo durante el cual un trabajador está a disposición de la empresa fuera de la jornada laboral y de las dependencias de la misma, pero localizable en todo momento y con la obligación, en caso de ser llamado, de atender con la mayor diligencia posible las urgencias que el servicio pudiera requerir . A diferencia del anterior, en este convenio colectivo el trabajo de retenes será voluntario, y se organizará de la siguiente forma: la empresa confeccionará anualmente listas con todos los trabajadores interesados en efectuar el mismo, los cuales prestarán el servicio requerido por turno semanal rotativo . Estos servicios de retén (que podrán estructurarse por la empresa por necesidades técnicas, organizativas de producción o bien por requerimiento contractual con terceros) podrán ser por día laboral, por día festivo, semanales o de fin de semana.

47 Por ejemplo, el Punto 4 del Acuerdo Marco de Materias fuera del Convenio Colectivo del Personal de Tierra de Iberia, de 14 de marzo de 2014, manifiesta que con el fin de garantizar la cobertura de la operación de forma que se haga un uso eficiente de los recursos y se cumpla el nivel de servicio acordado con el cliente, se establecerá un sistema de guardias on-call no presencial que permita cubrir 18 horas el día, dentro de las cuales se incluirá una jornada presencial de hasta 8 horas .

48 STJUE de 3 de octubre de 2000, SIMAP, asunto C-303/98, apartado 50.

49 En cambio, en otros ordenamientos jurídicos sí que encontramos una consideración expresa y una identificación o definición de lo que se entiende por guardia localizada. Por ejemplo, en el caso francés, el artículo L. 212-4 bis del Code du Travail, dispone que un período de guardia localizada se entenderá como un período durante el cual el asalariado, sin estar a disposición permanente e inmediata del empresario, tiene la obligación de encontrarse en su domicilio o en las proximidades para poder, llegado el caso, realizar una prestación al servicio de la empresa, computándose dicha intervención como tiempo de trabajo efectivo .

50 En el ámbito sanitario, el artículo 46.d de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, define período de localización como el período de tiempo en el que el personal se encuentra en situación de disponibilidad que haga posible su localización y presencia inmediata para la prestación de un trabajo o servicios efectivo cuando fuera llamado para atender las necesidades asistenciales que eventualmente se puedan producir . Pues bien, el artículo 48.2 de dicha norma, dispone que dichos períodos de localización no serán tomados en consideración para el cómputo de la duración máxima conjunta de los tiempos de trabajo correspondientes a la jornada complementaria y a la jornada ordinaria (que será de 48 horas semanales

También son objeto de regulación sectorial por parte de la negociación colectiva, como ya hemos reflejado (vid. nota 46).

En cualquier caso, esta misma línea interpretativa del TJUE, respecto a la no consideración de tiempo de trabajo efectivo de los períodos de guardias localizadas, ha sido refrendada entre nuestra doctrina científica y jurisprudencial. Así, la libertad de movimiento del trabajador durante las guardias localizadas (que no restringe la posibilidad de realizar otras actividades ni dedicarse a sus intereses personales y sociales), frente a la ausencia de dicha libertad cuando se trata de guardias presenciales en el centro de trabajo, se convierte en el elemento diferenciador del tratamiento jurídico de uno y otro tipo de guardias: las guardias presenciales como tiempo efectivo de trabajo y las guardias localizadas como tiempo de libre disposición del trabajador.

De esta manera, la jurisprudencia ha confirmado que "la mera situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica, por sí sola, el desarrollo de ningún trabajo y por ende está claramente fuera de la jornada laboral y no puede en absoluto, ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias"[51]. En cambio, si el operario fuera requerido durante ese tiempo de disponibilidad "para la realización de un trabajo, ha de llevarlo a cabo, percibiendo en tal caso, por el tiempo invertido en el mismo, la remuneración propia de las horas extraordinarias"[52]. En tal caso, el tiempo invertido en prestar servicios cuando el trabajador fuera requerido durante ese tiempo de disponibilidad, sí computaría como jornada de trabajo[53], como horas extraordinarias.

---

de trabajo efectivo de promedio en cómputo semestral) salvo que el interesado sea requerido para la prestación de un trabajo o servicio efectivo, caso en que se computará como jornada tanto la duración del trabajo desarrollado como los tiempos de desplazamiento .

51 STS de 29 de noviembre de 1994 (ROJ STS 7739/1994). En el mismo sentido, la STS de 22 de julio de 1996 (ROJ STS 4585/1996), entiende que durante el tiempo de asistencia domiciliaria los demandantes han de estar localizables para recibir y cumplir avisos, realizándose la asistencia solamente cuando se produzca su necesidad y haya de atenderse el aviso prestando la asistencia al domicilio solicitado; pero cabe la mera espera en sitio ajeno localizable y hasta la actividad privada en su propia consulta o domicilio . Por ello, considera que dicho período de tiempo no forma parte de la jornada de trabajo pues durante él cabe perfectamente que no se realice ningún tipo de trabajo . Por último, la STS de 18 de noviembre de 2016 (ROJ STS 5623/2016), no considera como tiempo de trabajo, sin perjuicio de su compensación económica, el período de tiempo durante el que un trabajador se encuentra de guardia on-call, en virtud del cual, aunque no se requiera la presencia del trabajador en un lugar señalado por el empresario, estará a disposición de la empresa con un tiempo de reacción determinado en caso de llamada, que será de un máximo de 50 minutos. En tal caso entiende que el trabajador dispone de libertad para atender incluso a sus tareas personales o familiares, sin otras limitaciones que responder en tiempo razonable a los requerimientos que reciba para la prestación efectiva de una guardia .

52 STS de 29 de noviembre de 1994 (ROJ STS 7739/1994).

53 Lo que subyace a esta interpretación es, como ha reconocido la jurisprudencia (STS de 12 de julio de 1999, ROJ STS 4995/1999; STS de 18 de febrero de 2000, ROJ STS 1212/2000; y STS de 27 de enero de 2005, ROJ STS 375/2005, en todos los casos resolviendo un conflicto relativo a los descansos tras la guardias de localización), la aplicación de un criterio que primero distingue entre guardias de presencia y guardias de localización, y separa luego dentro de éstas las guardias localizadas sin llamada o con llamada al trabajo, equiparando éstas últimas a las guardias de presencia .

Por tanto, se debe distinguir el período de retén o guardia localizada del período de intervención que se inicia con el efectivo requerimiento o llamada al trabajador y su inmediata incorporación al lugar de trabajo para el desempeño de su prestación de servicios, que sí constituiría tiempo de trabajo y que como tal debe ser retribuido o compensado con tiempo equivalente de descanso[54]. En ocasiones, el mismo requerimiento para prestar servicios durante la guardia localizada cuenta en la negociación colectiva con un plus específico por el hecho de tenerse que incorporar al trabajo inmediatamente, de manera urgente y de forma imprevista[55].

Algunos convenios colectivos también reconocen expresamente que el período de tiempo en el que el trabajador simplemente se encuentra en situación de guardia localizada no constituye tiempo de trabajo efectivo. En este sentido se ha manifestado que "no tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo o jornada laboral el tiempo en el que el trabajador esté disponible y localizable"[56].

No obstante, la mera disponibilidad del trabajador durante la guardia localizada, aunque no tenga la consideración de tiempo de trabajo efectivo, debe ser compensada económicamente, y a tal efecto los convenios colectivos suelen establecer unos específicos complementos o pluses de retén[57], lógicamente, previstos para los supuestos en los que el trabajador se encuentre efectivamente en régimen de disponibilidad horaria o guardia localizada[58].

54 Así, conforme al artículo 38 del Convenio colectivo estatal del Ciclo Integral del Agua (BOE de 3 de octubre de 2019), ese tiempo de intervención se computará desde que la persona trabajadora reciba el aviso de intervención y hasta su retorno, y se compensará bien económicamente o bien podrá ser compensado con tiempo de descanso equivalente dentro de los 6 meses siguientes a su realización.

55 En este sentido, el artículo 35 (Plus de retén) del Convenio colectivo de Centrales Nucleares Almaraz-Trillo (BOE 24 de enero de 2019), dispone que cuando el trabajador en situación de retén sea llamado a trabajar, percibirá, con independencia del correspondiente plus de retén, la cantidad que corresponda a las horas efectivamente trabajadas y un plus de llamada (regulado en el artículo 32, que entiende por llamada la incorporación a requerimiento de la empresa de los trabajadores para prestar un servicio fuera del horario de trabajo por una causa imprevista y con independencia de que sea un día laborable o festivo) y cuyo importe será independiente de la jornada extraordinaria o turno que realice, y se abonará por valor de 2 horas extras. Se percibirá este plus tantas veces como el trabajador sea llamado.

56 Artículo 38 del Convenio colectivo estatal del Ciclo Integral del Agua (BOE de 3 de octubre de 2019).

57 Entre otros muchos, es el caso del ya citado artículo 38 (Complemento de retén) del Convenio colectivo estatal del Ciclo Integral del Agua (BOE de 3 de octubre de 2019), que establece en las tablas salariales el importe económico correspondiente al plus de retén por cada día establecido para prestar dicho servicio. Esta cantidad se considera independiente de la intervención que la persona trabajadora realice, que conllevará la correspondiente retribución.

58 Así, la SAN de 21 de septiembre de 2016 (ROJ SAN 3721/2016) dictamina que no se puede pretender que los trabajadores, adscritos a puestos de trabajo sometidos al régimen de disponibilidad perciban el complemento de disponibilidad con independencia de que la empresa utilice el citado régimen, puesto que el complemento retribuye precisamente la disponibilidad. De este modo, si la nueva regulación convencional del complemento de disponibilidad permite a la empresa decidir qué

Sin embargo, frente a esta doctrina consolidada tanto por la jurisprudencia comunitaria como nacional, por la que la mera disponibilidad del trabajador durante la guardia localizada no se entiende como tiempo de trabajo efectivo, la STJUE de 21 de febrero de 2018, Matzak, asunto C-518/15[59], constituye un punto de inflexión, al haber matizado esta posición de partida y al haber considerado como tiempo de trabajo todo el período de tiempo durante el que el trabajador se encuentre en situación de guardia localizada, aunque no sea requerido para trabajar, cuando el tiempo de respuesta exigido para incorporarse a prestar servicios sea tan reducido que limite sus posibilidades de atender sus asuntos personales o sociales, haciendo incompatible el estar de guardia localizada con cualquier otra actividad. En concreto, el TJUE argumenta en dicha sentencia (apartados 63 a 66) que la obligación de permanecer presente físicamente en el lugar determinado por el empresario y la restricción que, desde un punto de vista geográfico y temporal, supone la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de 8 minutos, limitan de manera objetiva las posibilidades que tiene un trabajador de dedicarse a sus intereses personales y sociales, lo que distingue este supuesto de otros en los que durante su servicio de guardia el trabajador simplemente tuviera que estar a disposición a los efectos de que éste pueda localizarle. Por tanto, en estas concretas circunstancias, el artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CE debe interpretarse en el sentido de que el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio, a disposición del empresario, y con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario y poder presentarse en su lugar de trabajo en un plazo de 8 minutos (plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades), debe considerarse "tiempo de trabajo".

Por tanto, "la obligación de estar físicamente presente en el lugar que determine el empresario y de realizar de manera inmediata las prestaciones adecuadas" constituye el factor determinante para establecer qué es tiempo de trabajo y qué no lo es. Pero junto a ello, también se ha destacado que "la calidad del tiempo del que el trabajador puede disfrutar cuando permanece en situación de disponibilidad" (que se traduce, por ejemplo, en su capacidad para dedicarse a sus intereses personales o a su familia) es igual de relevante[60].

---

períodos de disponibilidad va a utilizar, en cuyo caso estará obligada a retribuir el complemento y en qué períodos no lo va a utilizar, lo cual supondrá que el trabajador no cobrará el complemento, pero tampoco estará disponible para la empresa en dicho período .

59 Que resuelve unas cuestiones prejudiciales sobre la consideración o no como tiempo de trabajo del período de guardia domiciliaria durante el que un trabajador belga (bombero voluntario), de ser requerido a ello, tendría que presentarse en un plazo de 8 minutos en su centro de trabajo para prestar servicios. Para ello, parte de la consideración (apartados 28, 30 y 31) de que se trata de una relación laboral, por cuanto se trata de una persona que realiza durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución (recordando la línea interpretativa de la STJUE de 26 de marzo de 2015, Fenoll, C-316/13, apartado 27), y por tanto, entendiendo que el hecho de que el trabajador no tenga la condición de bombero profesional, sino la de bombero voluntario, carece de pertinencia (sic).

60 En las Conclusiones de la Abogada General en el asunto C 518/15 (Matzak), de 26 de julio de 2017, se matiza que el hecho de que un trabajador requiera pasar el período de guardia localizada dentro de un radio que se halle relativamente cerca de su centro de trabajo no impide, que deba tomarse debidamente en consideración la calidad del tiempo que tiene a su disposición. Salvo en caso de que el trabajador deba prestar sus servicios a distancia, la propia naturaleza de ese tipo de

De esta forma, las guardias localizadas que, por su reducido plazo de incorporación en caso de ser requerido para prestar servicios, obligan al trabajador a estar en un determinado lugar, a disposición del empleador y sin poder realizar ninguna otra actividad personal o social (perjudicando así la calidad de su tiempo), debe considerarse como un período de tiempo en el que el trabajador está en ejercicio de sus funciones[61]; cumpliendo así con los tres criterios exigidos por el artículo 2.1 Directiva 2003/88/CE para su calificación como "tiempo de trabajo". No obstante, el que tengan tal consideración solo las guardias localizadas con reducido plazo de respuesta e incorporación del trabajador (y no otras), dada la indeterminación y ausencia de precisión de cuándo se considera que dicho plazo de incorporación impediría al trabajador realizar cualquier otra actividad personal o social y cuándo no, introduce un elemento de inseguridad jurídica. Lo problemático será determinar cuándo se dan las circunstancias requeridas para la consideración de tales guardias localizadas como tiempo de trabajo y cuándo no[62]. De esta forma, la casuística interpre-

obligación le exige permanecer cerca de su centro de trabajo. En este contexto, lo más importante no es la proximidad al centro de trabajo exigida, sino la calidad del tiempo. Por tanto, habría que apreciar los hechos para determinar si la calidad del tiempo en el que el Sr. Matzak se hallaba en situación de guardia localizada se vio perjudicada por las restricciones impuestas por su empresario de tal manera que deba considerarse tiempo de trabajo (apartado 57). Por consiguiente, se considera que la definición de tiempo de trabajo no debe interpretarse en el sentido de que se extiende automáticamente a los trabajadores que permanecen en situación de disponibilidad y tienen la obligación de responder a llamadas del empresario en un período breve de tiempo (sin estar obligados al mismo tiempo a estar presentes físicamente en el establecimiento de dicho empresario), y cuya capacidad de llevar a cabo otras actividades durante ese tiempo puede, por tanto, estar limitada . Por el contrario es preciso atender a la calidad del tiempo del que el trabajador puede disfrutar cuando permanece en tal situación de disponibilidad . En este contexto lo más importante no es la proximidad al centro de trabajo exigida, sino la calidad del tiempo (apartado 58).

61 En este sentido, la STJUE de 21 de febrero de 2018, Matzak, asunto C-518/15, apartado 59, recuerda que de la jurisprudencia del TJUE se desprende que el factor determinante para la calificación de tiempo de trabajo es el hecho de que el trabajador está obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad . Y por tanto, estas obligaciones (que impiden que los trabajadores afectados elijan su lugar de estancia durante los períodos de guardia) deben considerarse comprendidas en el ejercicio de sus funciones (vid. la STJUE de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C-151/02, apartado 63; y el Auto del TJUE de 4 de marzo de 2011, Grigore, C-258/10, apartado 53). En esta misma línea, LAHERA FORTEZA, J.: Tiempo de trabajo efectivo europeo , Trabajo y Derecho, núms. 43-44, 2018, afirma que el test europeo del tiempo efectivo de trabajo se efectúa mediante una técnica de constatación de esta limitación de la libertad personal de descanso y ocio que implica cualquier trabajo dependiente y por cuenta ajena ; y precisa que no se trata tanto de medir la prestación real de servicios profesionales, que también, sino la presencia física en el lugar determinado por la empresa y la disposición del trabajador a desarrollar el trabajo bajo órdenes empresariales, aunque existan tiempos de inactividad laboral no equiparables a un descanso .

62 La misma STJUE de 21 de febrero de 2018, Matzak, asunto C-518/15, apartado 60, es consciente de esta problemática diferenciación, cuando aclara que no ocurre lo mismo con otras guardias localizadas en las que el trabajador aunque esté a disposición de su empresario en la medida en que debe estar localizable , pueda administrar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus intereses personales . En estas circunstancias, sólo debe considerarse tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva 2003/88/CE el tiempo dedicado a la prestación efectiva de servicios (vid. también la STJUE de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C-151/02, apartado 65). Pero el TJUE no ofrece una

tativa de la jurisprudencia va a determinar en cada supuesto cuándo reúne los requisitos para ser considerada la mera guardia localizada como tiempo de trabajo y cuándo no, y se considere como tiempo de descanso.

De este modo, la jurisprudencia nacional está resolviendo ya en base a esta doctrina Matzak, y en concreto para confirmar que las guardias localizadas que no reúnan los requisitos exigidos por el TJUE (por ejemplo, cuando no se exija plazo de disponibilidad alguno o cuando éste no se considere perentorio o de inmediata incorporación) no se consideran tiempo de trabajo efectivo, salvo, si fuera requerido el trabajador ello, el tiempo que implique prestación real de servicios (el tiempo de intervención).

En este sentido, la SAN de 20 de septiembre de 2018 (ROJ SAN 3511/2018) no considera que en el supuesto que se discute resulten aplicables las circunstancias que en cambio si concurren en el caso Matzak. En concreto, recuerda que el personal al que se le aplica el Acuerdo de disponibilidades únicamente ha de estar disponible y localizable sin que se fije un plazo mínimo de disponibilidad para realizar las intervenciones que le sean requeridas, sin que tal exigencia implique más que "estar pendiente de la terminal de telefonía móvil que le proporciona la empresa, sin que se le exija la presencia en un lugar determinado, ni en las proximidades del mismo", ya que al no fijarse un plazo mínimo para el inicio de la intervención (que en la práctica totalidad de los casos consta que se efectúa desde el propio lugar en que se encuentra el trabajador) prácticamente "no ve mermadas ni su libertad ambulatoria, ni las posibilidades de dedicar tiempo al descanso y a sus inquietudes personales y sociales" (FJ 3º). Igualmente, la STSJ de Madrid de 25 de julio de 2018 (ROJ STSJ M 8926/2018), resuelve una cuestión similar a la del caso Matzak, planteada también respecto de las guardias localizadas de los trabajadores que prestan servicios de prevención y extinción de incendios forestales, entendiendo que en este supuesto no es aplicable la doctrina de la STJUE de 21 de febrero de 2018, Matzak, asunto C-518/15, porque a los trabajadores no se les obliga a encontrarse en un determinado sitio durante el periodo de guardia localizable y el lapso temporal para incorporarse al puesto de trabajo no es tan breve[63].

solución clarificadora en cuanto a cuándo se entiende que el trabajador se encuentra durante su guardia localizada con más o con menos limitaciones para administrar su tiempo para atender intereses personales o sociales.

63 En particular, entiende que las circunstancias concurrentes en la STJUE de 21 de febrero de 2018, Matzak, asunto C-518/15 eran otras. Se trataba de un trabajador (bombero), que tiene que estar localizado en su domicilio y desplazarse a su lugar de trabajo, el determinado por el empresario, en el plazo de 8 minutos, lo que supone, de una parte, la obligación de estar en un lugar determinado por el empresario (su vivienda) y, de otro, la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo muy breve, concluyendo que en ese caso las restricciones, geográfica y temporal, son tales que se puede equiparar a una guardia de presencia al estar completamente limitado para poder realizar sus intereses personales y de ocio y consecuentemente debe computar como tiempo de trabajo efectivo . En cambio, en el supuesto de autos los trabajadores deberán presentarse completamente equipados en el punto de encuentro en un plazo máximo de 30 minutos desde el momento en el que se les comunique. De este modo, las circunstancias no son exactamente las mismas, pues en este caso no se les obliga a encontrarse en un determinado sitio durante el periodo de la guardia localizable y, el lapso temporal para incorporarse al puesto de trabajo no es tan breve. Obviamente, supone una restricción y les está limitando para poder realizar cualquier actividad, pero ello acontece en cualquier guardia

También la STSJ de Madrid, sala de lo contencioso, de 23 de abril de 2018 (ROJ STSJ M 4892/2018) considera que no se aprecia "que la Instrucción imponga a los funcionarios en periodo de localización unas condiciones de disponibilidad tan restrictivas que conviertan en ilusoria la posibilidad de invertir ese tiempo en descanso o en sus intereses personales"[64].

A partir de esta STJUE de 21 de febrero de 2018, Matzak, asunto C-518/15, y aunque literalmente ésta considera como tiempo de trabajo efectivo el tiempo de guardia domiciliaria localizada que restringe la libertad de movimientos del trabajador y la capacidad para atender sus intereses personales y sociales, es evidente que se han reforzado los argumentos que consideran obsoleta la dicotomía conceptual consagrada por la Directiva 2003/88/CE[65], al entender que, en cierto modo, se ha configurado por la jurisprudencia comunitaria un tercer género que es tiempo de mera disponibilidad, y que no es ni tiempo de trabajo ni tiempo de descanso.

2.4. PERÍODOS DE DISPONIBILIDAD DE LOS TRABAJADORES MÓVILES DEL SECTOR DE TRANSPORTE POR CARRETERA NO CONSIDERADOS COMO TIEMPO DE PRESENCIA

También encontramos períodos de disponibilidad en el lugar de trabajo de los trabajadores móviles del sector de transporte por carretera durante los que no desempeñan sus funcio-

de localización -es una circunstancia inherente a la misma- y entendemos además que en todos estos casos el tiempo para incorporarse al puesto de trabajo es necesariamente breve . Además, en este caso se trata de un colectivo que presta servicios en el medio rural y lo habitual será que residan en localidades cercanas al punto de encuentro y que su vida social se desarrolle normalmente en la zona, y también que los desplazamientos se realicen con más rapidez que en ciudades o grandes aglomeraciones .

64 Se trataba de una demanda de impugnación de la Instrucción de 20 de enero de 2016 de la Dirección General de Coordinación de la Administración Periférica del Estado, por la que se regula el régimen de jornadas y horarios de los servicios médicos de sanidad exterior, que expresamente regula, en su artículo 10, los períodos de localización.

65 Como concluyen IGARTUA MIRÓ, M.T.: Ordenación flexible del tiempo de trabajo: Jornada y horario, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, página 105, que reconoce que con ello se podría iniciar un complicado camino hacia una noción más flexible de tiempo de trabajo, que seguramente exigiría la revisión de la norma comunitaria y su estricta concepción binaria ; GALLEGO MONTALBÁN, J.: ¿Deben considerarse las guardias domiciliarias o de localización tiempo de trabajo? (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2018, Asunto Matzat, C-518/15) , Revista de Derecho Social, núm. 82, 2018, página 139; y en idénticos términos, POQUET CATALÁ, R.: Consideración de la guardia de localización como posible tiempo de trabajo efectivo a la luz de la doctrina judicial comunitaria , op. cit., páginas 234 y 236, manifiesta que las guardias localizadas se encuentran en una zona gris entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso y ya no puede aplicarse la categorización tan simplista entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de descanso . La dificultad para encajar tales guardias domiciliarias en uno y otro concepto es evidente. Por un lado, ésta no puede ser considerada como tiempo de trabajo mientras el empresario no realice un llamamiento; pero por otro lado, es problemática la consideración de ese tiempo de espera (que puede conllevar un mayor o menor grado de restricción de la libertad de movimientos del trabajador para atender sus intereses personales o sociales) como tiempo de descanso real.

nes habituales. Sin embargo, el artículo 10.3 RDJET entiende comprendidos dentro del tiempo de trabajo efectivo esos períodos "durante los que el trabajador móvil no puede disponer libremente de su tiempo y tiene que permanecer en el lugar de trabajo dispuesto a realizar su trabajo normal, realizando las tareas relacionadas con el servicio, incluidos, en particular, los períodos de espera de carga y descarga cuando no se conozca de antemano su duración previsible". Por tanto, tales períodos de tiempo en los que el trabajador ha de permanecer en el lugar de trabajo se consideran como tiempo de trabajo efectivo, de forma análoga a lo que sucede con las guardias de presencia. En cambio, no tiene tal consideración el tiempo durante el que el trabajador no ha de estar en el lugar de trabajo, aunque sí disponible para trabajar en cualquier momento. Dichos períodos de tiempo se entenderían comprendidos dentro del tiempo de presencia (vid. supra: 1.2.3. letra b) y, por tanto, no considerados como tiempo de trabajo efectivo[66], sin perjuicio de su posible retribución[67].

2.5. ACTIVIDADES DE PREPARACIÓN Y ACTIVIDADES DE FINALIZACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO

En virtud del artículo 34.5 TRET, conforme al cual solo se computa como tiempo de trabajo aquel en el que el trabajador se encuentre desde el comienzo hasta el final de su jornada diaria en su puesto de trabajo, el tiempo dedicado a actividades previas o preparatorias al comienzo de la jornada de trabajo (actividades ex ante) o el tiempo dedicado a actividades posteriores a su finalización (actividades ex post) no tendría la consideración de tiempo de trabajo efectivo. Esto justificaría que, como veremos más adelante (vid. 2.6.1), el tiempo invertido en los desplazamientos diarios del trabajador entre su domicilio y su centro de trabajo no tenga la consideración de tiempo de trabajo. Tampoco tendría consideración de tiempo de trabajo el empleado para cambio de vestuario o uniforme o para aseo personal previo o posterior a la prestación de servicios, la mera presencia del trabajador, el tiempo de acceso o salida u otros supuestos similares[68].

No obstante, en algún caso, la negociación colectiva ha reconocido estas actividades de preparación y finalización de la jornada de trabajo como tiempo de trabajo efectivo[69].

66 En cualquier caso, y tal y como indica el Considerando 10 de la Directiva 2002/15/CE, al objeto de mejorar la seguridad vial, de evitar la distorsión de la competencia y de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores móviles, éstos deben conocer con precisión por una parte cuáles son los tiempos dedicados a actividades del transporte por carretera que se consideran tiempo de trabajo y, por otra parte, cuáles están excluidos y se consideran tiempo de pausa, tiempo de descanso o tiempo de disponibilidad (en términos del RDJET, de presencia).

67 TRILLO PÁRRAGA, F.: Jornada de trabajo, descansos, permisos y vacaciones, Bomarzo, Albacete, 2016, página 42, recuerda que la regulación de dicho tiempo de presencia y su retribución corresponde a la negociación colectiva. En este mismo sentido, vid. STS de 20 de febrero de 2007 (ROJ STS 2189/2007) y STS de 20 de octubre de 2007 (ROJ STS 6873/2007).

68 Como señala ROQUETA BUJ, R.: La jornada de trabajo y su determinación , op. cit., página 80, 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 .

69 Por ejemplo, el artículo 10 (Control de presencia) del Convenio colectivo para las Industrias de Granjas Avícolas y Otros Animales (BOE de 1 de enero de 2018), tras recordar que las horas señaladas en los horarios de trabajo como de comienzo de jornada deberán ser en condiciones de realizar

Así, el convenio colectivo aplicable (incluso el propio contrato de trabajo) podría, no solo acordar el carácter retribuido de algunas de estas actividades relacionadas ex ante o ex post con la prestación laboral, sino también considerarlas como tiempo de trabajo efectivo[70].

Igualmente, la jurisprudencia ha matizado esta posición, reconociendo naturaleza de tiempo de trabajo efectivo algunos períodos de tiempo dedicados a actividades previas o posteriores[71]. De esta manera, la STS de 18 de septiembre de 2000 (ROJ STS 6495/2000) entiende que el tiempo invertido diariamente por un vigilante de seguridad en la recogida y entrega del arma de fuego que utilizaba en su trabajo en un armero situado en una población distinta a la del centro de trabajo es tiempo de trabajo efectivo, y "no reduce la jornada ordinaria de trabajo de vigilancia realizada, sino que se añade a la misma", por lo que se debe remunerar como hora extraordinaria, ya que "el desplazamiento para la recogida del arma se hace antes del inicio del tiempo de vigilancia, y la entrega de la misma al final del servicio de vigilancia encomendado". También la STS de 24 de septiembre de 2009 (ROJ STS 6169/2009) ha considerado tiempo de trabajo efectivo el tiempo que un vigilante de seguridad emplea en recoger el uniforme en lugar distinto al de trabajo antes del inicio de su jornada laboral, debiéndose igualmente remunerarse como horas extraordinarias[72]. Por su parte, la STS de 20 de junio de 2017 (ROJ STS 2695/2017) considera como tiempo de trabajo efectivo el tiempo dedicado por los trabajadores (enfermeros) a transmitirse información médico-sanitaria de los pacientes entre turno saliente y turno entrante, y por tanto, antes de iniciarse y concluirse el respectivo turno[73].

---

el trabajo efectivo, es decir, con ropas, herramientas y demás útiles, y en el puesto de trabajo, de la misma manera se procederá al finalizar la jornada , entiende que a estos efectos el tiempo necesario para recoger y limpiar las herramientas se considera tiempo de trabajo efectivo .

70 En este sentido, POQUET CATALÁ, R.: Consideración de la guardia de localización como posible tiempo de trabajo efectivo a la luz de la doctrina judicial comunitaria , op. cit., página 225, que advierte de las consecuencias que de ello se derivaría de cara a la necesidad de tener en cuenta dichos períodos de tiempo en el cómputo de la jornada máxima anual.

71 En cambio, en el sector del transporte, los tiempos de toma y deje no se han considerado como tiempo de trabajo efectivo, por contar con la particularidad sectorial de un tercer género: los tiempos de presencia. En este sentido, la STS de 2 de octubre de 2007 (ROJ STS 6873/2007) dictamina que las actividades de toma y deje de autobuses no son consideras como tiempo de trabajo efectivo, pues tales funciones serían 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 . Así lo ha reconocido también la negociación colectiva. Por ejemplo, el artículo 18 del Convenio colectivo de Transporte Interurbano de Viajeros por Carretera (BOP de Granada de 16 de marzo de 2018) admite que la toma y deja de los conductores tendrá la consideración de tiempo de presencia, respetándose el tiempo que actualmente se considera de toma y deje en cada empresa .

72 Argumenta dicha sentencia que, si dicho tiempo es de trabajo efectivo, no reduciendo la jornada ordinaria de trabajo añadido a esta, pues el desplazamiento para la recogida de la ropa se hace antes del inicio del tiempo de servicios, necesariamente dicho tiempo debe calificarse como horas extraordinarias, porque tales desplazamientos no son los propios de ida y vuelta al trabajo desde el domicilio o residencia del trabajadores, sino (&) el desplazamiento tenía por causa un deber impuesto por la empresa, en atención a las necesidades o conveniencia del servicio .

73 En este caso, los enfermeros dedicaban aproximadamente entre 15 y 20 minutos a transmitirse información sobre los pacientes para garantizar la continuidad asistencial de los mismos entre un

En ocasiones no ha sido la jurisprudencia, sino la propia normativa reglamentaria la que ha considerado como tiempo de trabajo efectivo determinados períodos de tiempo previos o posteriores a la finalización de la jornada de trabajo. Es el caso del artículo 7.2 (Medidas higiénicas) RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, cuando reconoce que "los trabajadores dispondrán, dentro de la jornada laboral, de diez minutos para su aseo personal antes de la comida y otros diez minutos antes de abandonar el trabajo"[74]. Pues, como precisa el siguiente apartado, "al salir de la zona de trabajo, el trabajador deberá quitarse las ropas de trabajo y los equipos de protección personal que puedan estar contaminados por agentes biológicos y deberá guardarlos en lugares que no contengan otras prendas".

2.6. PERÍODOS INVERTIDOS EN TRAYECTOS Y DESPLAZAMIENTOS

2.6.1. Los desplazamientos domicilio-centro de trabajo no son tiempo de trabajo efectivo

Tal y como ya se ha adelantado (vid. supra: 2.5), en virtud del artículo 34.5 TRET, solo se computa el tiempo de trabajo efectivo desde que el trabajador se encuentra en su puesto de trabajo, en su lugar de trabajo. Por tanto, cualquier actividad previa, incluida el desplazamiento necesario al centro de trabajo para prestar servicios, no tiene la consideración de tiempo de trabajo. Aunque dicho tiempo invertido en el desplazamiento tenga como causa la prestación de servicios para el empleador (y por ello, los accidentes que pudiera sufrir el trabajador durante este período de tiempo tendrían la consideración de accidentes de trabajo in itinere, conforme el artículo 156.2.a LGSS[75]), no es propiamente tiempo de trabajo.

Respecto de este tiempo de desplazamiento diario a un centro de trabajo fijo (trayectos hacia y desde el centro de trabajo), no hay ninguna indicación en la Directiva 2003/88/CE

---

turno y otro. Para el Tribunal Supremo, no cabe duda de que este tiempo no admite otra calificación que la de tiempo efectivo de trabajo, en tanto que se trata de obvia actividad profesional (transmitir información médico-sanitaria de los pacientes), resulta de absoluta necesidad (que no ya mera conveniencia) para el adecuado tratamiento y seguridad de los enfermos ingresados, y se lleva a cabo en el respectivo puesto de trabajo, antes de iniciarse y concluirse el respectivo turno (FJ 3º).

74 En idénticos términos, el artículo 6.2 (Medidas de higiene personal y de protección individual) RD 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo.

75 Dicho precepto entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que sufra el trabajador con ocasión o por consecuencia de su trabajo, teniendo expresamente tal consideración los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo . En relación con esto, POQUET CATALÁ, R.: Consideración en torno al tiempo de trabajo: tiempo de desplazamiento, tiempo de disponibilidad y limitación del tiempo de trabajo efectivo , Revista de Derecho de la Seguridad Social, núm. 19, 2019, página 189, ha justificado que se trata con ello de intentar cubrir a aquellos accidentes sufridos fuera del lugar y del tiempo de trabajo pero en el cual el trabajador está realizando una actividad, que si bien no constituye de forma estricta parte de la prestación laboral, sin embargo, resulta imprescindible para que ésta pueda tener lugar .

que avale el que el periodo invertido en ello deba considerarse tiempo de trabajo. Como señala la Comunicación de la Comisión interpretativa de la Diretiva 2003/88/CE (2017/C165/01), los trabajadores con un centro de trabajo fijo pueden determinar la distancia que separa su domicilio del centro de trabajo y pueden disponer libremente de su tiempo y organizarlo en el camino hacia y desde dicho centro de trabajo para dedicarse a sus asuntos personales. Por tanto, la situación es diferente a la que se planteaba en la STJUE de 10 de septiembre de 2015, Tyco, asunto C-266/14, conforme a la que, en cambio, se consideraba que los trabajadores que no tienen centro de trabajo fijo habían perdido la posibilidad de determinar libremente la distancia que separa su domicilio del lugar habitual de inicio y fin de su jornada laboral[76], y por ello, esta posición de no considerar como tiempo de trabajo los desplazamientos entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo ha debido ser matizada en relación con trabajadores sin centro de trabajo fijo.

2.6.2. Los desplazamientos domicilio-clientes de los trabajadores sin centro de trabajo fijo son tiempo de trabajo

La STJUE de 10 de septiembre de 2015, Tyco, asunto C-266/14, ha considerado como tiempo de trabajo el tiempo de desplazamiento de los trabajadores que carecen de centro de trabajo fijo entre su domicilio y los centros del primer y del último cliente (desplazamientos domicilio-clientes)[77]. Este asunto afectaba a trabajadores técnicos que se dedicaban a la instalación y mantenimiento de aparatos de seguridad en varias ubicaciones en la zona territorial a la que estaban adscritos. Estos trabajadores técnicos debían desplazarse una o varias veces a la semana a las oficinas de una agencia logística de transporte para recoger los aparatos que necesitaban para sus intervenciones, pero otros días se desplazaban directamente desde sus domicilios a los centros de los clientes donde debían realizar sus actividades (a veces distantes hasta 100k y empleando en ello hasta 3 horas), iniciando su jornada laboral desde su domicilio, con el vehículo de la empresa y conforme a las instrucciones e indicaciones recibidas del empleador a través de aplicaciones en su teléfono móvil (que expresamente le señala la hoja de ruta y los horarios de cita con los clientes). En estas circunstancias, el TJUE consideró que se cumplían los tres criterios de la Directiva 2003/88/CE definitorios del concepto tiempo de trabajo[78], entendiendo que: 1) los desplazamientos de los trabajadores que se dirigían a los centros de los clientes que les asignaba su empresario eran el instrumento necesario para ejecutar las prestaciones técnicas de dichos traba-

76 STJUE de 10 de septiembre de 2015, Tyco, asunto C-266/14, apartado 44.

77 Ello obliga a una reinterpretación del propio artículo 34.5 TRET. Por otro lado, la consideración de tales desplazamientos como tiempo de trabajo, aunque ajustada a la definición de la Directiva 2003/88/CE, resulta problemática en cuanto a su aplicación y las repercusiones que puede tener para la salud del trabajador y para la efectiva la conciliación de la vida laboral y familiar. Sobre ello, han advertido, entre otros, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. La consideración del tiempo de desplazamiento domicilio-clientes como tiempo de trabajo efectivo , op. cit., (4. Repercusión práctica de la sentencia ; y MOLINA NAVARRETE, C.: Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital , op. cit., páginas 264 y 265.

78 STJUE de 10 de septiembre de 2015, Tyco, asunto C-266/14. Respectivamente: apartados 30 a 34; 35 a 39; y 43 a 46.

jadores en los centros de estos clientes, y en consecuencia estos períodos de tiempo debían ser considerados como períodos durante los cuales los trabajadores estaban en ejercicio de su actividad o de sus funciones; 2) en cuanto al hecho de que los trabajadores recibieran un itinerario para sus trayectos y que carecieran de la posibilidad de disponer libremente de su tiempo y dedicarse a sus asuntos personales, ello suponía que estuvieran durante ese tiempo a disposición del empresario; y 3) que en el caso de los trabajadores que se desplazaban hacia o desde un cliente y, por tanto, estaban en ejercicio de sus funciones, se debe considerar que estos permanecían igualmente en el trabajo durante esos trayectos. Toda vez que los desplazamientos son consustanciales a la condición de trabajador que carece de centro de trabajo fijo o habitual, el centro de trabajo de estos trabajadores no puede reducirse a los centros de los clientes de su empresario. Por tanto, cuando los trabajadores sin centro de trabajo fijo hacen uso de un vehículo de empresa para dirigirse directamente desde su domicilio al del primer cliente asignado por su empresario o para regresar a su domicilio desde el centro del último cliente (y, por supuesto, para desplazarse de un cliente a otro durante su jornada laboral[79]), debe considerarse que estos trabajadores permanecen en el trabajo.

Sin embargo la jurisprudencia nacional no ha aplicado esta doctrina Tyco de forma generalizada, sino que, en una interpretación restrictitiva, ha exigido para ello la rigurosa concurrencia de todas las circunstancias valoradas por el TJUE. Así, la STS de 4 de diciembre de 2018 (ROJ STS 4468/2018) ha negado la consideración como tiempo de trabajo efectivo del tiempo invertido en los desplazamientos diarios de un trabajador de ayuda a domicilio desde su propio domicilio al del primer usuario y desde el domicilio del último usuario al del trabajador, en particular por no quedar acreditado que durante dichos desplazamientos se encuentre a disposición del empleador[80].

2.6.3. Desplazamientos intermedios durante la jornada laboral

El TJUE no se ha pronunciado expresamente sobre los desplazamientos que puede realizar el trabajador durante su jornada de trabajo, aunque, como acabamos de decir, si lo ha hecho de forma indirecta (vid. nota 79). Por ello, la Comunicación de la Comisión sobre la

79 Tales desplazamientos intermedios no son controvertidos. La propia empresa contabilizaba como jornada de trabajo el tiempo transcurrido entre la hora de llegada de sus trabajadores al centro del primer cliente del día y la hora en que estos trabajadores salen del centro del último cliente, y por tanto sólo tenía en cuenta el tiempo en que se llevan a cabo las intervenciones en dichos centros y los desplazamientos intermedios, entre un cliente y otro (apartado 16).

80 FJ 1º. De este modo, dicha sentencia entiende que el convenio colectivo aplicable solo regula los desplazamientos entre servicios y que respecto de la doctrina del TJUE, considera que no hay elementos fácticos para entender que se esté ante el supuesto que en ella se analizaba al no quedar constancia en el presente caso de las circunstancias tomadas en consideración por aquel Tribunal , pues aprecia diferencias en cuanto aspectos relevantes como el que los trabajadores acuden desde sus domicilios al del primer usuario o desde el domicilio del último usuario, tras finalizar la actividad, al domicilio del trabajador, así como las distancias entre esos domicilios, medios de localización, uso de vehículos, etcétera (FJ 2º).

Directiva 2003/88/CE (2017/C165/01) ha considerado conveniente aclarar su posición frente a la consideración como tiempo de trabajo de los desplazamientos intermedios que debe realizar el trabajador. De esta manera, entiende que los trayectos entre trabajos durante la jornada laboral también deberían considerarse tiempo de trabajo si se cumplen las siguientes condiciones: 1) si los trayectos afectados constituyen el instrumento necesario para prestar los servicios a los clientes (por lo que los trabajadores están en el ejercicio de sus actividades o de sus funciones); 2) si los trabajadores afectados están a disposición del empresario durante ese tiempo, lo que significa que están sometidos a las instrucciones del empresario y carecen de la posibilidad de disponer libremente de su tiempo para dedicarse a sus asuntos personales; y 3) si el tiempo de desplazamiento es consustancial al trabajo de los trabajadores y el centro de trabajo de estos no puede reducirse a los centros de los clientes de su empresario (durante tales desplazamientos permanecería en el trabajo). Y siguiendo este mismo razonamiento que para los desplazamientos intermedios (entre citas) durante la jornada laboral, deberían considerarse tiempo de trabajo los trayectos de los trabajadores que, en lugar de acudir a su centro de trabajo principal, acuden directamente a citas (situación asimilable a la de de los trabajadores en el asunto Tyco) o a otro centro de trabajo a petición de su empresario (trayectos irregulares de los trabajadores a un centro de trabajo diferente).

En todo caso, y dada la casuística que podemos encontrar en la práctica, el papel de la negociación colectiva en la determinación de qué desplazamientos o trayectos del trabajador tendrá consideración de tiempo de trabajo efectivo y cuales no, es fundamental[81].

2.6.4. Desplazamientos por motivos formativos de los trabajadores en formación y aprendizaje

Por último, los desplazamientos que los trabajadores en formación y aprendizaje deben realizar diariamente para recibir formación en los centros concertados por la empresa se consideran también tiempo de trabajo. En concreto, el artículo 8.3 RDCFA considera que en los supuestos en que la jornada diaria de trabajo incluya tanto tiempo de trabajo efectivo como actividad formativa, los desplazamientos necesarios para asistir al centro de formación computarán como tiempo de trabajo efectivo no retribuido .

81 Por ejemplo, el artículo 12.6 del Convenio colectivo de T-Systems ITC Iberia (BOE de 3 de junio de 2019), dispone que en el caso de puestos de trabajo móviles, no ubicados física y permanentemente en un centro de trabajo, que requieren desplazamientos para el desarrollo de la actividad laboral, dentro de las 8 horas de trabajo efectivo diario se contemplarán los tiempos empleados en realizar los desplazamientos necesarios para el desarrollo de la misma . En el mismo sentido, el artículo 12.3 del Convenio colectivo de la empresa Quirón Prevención (BOE de 25 de junio de 2019) establece que en el caso de trabajadores que para la prestación del servicio deban desplazarse a lugares diferentes del centro de trabajo habitual, el tiempo de desplazamiento que se origine se considerará tiempo de trabajo a efectos del cómputo de la jornada. El tiempo de desplazamiento se considera tiempo de trabajo efectivo, pero no se tendrá en cuenta, en ningún caso, para el cálculo de la jornada máxima diaria .

2.7. PERÍODOS DE FORMACIÓN

Como ya señalamos (vid. supra: 1.2.1), conforme a los artículos 23. y 52.a TRET se considera tiempo de trabajo efectivo los períodos de tiempos destinados a la formación del trabajador necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. Sin embargo, las dudas interpretativas podrían derivarse de otras acciones formativas. La negociación colectiva es una vía adecuada para precisar qué otros tipos de formación conllevaría la consideración de tiempo de trabajo efectivo. Como regla general, los convenios colectivos, además de la formación para facilitar la adaptación a las modificaciones del puesto de trabajo, consideran como tiempo de trabajo cualquier período formativo del trabajador que sea exigido o exigible por la empresa o que, simplemente, conlleve un perfeccionamiento de las competencias profesionales del trabajador y de su cualificación técnica que suponga una mejor y más eficaz prestación de servicios[82]. También es considerado como tiempo de trabajo efectivo el destinado a formación específica en materia de prevención de riesgos laborales, tanto la formación teórica y práctica de los propios trabajadores, en la medida que ello constituye una obligación empresarial[83], como la formación de los Delegados de Prevención[84].

La jurisprudencia nacional también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre otros casos particulares, como la realización de cursos formativos y sus correspondientes pruebas

82 Por ejemplo, el artículo 15.1 del Convenio colectivo de Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos (BOE de 18 de octubre de 2019), que se limita a reproducir el correspondiente precepto estatutario; el Punto 8 del Acuerdo sobre registro de la jornada de trabajo derivado del VIII Convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada (BOE de 18 de octubre de 2019), que dispone que cuando la persona trabajadora asista a la formación organizada por la empresa o aquellas otras que sin ser organizadas por la empresa sean propuestas por el trabajador y autorizadas por el empresario, será considerado como tiempo de trabajo efectivo ; el artículo 115.2 (Formación en centros educativos) del Convenio colectivo de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad (BOE de 4 de julio de 2019), que reconoce que el personal que asista a cursos de perfeccionamiento, previo permiso de la empresa, tendrá derecho a percibir su retribución durante su duración, computándose el tiempo de ausencia por tal motivo como tiempo de trabajo efectivo incluido dentro de los cómputos de jornada máxima establecidos para cada grupo profesional ; o el artículo 43 del Convenio colectivo de la empresa Severiano Servicio Móvil (BOE de 8 de febrero de 2019), que precisa que como norma general los cursos de formación se impartirán dentro de la jornada laboral y tendrán la consideración de tiempo de trabajo efectivo .

83 Recordemos que el artículo 19.2 LPRL dispone que en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación (&) como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo , y que dicha formación deberá impartirse, siempre que sea posible, dentro de la jornada de trabajo o, en su defecto, en otras horas pero con el descuento en aquélla del tiempo invertido en la misma .

84 El artículo 79 del Convenio colectivo de la empresa Quirón Prevención (BOE de 25 de junio de 2019), establece que los Delegados de Prevención deberán acreditar su asistencia a las acciones formativas que se lleven a cabo en este sentido y el tiempo dedicado a ella será considerado como tiempo de trabajo efectivo . En el mismo sentido, el artículo 55 del Convenio colectivo de la Federación Estatal de Servicios de CCOO (BOE de 26 de septiembre de 2019).

de aptitud para la obtención de determinadas certificaciones o autorizaciones necesarias para la prestación de servicios[85]. No obstante, se constata una línea interpretativa que establece algunos condicionantes o requisitos para que los períodos formativos sean considerados como tiempo de trabajo efectivo. Así, por ejemplo, la SAN de 19 de junio de 2017 establecía que para considerar que un determinado tiempo dedicado a la formación del trabajador sea tiempo de trabajo han de concurrir una de estas dos circunstancias: 1) bien que nos encontremos en el supuesto del artículo 23.d TRET (formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo); o 2) bien que dicha formación, con independencia de cuál sea su finalidad, sea impuesta de forma unilateral por el empleador en uso de sus funciones directivas, resultando obligatoria para el empleado , pues se consideraría que el trabajador está a disposición de su empresario (al hallarse en una situación en la que esté obligado jurídicamente a obedecer las instrucciones de su empresario y a ejercer su actividad por cuenta de éste), lo que sucedería si la formación es obligatoria. Por tanto, a salvo de lo que pudieran acordar las partes en convenio colectivo o en el contrato de trabajo, ni la formación no obligatoria, ni la formación no relacionada con la modificación o adaptación del puesto de trabajo, se considerarían como período de trabajo efectivo.

2.8. ASISTENCIA Y PARTICIPACIÓN EN REUNIONES Y EVENTOS DE INTERÉS EMPRESARIAL

La jurisprudencia ha considerado como tiempo de trabajo algunos supuestos en los que no hay propiamente prestación de servicios del trabajador, pero si se realiza una actividad

85 De este modo, la STS de 11 de diciembre de 2017 (ROJ STS 4701/2017) considera que el tiempo dedicado a estas actividades formativas, en concreto las necesarias para la renovación del ADR (una autorización especial para conducir vehículos que transporten mercancías peligrosas) comprendiendo no solo la asistencia al curso y su superación con aprovechamiento, sino también el examen sin el cual no se obtiene la correspondiente certificación, han de considerarse tiempo de trabajo efectivo y ha de ser remunerado como tal , pues conforme a lo dispuesto en el artículo 23.1.d TRET y el artículo 42 del convenio colectivo aplicable las actividades formativas deben realizarse preferentemente durante la jornada de trabajo, corriendo a cargo de la empresa, cuando no sea posible impartirlas dentro de la jornada de trabajo . Por su parte, la STS de 11 de febrero de 2013 (ROJ STS 842/2013) reconoce que la incidencia que la realización del proceso formativo para la obtención del CAP (Certificado de Aptitud Profesional para el transporte de viajeros por carretera y urbanos) tiene sobre la salud y la seguridad del trabajador ha de integrarse en la formación exigible en cumplimiento del deber de protección del empleador (artículo 19.2 LPRL), con arreglo al que por un lado, el tiempo invertido en esa formación tendrá la consideración de trabajo efectivo, y por otro, como consecuencia de ello, deberá ser retribuido como tal . En el mismo sentido, la STS de 25 de febrero de 2002, en relación con la aplicación del artículo 57 del anterior Reglamento de Seguridad Privada, que imponía a los vigilantes de seguridad obligaciones formativas permanente necesarias para el desempeño de la actividad, consideraba dichos procesos formativos como tiempo de trabajo si se realizaba durante la jornada laboral y su carácter remunerado cuando tuviera lugar fuera de aquella. Argumenta que no se trata de un tiempo de formación que responda a la libre decisión del trabajador, sino de una formación que tiene lugar precisamente porque se está trabajando para la empresa y de la que ésta resulta beneficiada. Igualmente, la STS de 12 de febrero de 2008 (ROJ STS 2323/2008), por su consideración como tiempo de trabajo, reconoce la compensación de las horas invertidas en la realización de un curso a distancia sobre prevención de riesgos laborales impartido fuera de la jornada laboral y exigido por la empresa.

en provecho o interés del empleador. Así, se han asimilado a tiempo de trabajo efectivo determinados eventos y actividades no laborales en los que participan los trabajadores (en particular, los considerados como Personal Comercial), incluso fuera de la jornada de trabajo, tales como congresos, convenciones periódicas, reuniones, presentaciones, encuentros, competiciones deportivas, etcétera; pues pese a tratarse de actividades no estrictamente laborales, están en cierto modo relacionadas con la prestación de servicios, puesto que tienen como finalidad establecer y afianzar lazos comerciales, sin que el carácter voluntario de dichas actividades sea determinante para su no consideración como tiempo de trabajo efectivo. Como indica la STS de 19 de marzo de 2019 (ROJ STS 1402/2019), la asistencia a los eventos comerciales especiales fuera de la jornada forma parte del tiempo de trabajo, y ello se desprende también del convenio colectivo aplicable, pues los propios negociadores han configurado estas actividades del personal comercial como tal tiempo de trabajo, aun partiendo del carácter voluntario de la participación en ellas y sin atender a un concreto o específico contenido de las mismas [86].

2.9. ACTIVIDADES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Legalmente, las reuniones en materia de prevención de riesgos laborales a las que puedan asistir y las visitas y verificaciones que puedan realizar los Delegados de Prevención tendrán la consideración de tiempo de trabajo efectivo. El artículo 37 LPRL (Garantías y sigilo profesional de los Delegados de Prevención), tras recordar que el tiempo utilizado por los Delegados de Prevención para el desempeño de sus funciones será considerado como de ejercicio de funciones de representación a efectos de la utilización del crédito de horas mensuales retribuidas (artículo 68.e TRET), manifiesta que será considerado en todo caso como tiempo de trabajo efectivo, sin imputación al citado crédito horario, el correspondiente a las reuniones del Comité de Seguridad y Salud y a cualesquiera otras convocadas por el empresario en materia de prevención de riesgos , así como el destinado a las visitas previstas para acompañar a los técnicos en las evaluaciones de carácter preventivo del medio ambiente de trabajo, así como (&) a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social en las visitas y verificaciones que realicen en los centros de trabajo para comprobar el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, pudiendo formular ante

86 En este mismo sentido, la STS de 10 de noviembre de 2017 (ROJ STS 4044/2017), considera como tiempo de trabajo la asistencia a la Convención de Ventas y a la Reunión Nacional de Ventas (que suelen durar dos o más días), puesto que se tratan de eventos comerciales especiales, y que es habitual que en las mismas se convoquen también reuniones de equipo y/o actividades formativas y que se convocan generalmente por meses o cada dos meses . Por su parte, la SAN de 27 de octubre de 2017 (ROJ SAN 4212/2017), consideraba como tiempo de trabajo el tiempo que los trabajadores dedican a ciertas actividades organizadas por la empresa fuera del horario laboral, como por ejemplo una liga de fútbol o una copa de bolos . Para ello argumentaba que esas actividades fuera de jornada (también presentaciones de revistas y competiciones deportivas) a las que son invitados clientes con los que se desea reforzar el vínculo comercial, son actividades programadas por el empresario y vinculadas estrechamente con la prestación de servicios del trabajador, y en cuyo desarrollo, sin perjuicio de su carácter voluntario, éste debe atenerse a las pautas del empleador, encontrándose en consecuencia bajo el ámbito organicista, rector y disciplinario de éste .

ellos las observaciones que estimen oportunas ; y para, informados por el empresario sobre los daños producidos en la salud de los trabajadores una vez que aquél hubiese tenido conocimiento de ellos, presentarse, aún fuera de su jornada laboral, en el lugar de los hechos para conocer las circunstancias de los mismos (artículo 36.2 LPRL, letras a y c).

Respecto a los reconocimientos médicos obligatorios, el artículo 22 LPRL solo considera como tales los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad ; pero no se pronuncia expresamente sobre su realización durante la jornada de trabajo o su consideración como tiempo de trabajo. Sin embargo, si existen pronunciamientos jurisprudenciales de los que parece desprenderse que se consideran incluidos en la jornada de trabajo, como la SAN de 12 de julio de 2006 (ROJ STS 3171/2006).

2.10. PERÍODOS DE REHABILITACIÓN DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD CONTRATADOS PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE

Los períodos destinados a rehabilitación de trabajadores con discapacidad contratados para la formación y el aprendizaje se asimilan reglamentariamente a tiempo de trabajo efectivo, o mejor dicho, que una parte del tiempo de trabajo efectivo se destinará a dicha rehabilitación. La Disposición Adicional 2ª RECFA establece que cuando el trabajador contratado para la formación y el aprendizaje sea una persona con discapacidad intelectual, hasta un 25 por 100 del tiempo de trabajo efectivo podrá dedicarse a la realización de procedimientos de rehabilitación, habilitación o de ajuste personal y social .

2.11. PERÍODOS DE DESCANSO: LA PAUSA DEL BOCADILLO

2.11.1. La exclusión como regla general: los descansos no son tiempo de trabajo efectivo

La normativa comunitaria es tajante en cuanto a que todo aquello que no sea tiempo de trabajo será considerado como período de descanso. De este modo, tiempo de trabajo y tiempo de descanso son conceptos excluyentes. Por definición, precisamente el período de descanso es todo aquel en el que no se presta trabajo efectivo (vid., supra: 1.1). Así, la STS de 21 de octubre de 1994 (ROJ STS 6675/1994) entendía por descanso el período o lapso de tiempo durante el que el trabajador deja de prestar servicios y que puede, muy bien, no privar de la retribución, como tal ocurre con los domingos, festivos no recuperables y las vacaciones .

De este modo, puede haber periodos de inactividad del trabajador incluidos dentro de su jornada laboral, aunque ello no los convierta sin más en tiempo de trabajo efectivo. Así,

hay descansos (como el descanso semanal, festivos, vacaciones, etcétera) que son considerados como de trabajo (por ejemplo, a efectos retributivos, como dice el artículo 26.1 TRET) en los que sin embargo no hay prestación efectiva de servicios, pues una cosa es el tiempo de trabajo efectivo y otra cosa los períodos de descanso considerados como de trabajo. No obstante, la negociación colectiva puede considerar como tiempo de trabajo efectivo determinados períodos de descanso[87].

2.11.2. La discutible calificación como tiempo de trabajo de las ausencias que tienen la consideración de permisos retribuidos

El artículo 37.3 TRET reconoce a los trabajadores el derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración , previo aviso y justificación, en los siguientes supuestos: 15 días por matrimonio (o, como de forma generalizada reconoce la negociación colectiva, constitución de pareja de hecho); 2 días por 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 ello conlleve la necesidad de desplazamiento serán 4 días); 1 día por traslado del domicilio habitual; por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo; para realizar funciones sindicales o de representación; y por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, o en caso de adopción, guarda o acogimiento, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad (siempre que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo).

A estos permisos retribuidos reconocidos legalmente, la negociación colectiva, como mejora, además de ampliar la duración de los permisos legales, ha añadido otras muchas licencias y permisos (para asistencia a consulta médica o pruebas diagnósticas del propio trabajador; para acompañamiento a pruebas o consultas médicas de menores o personas dependientes; para eventos familiares como bodas, bautizos, comuniones o similares; para trámites de separación o divorcio; para obtención o renovación de permisos y documentos, como DNI, pasaporte, permiso de conducir, etc.; para la realización de trámites administrativos, como IRPF, notariales, registro, etc.; por asuntos personales o asuntos propios; etcétera), que en algunos casos tienen carácter retribuido y en otras no.

Pues bien, tales permisos retribuidos se han considerado por la doctrina como tiempo de trabajo efectivo[88], precisamente, por su carácter retribuido y porque de no ser así no se

87 Por ejemplo, el artículo 25 del Convenio colectivo de Restauración Colectiva (BOE de 18 de junio de 2019) dispone que se respetarán y se seguirán aplicando (como condición más beneficiosa en su caso), los acuerdos o los sistemas que se estén aplicando en cada empresa, y entre ellos: los referidos a los tiempos de descansos entre jornadas, con su consideración o no de trabajo efectivo . En este mismo sentido, el artículo 48 (Sobre cumplimiento de la jornada en el puesto de trabajo) del Convenio colectivo de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad (BOE de 4 de julio de 2019), dispone que computarán como tiempo de trabajo efectivo aquellos descansos dentro de la jornada que se encuentren previamente considerados con ese carácter por cada empresa o bien regulados en este Convenio colectivo .

88 ROQUETA BUJ, R.: La jornada de trabajo y su determinación , op. cit., página 77: las

completaría la jornada de trabajo anual establecida. De este modo, el criterio de la retribución se convertiría en elemento definitorio del tiempo de trabajo efectivo, subrayándose el hecho de que estos supuestos de permisos retribuidos, a diferencia de otros descansos retribuidos (descanso semanal, festivos, vacaciones anuales, etc.), tienen carácter de interrupciones no periódicas de la prestación de servicios, y que por tanto no son previsibles y pueden afectar al cómputo de la jornada de trabajo efectivo.

Sin embargo, entendemos que dichas ausencias del trabajo no encajan en la definición de tiempo de trabajo de la Directiva 2003/88/CE. No cumplen ninguno de los tres elementos definitorios: ni permanencia en el lugar de trabajo, ni estar a disposición del empresario, ni ejercicio de su actividad o sus funciones. Como decíamos, el carácter retribuido de un determinado período de tiempo no lo califica necesariamente como tiempo de trabajo efectivo. No es un criterio definitorio del tiempo de trabajo. Al contrario, el mismo artículo 26 TRET aclara expresamente que será salario toda percepción económica que perciban los trabajadores ya retribuyan el trabajo efectivo (&) o los períodos de descanso computables como de trabajo . Luego, aunque retribuidos, puede haber períodos de descanso, computables como de trabajo, que no tengan la consideración de tiempo de trabajo efectivo. Por otro lado, frente al argumento de que si no se consideran como tiempo de trabajo no se completaría la jornada de trabajo anual, hay que recordar que se trata de jornada máxima de trabajo efectivo, y por tanto no habría problema alguno en que estas ausencias del trabajo previstas para determinados supuestos puedan motivar que la jornada de trabajo anual resultante sea inferior. Por tanto, consideramos que estas licencias y permisos retribuidos constituyen ausencias del trabajo que no pueden calificarse como tiempo de trabajo efectivo, sino como períodos de descanso (ausencias justificadas) de carácter retribuido.

Igualmente discutible es la consideración de las horas no trabajadas por impedimentos imputables al empresario (a las que se refiere el artículo 30 TRET) como de trabajo efectivo[89]. Aunque entendemos que, a diferencia de los permisos retribuidos, aquí hay un cierto grado de disponibilidad del trabajador para prestar servicios en cuanto sea posible, por idénticas razones a las antes expuestas, entendemos que el carácter retribuido de los mismos no es un criterio suficiente para considerarlo como tiempo de trabajo efectivo.

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 . En este sentido, se apoya en la STSJ de Castilla y León de 30 de marzo de 2006 (Rec. núm. 218/2006).

89 Así lo interpreta BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: Tiempo de trabajo y tiempo de descanso, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, en base a que el precepto legal reconoce que el trabajador conservará su derecho al salario y que las horas así perdidas tienen carácter no recuperable, por lo que computarán para el cálculo de la jornada efectivamente realizada por el trabajador. Aunque más complejo y discutible, también alude a la posibilidad de considerar también las horas de prestación de servicios perdidas por fuerza mayor.

2.11.3. La pausa del bocadillo como tiempo de trabajo efectivo

Respecto a las pausas de descanso dentro de la jornada de trabajo diaria continuada (conocidas comúnmente por la negociación colectiva como descanso del bocadillo o pausa del desayuno), la normativa comunitaria no se pronuncia expresamente sobre su como tiempo de trabajo efectivo. El artículo 4 de la Directiva 2003/88/CE se limita a reconocer que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los trabajadores cuyo tiempo de trabajo diario sea superior a seis horas tengan derecho a disfrutar de una pausa de descanso cuyas modalidades, incluida la duración y las condiciones de concesión, se determinarán mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales o, en su defecto, mediante la legislación nacional .

Conforme indicábamos (vid. supra: 1.2.1), el artículo 34.4 TRET dispone que ese período de descanso durante la jornada diaria continuada solo se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo, interpretándose, en cambio, que si no está pactado de forma expresa, el período de tiempo invertido en la toma del bocadillo no se entenderá como tiempo de trabajo efectivo[90].

Por tanto, ante esa remisión legal a la autonomía de las partes, su consideración o no como tiempo de trabajo efectivo dependerá de cómo haya sido calificado por la negociación colectiva (o en su caso, por el contrato de trabajo). Del análisis de la negociación colectiva se constata que la mayoría de convenios colectivos no recogen cláusulas específicas sobre la consideración de tiempo de trabajo efectivo de la pausa del bocadillo . Pero aquellos convenios que si la regulan, de forma mayoritaria, consideran dicho descanso durante la jornada diaria continuada como tiempo de trabajo efectivo[91]. En todo caso, tanto en aquellos supuestos en los que no hay pacto expreso como en aquellos otros casos excepcionales en los que expresamente se niega su consideración como tiempo de trabajo efectivo[92], la pausa

90 Como ya recordaba la STS de 21 de octubre de 1994 (ROJ STS 6775/1994), para considerar el llamado descanso de bocadillo como tiempo de trabajo efectivo se hubiera hecho preciso un acuerdo individual o colectivo al respecto , por así exigirlo de modo ineludible el mencionado artículo 34.4 TRET.

91 Por citar un par de ejemplos de esta tendencia mayoritaria: el artículo 24 (Jornada continuada) del Convenio colectivo la Industria del Calzado (BOE de 22 de julio de 2019), manifiesta que para la jornada continuada el descanso por bocadillo será de 25 minutos, no pudiendo descontar los citados tiempos de descanso del tiempo de trabajo efectivo ; y el artículo 9 del Convenio colectivo para las Industrias de Granjas Avícolas y Otros Animales (BOE de 1 de enero de 2018), dispone que el tiempo de descanso en jornada continuada se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando, por acuerdo individual o colectivo entre empresarios y personas trabajadoras, así esté establecido o se establezca . Igualmente considera que ésta es la tendencia generalizada en la negociación colectiva el estudio de MERINO SENOVILLA, H.: Distribución del tiempo de trabajo en la negociación colectiva , Revista de Derecho Social, núm. 2, 1998, página 216, que además constata que las cláusulas reguladoras son un tanto dispares respecto a su contenido , encontrando desde convenios que amplían la duración del descanso hasta media hora (considerando tiempo de trabajo solo los 15 minutos reconocidos legalmente), hasta los que computan como de trabajo todo el tiempo de bocadillo.

92 Es el caso del artículo 25.2 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias de Pastas Alimenticias (BOE de 12 de febrero de 2018), cuando establece que los trabajadores que presten sus servicios en jornada continuada disfrutarán de un periodo de descanso de 15 minutos, que no tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo ; del articulo 34.d del Convenio Colectivo de Deri-

del bocadillo no computaría como jornada de trabajo, no se entendería como tiempo de trabajo con independencia de que dicho tiempo pudiera ser eventualmente retribuido[93].

En definitiva, cuando así está contemplado por el convenio colectivo aplicable, la pausa del bocadillo se considera como tiempo de trabajo efectivo[94].

vados del Cemento (BOE de 5 de enero de 2018); o del artículo 16.3 del Convenio colectivo de la empresa Ford España (BOE de 26 de julio de 2019), cuando dispone que estas interrupciones no serán retribuidas, considerándose como tiempo de presencia, pero no de trabajo efectivo .

93 La citada STS de 21 de octubre de 1994 (ROJ STS 6775/1994) ya advertía también que de la retribución del descanso de bocadillo no deben inferirse, sin más, que se reconoce a ese lapso de tiempo como de trabajo efectivo , o en otras palabras, que el hecho de que la empresa venga retribuyendo el tiempo de toma de bocadillo no debe comportar de manera ineludible el que tal periodo de tiempo deba calificarse como de trabajo efectivo , puesto que 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 . Reiterando esta doctrina, la STS de 20 de diciembre de 1999 (ROJ STS 8225/1999), o la STS 24 de enero de 2000 (ROJ STS 337/2000). En el mismo sentido, vid. ROQUETA BUJ, R.: La jornada de trabajo y su determinación , op. cit., página 78.

94 Vid. STS de 12 de diciembre de 2015, ROJ STS 5422/2015; STS de 21 de octubre de 2014, ROJ STS 4822/2014; confirmando la SAN de 16 de mayo de 2013, ROJ SAN 1757/2013, que declaraba que todos los trabajadores de la empresa tenían derecho conforme al convenio colectivo aplicable a disfrutar de 30 minutos de bocadillo como tiempo de trabajo efectivo con independencia de su fecha de contratación

Tiempo de trabajo y nuevas formas de trabajo

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO
Profesor titular de universidad
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Sevilla

1 Introducción
2 El empleo de tecnologías disruptivas basadas en sistemas inteligentes como rasgo estructural de las denominadas "nuevas formas de trabajo"
2.1. Nuevas formas de trabajo: un cambio de carácter estructural y transversal hacia una nueva concepción del "trabajo requerido"
2.2. Un posicionamiento necesario previo sobre la calificación jurídica, la licitud y la respuesta del Derecho ante estas nuevas formas de trabajo (en particular, respecto al trabajo a través de plataformas como trabajo on demand y la vigencia necesaria del principio de certidumbre en la determinación de las condiciones de trabajo)
3. Tiempo de trabajo, dedicación y disponibilidad efectiva del trabajador y nuevas formas de trabajo: distintas aproximaciones
3.1. Tiempo de trabajo, dedicación del trabajador y nuevas formas de trabajo
3.2. Disponibilidad del trabajador como elemento definitorio de la dedicación del trabajador (y, en su caso, de los derechos de desconexión)
4. Reflexiones finales: nuevas formas de trabajo y tiempo de trabajo, cuestiones a resolver

1. INTRODUCCIÓN

Como decía el profesor Alarcón Caracuel, en la relación jurídica laboral, el tiempo es "la categoría conceptual básica, en torno a la cual se articula todo el contenido de dicha relación"[1]. Es obvia, pues, la consideración tradicional del tiempo de trabajo como elemento central en la conformación no sólo del objeto de la prestación, sino de la propia causa y fundamento del contrato de trabajo. Sin embargo, la reconfiguración de aspectos de la relación laboral, en torno a lo que genéricamente podamos entender como "nuevas formas de trabajo", puede conllevar una nueva visión al respecto, afectando, al menos en determinadas manifestaciones, a la centralidad de la consideración del tiempo de trabajo. Una nueva comprensión del "trabajo requerido", como concepto recurrente sobre el que puede girar la nueva demanda de prestación de servicios, incide en este aspecto, llegando, incluso, a afectar a la propia justificación y sentido del vínculo contractual del trabajo por cuenta ajena.

El surgimiento de tecnologías disruptivas, en el marco general de digitalización de la economía, y, sobre todo, el empleo de datos (metadatos) en la gestión y organización de la prestación de servicios, generalizado por la universalidad de acceso a aplicaciones móviles, junto a la irrupción de la Inteligencia Artificial, reconfiguran el trabajo y los elementos tradicionales asociados al mismo en la misma medida en que está cambiando la forma en que se accede y se ofrecen productos y servicios y se estructura la empresa.

Asistimos a una progresiva diversificación y deslocalización del trabajo y, en gran medida, a una disociación del tiempo de mera puesta a disposición como elemento único definitorio del propio objeto de la prestación. Una nueva definición del trabajo en torno a tareas conlleva el surgimiento de una nueva dualidad laboral, distinguiendo entre tareas que requieren una especial cualificación profesional y van a ser las que sirvan para conformar, dotar y controlar el sistema inteligente, de aquellas otras que tienen carácter repetitivo o rutinario, muchas de las cuales se refieren a la prestación efectiva de los servicios subyacentes (high skill tasks – low skill tasks).

En particular, en este último caso en concreto, asistimos con claridad a una pretendida huida del marco regulatorio de la relación laboral, sustentada, entre otros aspectos, en la inaplicación de las normas sobre jornada de trabajo y sobre la vigencia del vínculo contractual. Pendiente de su definitiva calificación judicial, las formas de prestación de servicios subyacentes (ajenas aparentemente a la creación de valor principal de la nueva empresa) se sostienen en formas precarias de trabajo autónomo, basadas en la gestión y consideración del tiempo efectivo empleado en la precisa prestación de los servicios.

Sobre este nuevo contexto, teniendo en cuenta las novedades que nos sugiere esta realidad compleja, debemos plantear un debate sobre los cambios que afectan a la concepción

1 Alarcón Caracuel; "La ordenación del tiempo de trabajo", Aranzadi. 1988, pp. 13-14. Sobre la importancia general y tradicional del tiempo de trabajo, más recientemente, y entre otras, Igartua Miró; "Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario". Tirant lo Blanch, 2018, págs.19 y ss.

organizativa de la empresa, a la forma en que ésta presta servicios y a la definición de los mismos y su incidencia en materia de tiempo de trabajo. Este debate ha de tener un carácter bidireccional, si se nos permite. Por un lado, debemos atender a cómo la irrupción de estos cambios afecta a la tradicional concepción del tiempo de trabajo en la relación laboral; pero, por otro, debemos ubicar estas nuevas formas de trabajo lo más precisamente posible en el marco jurídico regulador de la jornada de trabajo. Con dos precisiones: este marco jurídico presenta novedades importantes por sí mismo y las realidades a que nos atenemos son complejas y presentan distintas perspectivas.

2. EL EMPLEO DE TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS BASADAS EN SISTEMAS INTELIGENTES COMO RASGO ESTRUCTURAL DE LAS DENOMINADAS "NUEVAS FORMAS DE TRABAJO"

2.1. Nuevas formas de trabajo: un cambio de carácter estructural y transversal hacia una nueva concepción del "trabajo requerido"

La referencia a nuevas formas de trabajo es muy genérica. Con carácter general y recurrente, este concepto se ha venido asociando al trabajo a través de plataformas prestadoras de servicios subyacentes[2], que parece haberse erigido como referente a la hora de identificar y analizar las novedades que podrían suponer aquéllas[3]. Y es cierto que el trabajo a través de este tipo de plataformas plantea cuestiones importantes, sobre todo por la desregulación de que parte[4]. Pero también lo es que reiteran problemas y realidades prexistentes con dos

2 Dentro de la pluralidad de supuestos de trabajo a través de plataformas encuadrables, por ejemplo, dentro de la denominada economía colaborativa. Sobre el tema confr. por ejemplo "Employment and working conditions of selected types of platform work". Eurofound. 2018 (por ejemplo, dentro de sus conclusiones, en págs. 60 y ss.). También la propia Comunicación de la Comisión Europea "Una Agenda Europea para la economía colaborativa". Bruselas, 2.6.2016. COM(2016) 356 final.
file:///C:/Users/Antonio/Downloads/COM_2016_356_F1_COMMUNICATION_FROM_COMMISSION_TO_INST_ES_V2_P1_851616.PDF. Sobre la diversidad del trabajo a través de plataformas, confr. asimismo, Pérez Capitán; "La naturaleza de la prestación de servicios en la plataforma digital", Aranzadi, 2019 (BIB 2019\8924) y sus reflexiones y referencias en citas 6 y 16 de la publicación on line.

3 Por todos Stefano; "Labour is not a technology – reasserting the declaration of Philadelphia in times of platform-work and gig-economy", Iuslabor 2/2017, partiendo de la diferencia entre crowd workers y app-platforms, y defendiendo el reconocimiento de derechos laborales de los trabajos a través de plataformas. También Grau Pineda; "Las reflexiones de la economía digital o de plataformas ('plattform economy') como oportunidad parar crear empleo autónomo ¿precario?". Revista Española de Derecho del Trabajo n. 213/2018, parte Estudios (BIB 2018/13396). Obviamente es de consulta obligada el trabajo colectivo dirigido por Rodríguez Piñero Royo y Hernández Bejarno; "Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos". Bomarzo, Albacete, 2017. Pérez de los Cobos; "El trabajador en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura, Madrid, Walters Kluwer, 2018.

4 Es interesante, al respecto, el análisis de los distintos supuestos que hace la Comunicación de la Comisión Europea citada "Una Agenda Europea parar la economía colaborativa". Sobre este tema, es interesante, sin duda, el análisis de Beltran de Heredia Ruiz; "Economía de las platafor-

rasgos sí novedosos: su extensión y, relacionado con lo anterior, su instrumentalización a través de tecnologías móviles a que acceden millones de hipotéticos y reales usuarios de servicios[5], lo que supone, "además de crear nuevos mercados y ampliar los existentes", entrar "en mercados atendidos hasta ahora por prestadores de servicios tradicionales"[6].

Sin embargo, el verdadero cambio deviene del surgimiento de nuevas formas de organización empresarial, derivadas de la utilización de sistemas basados en datos y de Inteligencia Artificial, del que el trabajo de plataformas es, en gran medida, una expresión o una consecuencia más. Esta nueva realidad afecta a la conformación de la "empresa"[7], independientemente de que sea de un sector tecnológico o tradicional, porque tiene carácter transversal. Se desarrolla en un contexto globalizado con distintos marcos regulatorios[8], en los que concurre una apuesta institucional tanto nacional como supranacional[9]. E incide en distintos aspectos estructurales, ya que sirve como instrumento a través del cual se puede

mas (platform economy) y contrato de trabajo"; https://ignasibeltran.com/2018/02/07/economia-de-las-plataformas-platform-economy-y-contrato-de-trabajo-ponencia/; especialmente en págs. 6 y ss. También, aunque desde el análisis de las formas de trabajo atípico y su regulación en los países de la Unión, el estudio de la Comisión "Comparative Report 2015. The concept of worker under Article 45 TFEU and certain non-standard forms of employment".
file:///C:/Users/Antonio/Downloads/ComparativeReport2015_ConceptOfWorker_20171206_EN%20(1).pdf.

5 Por ejemplo, como caso paradigmático, el caso de mensajeros (STS Tribunal Supremo -Sala de lo Social- de 26 febrero 1986. RJ\1986\834), que en gran medida reitera los criterios de laboralidad que, en estos casos, refiere la Agenda Europea sobre economía colaborativa. Además, en determinados casos como el de "repartidores de comida en empresas de comida rápida" (convenio colectivo del sector de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio –BOE de 20 de diciembre de 2016); o,, a nivel de empresa, el convenio de Burger King (BOE de 3 de julio de 2017) regulan actividades dentro del sector tradicional equiparables a supuestos actualmente desarrollados a través de plataformas.

6 "Una Agenda Europea para la economía colaborativa", cit. pág. 3.

7 Produciéndose un achatamiento de la estructura jerárquica y, lo que puede ser más importante, una deslocalización del trabajo y una disociación del tiempo, en su concepción más clásica, como elemento definidor del trabajo. Por ejemplo, confr. Grau Pineda, op. cit.

8 Diverso incluso en la atención en distintos países dentro de la Unión. Confr. el estudio al respecto de la Comisión "Comparative Report 2015…"; cit. supra. También el análisis de Beltrán Heredia (op. cit. págs. 56 y ss). O el de Pérez Capitán (op. loc. cit.).

9 Ello además coincide con una apuesta institucional por el desarrollo de una economía digital y basada en la Inteligencia Artificial (incluso sobre la economía colaborativa, tal como hemos visto). Es cierto que dicha apuesta institucional puede encontrar matices, según el ámbito donde se pretenda (la apuesta "institucional" de la Comisión Europea parte de un modelo responsable de IA). Pero también lo es el hecho de que dicha apuesta institucional, tanto a nivel nacional como transnacional, supone un indicador evidente del carácter estructural de esta irrupción que parece, por consiguiente, inevitable. Vid. al respecto, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión "Inteligencia artificial para Europa"; Bruselas, 25.4.2018. COM (2018) 237 final. También el "Plan coordinado sobre la inteligencia artificial"; Bruselas, 7.12.2018. COM (2018) 795 final. Finalmente, la Comunicación de la Comisión "Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano". Bruselas, 8.4.2019. COM (2019) 168 final. A nivel nacional, hay que tener en cuenta la Estrategia Española de I+D+I en Inteligencia Artificial. Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, 2019. Disponible en: http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ciencia/Ficheros/Estrategia_Inteligencia_Artificial_IDI.pdf.

conformar la toma las decisiones empresariales, también en materia recursos humanos, y afecta al modo en que se puede conformar organizativamente la empresa, creando, incluso, nuevas formas de negocio basadas en la intermediación y en la definición de los parámetros de la misma.

La aparición de nuevas formas de productos y, sobre todo, de servicios, la búsqueda de la inmediatez en los requerimientos de los mismos y la formulación de mecanismos de intermediación apropiados para atenderlos, además de la gestión a través de empresas líderes en proceso de datos (con información ingente suministrada a través de redes sociales, móviles, interfax… que, además, crean valor), son asimismo aspectos que están reconfigurando la forma en que se entiende el trabajo y condiciona potencialmente la determinación de las condiciones del mismo, creando nuevos retos y problemas desde la perspectiva de los derechos de los trabajadores y de la aplicación del marco jurídico laboral (aunque los primeros análisis sobre la incidencia de la irrupción de sistemas inteligentes se han planteado en relación con la afectación en el empleo[10]).

Uno de los aspectos conceptuales más interesantes lo podemos encontrar en la definición del "trabajo" en torno a tareas. Nuevas "funciones" asociadas, por ejemplo, a la implementación, desarrollo, supervisión y control del sistema inteligente –aun en modelos tradicionales de producción o de prestación de servicios-, que deben diferenciarse de aquéllas otras que se atribuyen potencialmente a la máquina[11].

10 Sobre el tema, por ejemplo, Rodríguez Fernández; "Tecnología y transformaciones del empleo y del trabajo". Iuslabor nº 2/2019 y las citas contenidas en el trabajo. Interesantes, por su posición, las opiniones y previsiones de Salazar-Xirinachs. Director Regional de OIT para América Latina y el Caribe; "Cambio Tecnológico acelerado e impactos en el mundo del trabajo: ¿qué hacer?". Intervención en la Sesión Especial sobre Inteligencia artificial y cambio tecnológico acelerado. Foro de los Países de América Latina y el Caribe sobre el Desarrollo Sostenible. Santiago, Chile, 20 de Abril, 2018.También lo es el trabajo para el Fondo Monetario Internacional de Andrew Berg, Edward F. Buffie, and Luis-Felipe Zanna; "Should We Fear the Robot Revolution? (The Correct Answer is Yes)"; International Monetary Fund IMF Working Paper Institute for Capacity Development (WP/18/116) https://www.imf.org/~/media/Files/Publications/WP/2018/wp18116.ashx. Otras referencias las podemos encontrar, por ejemplo, desde una perspectiva internacional, en H. James Wilson, Paul R. Daugherty, and Nicola Morini-Bianzino; "The Jobs That Artificial Intelligence Will Create"; MIT Sloan Management Review, Summer 2017 Vol. 58, No. 4. (http://ilp.mit.edu/media/news_articles/smr/2017/58416.pdf). Melissa Connolly-Barker; "Advanced automation technology, labor market insecurity, and collective joblessness: The determinants, constraints and employment effects of robots and artificial intelligence on the realm of work"; Psychosociological Issues in Human Resource Management 6(2), 2018; págs. 92 y ss.

11 Vid. por ejemplo, Por ejemplo, D. Acemoglu y P. Restrepo; "Artificial Intelligence, Automation and Work"; op. cit. Junto a estas nuevas categorías de trabajos o funciones, le corresponde a la máquina, las de "amplificar" el trabajo humano; "Interactuar" y "Encarnar" (embody) la ayuda física (robots). Para la consultora KPMG (Cassie Werber; "The five most important new jobs in AI, according to KPMG". https://qz.com/work/1517594/the-five-most-important-new-ai-jobs-according-to-kpmg/). Vid. asimismo, el informe del Gobierno de los Estados Unidos de la administración del Presidente Obama, "Artificial Intelligence, Automation, and the Economy". Executive Office of the President. Washington, D.C. 20502. December 20, 2016.https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/whitehouse.gov/files/documents/Artificial-Intelligence-Automation-Economy.PDF. So-

Esta conformación del trabajo implica la aparición de una nueva "dualidad laboral" en función de las tareas a desempeñar por los empleados[12]. Se pueden distinguir aquellas para las que se requiere una fuerte especialización y cualificación profesionales, encargadas del diseño del modelo de negocio y, por consiguiente, de la definición del sistema inteligente; de aquellas otras que no requieren tal grado de cualificación, entre la que podrían situarse las referidas a la prestación concreta de los servicios subyacentes. Por una parte, pues, nos encontramos con empleados cualificados (knowlegde workers), que tendrán encomendado el trabajo a tarea ligado al conocimiento y la implantación del sistema inteligente; y, por otra, los trabajadores asociados a los servicios subyacentes o al desempeño de tareas básicas o repetitivas para las que no se exige una cualificación específica o determinante (low skill tasks)[13].

Sin ánimo de avanzar conclusiones, esta dualidad incide en la conformación de la relación de trabajo y de los aspectos esenciales de sus condiciones básicas. El trabajo requerido, objeto en definitiva de la relación laboral, responderá a criterios distintos de la mera puesta a disposición de la fuerza de trabajo por parte del trabajador, tal como es considerado en la comprensión clásica o tradicional. Para los trabajadores cualificados, encargados de la implementación del sistema, de la estructura organizativa y definición de la prestación de servicios de la empresa, se desplazará la centralidad del tiempo de trabajo como elemento esencial de la definición del objeto de la relación laboral en favor del desarrollo de estas tareas y de otros aspectos asociados a las mismas creadores de actividad y generación del conocimiento. Es más, surgirán, en esta línea, nuevas funciones o tareas "paralelas", aparentemente al margen de la relación de trabajo, pero íntima e indefectiblemente unidas a la misma, como las relacionadas con la recaudación de datos y perfiles, la implementación y desarrollo del sistema inteligente o el testeo de los aplicativos que plantearán nuevos problemas en relación con su "remuneración" o compensación y el mantenimiento de los deberes de buena fe por parte del empleado-testador[14].

---

bre la relación humano-máquina, confr., Stuart W. Elliott; "Artificial Intelligence, Robots, and Work: Is This Time Different?". Jarrahi plantea la cuestión desde la perspectiva de la colaboración entre máquina y humanos: "Artificial intelligence and the future of work: human-AI symbiosis in organizational decision making"; Business Horizons (2018), 61, 577-586 (https://www.researchgate.net/publication/320812037_Artificial_Intelligence_and_the_Future_of_Work_Human-AI_Symbiosis_in_Organizational_Decision_Making).

12 Algo recurrente en la distinción de cualificaciones profesionales, pero con una incidencia mayor derivada de la irrupción de estos sistemas. Vid., por ejemplo, Stuart w. Elliott; "Artificial Intelligence, Robots, and Work: Is This Time Different? Issues in Science and Technologie. VOL. XXXV, NO. 1, FALL 2018 (https://issues.org/artificial-intelligence-robots-and-work-is-this-time-different/). Reflexiones similares las que plantea Grau Pineda; "La economía digital o de plataformas…"; cit. pág. 2.

13 La mayoría de los trabajadores se consideran sobre cualificados para el trabajo que desarrollan a través de plataformas, destaca, como una de sus conclusiones, el informe de Eurofound "Employment and working conditions of selected types of platform work", cit. pág. 61.

14 Sobre el tema, confr. por ejemplo, E. Dans; "El empleado como beta-tester": https://www.enriquedans.com/2017/08/el-empleado-como-beta-tester.html). Según afirma, "La idea de utilizar a tus empleados como beta-testers de un producto o servicio no es especialmente novedosa, pero se está convirtiendo en tendencia y parece cobrar mucho más sentido en el caso de productos con un

Al tiempo, en la medida en que la relación laboral pueda ser considerada como una forma adecuada de vínculo de especial sujeción que permite a la empresa proteger el conocimiento creado, se redefinen los roles tradicionales de los deberes de buena fe y del sometimiento a facultades de control y disciplinarias asociadas a aquéllos, y se vincula la dedicación del trabajador a estos aspectos, con lo que el concepto de tiempo de trabajo puede perder importancia como definidor del objeto de la prestación y del contenido del contrato.

Sin embargo, reforzado el vínculo entre empleado y empresa en este nuevo contexto organizativo, fundamentado por ejemplo en el achatamiento de la estructura jerárquica y en la deslocalización de la toma de decisiones, la disponibilidad constante y permanente del trabajador requiere, cuando menos, precisar una delimitación negativa de su dedicación. Ésta ya no se va a definir en los elementos clásicos del tiempo de trabajo propio del proceso fabril, sino de una novedosa fórmula de vinculación que se centra en la generación del conocimiento, que se extiende a un colectivo más difuso que el tradicionalmente considerado como directivo y que abarca potencialmente a todos estos trabajadores cualificados. De ahí que aunque el tiempo de trabajo en su concepción más clásica o tradicional puede perder importancia, adquieren relevancia los derechos de desconexión.

Por otra parte, para los prestadores de servicios subyacentes se plantea una visión muy distinta. En estos servicios, donde su crecimiento exponencial en distintos ámbitos supone una multiplicación de formas de trabajo tradicionales basadas en una nueva configuración de medios de intermediación, la pretensión de la empresa se sitúa en garantizar un acceso universal a estos servicios de forma ágil e inmediata por parte de los usuarios (particularmente de aquellos de tecnologías móviles). Estos servicios tienen un carácter instrumental en la línea de negocio principal de la empresa. Y para la prestación de los mismos, y en el desarrollo de estas tareas rutinarias, no se va a requerir por parte de la misma una relación de especial sujeción sino una mera garantía de que la tarea va a ser atendida en condiciones mínimas imprescindibles conforme su naturaleza. Por ello, la prestación de servicios puede ser descentralizada, puede ser en precario, y se va a sustentar, principalmente, en la concurrencia de demandantes de empleo parar la prestación de unos servicios que, pese a su carácter básico o ineludible, no son las que van a crear un valor añadido. El valor se desplaza

componente disruptivo, en el que puede resultar interesante contar con opiniones de usuarios reales previas al despliegue definitivo".
Vid también: https://www.forbes.com/sites/sachinkamdar/2016/05/03/employee-testers/#571e-1d63537f.
Algunas empresas implantan modelos de trabajadores "beta tester" en el ámbito de las nuevas tecnologías y del desarrollo de nuevos aplicativos. Por ejemplo BBVA en 2016 en relación con nuevas aplicaciones a clientes (https://www.bbva.com/es/empleados-bbva-beta-testers/), Tesla en relación con su modelo de conducción autónoma (https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-09-28/tesla-enlists-employees-to-be-full-self-driving-beta-testers), Apple en relación con su productos de juegos Arcade (https://www.macrumors.com/2019/08/17/apple-arcade-employee-internal-test/) o Facebook, en 2013, para sus app en Android, donde expresamente, solicitaba a su "…gran equipo de empleados de Facebook que usen versiones beta de nuestras app y proporcionen el feedback cuando encuentren errores u otros problemas". "Introducing the Facebook for Android Beta Testing Program"; 27 de junio de 2013. https://www.facebook.com/notes/facebook-engineering/introducing-the-facebook-for-android-beta-testing-program/10151529228878920/.

a la creación del conocimiento y a la gestión conforme el sistema inteligente y el procesamiento de datos. Siendo así, quedan en un segundo (o tercer) plano el vínculo contractual de los prestadores de los mismos y, por tanto, la determinación de sus propias condiciones de trabajo. Por eso se acude a nuevos requerimientos de servicios "a demanda", cuya prestación se pretende reducir a la concreción efectiva de los mismos; sobre la base, además, de un requerimiento absoluto de flexibilidad horaria y de disponibilidad, que redunda en la incertidumbre del productor basada en el pretendido carácter incierto de los servicios solicitados por los hipotéticos clientes. Y por ello, en estos casos, se produce una recurrente búsqueda de fórmulas pretendidas de trabajo atípico o informal (on demand, a llamada, jornada de cero horas…), acudiendo a viejas fórmulas y viejos requerimientos actualizados a una nueva forma de organización que permite su utilización de forma más ágil.

Por todas estas consideraciones, en estos casos concretos es ineludible el debate sobre la necesaria definición de la auténtica dedicación del trabajador, donde deberíamos concluir con la consideración como jornada o tiempo de trabajo efectivo de la puesta a disposición o disponibilidad del prestador de los servicios subyacentes. Ello adquirirá una importancia definitoria de la propia calificación del vínculo jurídico, de su vigencia, de su encuadramiento en materia de protección social (algo de especial importancia en modelos como el nuestro), y, por supuesto, del régimen jurídico aplicable.

2.2. Un posicionamiento necesario previo sobre la calificación jurídica, la licitud y la respuesta del Derecho ante estas nuevas formas de trabajo (en particular, respecto al trabajo a través de plataformas como trabajo on demand y la vigencia necesaria del principio de certidumbre en la determinación de las condiciones de trabajo)

Pese a las implicaciones señaladas, parece que se asumen como inevitables determinadas manifestaciones de estas realidades, sin cuestionar su licitud de principio. Teniendo en cuenta, empero, el rol que debe asumir el Derecho del Trabajo, debe plantearse una aproximación a la cuestión desde este prisma. Así, la primera cuestión que es necesario resolver es la de la calificación jurídica previa del vínculo entre plataformas y los prestadores de servicio[15]. No es una cuestión completamente resuelta a nivel judicial, pendiente de los correspondientes recursos de casación por unificación de doctrina, pero los pronunciamientos previos, aunque no necesariamente uniformes, apuntan con claridad a la consideración como laboral de esta relación[16].

15 Sobre el tema, Beltrán Heredia, op. loc. cit. Pérez Capitán; "La controvertida delimitación…", op. loc. cit. También Pérez de los Cobos; cit. págs. 6 y ss.

16 Sobre el carácter difuso entre la frontera del trabajo por cuenta propia y el contrato por cuenta ajena en el trabajo en contextos de economía colaborativa, partiendo de la diferencia de supuestos que ésta representa, vid. la Comunicación de la Comisión Europea citada antes "Una Agenda Europea para la economía colaborativa", págs. 11 y ss. En este sentido, sobre los diferentes pronunciamientos respecto del tema en derecho comparado confr. por ejemplo, Pérez Capitán; op. loc. cit., insistiendo en la referida pluralidad de supuestos. También García Perrote y Mercader Ugina, en la editorial del nº 10 de la Revista de Información Laboral (BIB 2018/13432 en Aranzadi digital).

Esta esperable calificación jurídica permitirá abrir un debate necesario sobre la licitud de la actuación de las empresas que conciertan la prestación de los servicios subyacentes[17]; licitud en relación con el respeto necesario a las normas laborales y, en particular, con el régimen aplicable en materia de jornada, de salario, y, por supuesto, de encuadramiento en materia de seguridad social. Por el contrario, si se concluyera que los prestadores de estos servicios son un supuesto de trabajadores autónomos dependientes, la aproximación sería necesariamente distinta, pero aun así no dejaría de plantearse el respeto necesario a los derechos reconocidos a éstos en el Estatuto del Trabajo Autónomo -por ejemplo, en materia de tiempo de trabajo, conforme el artículo 14 del Estatuto del Trabajo Autónomo- y el rol de protección de situaciones obvias de precariedad.

En este entorno de relativa incertidumbre, parte de la doctrina llega a plantear la oportunidad de buscar categorías o instituciones donde ubicar los rasgos fundamentales de esta forma de prestación de servicios, con especial incidencia, en este tema, sobre los tiempos de dedicación y su remuneración. Incluso, se plantea la necesidad u oportunidad de establecer un régimen jurídico especial o diferenciado, bien como forma especial de trabajo parasubordinado, bien como relación laboral de carácter especial[18].

Sin embargo, es necesario, simplemente, un análisis previo sobre la adecuación legal de estas formas de trabajo (y de sus rasgos más recurrentes). Cuando se resuelva definitivamente la cuestión de su calificación jurídica, hay que plantear la legalidad de la actuación y de respeto necesario a la norma laboral. Posiblemente ello conlleve a una reconfiguración de esta forma de prestación de servicios, pero esta es necesaria si tenemos en cuenta los problemas que el Derecho debe atajar, comenzando por el reconocimiento de una serie de garantías mínimas de certidumbre en la determinación de las condiciones básicas de la prestación de servicios, incluidas las referidas al tiempo de trabajo.

Como dice el Considerando (8) de la Directiva 2019/1152 "el abuso de la condición de trabajador por cuenta propia conforme lo define la legislación nacional, …, es una forma de trabajo falsamente declarado…". La garantía de los derechos mínimos (comenzando por los derechos de información), "destinados a promover la seguridad y la previsibilidad de las relaciones laborales" (Considerando 4 de la citada Directiva), son esenciales. En este sentido, es necesario garantizar el respeto a los mínimos legales en materia de tiempo

17 Sobre la propia calificación como empleadores y prestadores directos de dichos servicios confr. infra.

18 Grau pineda; "Las reflexiones de la economía digital o de plataformas…"; cit. Beltrán Heredia plantea la necesaria calificación como laboral, pero admite la necesaria anticipación del Derecho a estas nuevas realidades (op. loc. cit.). Por su parte, Del Rey Guanter alude a la oportunidad de una nueva relación de carácter especial ("Sobre el futuro del trabajo: modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos". Iuslabor 2/2017). Pérez Capitán alude, por ejemplo, a la solución que plantea la normativa francesa en relación con estos supuestos, en la El Khomri loi (Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels). Vid. en "La controvertida delimitación del trabajo autónomo y asalariado (El TRADE y el trabajo en las plataformas digitales). BIB 2019\8717. Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2019. Cit.

de trabajo, porque tal como afirma la sentencia del TJUE de 14 de mayo 2019, "…para garantizar el efecto útil de los derechos recogidos en la Directiva 2003/88 y del derecho fundamental consagrado en el art. 31, apartado 2. De la Carta, los Estados miembros deben imponer a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable, y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador. Hay que recordar que la referida Directiva pretende garantizar un "nivel mínimo de previsibilidad", incluso en los trabajos con patrón total o mayoritariamente imprevisible (Considerando 30), lo que exige reconducir las exigencias de flexibilidad a la necesaria adecuación de la empresa a los cambios que pudieran producirse y conforme las previsiones legales, pero sin afectar a los derechos básicos y elementales de los trabajadores.

Por tanto, el marco laboral, en el que hay que incluir los derechos contenidos en esta Directiva, puede y debe aportar garantías suficientes. Simplemente hay que asegurar su aplicación, partiendo de una adecuada calificación jurídica de la relación entre estos prestadores de servicios y quienes asumen realmente el rol de empleadores desde su novedosa estructura organizativa –y sin perjuicio de la misma-. Asimismo, hay que atenerse a una adecuada calificación jurídica de los aspectos que conforman la dedicación del trabajador en sus distintas perspectivas concurrentes y reconducir a las posibilidades legales las demandas de flexibilidad que la empresa pueda legítimamente plantear.

En este contexto, hay que situar los requerimientos de previsibilidad del trabajo, específicamente desde la perspectiva de su dedicación, que recoge la Directiva. Estas exigencias deben entenderse manifestación de un principio de certidumbre que, por otra parte, no es extraño a nuestro régimen legal en materia de tiempo de trabajo, aun cuando coexistan en el mismo, elementos amplios de flexibilidad. Por ejemplo, éste era un principio propio del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial, sin perjuicio de la relatividad con la que habría que interpretarlo si tenemos en cuenta distintas posibilidades como las contenidas en el régimen de horas complementarias.

De conformidad con el artículo 10 de la Directiva, "si el patrón de trabajo de un trabajador es total o mayoritariamente imprevisible, los Estados miembros garantizarán que el empleador no obligue a trabajar al trabajador a menos que se cumplan las dos condiciones siguientes: a) el trabajo tiene lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados (…), y b) el empleador informa al trabajador de una tarea asignada con un preaviso razonable establecido de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales (…)".

Por consiguiente, aun en el caso de admitir el carácter imprevisible de los servicios a prestar, la normativa comunitaria va a exigir cuando menos la ubicación del trabajo requerido en un marco temporal determinado de referencia, un marco temporal que tendrá que tener carácter predeterminado. Ello supone situar en dicho marco temporal la dedicación del trabajador y, por tanto, también la vigencia. Al tiempo, hemos de entender que definirá otras condiciones básicas como la retribución, que exigirá el respeto a su cuantía mínima legal o convencional.

A partir de estos derechos, vinculados al cumplimiento de los presupuestos contenidos en las normas citadas, "si no se cumple uno o ninguno de los requisitos establecidos en el apartado 1", se reconoce al trabajador el derecho "a rechazar una tarea asignada sin que ello tenga consecuencias desfavorables". Por otra parte, el apartado 3 del art. 10 de la directiva dispone lo siguiente: "3. Si los Estados miembros permiten que el empleador cancele una tarea asignada sin indemnización, adoptarán las medidas necesarias, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales, para garantizar que el trabajador tenga derecho a una indemnización si el empleador cancela, sin observar un plazo de preaviso razonable determinado, la tarea asignada acordada previamente con el trabajador"[19].

En particular, en relación con los trabajos a demanda, no previstos en nuestro ordenamiento jurídico más allá de las posibilidades de flexibilidad en la determinación y distribución del tiempo de trabajo (como en el caso del pacto de horas complementarias en el contrato a tiempo parcial), la Directiva dispone determinadas medidas adicionales. Así, según su artículo 11, "si los Estados miembros autorizan el uso de contratos de trabajo a demanda o similares, adoptarán una o varias de las siguientes medidas para evitar prácticas abusivas: a) limitaciones en el uso y la duración de los contratos a demanda o contratos laborales similares; b) una presunción refutable de la existencia de un contrato de trabajo con una cantidad mínima de horas pagadas sobre la base de la media de horas trabajadas durante un período determinado; c) otras medidas equivalentes que garanticen una prevención eficaz de las prácticas abusivas. Los Estados miembros informarán a la Comisión acerca de dichas medidas".

En nuestro país no existe esta modalidad contractual (aunque sí hay mención expresa a los trabajos marginales en la normativa de seguridad social). Su "carencia" se suplen con los mecanismos e instrumentos de flexibilidad, tanto en la distribución como en la determinación del tiempo de trabajo contemplados en la norma estatutaria. En el artículo 34.2 en relación con la distribución; en la regulación de las horas extraordinarias y, por supuesto, en la regulación amplia de las posibilidades de horas complementarias contenidas en el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial. Y este marco, suficientemente flexible, debe servir para ubicar en el mismo cualquier forma de trabajo en un contexto del mercado de trabajo caracterizado, además, por su excesiva precarización.

En todo caso, estas previsiones comunitarias, a las que deberían adaptarse la normativa nacional, supone explícitamente el reconocimiento de un derecho a la previsibilidad de la prestación de servicios al menos en un determinado marco temporal u horario, que deberá venir determinado dentro del período en el que se sitúe la vigencia y la dedicación prestablecidas. Y éstas requieren de una conclusión adecuada en su conformación en estas formas de trabajo que se pretenden "imprevisibles" por no situarlas en un marco regulatorio correcto tanto desde la perspectiva de su propia calificación jurídica como desde la

19 Estas normas se remiten a la normativa nacional. De conformidad con el apartado 4 del mismo artículo "los estados miembros podrán establecer las modalidades de aplicación del presente artículo, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales".

más concreta del marco jurídico de la jornada de trabajo (que será el que determine con seguridad otras condiciones básicas como las retributivas o de encuadramiento en materia de seguridad social).

Por tanto, aunque es cierto que la referida dualidad laboral con que nos encontramos implica una distinta aproximación a la cuestión, es necesario un pronunciamiento al respecto en relación con el régimen y el marco jurídicos aplicables en materia de tiempo de trabajo. Dicho de otra forma, aunque pueda estar cambiando la percepción de "trabajo requerido", desde la perspectiva de las formas de prestación de los servicios subyacentes, la disposición del trabajador debe ser definitoria como parte de su tiempo de trabajo efectivo y, por tanto, definir su dedicación tanto a efectos de calificación jurídica de su realidad como a los efectos de su encuadramiento de seguridad social y régimen de remuneración. Desde la perspectiva de los trabajadores cualificados, la cuestión tendrá otra perspectiva dada la peculiar posición que pueden ocupar en la estructura organizativa y jerárquica de la empresa, pero debe definirse cuál es el ámbito adecuado de delimitación entre su vínculo laboral y sus derechos de desconexión.

Por eso, estos conceptos son esenciales en la calificación jurídica y en la trascendencia que, sobre la consideración del tiempo de trabajo, tienen estas denominadas "nuevas formas de trabajo".

Antes hay que plantear otra reflexión sobre el marco jurídico aplicable. El surgimiento de estas "nuevas forma de trabajo" en sus distintas manifestaciones está conllevando un evidente riesgo de "individualización" de las condiciones de trabajo, derivado, por una parte, del proceso general de digitalización de la economía y el empleo de sistemas inteligentes en la determinación de las mismas; y, por otra, de la excesiva precarización de los servicios subyacentes y la propia individualización pretendida, permítasenos la reiteración, de las tareas a desempeñar. A ello se une la aparente poca "implicación" inicial de la negociación colectiva en cualquiera de sus manifestaciones para regular anticipadamente las cuestiones que sugieren estas formas de trabajo (incluida desde la perspectiva de los AIP de los TRADE)[20].

Por ello, en relación con estos temas, es particularmente importante la respuesta que dé la negociación colectiva. La negociación colectiva debe asumir el rol de proporcionar respuestas adecuadas. Antes, la propia organización colectiva de los trabajadores y la de sus representantes, asumiendo nuevos contenidos en el ejercicio de sus derechos de información, consulta y participación, debe permitir interiorizar las cuestiones que plantean estas nuevas formas de organización y conformación del trabajo. Las organizaciones sindicales y empresariales deben interiorizar la necesidad de regular, a nivel convencional, los distintos retos que conllevan tanto los derechos potencialmente afectados en la implementación de sistemas inteligentes, como, desde los servicios subyacentes, las respuestas necesarias para evitar situaciones de precarización como las que se observan con meridiana claridad.

20 Baste citar para ello la falta de inclusión de este personal (el intento de incluirlos dentro del sector de hostelería) o el tratamiento (la falta de tratamiento) del Convenio aplicable a las empresas de gestión informática (¿aplicable siquiera a las plataformas si asumiéramos que fueran meros instrumentos intermediación telemática?).

3. TIEMPO DE TRABAJO, DEDICACIÓN Y DISPONIBILIDAD EFECTIVA DEL TRABAJADOR Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO: DISTINTAS APROXIMACIONES

3.1. Tiempo de trabajo, dedicación del trabajador y nuevas formas de trabajo

A la hora de analizar el tiempo de trabajo, en general solemos distinguir más precisamente entre jornada de trabajo y horario[21]. La jornada de trabajo suele quedar equiparada a tiempo de trabajo, y, por tanto, más ligada al concepto de tiempo de trabajo efectivo y de su cómputo -por ejemplo, en el sentido en que pretende definirlo el art. 34.5 ET o, con mayor corrección, el art. 1.2 de la Directiva 2003/88 -y asociada, principalmente, a las limitaciones previstas legalmente sobre el número de horas de trabajo –art. 34.1.2º´párrafo, de principio, incluyendo los límites diarios ex art.34.3- y de descanso. Se incluye en su regulación, como novedad importante, el establecimiento de los mecanismos de control formal como el "registro diario de jornada" previsto en el actual art. 34.9 ET, que, sin duda, pretende aportar un elemento de mayor precisión sobre qué es tiempo de trabajo efectivo, exigiendo, con carácter previo, la calificación jurídica como tal. Por horario se alude a la concreción de la jornada, a la distribución de este tiempo pactado que define la jornada de trabajo (en relación a las posibilidades del art. 36, pero, sobre todo, a las normas que permiten una distribución irregular de la jornada ex art. 34.1 y, sobre todo, art. 34.2 del ET).

Pero, dentro del término genérico de "tiempo de trabajo" debemos aludir a otros aspectos esenciales en la comprensión del contrato de trabajo, comenzando por la definición de la dedicación del trabajador.

Este es un concepto que tiene una conexión esencial con cuestiones fundamentales de la propia delimitación de la relación laboral, precisando el contenido de la prestación y el contenido de las obligaciones y deberes derivadas de la misma. Es definitorio de qué debe entenderse como tiempo de trabajo computable, y, por tanto, afecta a la definición del régimen jurídico aplicable, al régimen de encuadramiento en materia de seguridad social y al régimen retributivo. Derivado del mismo, el propio concepto de "habitualidad" surge como un indicio recurrente de la propia existencia de una relación laboral y es, no puede obviarse, un elemento constitutivo de la comprensión legal del trabajo autónomo o por cuenta propia a efectos de su definición legal y, por supuesto, de su inclusión dentro del Sistema de Seguridad Social[22]. Sobre la base de estos conceptos de dedicación y de habitualidad se construye, incluso legalmente, la posible exclusión de trabajos marginales (art. 7.5 TR-LGSS); el tratamiento de la inclusión de trabajadores a tiempo completo frente al

21 Sobre la distinción entre jornada y horario, por ejemplo, vid. Igartua Miró "Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario"; op. cit.; especialmente en págs. 33 y ss. En concreto, sobre la delimitación cuantitativa del concepto "jornada de trabajo", en págs. 43 y ss.; sobre el concepto de horario lo emplea en un sentido más concreto del que referimos nosotros (vid. op. cit. pág. 45) sobre todo al diferenciar horario y distribución flexible del tiempo de trabajo.

22 Confr. art. 1.1 de la Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo. También el art. 11 sobre el concepto legal de Trabajador Autónomo Dependiente. A efectos del encuadramiento en el RETA, confr. artículo segundo del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto.

régimen aplicable al trabajo a tiempo parcial; y, por supuesto, la aplicación (no pacífica) de las normas sobre la acción protectora en relación con este último. Obviamente, la definición de la dedicación del trabajador incide en el régimen de retribución. Tanto en relación con el sistema de retribución (a tiempo, frente a otras formas retributivas variables); como con las garantías de retribución mínima conforme las normas de salario mínimo interprofesional o los salarios mínimos previstos, en su caso, en convenio colectivo.

Además, la dedicación puede vincularse otro de los conceptos fundamentales relacionados con el concepto amplio de "tiempo de trabajo" como es el de vigencia del contrato. Equivalente tradicional a duración del mismo, define, junto con el concepto anterior por el carácter recurrente de ambos, la vinculación contractual del prestador de servicios en función del "tiempo de trabajo comprometido"; algo que adquiere más importancia cuando asistimos, en el sentido que decíamos, a una modulación del "trabajo requerido" como objeto de la prestación.

Por ello, en las distintas manifestaciones de esto que denominamos genéricamente "nuevas formas de trabajo" es importante la definición y concreción de la dedicación de los empleados. Todos estos conceptos, componentes o expresiones del "tiempo de trabajo" y de su regulación, interrelacionan con cualquier aproximación a estas nuevas realidades: jornada, en cuanto que hay que precisar el cómputo de tiempo efectivo de trabajo a los efectos de su determinación pero también de sus límites; distribución del tiempo de trabajo, en relación con la determinación del horario, y en cuanto posibilidades de adecuación a los requerimientos de la empresa; dedicación, como forma precisa del cómputo del tiempo y, por tanto, de determinación de distintos aspectos del régimen aplicable; en conexión con aquélla, habitualidad, como elemento indiciario, cuando no determinante, de la calificación jurídica de la prestación de servicios y de su encuadramiento en materia de protección social; y, por supuesto, la vigencia de la dedicación conectada a la duración del vínculo contractual e íntimamente vinculada al propio concepto precedente de dedicación como determinante del trabajo comprometido.

Es cierto que los aspectos que realmente definen y condicionan estas "nuevas formas de trabajo" están afectando aquellos más esenciales del "trabajo requerido" en el sentido que hemos expuesto. Pero, aun así, la concurrencia de los conceptos a que aludimos es ineludible. Hay que definir cuál es la dedicación del trabajador o del empleado y, por consiguiente, cuáles son los criterios que la definen, cuáles son los límites a respetar en su prestación de servicios y, por consiguiente, delimitar el marco jurídico dentro del cual debe encuadrarse ésta. Todo ello, además, en un contexto de previsibilidad que exige la normativa comunitaria ligada a un principio mínimo de certidumbre deseable en la determinación de las condiciones de trabajo.

Si aún hoy determinados conceptos como los anteriores son los que definen el marco jurídico dentro del cual se ha de desarrollar la relación de trabajo, es evidente que la aproximación crítica a estas "nuevas formas de trabajo" debe partir de los rasgos conceptuales sobre los que se construye el mismo. Máxime si, por una parte, para determinados trabajadores cualificados, el tiempo de trabajo pueda quedar desplazado como elemento referente

del objeto de la prestación; y, por otra, para los prestadores de servicios subyacentes, precisamente la parte más débil y en precario, se pretenda acudir a fórmulas jurídicas que burlen dicho marco jurídico acudiendo a fórmulas pseudo-subordinadas, porque precisamente manejan un concepto de remuneración por servicio concreto prestado que evita la regulación –y el encuadramiento- en función de la dedicación, habitualidad y disponibilidad del trabajador efectivas[23].

Por todo lo expuesto, la definición del tiempo de trabajo efectivo torna como algo esencial e ineludible, sobre todo cuando uno de los rasgos que es recurrente y coincidente en estas "nuevas formas de trabajo", aunque con distintas intensidades y con diferentes realidades, es el de la disponibilidad del trabajador.

3.2. Disponibilidad del trabajador como elemento definitorio de la dedicación del trabajador (y, en su caso, de los derechos de desconexión)

Este es un concepto recurrente, necesario en la determinación de la dedicación del trabajador o empleado, con distintas perspectivas si tenemos en consideración la dualidad laboral a la que hemos aludido y la distinta aproximación que la misma sugiere. Por un lado, para los prestadores de servicios subyacentes, porque definir la dedicación real de los mismos en función de su disponibilidad va a ser definitoria de su propia relación jurídica, dado que se ha pretendido huir del vínculo entre dedicación y puesta a disposición del trabajador y la relación laboral y el encuadramiento en seguridad social. Por otro lado, para los trabajadores cualificados encargados de la gestión del conocimiento, porque la realización de estas tareas ligadas a la definición del sistema de conocimiento inteligente, puede efectivamente relativizar la importancia del tiempo de trabajo como elemento central de la definición del objeto de la prestación, pero debe ser fundamental para la necesaria delimitación negativa de la jornada y, por consiguiente, para la definición de sus descansos, hoy con una especial atención a los denominados derechos de desconexión.

El tratamiento de la disponibilidad del trabajador tiene algunos de hitos importantes (no exentos de conflictividad jurídica).

En primer lugar, en relación con el concepto de jornada o de tiempo de trabajo efectivo computable como tal, el art. 1.2 de la Directiva 2003/88 dispone que es tiempo de trabajo efectivo "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". Se trata de un concepto más moderno y adecuado de tiempo de trabajo efectivo que el recogido en el art. 34.5 del Estatuto de

23 En este sentido, la pretendida calificación jurídica de la relación de los prestadores de servicios subyacentes como TRADE puede encontrar un fundamento en la regulación de la jornada de los mismos prevista en el Estatuto del Trabajo Autónomo, cuyo art. 14 alude, precisamente, al concepto de "jornada de actividad" para definir la dedicación del trabajo autónomo dependiente, ligando el concepto de actividad, por tanto, -se entiende que por servicio prestado- al de jornada para definir, precisamente, los límites de la misma y el régimen de descanso legalmente obligatorio.

los Trabajadores por la norma nacional ("el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo"), que no resiste comparación alguna ni con los supuestos de formas de trabajo donde la deslocalización puede ser un rasgo característico, ni con los casos donde precisamente se pretende una inaplicación de la norma laboral sobre la base de una pretendida auto-organización del prestador de los servicios.

Conforme la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[24], esta definición contenida en la Directiva 2003/88 supone un concepto (el de tiempo de trabajo) que lo es de Derecho de la Unión, que no debe interpretarse en función de las disposiciones de la normativa de estados miembros[25], y, según el cual, el tiempo de trabajo se define por el tiempo que el trabajador está en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad y funciones, aunque para la doctrina del Tribunal de la Unión, basta la concurrencia de dos requisitos: presencia y disponibilidad[26]. En principio, es determinante (con las precisiones que se hagan) que el trabajador esté obligado a estar físicamente en el lugar determinado por el empresario[27]; no siendo suficiente la mera disponibilidad si no hay presencia (y el trabajador puede desarrollar, aun con ciertas limitaciones, su actividad personal). Sin embargo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2018 (asunto Matzak) incorpora un importante matiz a esta doctrina relativamente consolidada. En este supuesto, para el Tribunal de la Unión, si el tiempo de respuesta del trabajador exigido a la llamada de la empresa es muy breve (y, por tanto, restringe la libertad de movimientos del mismo –elemento éste realmente central en la doctrina matizada del Tribunal-) sí puede ser considerado tiempo de servicio.

Por consiguiente, de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión más reciente se desprende que son elementos en la aceptación como tiempo de trabajo efectivo, tanto la disponibilidad del trabajador como, para aceptar la misma en supuestos en que éste no está presencialmente en el lugar de trabajo, la limitación efectiva de su libertad.

Esta corrección a la doctrina precedente, que supone situar dentro del concepto de tiempo de trabajo la restricción de la libertad del trabajador, es particularmente importante en el tema que nos ocupa. En primer lugar, porque puede dar respuesta a los supuestos de deslocalización en el trabajo; y, en segundo lugar, porque evita la pretensión de constreñir la dedicación del trabajador a la prestación efectiva de los servicios (servicios considerados tendencialmente impredecibles).

Por tanto, la disponibilidad del trabajador, asociada no sólo al elemento presencial

24 Un análisis sistemático sobre dicha doctrina en Aragón Gómez; "La compleja delimitación del concepto de tiempo de trabajo y la aportación que, al respecto, ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea"; Información Laboral nº 9/2018 (parte jurisprudencia); págs. 1 y ss.

25 STJUE de 9 de septiembre de 2003 (asunto Jaeger) o de 1 de diciembre de 2005 (asunto Dellas).

26 Los servicios de guardia "en el lugar de trabajo" deben ser considerados tiempo de trabajo: STJUE de 3 de octubre de 2000 (asunto Simap); 9 de septiembre de 2003 (asunto Jaeger); 5 de octubre de 2004 (asunto Pfeifferr); o 1 de diciembre de 2005 (asunto Delaas).

27 STS 27 de enero de 2009 (R. 27/2008).

sino a la falta de libertad en el desarrollo de su actividad personal, debe ser el elemento determinante para comprender el marco jurídico a aplicar. Con claridad en materia de limitaciones de jornada o de régimen de descansos, incluyendo los derechos de desconexión que pueden asociarse con mayor intensidad a los trabajadores cualificados; pero también, desde una perspectiva más básica y esencial, de determinación de la dedicación del trabajador y, por tanto, del marco jurídico aplicable y de encuadramiento en materia de protección social.

Esta cuestión de la disponibilidad del trabajador y cómputo como tiempo de trabajo tiene sus referencias en otros ámbitos.

Por ejemplo, con claridad, en el tratamiento específico de los tiempos de disposición y de espera en las jornadas especiales (en particular, el transporte), cuestión no menor por su relativa proximidad a determinados servicios subyacentes a través de plataformas.

Pero también con una norma que no debemos olvidar: el artículo 30 del Estatuto de los Trabajadores y el fundamento en que se sustenta la misma. De conformidad con la previsión contenida en esta norma, "si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, este conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacérsele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo".

Siendo, en palabras de la doctrina judicial, una norma de "apenas aplicación práctica"[28], se trata de una especificidad aplicable a la relación laboral respecto la teoría general de los contratos ex artículos 1100 y 1124 del Código Civil, en relación fundamentalmente con la transmisión de los riesgos en caso de imposibilidad de prestación en relaciones sinalagmáticas (mora accipiendi / exceptio inadimpleti contractus). Su fundamento debe encontrarse en el sometimiento al círculo organicista del empresario, que debe prever la prestación de trabajo, la ajenidad, en su caso, y el derecho a la ocupación efectiva[29]. Por ello, "el incumplimiento no imputable al trabajador de la obligación de la prestación de servicios hace recaer el riesgo sobre la empresa" … "por un hecho integrado en el círculo del cumplimiento de la obligación, esto es por un caso fortuito, pues ese círculo es el que, gracias a sus poderes de organización, la empresa puede controlar"[30]. Y, por tanto, "no es

28 STSJ Galicia de 26 de febrero de 2019 (R. 3859/2018); STSJ Canarias de 25 de septiembre de 2018 (R. 1106/2017).

29 El artículo 30 ET "se compadece con el hecho de que la prestación de servicios del trabajador se realiza dentro del círculo rector y organicista del empresario –art. 1.1.ET-, lo que también justifica la existencia de un derecho del trabajador a la ocupación efectiva - artículo 4.2.a) del ET- (STSJ de Galicia de 8 de noviembre de 2018 –R. 2256/2018-). Como afirma la STSJ de Cataluña de 22 de mayo de 2017 (R. 776/2017): "En dicho precepto se impone que debe ser el empresario el que debe soportar el riesgo de que el trabajador que tiene contratado no pueda prestar servicios por causa imputable a su propia organización, principio que deriva de uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, como es la ajeneidad, ya que, dado que el trabajo se realiza por cuenta de otro, el empresario, éste es el que debe soportar sus riesgos".

30 STSJ de Galicia de 8 de noviembre de 2018 citada.

el trabajador quien debe acreditar su cumplimiento y la culpa de la empresa, sino que es el empresario quien debe acreditar, para zafarse del artículo 30 del Estatuto de los Trabajadores, bien la existencia de la fuerza mayor que lo exoneraría del cumplimiento"[31].

"La finalidad de este precepto es proteger al trabajador, en cuanto al devengo de su salario, si se mantiene dispuesto a trabajar y la efectiva realización del trabajo solo depende del comportamiento del empresario"[32]. Son pues cuatro los requisitos que se requieren para la aplicación de la misma, a saber[33]: contrato de trabajo vigente; trabajador puesto a disposición de la empresa; imposibilidad de la prestación; e imputabilidad del empresario.

De esta doctrina, podría desprenderse que, al menos en los supuestos de prestaciones de servicios subyacentes, el tiempo de disponibilidad del trabajador debiera considerarse como trabajo efectivo. De la forma de organización, que puede implicar ciertos tiempos de espera, no puede derivarse la pretensión de computar como tiempo de trabajo exclusivamente la actividad efectiva, la prestación de cada servicio diferenciado. Dicho de otra forma, el tiempo de disponibilidad del prestador de los servicios subyacentes debe ser considerado como tiempo de trabajo efectivo (dentro de su consideración como relación laboral común) por varias razones. La primera de ellas, porque si acudimos a la doctrina sobre el cómputo del tiempo de trabajo efectivo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es obvio que el prestador de los servicios subyacentes no tiene libertad para llevar a cabo sus actividades personales durante el tiempo de disposición. Durante el tiempo en que dicha puesta a disposición implique una falta de libertad en la gestión de su tiempo personal, este tiempo de disposición debe ser considerado trabajo efectivo. Pero, en segundo lugar, porque la propia forma de organización de la prestación de servicio debe hacer recaer sobre la empresa la "mora accipiendi", toda vez que aquélla debe encontrarse en el sometimiento al círculo organicista del empresario, que debe prever la prestación de trabajo en el marco temporal de la vigencia del contrato. Los tiempos de espera, en su caso, sin necesidad de asimilarlos al ámbito de los supuestos de jornadas especiales, deben entenderse como tiempo de trabajo efectivo. Sobre la empresa, en definitiva, debe recaer el riesgo derivado de la hipotética falta de actividad y no al contrario. Es decir, la nueva forma de organización del

31 Conforme afirma la STSJ de Galicia de 8 de noviembre de 2018 citada. Por su parte, la STSJ de Canarias de 25 de septiembre de 2018 afirma lo siguiente: "Este derecho al salario que se reconoce al trabajador dispuesto a trabajar, nuestro ordenamiento jurídico ni tan siquiera lo limita a aquellos casos en los que la imposibilidad de prestar servicios deviene de causas imputables al propio empresario, abarcando igualmente a cualesquiera otros que no constituyan un supuesto de suspensión del contrato de trabajo o estén expresamente excluidos. Así se ha aplicado para reconocer derecho al salario a un supuesto en que la imposibilidad de trabajar venía de causas ajenas al empresario, no incardinable en el art. 30 ET , como es el del trabajador no huelguista que queda inactivo por la huelga de sus compañeros de empresa, sin que el empresario haya acudido a alguno de los procedimientos que le permiten suspender el contrato de trabajo, o, más específicamente y, en relación a supuestos que guardan una situación semejante a la ahora analizada, en situaciones de extinción de la antigua invalidez provisional seguida de la no declaración de incapacidad permanente en ningún grado y en los que seguía vigente el vínculo laboral".

32 STSJ de Canarias de 25 de septiembre de 2018.

33 Misma sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias citada de 25 de septiembre de 2018.

trabajo a través de plataforma –para estos supuestos- no debiera conllevar una alteración en los riesgos derivados de la falta de actividad efectiva de trabajo, tal como, por otra parte, se pretende al direccionar estas formas de prestación de servicios al trabajo autónomo o pseudo dependiente.

Esta es la primera interacción entre la consideración de tiempo de trabajo efectivo, la ubicación de los servicios prestados dentro del ámbito de la relación laboral (resuelta como debe la cuestión previa de su calificación jurídica) y el marco regulatorio dentro del cual debe incluirse la prestación de servicios subyacentes.

Pero el concepto de disposición del trabajador también tiene importancia en los supuestos de tareas cualificadas (knowlegde workers). En este caso no tanto para definir la dedicación del trabajador o la propia calificación jurídica de la relación de prestación de servicios, dado que para esta categoría de empleados los aspectos principales de la prestación serán probablemente la realización de las tareas ligadas a la actividad y generación del conocimiento, sino para conformar, precisamente, sus derechos de desconexión.

Es cierto que este derecho a la desconexión digital se puede plantear en cualquier sector productivo, sea tecnológico o más tradicional; pero es obvio que puede tener una especial incidencia en formas de trabajo asociadas a la implementación de sistemas tecnológicos donde el cambio en la concepción del "trabajo requerido" presenta rasgos realmente definitorios.

La aproximación a este este nuevo derecho de configuración legal, aunque sin duda entroncado con el derecho al descanso y la limitación de la jornada laboral, implica destacar la importancia de la delimitación negativa de qué no debe ser tiempo de trabajo, de cómo regular y precisar el contenido efectivo del descanso –comprendido en su sentido más amplio de "desconexión" de cualquier requerimiento o actividad ligada a la empresa-, y, por consiguiente, de dónde y, sobre todo, cuándo no será requerida la disposición del empleado.

La norma parece reconocer un derecho efectivo de desconexión[34], pero sobre la base de la estructura tradicional de la regulación de los derechos de jornada máxima de trabajo y del régimen de descansos y vacaciones. Y este es el tratamiento general que aporta al régimen común de los trabajadores. Sin embargo, según dispone la misma, "las modalidades del ejercicio de este derecho", por una parte, "atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores" (apartado 2); y, por otra, quedarán definidas en la "política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos", que elaborará el empleador, previa audiencia de los repre-

34 De conformidad con lo previsto en el apartado 1 del art. 88 de la Ley Orgánica 3/2918, "los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar".

sentantes de los trabajadores" ("particularmente para los supuestos de trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas").

De esta forma, parece que se precisa la aplicación y extensión de este derecho ("modalidades del ejercicio" del mismo en la terminología empleada) en los supuestos de directivos, de realización de trabajo a distancia –total o parcial- y en el supuesto –atípico legalmente y, por tanto, más genérico o indeterminado- de supuestos de trabajo "en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas")-.

A veces puede ser difícil discernir precisamente cuándo la realización de una determinada actividad es laboral o no; también puede ser recurrente la confusión entre la actividad laboral y la personal si no queda precisada con cierto rigor cuál es el cometido de un trabajador de esta categoría de empleados (por ejemplo, cuando asistimos a la aportación de datos o perfiles que pueden ser del propio empleado en la conformación y configuración del sistema inteligente). Por ello, la delimitación concreta de la extensión y contenido de esta desconexión digital es potencialmente más complejo, pero esencial para su propia efectividad. Por ello, también es importante su regulación por parte de la negociación colectiva, que debe asumir este rol como algo principal. Sobre todo porque la remisión que hace la previsión legal "a la política que defina la empresa" puede suponer, aunque haya de contar con la "audiencia previa de los representantes", una remisión quizá excesiva a la propia decisión empresarial.

Por tanto, la cuestión principal en relación con este tema concreto, que en los casos que estamos analizando puede tener una especial incidencia y un contenido y extensión muy particulares, lo suficientemente alejados de criterios tradicionales que complican su compresión, es si la previsión legal es suficiente. Por ello, de nuevo, la negociación colectiva debe asumir, en el sentido que decimos, esta función y estos contenidos como principales. Lo contrario, teniendo en cuenta el carácter transversal de los trabajadores cualificados y el referido achatamiento de la estructura propiamente directiva (con el riesgo de confusión que conlleva en la delimitación de estos knowlegde workers), supone remitir, en la propia estructura legal de la configuración del derecho a la desconexión, a la decisión de la empresa su contenido y extensión.

4. REFLEXIONES FINALES: NUEVAS FORMAS DE TRABAJO Y TIEMPO DE TRABAJO, CUESTIONES A RESOLVER

La regulación legal en materia de tiempo de trabajo ha actuado en una pulsión constante entre la garantía de unos límites de jornada (también, en su caso, para buscar fórmulas que garanticen la estabilidad del trabajador, fundamentalmente en lo que se refiere a la vigencia de los contratos) y el derecho al descanso y a la "no-actividad" laboral así como a la concesión de una cada vez mayor disponibilidad del trabajador a las necesidades potencialmente cambiantes de la empresa (incluyendo un condicionamiento al contenido de la propia negociación colectiva)[35].

35 Decía Alarcón Caracuel (op. cit., pág. 15), que, en el contexto de crisis y de lo que él deno-

De una forma o de otra, el marco normativo en que se encuadra el régimen jurídico del tiempo de trabajo abarca una regulación de la jornada máxima y del descanso mínimo y nuevas normas que nos indican qué no es tiempo de trabajo (derecho de desconexión), que tendrán especial aplicación en determinados grupos de trabajadores y en relación con nuevas tareas a desempeñar por estos.

Asimismo, nos encontramos con una regulación amplia de las posibilidades de distribución irregular y, por tanto, de las posibilidades de utilización de las mismas dentro del ámbito del poder de dirección de la empresa en su caso, tanto en relación con la previsión que, dentro del ejercicio ordinario del poder de dirección, refiere el apartado 2 del art. 34, para el supuesto de que dicha posibilidad no quede regulada por la negociación colectiva, como en relación con el régimen de regulación de las horas extraordinarias, teniendo en cuenta que aquí debe concurrir en principio la autonomía de la voluntad de ambas partes (dado, en principio, el carácter voluntario de las mismas), y la regulación de las horas complementarias en el supuesto de contrato a tiempo parcial.

Por consiguiente, en este marco normativo complejo (al que hay que unir los supuestos en que se entiende la existencia de tiempo de trabajo efectivo o en los que hay alguna forma de prestación de servicios a la empresa –ligados, por ejemplo, al concepto de accidente de trabajo-), las precisiones sobre "tiempo de trabajo" determinan en el sentido que hemos visto el régimen jurídico aplicable vinculado a conceptos esenciales como los de dedicación, disponibilidad y vigencia del contrato. Aspectos esenciales que requieren de actualización y de precisión en relación con estas "nuevas formas de trabajo" y las distintas perspectivas que sugiere cualquier aproximación a las mismas.

Siendo así, y habiendo planteado las cuestiones más conceptuales en relación con el encuadramiento de los problemas que nos sugieren las novedades que pueden afectar a la comprensión clásica de la relación de trabajo y de la determinación de sus condiciones básicas, hay una serie de temas que nos parecen recurrentes.

Hemos destacado que, al menos en relación con el desarrollo de tareas especialmente cualificadas y vinculadas a la implementación y desarrollo de los sistemas inteligentes, el tiempo de trabajo puede ser desplazado como elemento central en la comprensión del objeto de la prestación de trabajo. Dicho de otra forma, el tiempo de trabajo, concebido en su concepción tradicional, puede dejar de ser el (único) elemento esencial en la conformación del contrato de trabajo (como elemento integrante, al menos, de su objeto principal, contenido básico de la obligación de una de las partes). Éste puede estar siendo desplazado (¿difuminándose?) en favor de otros aspectos, partiendo del surgimiento de una nueva "dualidad laboral" que deriva de la organización del trabajo en base a las tareas diferenciadas en

minaba "cultivo intensivo" –frente al cultivo extensivo de la oferta de empleo en períodos de bonanza económica-) "no se trata solamente de buscar el aumento de la productividad (…) sino de algo más incisivo: no tener vinculación con el trabajo más que en tanto en cuanto el concurso productivo de éste no sea absolutamente necesario y durante el tiempo estricto que lo sea". Por ello, en tiempos de crisis, según afirmaba, son los trabajadores "quienes persiguen, por encima de todo, una relación estable y a tiempo completo".

función de la cualificación requerida y de la posición de los productores en la estructura de la empresa, también profundamente en transición.

En estos casos, se puede llegar a aproximar, si se quiere, a un concepto más "tradicional" y posiblemente concurrente, de formas de trabajo en función de objetivos, incluso de "destajos digitales", pero con el componente esencial de representar una nueva concepción del "trabajo requerido" en el sentido expuesto, donde la creación de conocimiento y el desplazamiento del valor añadido a elementos intangibles como la gestión y tratamiento de datos y perfiles –definitorios en la propia delimitación del objeto de negocio de la empresa-, adquieren una dimensión estructural y donde la posición del empleado adquiere nuevos roles que exigen una mayor implicación del mismos, lo que redunda en la necesidad de precisar una delimitación negativa de esta dedicación laboral.

Por otra parte, el necesario desarrollo de tareas repetitivas o vinculadas a los servicios subyacentes (que requieren baja cualificación profesional inicial), y ligadas a una disponibilidad total del prestador de los servicios, que se pretende vincular a un concepto de "jornada de actividad" (referida en el artículo 14 del Estatuto del Trabajo Autónomo respecto a los TRADE), representa una realidad adyacente, si se nos permite la expresión, que conlleva elementos obvios de precarización del trabajo y donde la posición de la empresa, dado que no es donde se centra el valor de la misma, es asumir estos servicios, por otra parte ineludibles, con el menor coste posible.

Estos presupuestos de partida tienen distintas implicaciones que es necesario ubicar en el marco jurídico adecuado.

Respecto al personal de estructura, ligado a la implantación y desarrollo del sistema inteligente y de los sistemas corporativos (cuasi directivos y knowlegde workers) se exige una mayor disponibilidad, lo que conlleva una nueva necesidad desde la perspectiva normativa: delimitar el tiempo de trabajo y la dedicación.

No es esta una cuestión menor. La realización de nuevas tareas y la diversificación de las mismas, incluidas algunas disociadas inicialmente de la prestación de servicios (beta tester, suministradores de datos y perfiles, etc.) y que pueden ser diferencialmente retribuidas o compensadas; junto a las tareas relacionadas directamente con la empresa, por ejemplo, en relación con la atención de clientes, suministradores, prestadores de servicios subyacentes, etc., presentan nuevos rasgos en un contexto organizativo novedoso que interfiere con claridad en la concepción tradicional del tiempo de trabajo y de su marco normativo.

Es necesario, en este sentido, como decimos, delimitar el tiempo de trabajo y la dedicación, porque van a surgir como caracteres o rasgos de estas nuevas formas de organización la deslocalización de la prestación de estos servicios y la disociación del tiempo de trabajo como rasgo definitorio de la misma. El tiempo de trabajo puede verse superado como elemento referencial del salario, que se adapta a nuevos elementos de referencia: la posición del trabajador, su conocimiento y su nivel de responsabilidad (ni siquiera la cuantía del trabajo puede ser el elemento central o único).

Esto está suponiendo, a este nivel al menos, una importancia cada vez más destacada de una individualización de las condiciones de trabajo (lo que conlleva el debate paralelo sobre la importancia de la negociación colectiva y el rol que debería asumir), sobre la base, además, de la adecuación del vínculo laboral como forma contractual de especial sujeción que puede resolver la tendencia de la empresa a mantener el conocimiento, que relativiza el problema de la dedicación a efectos salariales y de encuadramiento en materia de protección social. La importancia de la retribución a las "tareas" y a la vinculación con la empresa se va a basar en la gestión del conocimiento porque ahí está la cadena de valor que persigue la empresa.

Por ello adquiere importancia, en su caso, los instrumentos o medidas adecuados de "desconexión". Y por esto mismo, dentro del análisis de la dedicación y disponibilidad de los trabajadores cualificados, hemos hecho alusión a la misma. Es quizá el elemento de delimitación negativa más importante que, en relación concreta con el marco regulatorio del tiempo de trabajo, presenta la prestación de servicios de estos trabajadores cualificados.

Respecto al personal asociado a la prestación directa de los servicios subyacentes, como en otros supuestos de prestación de servicios que no exigen una alta cualificación (salvo en los casos de puesta a disposición de servicios muy cualificados a través de plataformas –servicios profesionales generalmente vinculados a trabajos autónomos-) la aproximación es obviamente otra.

En estos casos, el aspecto principal es que prima la exigencia de disponibilidad y la pretendida retribución en función de los servicios efectivamente prestados (jornada equiparada a prestación efectiva) y, por ello, están generalmente formalizados a través de formas parasubordinadas (falsos autónomos o trabajadores autónomos económicamente dependientes), cuando no son posibles formas específicas de trabajo a demanda no contempladas en la normativa nacional. En estos supuestos, la consideración sobre el tiempo de trabajo presenta otras consideraciones de carácter básico. Se están cuestionando la propia dedicación del trabajador (por ejemplo, a través de las referidas fórmulas de prestación de servicios a demanda, trabajos marginales, de cero horas, trabajos a llamada o, como en nuestro país, a través de fórmulas parasubordinadas como los TRADE) y la naturaleza del vínculo contractual. Por consiguiente, una perspectiva que no debería obviarse en relación con estas formas de trabajo es la salvaguarda de derechos básicos de los trabajadores asociados a la dedicación y disponibilidad de los mismos, a su retribución y a su encuadramiento en materia de protección social, además de los derechos básicos de certidumbre implícitos en cualquier relación laboral (conforme la reciente normativa comunitaria).

El punto de partida está en la necesidad de partir de la correcta calificación jurídica de la relación; aunque también, con carácter previo, la calificación jurídica de los servicios subyacentes, y en la propia identificación del empleador (y en la relación de responsabilidades posibles en caso de concurrencia empresarial)

Teniendo en cuenta estas cuestiones, ¿en qué medida el marco regulador actual proporciona elementos suficientes para dar respuesta adecuada a los distintos retos que nos sugiere estas denominadas nuevas formas de trabajo?; y, desde otra perspectiva, ¿en qué

medida corrige las situaciones que pueden venir provocadas por la irrupción de estas nuevas formas de trabajo (en algunos casos aún por definir)?

Como hemos venido reiterando a lo largo de estas páginas, desde el punto de partida de la dualidad a la que podemos asistir hay dos cuestiones. Una estructural: la pérdida de centralidad del tiempo de trabajo como elemento definitorio del objeto de la prestación. Otra, de calificación jurídica, la calificación jurídica de la relación contractual sobre la que se basa la prestación de servicios subyacentes (en trabajos de plataformas, por ejemplo) y en la determinación de la normativa aplicable (norma laboral y negociación colectiva).

En este sentido, si la calificación jurídica de determinados servicios es laboral, como entendemos, solo cabe aplicar la normativa sobre jornada y distribución del tiempo de trabajo (incluida las peculiaridades, en su caso, del régimen del contrato a tiempo parcial)[36]. Las medidas de flexibilidad serán las contenidas en la normativa estatutaria y, por tanto, no cabe en nuestra opinión una forma de contrato a llamada o de cero horas que no contempla la normativa nacional. Además, habría que admitir la aplicación de las obligaciones formales en materia de jornada[37].

Delimitar correctamente la calificación jurídica de la relación contractual subyacente es una cuestión básica. También lo es definir adecuadamente la condición de empleador a los efectos del cumplimiento de la normativa laboral, partiendo de la definición correcta de los servicios prestados (servicios de carácter global en muchos casos)[38]. A partir de ahí, y de la previsible consideración como laboral de esta forma de prestación de servicios y la definición como prestadores directos de los servicios a las empresas encargadas del mismo (lo que trasciende su inicial pretensión de ser meramente intermediarios digitales), la garantía de los derechos mínimos, comenzando por los derechos de información, "destinados a promover la seguridad y la previsibilidad de las relaciones laborales" (Considerando 4 de la Directiva 2019/1152) son esenciales. Garantizar el respeto a los mínimos legales en materia de tiempo de trabajo[39]; también de retribución (en su caso, planteando la adecuación de

36 Como dice la sentencia del TJUE de 14 de mayo de 2019 (asunto FSCCOO y Deutsche Bank) "con carácter preliminar, debe recordarse que el derecho de todo trabajador a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a períodos de descanso diario y semanal no solo constituye una norma de Derecho Social de la Unión de especial importancia, sino que también está expresamente consagrado en el art. 31, apartado 2, de la Carta, a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados".

37 Porque tal como afirma la sentencia anteriormente citada, "…para garantizar el efecto útil de los derechos recogidos en la Directiva 2003/88 y del derecho fundamental consagrado en el art. 31, apartado 2. De la Carta, los Estados miembros deben imponer a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable, y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador".

38 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 –caso UBER y Asociación Profesional Élite Taxi. Sobre el tema, abordándolo como una cuestión previa y esencial, Pérez de los Cobos; "El trabajador en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura, Madrid, Walters Kluwer, 2018; págs. 6 y ss.

39 Desde la propia aplicación del art. 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, según el cual, en su apartado 1º, "Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten

los "destajos digitales" a un rendimiento normal del trabajador) y, por supuesto, el cumplimiento de las normas desde la perspectiva de un adecuado encuadramiento en materia de protección social son aspectos esenciales garantías de unos mínimos de derecho necesario que no son evitables ni disponibles.

Como hemos citado en relación con la Directiva, es necesario garantizar un "nivel mínimo de previsibilidad", incluso en los trabajos con patrón total o mayoritariamente imprevisible, lo que exige reconducir las exigencias de flexibilidad de la empresa al marco normativo existente, pero sin afectar a los derechos básicos y elementales de los trabajadores

El Derecho debe dar respuesta adecuada a estas situaciones relativamente novedosas. La representación colectiva de los trabajadores ha de asumir las implicaciones que conlleva la implantación de nuevas formas organizativas y, particularmente, a la implementación, desarrollo, control y supervisión de sistemas inteligentes. La negociación colectiva debe desarrollar nuevos contenidos que afronten los retos que suponen estos cambios organizativos, y, muy concretamente, los efectos de estas nuevas formas organizativas en la determinación de condiciones de trabajo (incluida lo referente a tiempo de trabajo), estableciendo mecanismos de supervisión y control que permitan garantizar el respeto a derechos básicos de los trabajadores, partiendo de la interdicción directa o indirecta de la discriminación en la determinación de condiciones de trabajo, protegiendo los contenidos de los mismos y precisando y establecimiento criterios de desconexión y respeto a la definición de tiempos excluidos del trabajo. Y, por supuesto, estableciendo criterios retributivos adecuados en relación con las tareas a desempeñas y a la forma del trabajo[40]. Aplicar la normativa en relación con los servicios subyacentes supone, además la garantía de un comportamiento responsable por parte de los proveedores auténticos de servicios y una competencia leal con otros suministradores de servicios o de transacciones.

Por todo ello, los retos que tiene el Derecho son muchos.

---

su salud, su seguridad y su dignidad"; y según su apartado 2º, "Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas".

40 En este sentido, cabe recordar la Declaración de FrankfurtXXXCitar algunas soluciones como las planteadas en Italia o en Países Bajos

PONENCIA GENERAL SEGUNDA
TIEMPO DE TRABAJO Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR Y PERSONAL: EL RD-LEY 6/2019[1]

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

1. Aclaremos conceptos: ¿conciliación o corresponsabilidad?
2. El divergente planteamiento del TC y del TJUE
3. El papel del tiempo de trabajo en la conciliación
4. Sobre la dimensión constitucional de la conciliación
5. La adaptación del tiempo de trabajo
   5.1 La adaptación como alternativa más adecuada para la conciliación
   5.2 De una adaptación condicionada a una adaptación procedimentalizada
   5.3 Solución judicial de las discrepancias: criterios de solución
6. Novedades en la tortuosa regulación de la lactancia: de lactancia a un permiso para cuidado del lactante que facilita la corresponsabilidad
7. Otras licencias, permisos o reducciones por motivos familiares
8. La suspensión a "jornada parcial"
9. La concreción del ejercicio de los derechos de conciliación: de la titularidad del derecho a la intervención judicial

1 Trabajo elaborado en el marco del Proyecto I+D de la Agencia Estatal de Investigación PGC 2018-095263-b-100 (Desarrollo tecnológico, cambio sociolaboral y trabajo sostenible)

1. ACLAREMOS CONCEPTOS: ¿CONCILIACIÓN O CORRESPONSABILIDAD?

El término conciliación se unió de forma sólida a nuestro ordenamiento como consecuencia de la Ley 39/1999, desde entonces ha venido acompañándonos e incluso, en ocasiones se ha convertido en uno de los temas estrellas del Derecho del Trabajo. Pero a este término de conciliación se ha unido en momentos mucho más recientes, a partir de la LO 3/2007, otro término diferente, el de corresponsabilidad. Parece conveniente comenzar este trabajo analizando si existen diferencias entre ambas cuestiones o si estamos refiriéndonos al mismo planteamiento jurídico con ambos términos[2].

Hemos de convenir que conciliación y corresponsabilidad, si bien son términos que se refieren a cuestiones íntimamente relacionadas, no son lo mismo, por lo que es necesario diferenciar entre ellos. La conciliación se entiende como un conjunto de medidas normativas a través de las cuales se pretende facilitar que el trabajador pueda armonizar o coordinar el tiempo dedicado al trabajo con la atención de responsabilidades de carácter familiar o personal[3]; por lo tanto, es un mecanismo que pretende hacer compatible el trabajo con tales responsabilidades. De esta manera, el ordenamiento ha establecido todo un conjunto de instrumentos con este objetivo, desde la suspensión del contrato por maternidad, la excedencia por cuidado de hijos o familiares, diferentes tipos de reducciones de jornada o permisos, etc. Es innegable que en su origen los mecanismos de conciliación han estado orientados, incluso expresamente, a proteger a las trabajadoras, de maneras que estas han ostentado un conjunto de derechos negados a los trabajadores varones o bien otorgados a éstos pero con menor calidad.

Por su parte, la corresponsabilidad, tiene el mismo objetivo que la corresponsabilidad, compatibilizar el trabajo con las necesidades personales o familiares; ahora bien lo hace desde una perspectiva que pretende impulsar que tales responsabilidades sean asumidas también por los hombres, generando una efectiva situación de igualdad, un reequilibrio o reparto equitativo de las responsabilidades[4]; exigencia que no sólo debe ser jurídica, sino ante todo ética y social. Para la correcta comprensión de los instrumentos normativos de

2 Tal como resalta BALLESTER PASTOR, A.: "Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad", Revista de Derecho Social nº 51 (2010), página 32, no sólo se ha utilizado esta terminología de conciliación y corresponsabilidad, sino que a nivel europeo es frecuentemente que se utilice el término reconciliación.

3 Vid. en similares términos ARASTEY SAHÚN, M.L.: "Relación laboral y avances en materia de corresponsabilidad familiar entre mujeres y hombres", Actualidad Laboral nº 1 de 2008, página 15.

4 Sobre la configuración de la corresponsabilidad, vid. ALONSO BRAVO, M.: "La tutela del derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de circunstancias familiares. Un mecanismo coherente para fomentar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de responsabilidades familiares", Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social nº 28 (2012), página 141. También GORELLI HERNANDEZ, J.: "Límites a la conciliación: de las necesidades de flexibilidad a la insuficiencia de las reducciones de jornada", Trabajo y Derecho nº 46, página 2 (versión smarteca); TOSCANI GIMENEZ, D.: "El disfrute paterno del permiso de lactancia y su interpretación por el TJUE", Revista de Derecho Social nº 56, página 135.

corresponsabilidad debemos tener en cuenta la existencia de un convencionalismo social por el que se hace recaer la atención de las responsabilidades familiares sobre la mujer, lo que genera que las trabajadoras sufran importantes consecuencias negativas, que van desde la imposición de una doble jornada (laboral y familiar) hasta la limitación de la carrera profesional de las trabajadoras, la salida del mercado de trabajo o incluso las resistencias empresariales a la contratación de mujeres por ser titulares de ciertos derechos (el denominado efecto boomerang[5]). Por lo tanto, la convención social de que los cuidados familiares son cosa de mujeres, penaliza gravemente su situación en el mundo del trabajo[6]. De otro lado, las normas sobre conciliación, al menos en la regulación de la Ley 39/1999 (pero también otras reformas posteriores), no han supuesto grandes aportaciones a la corresponsabilidad; al contrario, han venido reiterando los esquemas sociales imperantes olvidando las importantes consecuencias de género que suponen los cuidados familiares[7]. Las normas impulsoras de la simple conciliación no han sido efectivas para obviar la imposición social y cultural de tales responsabilidades a la mujer; más aún, incluso en ocasiones se trata de una regulación que desde el punto de vista de la titularidad del derecho no es neutra, sino que otorga el derecho a la mujer, por lo que realmente la norma ayuda a perpetuar este estado de cosas (la regulación de la suspensión por maternidad y paternidad o la lactancia han sido muy buenos ejemplos de esta tendencia), perpetuando esquemas de género realmente inaceptables[8]. Ante los convencionalismos sociales y el hecho de que las reglas de simple conciliación no han conseguido involucrar a los hombres en la atención de las responsabilidades familiares (sólo las asumimos ocasionalmente), es necesario una evolución, ir más allá de la mera y simple conciliación: fomentar normativamente la asunción por los varones de tareas o roles tradicionalmente reservados a la mujer y acceder así a una situación de efectiva igualdad. Y es aquí donde entra en juego la corresponsabilidad, que nace del tronco de la conciliación, pero con unos objetivos añadidos de los que carece ésta: eliminar la brecha de género que suponen las responsabilidades familiares, logrando un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares[9]. Para ello es necesario romper el esquema tradicional de atribución de las responsabilidades familiares a la mujer e impulsar la asunción por los hombres de una función que tradicionalmente se ha considerado femenina[10].

En definitiva, la distinción entre conciliación y corresponsabilidad es importante y necesaria por las consecuencias que el uso de uno u otro mecanismo puede suponer. Las simples reglas sobre conciliación, inspiradas en un principio de igualdad de sexo, pero que

5 MOLERO MARAÑON, M.L.: "Derechos de conciliación y tiempo de trabajo", Documentación Laboral nº 82 (2008), página 51.

6 CASAS BAAMONDE, M.E.: "Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez", Derecho de las Relaciones Laborales nº 10 de 2018, página 1073.

7 BALLESTER PASTOR, M.A.: "Conciliación laboral y familiar (…)", op. cit., página 31.

8 ARASTEY SAHÚN, M.L.: Op. cit., página 15.

9 MOLINA NAVARRETE, C.: "El «fin» de la «re-conciliación» trabajo/familia como derecho social fundamental ¿«sexuado»?: sin «corresponsabilidad» no hay «paraíso» de igualdad", Trabajo y Derecho nº 47 (2018), página 17.

10 En este sentido GORELLI HERNANDEZ, J.: "Hacia la corresponsabilidad mediante la suspensión por nacimiento de hijos", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 53 (2019), página 282.

parten de la realidad social imperante (es la mujer quién hace frente a las necesidades familiares), han establecido determinados estándares de protección sobre la mujer trabajadora; pero ello no ha supuesto la consecuencia deseada: la protección se vuelve contra la mujer y no se consigue un reparto equilibrado de las responsabilidades, pues al favorecer que sea la mujer quién compatibilice su trabajo con el cuidado familiar, se genera una injusta situación de desigualdad[11], perpetuando los roles de género y mermando la presencia de la mujer en el mercado de trabajo[12]. Es pues necesario ir más allá, utilizar un criterio de corresponsabilidad, que pretenda no sólo la armonización entre trabajo y familia (como la conciliación), sino también la distribución equitativa de las cargas familiares entre hombres y mujeres[13]. Desde este punto de vista la corresponsabilidad es una técnica jurídica que, dentro del ámbito general de la conciliación, pretende llegar más lejos. En todo caso, en este trabajo, salvo que queramos resaltar cuestiones estrictamente vinculadas a la corresponsabilidad, utilizaremos el término conciliación desde una perspectiva omnicomprensiva, que agrupa las dos vertientes, no en vano, la corresponsabilidad es un aspecto o una forma de ser de la conciliación.

2. El divergente planteamiento del TC y del TJUE

Esta distinción entre conciliación y corresponsabilidad, así como la necesidad de que la primera evolucione hacia la segunda, lo podemos observar en las diferentes doctrinas que afirman de un lado el TC español y de otro el TJUE. Por su parte, el TC se ha enfrentado últimamente a esta cuestión a través de la STC 111/2018, cuya doctrina es posteriormente reafirmada por las SSTC Sentencias 117/2018, 138/2018 y 2/2019. El supuesto de hecho de la primera de las sentencias era un trabajador que fue padre y disfrutó del permiso por paternidad regulado en el art. 48 bis del Estatuto de los Trabajadores (hoy suprimido), que otorgaba el derecho a la suspensión del contrato de trabajo durante trece días, mientras que las suspensión por maternidad era de dieciséis semanas. Como sabemos, el disfrute de estas suspensiones se asocia a prestaciones de Seguridad Social. Agotada la prestación, el trabajador presentó una solicitud ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social interesando la ampliación y equiparación de la prestación de paternidad con la prestación por maternidad. Dicha solicitud fue denegada, acabando la cuestión ante el TC ante el que se reclama por estimar el trabajador que se trataba de una discriminación por razón de sexo.

La doctrina constitucional estimó que para la existencia de discriminación es necesario una diferencia de trato entre dos colectivos (madres y padres), pero, además, requiere que las dos situaciones subjetivas a comparar (la de las madres y padres trabajadores) sean

11 POQUET CATALA, R.: "Los nuevos derechos de conciliación de la vida laboral y familiar: la distribución horaria sin reducción de jornada", Actualidad Laboral nº 21-22 de 2012, página 2083; también SERRANO GARCIA, M.J.: "Los permisos de maternidad, paternidad y parentales en los instrumentos jurídicos de la Unión Europea", Relaciones Laborales Tomo II de 2012, página 68.

12 PERAN QUESADA, S.: "Tiempo de trabajo y género. La perspectiva española", en AA. VV., dirigidos por S. Perán Quesada, La ordenación del tiempo de trabajo en el Siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes, Comares, Granada 2014, páginas 164 y 165.

13 Vid. PERAN QUESADA, S.: "La configuración jurídica del principio de corresponsabilidad y su necesaria aplicación efectiva", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 53 (2019), páginas 183 y 184.

homogéneas y equiparables. Pues bien, el TC, basándose en su propia jurisprudencia, estima que las situaciones no eran idénticas, por lo que la diferencia normativa de trato no suponía discriminación: de un lado la finalidad de la maternidad es la protección de la salud de la trabajadora; mientras que la finalidad de la suspensión por paternidad es facilitar y favorecer la corresponsabilidad de padres y madres del cuidado de los hijos[14]. Al igual que en otros supuestos como la lactancia, el TC señaló que maternidad, embarazo y parto son realidades biológicas que diferencian al hombre y la mujer, de manera que su protección por la vía de establecer derechos exclusivos para la mujer trabajadora no puede considerarse discriminatorio (vid. SSTC 109/1993, FJ 4, y 75/2011, FJ 7). No obstante, el TC reconocía la posibilidad de establecer una plena equiparación entre los permisos por maternidad y paternidad, con el fin de fomentar un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares por cuidado de los hijos, si bien consideró que esta es una opción que corresponde al legislador, no una consecuencia directa e ineludible del principio constitucional de igualdad y no discriminación[15].

Por el contrario, el planteamiento del TJUE en materia de conciliación cuando se reservan ciertos derechos para las mujeres, es totalmente diferente. Me refiero a una sentencia, muy anterior a las que hemos visto del TC español (que no ha querido o no ha sabido seguir la doctrina europea), la STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/09, caso Roca Álvarez, que resolvía la cuestión prejudicial planteada desde España en materia de los derechos por lactancia: concretamente el Sr. Roca Álvarez ante la negativa de la empresa a conceder los derechos por lactancia, dado que su mujer (trabajadora autónoma) no tenía derecho a la aplicación de este derecho previsto por el ET para los trabajadores subordinados (recordemos que en este momento el trabajador sólo podía acceder a la lactancia si la madre también era trabajadora subordinada). La cuestión prejudicial pretendía determinar si esta regulación era contraria o no a lo previsto por el art. 2 (apartados 1º, 3º y 4º) y el art. 5 de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres .

14 Vid. FJ nº 5: "En el caso de la madre, la «finalidad primordial» que persigue desde siempre el legislador al establecer el descanso por maternidad y el correspondiente subsidio económico de la seguridad social es la protección de la salud de la mujer trabajadora, durante el embarazo, parto y puerperio" (…) Distinto es el permiso por paternidad y la correlativa prestación de la seguridad social que se reconocen en nuestro ordenamiento social a partir de 2007 a los padres (…) una finalidad distinta, que no es otra que la de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos (…)".

15 FJ 8º de la STC 111/2018: "Cuestión distinta es que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de seguridad social, apreciando las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento a la hora de administrar recursos económicos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales (por todas, SSTC 65/1987, de 21 de marzo, FJ 17; 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3, y 75/2011, FJ 7), pueda ampliar la duración del permiso de paternidad, como en efecto lo ha hecho. En la actualidad su duración es de cinco semanas, periodo durante el cual se percibe el correspondiente subsidio de paternidad, hasta llegar incluso, si lo estima oportuno, a la plena equiparación con el permiso y la prestación por maternidad, con el fin de fomentar un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos (art. 39.3 CE); sin que ello signifique que la regulación legal precedente y actual, que establece una duración del permiso y la prestación por paternidad inferior a la del permiso y la prestación por maternidad, sea por ello contraria al artículo 14 de la Constitución Española".

La STJUE consideró en su fallo que la regulación española se oponía a lo previsto por la Directiva señalada, reconociendo la diferencia de trato, dado que la mujer trabajadora es titular directa, mientras que al hombre se exige, además de ser padre, que la madre también tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena. Diferencia de trato que no se justifica por la diferencia biológica que permite a la mujer amamantar y al hombre no, pues la jurisprudencia española hace tiempo que desvinculó la lactancia de las necesidades puramente alimenticias, considerando que es el cuidado del neonato la finalidad perseguida. Pero lo verdaderamente relevante de esta Sentencia es el análisis que realiza sobre el planteamiento del Estado español cuando defendía que la norma se basaba en el favorecimiento de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres trabajadores, siendo la norma española un mecanismo de compensación de las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer, a diferencia del hombre, tras el nacimiento de un hijo (la misma argumentación que mantuvo el TC en su STC 109/1993). Pues bien, en este punto la doctrina del TJUE difiere totalmente del planteamiento del TC, pues considera que una regulación que establece la titularidad materna de un derecho de lactancia dirigido a cuidar del menor, pero condiciona el acceso del padre a este derecho, lejos de configurarse como un mecanismo de tutela de la mujer trabajadora "puede en cambio contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental"[16]. Dicho de otra manera, el TJUE pone el acento en considerar que una regulación de estas características, que privilegia a la mujer sobre el hombre en el disfrute de la lactancia sin que exista una razón objetiva que la sostenga, genera un efecto negativo sobre la propia beneficiaria del derecho. Esta regulación, que favorece que sea la mujer la titular "natural" del derecho, en realidad también favorece que ésta vea limitada su vida profesional al tener que asumir cargas familiares[17]. Por lo tanto, esta regulación no tiene como efecto eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir para las mujeres en la realidad de la vida social; tampoco se configura como una medida tendente a lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden surgir en la vida social. Por lo tanto, no evita o compensa, conforme al artículo 157 TFUE, apartado 4, las desventajas en la carrera profesional de las mujeres afectadas[18]. La conclusión de la STJUE es que una regulación de estas características resultaba contraria a lo dispuesto por la Directiva 76/207.

Es este planteamiento, y no la simple conciliación, el que inspira la nueva regulación introducida por el RD-Ley 6/2019 que ha supuesto una sustancial alteración de diferentes normas laborales en materia de conciliación. Específicamente en materia de tiempo de trabajo entendido en un sentido amplio, resultan afectados en el ET, el art. 34.8 sobre el derecho de adaptación de la jornada, el art. 37 en sus apartados 3 b), 4, 5 y 7 que regula

16 Apartado nº 36 de la STJUE de 30 de septiembre de 2010.

17 Tal como afirma el apartado nº 37 de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, "el hecho de denegar el disfrute del permiso controvertido en el litigio principal a los padres que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, por el único motivo de que la madre del niño no tenga esa condición, podría dar lugar a que una mujer, como la madre del hijo del Sr. Roca Álvarez, que es trabajadora por cuenta propia, se viera obligada a limitar su actividad profesional, y soportar sola la carga derivada del nacimiento de su hijo, sin poder recibir la ayuda del padre del niño".

18 Vid. apartado nº 38 de la STJUE de 30 de septiembre de 2010.

diferentes licencias o permisos y reducciones de jornada (licencia por nacimiento de hijos, lactancia, nacimiento de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la concreción de estos derechos familiares), los arts. 45.1 y 48 apartados 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 (este último se suprime) sobre suspensión del contrato por nacimiento de hijo, adopción, guarda y acogimiento y el art. 46.3 in fine sobre la excedencia por cuidado de hijos.

En líneas generales se mejora la regulación sobre conciliación de la vida familiar de los trabajadores varones, con el objetivo de incrementar la corresponsabilidad, facilitando nuevas cuotas de igualdad efectiva a las mujeres trabajadoras: no cabe sino felicitarse por la decisión del legislador de avanzar en favor de la corresponsabilidad, justamente en la dirección señalada por al STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/09, caso Roca Álvarez. Ciertamente el objetivo de corresponsabilidad es más evidente en algunas de estas instituciones jurídicas que en otras, si bien podemos encontrar elementos en esta dirección prácticamente en todas ellas. En todo caso, nosotros vamos a centrarnos en el análisis de aquellas cuestiones que están directamente vinculadas al tiempo de trabajo.

Desde este punto de vista, podemos encontrarnos ante diferentes escenarios normativos en cuanto a los derechos sobre conciliación. En primer lugar, los derechos vinculados estrictamente a la mujer trabajadora, siendo ella la titular del derecho o la titular principal del derecho. Este tipo de derechos debe restringirse sólo a aquellas situaciones en las que el hecho de ser madre implica una verdadera diferencia de género. El ejemplo es la maternidad. Ahora bien, no todo derecho derivado de la maternidad debe ser exclusivo de la madre, sino sólo aquellos que están estrictamente relacionados con el hecho biológico. A partir de ahí, la igualdad debe ser absoluta. En segundo lugar, cabe un planteamiento neutro; es decir, normas en las que tanto trabajadoras como trabajadores pueden acceder al derecho. Este tipo de normas plantean un problema: que al existir un convencionalismo social que impone a la mujer la asunción de las responsabilidades familiares, dichas normas contribuyan al mantenimiento de este reparto de roles sociales. Por lo tanto, ocurre que la neutralidad no es suficiente para la corresponsabilidad. El tercer escenario es que se opte por introducir elementos de corresponsabilidad para intentar un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, una verdadera igualdad material sin interferencias de género.

3. El papel del tiempo de trabajo en la conciliación

Si bien podría parecer que vamos a analizar dos cuestiones bien distintas, no es así, pues el tiempo de trabajo y la conciliación están íntimamente ligados. La conciliación va a afectar de manera directa al tiempo de trabajo, pues supone tiempo para el trabajador, y ese tiempo repercute sobre el tiempo de trabajo, ya sea en su vertiente cuantitativa (el número de horas de trabajo), como en su vertiente cualitativa (la distribución del tiempo de trabajo); por lo tanto, hay medidas de conciliación que alteran el tiempo de trabajo. Existe así una relación directa entre uno y otro, pues la conciliación tiene su lógica en la mejor articulación del tiempo de trabajo y del tiempo privado que permita hacer frente a las necesidades personales o familiares de cada trabajador[19].

19 En este sentido CASAS BAAMONDE, M.E.: Op. cit., página 1072.

Podemos afirmar que la condición de trabajo que más incide en la conciliación es el tiempo de trabajo, pues tiempo es lo que requiere el trabajador para poder atender a sus necesidades personales y familiares; justamente por ello, las medidas de conciliación son mecanismos que normalmente inciden en el tiempo de trabajo, adaptándolo a las necesidades del trabajador, o reduciéndolo para poder atender tales necesidades[20]. La doctrina laboral ha señalado el interés que tiene para los trabajadores el establecimiento de medidas de flexibilidad a su favor, lo que se ha venido denominando como individual flexitime, planteamiento que incide en la propia regulación del tiempo de trabajo, que necesariamente debe contemplar las necesidades de conciliación como uno de los ejes de desarrollo de esta regulación[21].

Junto a la posibilidad de reducciones y la adaptación del tiempo de trabajo, cabe otra alternativa, que es la supresión del tiempo de trabajo (suspensiones o excedencias). Desde mi punto de vista, en estos casos no estamos realmente ante mecanismos que afectan al tiempo de trabajo como condición de trabajo, sino que implican la paralización temporal de la prestación, además durante períodos que pueden ser de gran duración. Entendemos que estos supuestos no afectan al tiempo de trabajo, pues justamente durante las suspensiones o excedencias no se trabaja, luego difícilmente puede entenderse que se produce una alteración del tiempo como condición de trabajo. No obstante, en las suspensiones que se disfrutan a tiempo parcial, si estamos ante un instrumento de tiempo de trabajo; pero es que en estos casos no estamos ante una verdadera suspensión del contrato de trabajo, sino ante una reducción de la jornada, siendo su naturaleza jurídica distinta de la suspensión.

Tal como hemos señalado supra, la conciliación se plantea como un elemento dirigido a flexibilizar el tiempo de trabajo, pero a favor del trabajador y es aquí donde nos vamos a encontrar un importante problema estructural. La flexibilidad es un elemento característico del ordenamiento laboral, que se expande e impregna todos sus ámbitos hasta convertirse en uno de los objetivos fundamentales de cualquier reforma desde hace decenios. Dentro de ese objetivo de flexibilidad, la regulación sobre tiempo de trabajo ha sido la punta de lanza: la relativización de los topes máximos sobre jornada, superables a través de la negociación colectiva o permitida por la regulación sobre jornadas especiales, la extensión del módulo anual de jornada que sustituye a módulos de inferior duración (por tanto, más rígidos), la posibilidad de pactar la distribución irregular de la jornada, más aún, la posibilidad de acudir a dicha distribución irregular aun cuando no hay pacto, la superación del principio de anualidad, la flexibilidad legal y jurisprudencial en materia de horas extraordinarias, la posibilidad de redistribuir los períodos de descanso, las horas complementarias

20 MARTINEZ YAÑEZ, N.M.: "La difícil aplicación del derecho de adaptación de la jornada por razones familiares y personales en defecto de acuerdo colectivo al respecto", Tribuna Social nº 235 (2010), página 20.

21 LOPEZ CUMBRE, L.: "Aspectos críticos de la regulación del tiempo de trabajo en España", en AA.VV., dirigidos por S. Perán Quesada, La ordenación del tiempo de trabajo en el Siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes, Granada, Comares 2014, página 114; también MARTINEZ MORENO, C.: "Vida privada y relación de trabajo. A propósito de la posibilidad de pactar individualmente las condiciones de ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral", Tribuna Social nº 197, página 22.

en el contrato a tiempo parcial, etc., hacen que el tiempo de trabajo sea probablemente la más flexible entre las instituciones laborales. Pues bien, esa flexibilidad es unidireccional: el legislador ha actuado para reforzar la flexibilidad a favor de la empresa y es el trabajador quien sufre esa flexibilidad. Por el contrario, frente a un frondoso ordenamiento que facilita amplias dosis de flexibilidad en favor del empresario, nos vamos a encontrar un yermo páramo en cuanto al impulso de la flexibilidad en favor de los trabajadores: el individual flexitime es un concepto desconocido en la inmensa mayoría de las empresas de nuestro país, siendo muy modesta la introducción de instrumentos normativos que favorezcan la flexibilidad del tiempo a favor del trabajador; quizás los ejemplos más sobresalientes de este planteamiento hayan sido la regulación de la lactancia, que ha avanzado casi a empujones y en contra de la jurisprudencia, incluso del Tribunal Constitucional, o la tímida regulación de la adaptación del tiempo de trabajo.

Ciertamente la regulación sobre conciliación debería superar la contradicción entre flexibilidad del tiempo de trabajo a favor de la empresa y las responsabilidades personales o familiares de los trabajadores tal como ha venido defendiendo la doctrina laboral[22]. De esta manera la flexibilidad favorecería el equilibrio de intereses empresariales y laborales, siendo ello una manifestación de la flexiseguridad laboral. Sin embargo, como bien ha demostrado el ordenamiento laboral español, el objetivo básico ha sido siempre la flexibilidad a favor de la empresa: bajo ese "palabro", verdadero oxímoron, se esconde mucha flexibilidad y poca seguridad. En la práctica, la flexibilidad a favor del empresario se reconoce legalmente, mientras que las medidas legales de conciliación son pocas, de corto alcance, o se dejan en manos de la negociación colectiva.

Bajo la anterior perspectiva se evidencia que la flexibilidad en materia de tiempo de trabajo es difícilmente compatible con un régimen jurídico que apueste fuertemente por la conciliación entre trabajo y familia. Es evidente que las instituciones jurídicas propias de una regulación flexible del tiempo de trabajo (distribución irregular, horas extraordinarias, horas complementarias, acumulación de períodos de descanso en períodos más amplios, etc.) dificultan, cuando no hacen imposible la conciliación; predominando en nuestro ordenamiento el interés empresarial sobre el del trabajador[23].

Pero el hecho del predominio, a veces asfixiante, de la flexibilidad interna, no supone que debamos tirar la toalla y dar por perdida la posibilidad de una flexibilidad en favor del trabajador, dirigida a una mejor conciliación sin sufrir consecuencias laborales negativas. Para ello, ante todo, es imprescindible que el legislador incorpore de manera efectiva la

22 LAHERA FORTEZA, J.: "Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar", Documentación Laboral nº 100 (2014), página 38; MOLINA NAVARRETE, C.: "Flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar: a propósito de la nueva regulación del empleo parcial", Documentación Laboral nº 100, página 17.

23 GORELLI HERNANDEZ, J.: "Límites a la conciliación (…)", op. cit., página 4 (versión smarteca); VELASCO PORTERO, M.T.: "El conflicto entre conciliación y necesidades empresariales en la organización del tiempo de trabajo: regulación legal, doctrina judicial e importancia de la negociación", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 41 (2015), página 67.

conciliación como uno de los criterios fundamentales de ordenación del tiempo de trabajo. Es cierto que la conciliación, de una u otra manera, se ha incorporado como uno de los elementos que inspiran la regulación del tiempo de trabajo[24], pero ha de irse más allá: la conciliación debe ser necesariamente uno de los criterios esenciales a la hora de dirigir la acción normativa del legislador. El equilibrio entre intereses laborales y empresariales debe convertirse en objetivo esencial de la regulación del tiempo de trabajo[25]. En esta tarea no sólo es conveniente la participación del legislador, también la negociación colectiva debe jugar un papel esencial que hasta ahora ha eludido[26]; sin embargo, la existencia de intereses que se perciben como contrapuestos por los sujetos involucrados va a dificultar que la negociación tome la iniciativa en esta tarea; por otra parte, ¿qué interés puede tener el empresario, al que legalmente se le han concedido todos los "comodines" de la baraja legal, para inactivarlos parcialmente a través de la negociación colectiva? Como vemos la cuestión es compleja. En todo caso, es evidente que la reforma que introduce el RD-Ley 6/2019 va en la dirección de incrementar ciertos derechos de conciliación y favorecer la corresponsabilidad.

4. Sobre la dimensión constitucional de la conciliación

La doctrina laboral ha venido reconociendo un contenido o dimensión constitucional de los derechos de conciliación, inspirándose para ello en la propia jurisprudencia del TC. De un lado la doctrina ha venido destacando como las reglas de conciliación o de corresponsabilidad tienen un fundamento de carácter constitucional, pese a que la Carta Magna no haga referencia expresa a esta cuestión: el art. 14 de la Constitución reconoce el derecho a la igualdad lo cual tiene una importante proyección sobre conciliación especialmente desde el punto de vista de favorecer la corresponsabilidad; de igual manera el art. 9.2 de la propia Constitución y la obligación de los poderes públicos de promover la igualdad real y efectiva; o el art. 39, dedicado a la protección de la familia y especialmente a los hijos está absolutamente presente en las necesidades de conciliar vida familiar y profesional[27]. La conciliación tiene como objetivos tanto la eliminación de las barreras en la integración de las mujeres al mercado de trabajo como favorecer que las familias y sus integrantes puedan recibir los oportunos cuidados que permita una sociedad más justa y equilibrada y tales objetivos, como vemos, están incorporados en la propia Constitución; lo cual auspicia la existencia de una dimensión constitucional de la conciliación, de manera que las necesidades de conciliación estén protegidas también desde la perspectiva constitucional, como corresponde a una cuestión de tanta relevancia social.

---

24 Vid. MONEREO PEREZ, J.L. y GORELLI HERNANDEZ, J.: Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo, Comares, Granada 2009, página 68; también GORELLI HERNANDEZ, J.: El tiempo flexible. La jornada irregular, Tecnos, Madrid 2018, página 33.

25 GORELLI HERNANDEZ, J.: Tiempo de trabajo (…), op. cit., página 35; MOLERO MARAÑON, M.L.: Op. cit., página 55.

26 VELASCO PORTERO, M.T.: "El conflicto (…)", op. cit., página 67.

27 Vid. en este sentido BASTERRA HERNANDEZ, M.: "Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador", Revista de Derecho Social nº 78 (2015, páginas 97 y 98; también PERAN QUESADA, S.: "La configuración (…)", op. cit., páginas 181 y 182.

Para entender esta dimensión es necesario acudir a la jurisprudencia del TC que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la trascendencia de dicho reconocimiento constitucional. Dos son las sentencias relevantes, la STC 3/2007 y la 26/2011. El primer caso versaba sobre la constitucionalidad de las resoluciones judiciales que estimaron ajustado a derecho que el empresario negase la reducción de la jornada por guarda legal de un menor de seis años solicitada por una trabajadora, que deseaba concretar dicha reducción con adscripción al turno de tarde de lunes a miércoles (en la empresa se desarrollaba el trabajo a turnos de carácter rotatorio de mañana y tarde, de lunes a sábado). Tales resoluciones entendían que el derecho a reducción debía producirse, tal como regula el art. 37 ET "dentro de su jornada ordinaria", por lo que la pretensión de la trabajadora no se ajustaba a los límites de dicho precepto.

El TC estimó que esta resolución prescindía de la necesaria ponderación entre la relevancia que para el derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo suponía la concesión de la reducción en las condiciones solicitadas, y las dificultades que la opción de la trabajadora suponía para la empresa. Esta falta de ponderación suponía lesionar la dimensión constitucional de la conciliación. Esta dimensión implica el mantenimiento del derecho del trabajador sobre la empresa a la hora de resolver las dudas interpretativas sobre las normas de conciliación[28], en el sentido de hacer prevalecer una solución interpretativa que favorezca la conciliación, dada su vinculación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo o por circunstancias personales o familiares[29]. En el fondo, lo que se plantea por la STC es la parquedad argumental de las sentencias de instancia y suplicación, que generaba una falta de protección de un bien jurídico constitucionalmente consagrado como los derechos de conciliación[30].

La segunda de las sentencias, la 26/2011, resuelve la demanda frente a las sentencias que rechazaron la solicitud de un trabajador, padre de dos hijos, que por necesidades de conciliación pretendía realizar su trabajo en turno de noche durante el curso 2007-2008 dentro de una empresa en la que se trabajaba a turnos mañana, tarde y noche. Tanto el juzgado de lo social como el Tribunal Superior de Justicia rechazaron la pretensión del trabajador por entender que la regulación legal no reconoce un derecho a elegir turno de trabajo por motivos familiares. El TC estimó que la cuestión debía resolverse desde la perspectiva de una discriminación por circunstancias personales o sociales, no por razón de sexo, que podía menoscabar los derechos de conciliación y entendió que la conciliación es un bien jurídico constitucionalmente protegido, de manera que el reconocimiento del mismo tiene consecuencias jurídicas; fundamentalmente que la consecución de los objetivos en materia de conciliación deben prevalecer y servir de orientación para resolver las dudas interpretativas que puedan plantearse en la aplicación de la normativa sobre esta materia,

28 FJ nº 6 STC 3/2007, RTC\2007\3. Vid. en esta dirección BALLESTER PASTOR, M.A.: "De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades", Revista de Derecho Social nº 57, página 101.

29 CASAS BAAMONDE, M.E.: Op. cit., página 1074; ROLDAN MARTINEZ, A.: "Reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares: revalorización del papel del convenio colectivo tras la reforma de 2012", Relaciones Laborales nº 7-8 de 2014, página 45.

30 En este sentido POQUET CATALA, R.: Op. cit., página 2087.

pues tales objetivos tienen relevancia constitucional[31]. Por lo tanto, aplica la lógica de la STC 3/2007, por lo que procede a analizar si las resoluciones judiciales aplicaron de la necesaria ponderación, entendiendo que prescindieron de la misma, por lo que no valoraron adecuadamente la dimensión constitucional de la conciliación[32].

Consecuentemente con lo anterior, podemos afirmar que, en virtud de la doctrina constitucional, a la hora de analizar la aplicación práctica de los derechos de conciliación establecidos por la regulación legal, sería necesario, ante el rechazo por parte del empresario y la reclamación judicial del trabajador, que los órganos judiciales realicen una ponderación de los diferentes intereses enfrentados, lo cual conduce a analizar la motivación de ambas partes; de un lado las necesidades del trabajador y de otro las exigencias organizativas del empresario. No obstante, no debemos dejar de tener en cuenta que el punto de partida a la hora de realizar dicha ponderación es la concesión por parte del ordenamiento legal de ciertos derechos al trabajador, cuya aplicación debe interpretarse de conformidad a los principios constitucionales antes señalados (arts. 9, 14 o 39 de la Constitución), de manera que sólo cuando existan verdaderas razones impeditivas basadas en la organización de la actividad productiva y que resulten especialmente relevantes, podría dicha ponderación ser favorable al empresario. En este sentido es especialmente clara la literalidad de la STC 26/2011: "(…) la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar. Ello obligaba en el presente caso a valorar las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia de educación especial en la que prestaba servicios, para ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituía o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional"[33].

Entendemos que a la luz de esta jurisprudencia se está reconociendo por él TC una dimensión constitucional de la conciliación, que se conecta tanto con el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo (al asumir normalmente la mujer las consecuencias de las responsabilidades familiares, lo que supone una dimensión constitucional no sólo de la conciliación, sino también de la corresponsabilidad), como con el derecho a la protección de la familia y la infancia.

Las consecuencias de este planteamiento es que en aquellos casos en los que sea necesario resolver situaciones de bloqueo en el disfrute de los derechos de conciliación por la negativa empresarial a su concesión, se debe proceder a la ponderación entre los intereses en juego, si bien el interés de la conciliación debe prevalecer sobre el empresarial, salvo situaciones excepcionales en los que la concesión del derecho al trabajador puede causar daños relevantes a la organización productiva, pues no debemos olvidar que el empresario

31 STC 26/2011, FJ nº 5.

32 FJ nº 6 STC 26/2011.

33 FJ nº 6 STC 26/2011.

tiene facultades organizativas que son expresión del derecho constitucional a la libertad de empresa[34].

Debemos resaltar que el reconocimiento de una dimensión constitucional y su contenido no supone, ni mucho menos, reconocer que con carácter general el trabajador pueda imponer su criterio al empresario. De entrada, insistimos en que el empresario puede aludir a circunstancias organizativas suficientemente relevantes para oponerse al planteamiento del trabajador; y de otro lado, también la propia jurisprudencia constitucional ha negado que el trabajador pueda proceder al disfrute de medidas de conciliación cuando estas no encajan en modo alguno en lo previsto por el legislador por estar claramente definido el contenido del ordenamiento legal en esta materia. Me refiero, como no, a la STC 24/2011[35], que como a buen seguro conocerán, resolvía en contra del trabajador la adscripción permanente a un turno de mañana (en la empresa se trabajaba a turnos), pues en este caso la trabajadora no solicitaba una reducción con adscripción a un turno, sino simplemente la adscripción directa, situación no contemplada por el art. 37 ET y no cubierta (al menos en la regulación en aquél momento existente) por el art. 34.8 ET sobre adaptación del tiempo de trabajo, pues este último no regulaba un verdadero derecho subjetivo dado que se condicionaba su concesión a lo previsto por la negociación colectiva o el acuerdo individual con el empresario[36]. No obstante, entendemos que esta última afirmación se ve afectada por la nueva regulación de la adaptación del tiempo de trabajo como vamos a ver.

5. La adaptación del tiempo de trabajo

Una vez realizadas las anteriores consideraciones, pasamos ahora al estudio del contenido de la regulación sobre conciliación, específicamente en relación a aquellos aspectos que afectan al tiempo de trabajo, centrándonos fundamentalmente en las novedades que aporta el RD-Ley 6/2019. En primer lugar, nos planteamos el estudio de la adaptación del tiempo de trabajo regulado por el renovado art. 34.8 ET.

5.1 La adaptación como alternativa más adecuada para la conciliación

Como punto de partida de su análisis debemos recordar cómo en materia de conciliación podemos diferenciar entre los derechos de ausencia y los derechos de presencia[37]. Podemos

34 Vid. en este sentido a BALLESTER PASTOR, M.A.: "La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo", Revista de Derecho Social nº 62 (2013), páginas 85 y 86; en la misma dirección, GORELLI HERNANDEZ, J.: "Trabajo y necesidades familiares: la reducción y adaptación del tiempo de trabajo", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 48 (2018), páginas 5 y ss.; también MOLERO MARAÑON, M.L.: Op. cit., página 53.

35 STC 24/2011, de 14 de marzo, RTC\2011\24.

36 Como señala el TC comparando la situación de la sentencia STC 3/2007 con la situación que debía resolverse "mientras en el primer caso la trabajadora solicitó un derecho exigible legalmente, en el de autos, articuló su pretensión al amparo de un precepto que condiciona el derecho a la existencia de un pacto que, en ese caso, no se había producido". STC 24/2011, FJ 3º STC 24/2011.

37 La diferencia entre derechos de ausencia y de presencia puede encontrarse en BALLESTER

decir que la respuesta que nuestro ordenamiento ha venido dando con carácter ordinario a los problemas relacionados con la conciliación es regular derechos de "ausencia", que son aquellos que permiten al trabajador cesar temporalmente en el desarrollo de la prestación de trabajo para hacer frente a las responsabilidades de carácter familiar: la suspensión del contrato por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, la suspensión por paternidad, la suspensión por riesgo durante el embarazo o la lactancia y la excedencia por cuidado de hijos o por cuidado de familiares. Este planteamiento tiene elementos positivos y negativos: ciertamente el trabajador puede dejar de trabajar para hacer frente a sus responsabilidades familiares, incluso durante períodos prolongados; no obstante, tiene elementos muy negativos: si no se tiene derecho a prestaciones de Seguridad Social (o si estas no existen) se pierden las rentas salariales, lo que puede generar problemas de carácter económico; además, se produce un alejamiento de la empresa, de la realidad laboral, su desconexión del mundo del trabajo. Ello afecta a derechos profesionales del trabajador, a su promoción y a la progresión profesional, y repercute negativamente sobre la capacidad laboral del trabajador, pues el alejamiento supone una pérdida de la práctica profesional, pudiendo generar obsolescencia en el trabajador.

Frente a esta primera posibilidad, encontrarnos derechos de "presencia", que en nuestro ordenamiento son más bien puntuales y limitados a situaciones muy concretas, pero que facilitan que el trabajador continúe en el desarrollo de su prestación de trabajo, sin que haya, por lo tanto, una desvinculación de la realidad laboral. Me estoy refiriendo a los derechos consagrados en el art. 37 ET (licencias o permisos y reducciones del tiempo de trabajo). Ello implica una ventaja respecto de los derechos de ausencia, ya que se obvian los problemas de desconexión con el trabajo, especialmente la pérdida de capacidades profesionales y de promoción profesional[38]. Sin embargo, no todo es positivo pues el trabajador perderá su salario en proporción al tiempo dejado de trabajar, de manera que la reducción del tiempo de trabajo necesaria para la atención de las necesidades familiares se desarrolla a sus expensas (no obstante se mantiene la retribución a tiempo completo a los efectos del cálculo de la indemnización por despido o extinción[39]). Por lo tanto, el ejercicio de estos derechos supone un coste económico para los trabajadores, lo cual puede desincentivar el acceso de los trabajadores a estos derechos con la consecuente desatención de las necesidades familiares (que están protegidas constitucionalmente en base al art. 39 de la Constitución). Por otra parte, se quiera o no, estos derechos suponen un cierto alejamiento del trabajo, lo cual no es deseable[40].

Junto a estos mecanismos el ordenamiento laboral ha dispuesto otra posibilidad en el ámbito de los derechos de presencia del trabajador, lo que supone un importante avance, ya que implica la supresión de los elementos negativos distorsionantes que hemos señalado en las reducciones del tiempo de trabajo. Me refiero a la adaptación de la jornada de

PASTOR, M.A.: "De cómo la reforma (…)", op. cit., página 104; también RODRIGUEZ GONZALEZ, S.: Tiempo de trabajo y vida privada, Comares, Granada 2016, página 23.

38 MOLERO MARAÑON, M.L.: Op. cit., página 64.

39 STS de 11 de diciembre de 2001, RCUD núm. 1817/2001.

40 Sobre estos efectos negativos, vid. VILLALBA SANCHEZ, A.: «Conciliación de la vida laboral y familiar», Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo nº 195, páginas 15 y 16 de la versión de Smarteca. También LAHERA FORTEZA, J.: Op. cit., página 49.

trabajo. Se reconoce así que la conciliación no sólo es un problema de reducir o incluso eliminar temporalmente el tiempo de trabajo, sino sobre todo de distribuirlo para poder hacer frente a las obligaciones personales y laborales sin problemas. No se trata ya de que el trabajador pueda cesar total o parcialmente en la prestación, pues el trabajador puede mantener íntegro el tiempo dedicado al trabajo, si bien con una distribución diferente a su jornada habitual de la empresa. Las ventajas de este tipo de planteamiento son evidentes, pues sin reducción ni del tiempo de trabajo ni del salario, se podrá hacer frente a las necesidades personales o familiares; no habrá alejamiento del ámbito laboral con lo que no se producirán los negativos efectos para la promoción o progresión profesional[41]. No obstante, este planteamiento supone también que el trabajador se separará del horario o jornada habitual de la empresa, o en el mejor de los casos, de su horario o jornada habitual, y en ambas situaciones esto puede generar reticencias en el empresario ya que podría haber una alteración de la organización productiva. Es pues, comprensible, que los empresarios miren con cierto recelo a la adaptación del tiempo de trabajo, pues es mucho más cómodo para sus intereses la homogeneidad en el tiempo de trabajo. Ahora bien, el que la solución a las necesidades del trabajador se escape de la homogeneidad preferida por el empresario, no supone que la solución ocasione problemas de disminución de la productividad del trabajador o de la empresa.

Entiendo que estas reticencias empresariales, en el marco de un ordenamiento sobre tiempo de trabajo que es, digámoslo con claridad, netamente favorable a los intereses de la empresa, ha condicionado enormemente el desarrollo de un derecho de adaptación del tiempo de trabajo en toda su potencialidad. Es obvio que el legislador optó inicialmente por la consagración de un derecho condicionado a la negociación colectiva o al acuerdo individual en el art. 34.8 ET (me refiero a la redacción originaria de este precepto, introducida por la LO 3/2007); es decir, una regulación que no aportaba absolutamente nada al trabajador, pues nada supone un reconocimiento legal de que la negociación colectiva o la voluntad individual puedan adaptar el tiempo de trabajo: esa posibilidad ya la tenían los trabajadores desde que existe la autonomía colectiva y la autonomía individual. Era una regulación cuanto menos tímida, promocional, por no decir que tenía más un objetivo propagandístico que el verdadero reconocimiento de un derecho legal de todos los trabajadores[42]. Consecuentemente, el legislador ha dado más relevancia al "derecho menudo" de las reducciones o permisos que a un fuerte derecho de adaptación, siendo esta la opción preferente en nuestro ordenamiento, al menos hasta ahora.

¿Cuáles son las principales consecuencias de la nueva regulación introducida por el RD-Ley 6/2019? Desde un punto de vista formal es evidente que la carga normativa del precepto es hoy mucho mayor, pues el precepto (art. 34.8 ET) prácticamente ha triplicado su tamaño. Ahora bien, como es lógico, en estos casos el tamaño no importa, sino lo relevante es el contenido, dicho de otra manera, si la nueva regulación supone el reconocimiento de un verdadero derecho legal a la adaptación del tiempo de trabajo.

41 Sobre estas ventajas, vid. VILLABA SANCHEZ, A.: Op. cit., página 12.

42 Un análisis del contenido del art. 34.8 ET en su redacción previa a la reforma de 2019 puede verse en GORELLI HERNANDEZ, J.: "Trabajo y necesidades familiares (…)", op. cit., páginas 28 y ss.

De otro lado, cabe señalar que esta nueva regulación parece más orientada a los fines de la simple conciliación (compatibilizar que el trabajador pueda hacer frente a las obligaciones familiares y laborales) que a la efectiva corresponsabilidad. Ciertamente la regulación es neutra desde la perspectiva de género, pero entendemos que la simple neutralidad no es suficiente para favorecer la corresponsabilidad[43], pues ha de romperse con resistencias sociales sólidamente arraigadas en nuestro país. No obstante, el apartado tercero del art. 38.4 ET establece la posibilidad de que a través de la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio que "garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo". Es evidente que la norma, por si misma, nada establece en la dirección de favorecer la corresponsabilidad, pues se limita a habilitar para tal tarea a la negociación colectiva. Ciertamente, a tenor de los antecedentes, no parece que la situación sea muy esperanzadora, pero siempre será posible que los negociadores se esfuercen en desarrollar esta posibilidad como expresión de los principios de igualdad y no discriminación. Cabría plantearse la posibilidad de regular a través de la negociación colectiva beneficios o ventajas específicamente dirigidas a los trabajadores varones que incentivasen a estos a ser quienes hagan frente a las responsabilidades familiares. Se trataría de una especie de acción positiva "a la inversa": mejorar la posición social de las trabajadoras por la vía de facilitar mejoras al régimen jurídico de la adaptación de la jornada de los trabajadores, impulsando que sean éstos quienes se enfrenten a las responsabilidades familiares descargando de ello a las trabajadoras. En todo caso, también debemos reconocer que las medidas que implican la permanencia del trabajador en la empresa sin pérdida de salario, siempre son más favorables a la corresponsabilidad, tal como ha señalado la doctrina[44]. Ello es así, pues favorece que, de los dos progenitores, no sea quien tiene el salario más reducido el que haya de optar por el mecanismo de conciliación. Lamentablemente suele ser la mujer la que, como efecto de la brecha salarial, tiene el salario inferior, por lo que, al no tener que prescindirse del salario, se permite un mejor reparto de las responsabilidades.

5.2 De una adaptación condicionada a una adaptación procedimentalizada

Es importante subrayar que bajo la redacción precedente, la literalidad del precepto parecía introducir un derecho subjetivo para los trabajadores ("El trabajador tendrá derecho a adaptar …"), lo cual se desmentía al condicionar este derecho a la negociación colectiva o el acuerdo individual. Por su parte, la nueva redacción del precepto renuncia a introducir un derecho a la adaptación en el art. 34.8 ET, pues se limita a señalar que los trabajadores "tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo", para posteriormente afirmar que en la negociación colectiva "se pactarán los términos de su ejercicio". Lo que se transmite no es precisamente que el legislador haya querido establecer un "derecho fuerte" a la adaptación. Desde luego a esta idea no ayuda que el trabajador tenga, simplemente, un derecho a solicitar la adaptación[45]. Más allá de

43 BALLESTER PASTOR, A.: "Conciliación laboral y familiar (…)", op. cit., página 33.

44 En este sentido ALONSO BRAVO, M.: Op. cit., página 144.

45 La terminología utilizada puede ser aún más criticable, pues el segundo párrafo del art. 34.8 ET hace referencia al supuesto de hijos menores de 12 años, caso en el que los trabajadores "tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijo o hijas cumplan doce años". En principio una

estimar la sinceridad del legislador con esta redacción, que no pretende engañar como la anterior regulación, no parece que sea el modo más adecuado de consagrar un derecho a la adaptación del tiempo de trabajo. Probablemente la justificación de esta tímida redacción se debe a que si bien el legislador ha querido potenciar los derechos de conciliación, ha pretendido hacerlos compatibles con los intereses empresariales, pues tal como se establece expresamente, las adaptaciones deben ser razonables y proporcionadas desde la perspectiva de las necesidades del trabajador, pero también "con las necesidades organizativas o productivas de la empresa". Dicho de otra manera, la conciliación es admisible siempre y cuando sea compatible con las necesidades organizativas y productivas de la empresa. Ahora bien, el juego conjunto de elementos como la falta de reconocimiento legal del derecho a la adaptación y que expresamente se haga referencia a la tutela del interés empresarial podría dar como resultado que sea posible estimar que el legislador ha pretendido un fortalecimiento de la posición empresarial en los supuestos de solicitud de adaptación de la jornada de trabajo, equiparando las posiciones de empresarios y trabajadores en esta materia. Parecería que pretende obviarse la prioridad del derecho del trabajador, derivada del reconocimiento de la dimensión constitucional del derecho a la conciliación, yendo hacia una situación de reequilibrio de posiciones ante la adaptación de la jornada, en el que la ponderación de intereses no se hace partiendo de la prioridad del interés laboral, sino del absoluto equilibrio de posiciones o intereses. Desde mi punto de vista, una interpretación en este sentido podría estar cuestionando la existencia de una dimensión constitucional del derecho a la conciliación, lo que sería totalmente criticable. Por lo tanto, hemos de ser especialmente cuidadosos con la intervención de la negociación colectiva en esta materia. Por mucho que el legislador pretenda favorecer la conciliación mediante la vía de remitir su regulación a la negociación colectiva, es evidente que las circunstancias personales de cada trabajador pueden ser muy diferentes, por lo que no es conveniente que se pretenda que la negociación establezca, de manera estandarizada y exclusiva, concretas soluciones a necesidades que pueden ser mucho más amplias[46].

Sin embargo, pese al no reconocimiento expreso de un derecho a la adaptación de la jornada, no podemos decir que el balance de la reforma sea negativo, al contrario, estimamos que es positivo y ello por dos motivos fundamentales. Nos centramos en el primero de ellos: aun cuando no se regula un derecho, se produce un importante avance en esta materia al procedimentalizarse la adaptación del tiempo de trabajo. No se reconoce un

---

interpretación literal nada añade esta regla, pues los trabajadores tienen derecho a "solicitar" la adaptación en cualquier momento y frente a cualquier necesidad familiar, luego nada concede esta norma que no tenga ya el trabajador. El problema viene a continuación, cuando se superan los 12 años, pues la interpretación literal conduce a una situación absurda: que las circunstancias de los hijos mayores de 12 años no generan ni tan siquiera el derecho a solicitar la adaptación, efecto que no es, precisamente, el perseguido por la reforma. No obstante, sería posible una interpretación alternativa, que dota de sentido a esta regulación: estimar que aun cuando la norma habla de derecho a solicitar, realmente debe entenderse derecho a secas, de manera que los trabajadores con hijos menores de 12 años tengan un derecho subjetivo a la adaptación, no ya a la solicitud de la adaptación, fortaleciendo así su situación.

46 En similares términos BALLESTER PASTOR, M.A.: "La flexibilidad en la gestión del tiempo (…)", op. cit., página 57.

derecho, pero si un procedimiento que puede llevar a la adaptación. El punto de partida es similar a la regulación precedente: antes se condicionaba la adaptación a lo dispuesto en la negociación colectiva o en el acuerdo individual; ahora se establece que en la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de la adaptación. No parece admisible entender que exista una obligación para las partes negociadoras de incluir en el convenio o acuerdo la regulación sobre adaptación de la jornada, pues si bien el art. 34.8 ET establece literalmente que "se pactarán" los términos del ejercicio de la adaptación (lo que podría avalar su obligatoriedad), sin embargo, el art. 85.3 ET no recoge esta cuestión como parte del contenido mínimo del convenio[47]. Más aún, el mismo art. 34.8 ET señala que en caso de ausencia de esta regulación en convenio, la empresa debe abrir un proceso de negociación individual con el trabajador solicitante de la adaptación; es decir, expresamente se está admitiendo la posibilidad de que no exista regulación convencional.

Caso de que el convenio regule esta cuestión, debemos tener en cuenta que estamos tanto ante una interesante oportunidad para el efectivo reconocimiento y desarrollo del derecho de los trabajadores, como ante un peligro para la satisfacción de los intereses laborales. Me refiero en este último caso a que el convenio pueda reducir el ejercicio de la adaptación a pocas modalidades o a concretas soluciones[48]. Uno de los problemas que tiene la existencia de responsabilidades familiares es que estas difícilmente pueden resolverse de manera estandarizada, por lo que es preferible un sistema flexible para encararlas y facilitar una verdadera adaptación. Tal como ya señaló hace tiempo la doctrina laboral, la verdadera eficacia de la adaptación se alcanza con la personalización de las medidas a adoptar[49]. Ello hace que nos planteemos si es factible que ante un convenio que regula la cuestión en forma de concretas soluciones el trabajador puede intentar acceder a instrumentos de adaptación no contemplados por el convenio. Desde mi punto de vista este es uno de los puntos clave de la nueva regulación. Para responder a esta cuestión creo que debemos acudir al propio precepto y más concretamente a la previsión legal de cuál pueda ser el contenido del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo: tal como señala el primer apartado del art. 34.8 ET, el trabajador tiene "derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral"; es decir, la adaptación es un mecanismo tremendamente amplio según lo previsto por la regulación legal y en la práctica abarca cualquier medida dirigida a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, al menos desde el punto de vista del tiempo de trabajo[50]. Es decir, la adaptación

47 En este mismo sentido IGARTUA MIRO, M.T.: "Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 53 (2019), página 83. No obstante, no faltaron opiniones, bajo el régimen jurídico anterior, favorables a entender la obligatoriedad de la negociación de esta materia en virtud del contenido mínimo. Puede verse a BASTERRA HERNANDEZ, M.: Op. cit., página 121.

48 Vid. MARTINEZ YAÑEZ, N.M.: Op. cit., página 23.

49 MARTINEZ YAÑEZ, N.M.: Op. cit., página 21.

50 Sobre la cuestión vid. IGARTUA MIRO, M.T.: Op. cit., página 73; también GORELLI HERNANDEZ, J.: "La nueva regulación de la adaptación de la jornada: de la melancolía a una

puede consistir en una redistribución del mismo tiempo de trabajo, pero también en una reducción del mismo, o incluso en la alteración de la modalidad del contrato de trabajo. Consecuentemente, si la previsión legal es configurar la adaptación de manera amplia, la negociación colectiva no puede reducir el conjunto de mecanismos destinados a dicha adaptación. No podría, por tanto, escudarse una negativa empresarial a la solicitud de un trabajador, por el mero hecho de que la medida de adaptación solicitada no esté expresamente recogida por el convenio colectivo. Si entendemos lo contrario, la reforma de 2019 no habrá supuesto ningún tipo de avance en el favorecimiento de la conciliación respecto de la regulación anterior. En definitiva, la negociación colectiva debe dejar margen más que suficiente para los intereses concretos de cada trabajador.

En este sentido sería mucho más adecuado resolver los problemas de adaptación, más que con la regulación de concretas y determinadas medidas de conciliación, a través de órganos en la empresa que valoren tanto necesidades laborales como empresariales. Tampoco estaría de más introducir en el convenio mecanismos arbitrales; de hecho es sorprendente que el legislador no haya incluido esta cuestión de manera expresa en el art. 34.8 ET, cuando, por ejemplo, si lo hace para cuestiones relevantes como la modificación sustancial, la ultraactividad de los convenios o el descuelgue. Teniendo en cuenta que las necesidades de cada sujeto pueden ser totalmente diferentes, no es extraño que sea más adecuado contar con un procedimiento que pueda facilitar soluciones flexibles, antes que un conjunto estandarizado de medidas.

Consecuentemente con todo lo anterior, debemos reinterpretar la literalidad del art. 34.8 ET, pues cuando una vez establecida la posibilidad de regular la adaptación a través del convenio, se afirma que "En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora (…)", hemos de entender que esa negociación con el trabajador debe producirse no sólo cuando nada se haya regulado en convenio, sino también cuando existiendo la regulación convencional, el trabajador pretende otra medida de adaptación diferente de la regulada en convenio, pues es evidente que un convenio no puede regular todas las posibilidades de adaptación.

En aquellos casos de ausencia de regulación del convenio (o, tal como hemos entendido nosotros, cuando habiéndose regulado la adaptación, la concreta medida no se recoge en el convenio), la nueva redacción del art 34.8 ET establece que se abrirá por la empresa un procedimiento de negociación con el trabajador; es decir, una negociación individual que resulta obligatoria para la empresa[51]. Este procedimiento de negociación puede prolongarse por un período máximo de treinta días. Desde mi punto de vista un período tan amplio de negociación no debe ser sino criticado, pues es un plazo excesivo, que perjudica claramente los intereses de los trabajadores: en la mayoría de las situaciones la solicitud de

esperanza contenida", pendiente de publicación en Derecho de las Relaciones Laborales, páginas 6 y ss. Respecto de la regulación derogada vid. BASTERRA HERNANDEZ, M.: Op. cit., pagina 119; LAHERA FORTEZA, J.: Op. cit., página 42.

51 Tal como ha señalado la doctrina, un verdadero deber de negociar; IGARTUA MIRO, M.T.: Op. cit., páginas 87 y ss.

adaptación de la jornada obedecerá a una necesidad que debe ser resulta de manera inmediata y sin que la solución se dilate en el tiempo.

Finalizado el plazo máximo de treinta días, el empresario tiene tres posibilidades: comunicar por escrito la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa o manifestará la negativa a la adaptación. Sea cual sea la alternativa por la que se incline, deberá comunicarlo al trabajador por escrito. Respecto de las diferentes alternativas, la primera no plantea problema (salvo que se produzca una interpretación, que en modo alguno compartiríamos, a tenor de la cual la aceptación del empresario deba producirse al final del período de 30 días). En cuanto a la duración de la adaptación, entendemos que habrá que estar al acuerdo. En todo caso, si el acuerdo establece una fecha determinada, y al alcanzarse la misma, se mantienen las necesidades del trabajador, es evidente que, salvo que surjan nuevas necesidades organizativas o productivas en la empresa, no habría motivo para negar la prórroga de la adaptación al trabajador. Por otra parte, el art. 34.8 ET en su cuarto párrafo, una vez que se produce la adaptación en la duración y distribución de la jornada, o en la forma de prestación, el trabajador tiene derecho a regresar a su jornada o modalidad contractual anterior, una vez concluido el período acordado, o incluso con anterioridad a dicho momento por haberse producido un cambio de circunstancias que así lo justifique[52]. Se trata de un verdadero derecho del trabajador, reconocido legalmente y el empresario no podrá oponerse a la reincorporación a su jornada o modalidad contractual anterior, incluso aun cuando sea previa al período inicialmente previsto.

La segunda posibilidad (la propuesta alternativa) genera una duda: ¿cumplido el plazo de 30 días, puede el empresario plantear una alternativa que posibilite la conciliación? Parecería que ello es totalmente contrario a la buena fe en el marco del proceso negociador, pues ello podría entenderse como un mecanismo de alargar la negociación más allá del ya de por sí largo plazo fijado por el legislador[53].

Por último la negativa del empresario supone el fracaso del proceso de negociación. En todo caso, entiendo que es necesario que este período de negociación esté presidido por la buena fe, consecuentemente, la negativa injustificada del empresario a la concesión de la adaptación supone una prueba relevante a favor del trabajador en un posterior proceso judicial de reclamación de su derecho. En este sentido, respecto de la tercera alternativa empresarial (negar la adaptación), debe comunicar (por escrito) al trabajador no sólo la negativa a la adaptación, sino también las razones objetivas de esta decisión; es decir, debe concretar cuáles son las necesidades empresariales, organizativas o productivas por las que se rechaza la adaptación (conéctese la necesidad de comunicar las razones objetivas con lo señalado en el primer párrafo del art. 34.8 ET que exige el equilibrio entre las necesidades del trabajador y las necesidades organizativas o productivas). Al concretar las razones a la negativa, se facilita la posterior tarea judicial para determinar si la negativa empresarial estaba o no justificada, facilitando el control de la negativa.

52 Entendemos que estas circunstancias justificadoras de la prematura reincorporación se refieren al trabajador, no a las de la empresa, pues es el trabajador quien tiene derecho a volver a sus condiciones originales.

53 En todo caso, la propuesta del empresario es eso, una "propuesta"; consecuentemente, su aplicación dependería en última instancia de la aceptación del trabajador.

5.3 Solución judicial de las discrepancias: criterios de solución

El segundo de los elementos que nos hace valorar positivamente la nueva regulación es la remisión al art. 139 LRJS para la solución de las discrepancias entre dirección de la empresa y trabajadores. Ciertamente aquí podemos hacer las mismas críticas que con carácter general se realizan sobre el art. 139 LRJS: que permite la posibilidad de que el empresario discrepe del derecho del trabajador (en realidad en el art. 34.8 ET ya reconoce expresamente esta facultad empresarial) o que en estos casos el trabajador el demandante en vez del empresario. Ahora bien, hay que analizar la cuestión teniendo en cuenta el contexto en el que se produce la remisión, lo que permite evidenciar que se refuerza la posición del trabajador ante una denegación empresarial de su solicitud. Merece la pena destacar que el efecto del último párrafo de este art. 34.8 ET es justamente el contrario, pese a que la fórmula es idéntica a la contenida en el art. 37 ET: mientras que en esta última, al regularse un derecho subjetivo a la concreción de permisos y reducciones, la remisión al art. 139 LRJS supone reconocer la capacidad empresarial para discrepar de la opción del trabajador y, por tanto, introduce la posibilidad de relativizar su derecho; por el contrario, en el art. 34.8 ET, al no reconocerse el derecho a la adaptación, pero establecerse que ante la falta de acuerdo, debe acudirse al art. 139 LRJS, se fortalece la posición del trabajador: el hecho de que, finalmente, sea el juez de lo social quien determine si el trabajador tiene o no derecho supone, en la práctica, la posibilidad de reconocimiento del derecho por una vía indirecta, judicial y no legal[54].

De otro lado, a la hora de resolver las discrepancias a través del procedimiento del art. 139 LRJS ha de tenerse en cuenta que las adaptaciones deben ser "razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa". Lo anterior supone que una pretensión del trabajador que se aparte de los cánones de la buena fe o suponga un abuso por su parte, puede ser rechazada lícitamente por el empresario (y confirmada por la posterior sentencia)[55]. Pero, de otro lado, en conexión con el propio art. 34.8 ET, que al regular la negativa del empresario a las adaptaciones, establece que el empresario debe comunicar las "razones objetivas" de la negativa, también supone que la negativa del empresario en un proceso tramitado ex art. 139 LRJS sólo podrá basarse en estas razones o motivos, sin que el empresario pueda realizar otro tipo de alegación o justificación a su postura de negar la adaptación. Entiendo que tales razones objetivas deben, necesariamente, estar conectadas con necesidades organizativas o productivas de la empresa. Por lo tanto, legalmente se acotan o limitan los motivos o razones por los que la empresa puede negar el derecho a la adaptación del puesto de trabajo.

---

54 Vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: "La nueva regulación (…)", página 7 del original.

55 Vid. NUÑEZ-CORTES CONTRERAS, P.: "La reducción de jornada por motivos familiares: puntos críticos en la doctrina judicial", Temas Laborales nº 129 (2015), página 115. De igual manera VELASCO PORTERO, T.: "El conflicto (…)", op. cit., página 75; VELASCO PORTERO, M.T.: "Conciliación y flexiseguridad en el ejercicio de los derechos a la reducción de la jornada", Documentación Laboral nº 100 (2014), página 62.

Como bien puede comprobarse, la importancia de este planteamiento se comprueba comparando esta regulación con la anterior: bajo la regulación anterior el trabajador podía acceder a la adaptación si el derecho a la misma se reconocía por el convenio colectivo, de manera que el empresario podía negarse lícitamente en caso contrario. Con la actual redacción del art. 34.8 ET el trabajador tiene derecho a solicitar la adaptación y el empresario sólo puede negarse a concederla si existen necesidades organizativas o productivas que lo impidan, de manera que una negativa injustificada por parte del empresario debe dar lugar, previa demanda del trabajador, a la concesión de lo solicitado. Entendemos que estas razones organizativas o productivas, deben ser reales y suficientes, de manera que de aceptarse la adaptación, se genere un efectivo daño a los intereses de la empresa, un sacrificio desproporcionado y no una mera dificultad en el normal ejercicio de las facultades directivas empresariales, pues la negativa empresarial debe basarse en criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En definitiva, no se trataría sino aplicar a la adaptación del tiempo de trabajo, un criterio de buena fe[56].

En caso de demanda del trabajador, la existencia de tales criterios debe probarse por el empresario, de manera que la ausencia de actividad probatoria implicará que se entienda la inexistencia de motivos objetivos, resultando la sentencia favorable a la pretensión laboral. Pero, sobre todo, la exigencia de razones objetivas que deben plasmarse en necesidades organizativas y de producción, deben ser suficientes para justificar la limitación o negación de la adaptación solicitada; de manera que solo en los casos que realmente exista un daño efectivo para la organización productiva, por suponer la adaptación un sacrificio desproporcionado o excesivo justica la negativa a la adaptación; quedando, por tanto, excluidas como causas justificadoras para el empresario, la mera dificultad organizativa. La razón es evidente: de entender lo contrario llegaríamos a una situación en la que todo lo que suponga desviarse de la organización adoptada por el empresario supondría una justificación suficiente para la negativa empresarial. Sobre esta cuestión volveremos al analizar la concreción del derecho del trabajador.

Entiendo que lo anterior es especialmente coherente si recordamos algo que ya hemos señalado al comienzo de este trabajo: la existencia de una dimensión constitucional del derecho a la conciliación[57]. Ello obliga a la hora de enjuiciar las demandas de los trabajadores que los órganos judiciales deban realizar una ponderación de las circunstancias de cada caso para hacer compatibles entre sí los diferentes intereses en juego[58]; labor de ponderación en la que la posición legítima del trabajador resulta relevante frente al interés empresarial, excepto que la adaptación suponga un daño desproporcionado en los intereses de la empresa[59].

---

56 Como ya propugnaba MOLINA NAVARRETE, C.: "El «fin» de la «reconciliación» (…)", op. cit., página 26.

57 Ya advertía BALLESTER PASTOR, M.A., que la existencia de esta dimensión constitucional obligaba al empresario, cuanto menos, a justificar la denegación de la adaptación solicitada por el trabajador. "La flexibilidad en la gestión del tiempo (…)", op. cit., página 86. En similar dirección BASTERRA HERNANDEZ, M.: Op. cit., página 123.

58 ROLDAN MARTINEZ, A.: Op. cit., página 42; MOLERO MARAÑON, M.L.: Op. cit., página 63.

59 Vid. FJ nº 5 de la STC 26/2011. Doctrinalmente vid. MOLERO MARAÑON, M.L.: Op.

En definitiva, entendemos que una regulación como la actual, sin ser totalmente satisfactoria, pues no refleja de manera contundente la existencia de un derecho subjetivo a la adaptación, supone un importante avance para los trabajadores, por lo que debemos ser moderadamente optimistas ante la misma. Probablemente la piedra de toque vuelva a ser la solicitud de adscripción a un turno sin necesidad de reducción del tiempo de trabajo ex art. 37.6 ET. Recordemos que la jurisprudencia venía distinguiendo entre dos posibles situaciones diferentes. En primer lugar, una reducción de jornada, en la que el trabajador, además, solicitaba que fuese adscrito a un turno determinado de trabajo en base a su derecho a la concreción horaria. La segunda situación se refiere a aquellos casos en los que el trabajador, sin pretender en momento alguno la reducción, solicitaba la adscripción a un turno fijo de trabajo en base a sus responsabilidades o necesidades familiares. La jurisprudencia ha entendido que lo primero (reducción más adscripción a un turno fijo) entra dentro de los derechos legales de los trabajadores (arts. 37.6 y 37.7 ET); mientras que la segunda posibilidad no forma parte de los derechos regulados por el art. 37 ET, por lo que sólo quedaba como alternativa acudir al art. 34.8 ET, de manera que la adscripción a un turno fijo sin reducción sólo sería posible si así se regulase en convenio o se consiguiera el acuerdo individual con el empresario[60]. En caso contrario, el trabajador no tendría derecho alguno a un turno fijo por sus circunstancias familiares[61].

Pues bien, con la reforma del RD-Ley 6/2019 se abre una nueva posibilidad respecto de aquellos casos en los que el trabajador pretenda, por motivos de conciliación, ser adscrito a un turno fijo de trabajo. Como punto de partida debemos recordar la amplitud de los mecanismos de adaptación regulados en el art. 34.8 ET, de manera que cualquier medida en materia de tiempo de trabajo y conciliación no recogida por el art. 37 ET puede integrarse en lo previsto por el art. 34.8 ET; por lo tanto, es perfectamente posible reconducir estas cuestiones relativas al turno de trabajo al procedimiento de adaptación de este precepto. En definitiva, tal como se ha afirmado recientemente, con la nueva redacción del art. 34.8 ET se inactiva el planteamiento jurisprudencial a tenor del cual si no se ha regulado en convenio colectivo la concreta medida de adaptación (la adscripción a un determinado turno), no existe derecho a la misma[62]. De igual manera nos podemos plantear los supuestos de negativa del empresario a la acumulación de permisos por cuidado de lactante (art. 37.4 ET) o acumulación en jornadas completas de la reducción en caso de cuidado continuado de hijos hospitalizados por enfermedad grave (art. 37.6 ET) cuando no se regula por convenio colectivo esta posibilidad; y, como no, los casos de reducción de la jornada entre un octavo y la mitad (art. 37.6 ET) cuando se tome como módulo para la reducción, un período superior a la jornada diaria.

Si bien el hecho de no regular en convenio colectivo la posibilidad de adaptar el tiempo de trabajo a través de la adscripción a un turno fijo, significaba bajo la regulación anterior que el empresario podía negar al trabajador la adaptación; con la regulación actual

---

cit., página 53.

60 Vid. las SSTS de 13 de junio de 2008, RJ/2008/4227; 18 de junio de 2008, RJ\2008\4230; 20 de mayo de 2009; RJ\2009\3118; 19 de octubre de 2009; RJ\2009\7606 o 24 de abril de 2012; RJ\2012\5881. También hemos comentado como este es el planteamiento de la STC 24/2011.

61 SSTS de 13 de junio de 2008, RJ\2008\4227 y 18 de junio de 2008, RJ\2008\4230.

62 Vid. IGARTUA MIRO, M.T.: Op. cit., página 85.

la situación varía, pues el empresario tras la solicitud del trabajador y ante la falta de regulación en convenio debe negociar individualmente con el trabajador, y en última instancia ha de indicar las razones objetivas para la negativa, razones que han de estar vinculadas a la existencia de verdaderas necesidades organizativas o productivas, de manera que la alteración suponga un daño desproporcionado al empresario y no una simple molestia o pequeña dificultad en la reorganización de la actividad productiva[63]. De esta manera, ante una demanda del trabajador a través del art. 139 LRJS, y ante la falta de prueba por parte del empresario de tales daños, se estimaría la inexistencia de razones organizativas o productivas y, consecuentemente, la inexistencia de un verdadero motivo objetivo, reconociéndose el derecho al trabajador.

Entendemos, por tanto, que una interpretación razonable del precepto, conduce a nuevas e interesantes expectativas para los trabajadores en materia de adaptación del tiempo de trabajo. La clave va a residir, a mi juicio, en evitar una interpretación meramente literal del precepto, que conduzca nuevamente a entender que sólo existen los derechos estrictamente regulados por el convenio colectivo en esta materia. En estos casos no habremos avanzado absolutamente nada; pero, además, se dejaría sin sentido todo el procedimiento regulado en el art. 34.8 ET y la obligación empresarial de tener que justificar la negativa a conceder la solicitud del trabajador.

6. Novedades en la tortuosa regulación de la lactancia: de lactancia a un permiso para cuidado del lactante que facilita la corresponsabilidad

Probablemente no haya dentro del ámbito de regulación de la conciliación cuestión más escabrosa (en la primera de las acepciones del DRAE, es decir, terreno desigual, lleno de tropiezos y estorbos) que la relativa al derecho de ausencia o reducción de jornada por este motivo. A la vez, probablemente no haya un derecho más insustancial que éste (por el poco contenido de lo que aporta al trabajador).
En cuanto a su evolución, van a permitirme que, por las dimensiones de esta ponencia, no profundice en la cuestión, limitándome simplemente a remitirme a algún trabajo anterior por si fuese menester su consulta[64]. Nos centramos fundamentalmente en cómo queda la nueva regulación, destacando las interesantes novedades que aporta el RD-Ley 6/2019.

En cuanto a las novedades, se introducen modificaciones relevantes. En primer lugar la nueva redacción no se refiere ya al derecho a una hora de ausencia "para la lactancia del menor"; la actual redacción se tiene derecho a un permiso de una hora de ausencia "para el cuidado del lactante". Con ello el legislador reconoce de manera expresa algo que la jurisprudencia había venido señalando en nuestro país desde hace ya décadas: que el permiso por lactancia no tiene como objetivo la alimentación del neonato, sino que estamos

63 IGARTUA MIRO, M.T.: Op. cit., página 94.

64 Vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: "Límites a la conciliación (…), op. cit., páginas 7 y ss. También RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "La regulación de la lactancia en el ordenamiento laboral: algunas cuestiones pendientes", Derecho de las Relaciones Laborales nº 5 (2017), páginas 402 y ss.

ante un permiso para otorgar los necesarios cuidados al recién nacido. Recordemos que al analizar la STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/09, caso Roca Álvarez, ya este órgano judicial advertía como la jurisprudencia española reconocía este objetivo, por lo que era un derecho cuya titularidad no debía ser femenina, sino neutra[65]. Ciertamente esta redacción no supone una novedad, pero si ajusta la legalidad a la realidad, por lo que debe ser bienvenido. En todo caso, ello supone que debemos dejar de hablar del permiso por lactancia, que realmente ha desaparecido de nuestro ordenamiento, siendo sustituido por un permiso para el cuidado del lactante.

Junto a lo anterior se añade una segunda novedad interesante: partiendo de que la titularidad del derecho es totalmente neutra (RD-Ley 3/2012, reforma operada como consecuencia de la STJE Roca Álvarez) y sin que exista diferencia alguna entre ambos progenitores[66], de manera que ambos podrán disfrutar indistintamente del derecho, se añade una importantísima novedad al eliminar la regla por la que, en caso de que ambos trabajen, sólo uno podría disfrutar del derecho. Ello supone reconocer que ambos progenitores podrán disfrutar de sendos derechos, incluso al mismo tiempo, para cuidar del lactante. Esto refuerza la limitada capacidad protectora de este derecho, pues permite multiplicar por dos la duración de los permisos, ya que pueden ser disfrutados por los dos progenitores y no sólo por uno de ellos. Es claro que esta novedad tiene como objetivo facilitar la corresponsabilidad en el cuidado de los recién nacidos, pues ahora los dos podrán ocuparse del lactante, de manera que se evita que sólo sea la mujer quien asume tales funciones por mor de los hábitos sociales. Con ello el legislador vuelve a la senda que dejó indicada la STJUE Roca Álvarez, que en un primer momento el legislador no atendió limitándose a consagrar la neutralidad[67].

Ciertamente esta nueva regulación va en la dirección de la corresponsabilidad, pero deben evitarse efectos perversos: si se reconoce a ambos el derechos, siempre puede surgir la posibilidad de transferir el derecho de uno a otro, y la atávica atribución del rol de cuidadora a la mujer puede jugar en su contra, de manera que una regulación que busca la corresponsabilidad puede ser perjudicial para sus intereses. Es por ello que el legislador ha introducido una regla de seguridad para evitar esta situación, de manera que la actual redacción prohíbe transferir el derecho de uno a otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor. Se garantiza así que esta norma no se desvíe del objetivo de facilitar la corresponsabilidad.

Como elemento negativo de la literalidad del precepto cabe señalar que el mismo se refiere a la "reducción de jornada": recordemos que el precepto regula, ciertamente, una

65 MANEIRO VAZQUEZ, Y.: "La titularidad indiferente del permiso de lactancia: el caso Roca Álvarez", Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social nº 102, página 222; también RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 404; TOSCANI GIMENEZ, D.: Op. cit., página 144; VELASCO PORTERO, M.T.: "Conciliación y flexiseguridad (…)", op. cit., página 55.

66 Cuando utilizo en este epígrafe el término "progenitores", debe entenderse que hago referencia a todos los supuestos (nacimiento, adopción, acogimiento o guarda) en los que es posible el disfrute de los derechos por cuidado de lactante.

67 BALLESTER PASTOR, M.A.: "La flexibilidad en la gestión del tiempo (…)", op. cit., página 87.

reducción de la jornada en media hora, que puede acumularse en jornadas completas; pero también regula (de hecho era la principal alternativa en el origen del permiso por lactancia) el derecho de ausentarse del trabajo. ¿Supone esta literalidad que el legislador sólo prevé estas novedades respecto la reducción, pero no la suspensión? Entendemos que no, pero con esta redacción se está dejando margen a la interpretación contraria, que juzgamos del todo criticable.

Junto a las novedades anteriores el legislador introduce una restricción para el caso en que dos trabajadores de la misma empresa pretendan acceder a la reducción de jornada o permiso por cuidado del mismo lactante, la empresa podrá "limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa". De entrada, hay que observar que nuevamente el legislador utiliza los términos para intentar disfrazar lo que realmente nos está diciendo: la empresa podrá "limitar". En realidad la norma establece la posibilidad de que el empresario impida el disfrute de los dos titulares del derecho. Aparentemente la norma se inspira en lo ya previsto por el art. 37.6 ET, que no se ha visto afectado por la reforma y que consagra la capacidad del empresario para "limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa". Como vemos, la redacción es idéntica. La justificación de la limitación reside en que el disfrute simultáneo pueda generar problemas de difícil solución para la organización productiva de la empresa, cuestión esta que se conecta con lo ya analizado en materia de adaptación y la necesidad de que las mismas sean razonables y proporcionadas a las necesidades organizativas y productivas. Lógicamente también estimamos de aplicación, como en la adaptación, que la limitación del empresario debe estar fundada en causas ciertas y suficientes, de manera que no cualquier simple dificultad organizativa puede justificar la limitación. En este sentido, el nuevo art. 37.4 ET exige que la decisión empresarial imponiendo la limitación, sea comunicada por escrito, por lo que puede ser controlada judicialmente. Con ello se constata una característica propia de esta reforma y es el impulso a los mecanismos de control, a través de la comunicación por escrito cuando se pretende limitar el derecho en ciertos supuestos de negativa empresarial a la concesión del derecho: lo hemos visto en el art. 34.8 ET, lo estamos viendo en el art. 37.4 o podemos encontrarlo en el art. 48.4 y 5 ET, preceptos en los que se consagra esta misma fórmula; si bien cabe destacar que en el precepto origen de la misma, el art. 37.6 ET, en el que se afirmaba y afirma actualmente la posibilidad de limitar el ejercicio del derecho simultáneo de dos trabajadores por el mismo causante basándose en razones justificadas de funcionamiento de la empresa, no se ha realizado modificación legislativa alguna por el RD-Ley 6/2019, de manera que no se ha incluido la previsión de que el empresario deba comunicar por escrito esas razones de funcionamiento de la empresa que justifican su oposición[68].

Por otra parte, lo que se impide es el disfrute "simultáneo"; es decir, de los dos titulares del derecho al mismo tiempo; por lo tanto, es perfectamente posible el ejercicio del derecho

68 Cabría, no obstante, plantearse la posibilidad de una reinterpretación sistemática de la literalidad de lo previsto por el art. 37.6 ET, de manera que dada la existencia de reglas en otros preceptos, incluso idénticas en su redacción, y teniendo en cuenta la finalidad de estas reglas, sea posible entender que también en el supuesto regulado por el art. 37.6 ET, cuando el empresario limite el derecho de ejercicio simultáneo de dos trabajadores por el mismo causante, deba notificarse por escrito cuáles son las razones de funcionamiento de la empresa que fundamentan esa limitación.

cuando no sea simultáneo. Esto es relevante, pues permite perfectamente la acumulación de la hora de ausencia en jornadas completas, pues en estos casos pueden perfectamente disfrutarse de manera sucesiva. En este punto es importante recordar que el cuidado del lactante consagra diferentes modalidades de disfrute: ausencia de una hora, ausencia que puede dividirse en dos fracciones, reducción de jornada o acumulación de la hora de ausencia en jornadas completas[69]. Pues bien, cuando el legislador se refiere a la limitación del disfrute simultáneo, ¿incluye también los casos en que cada titular esté disfrutando de un derecho de diferente modalidad, al mismo tiempo? Dado los términos del precepto, parece que así es, aun cuando debamos reconocer que lo lógico es que el disfrute simultáneo de dos modalidades distintas puede generar un impacto muy inferior sobre la capacidad organizativa de la empresa (por ejemplo, disfrute del período acumulado de un progenitor cuando el otro disfrute de una hora de ausencia al comienzo o final de la jornada), de manera que no exista una verdadera causa de limitación del disfrute simultáneo de los derechos por cuidado del lactante.

También debemos tener en cuenta que esta limitación no es la única situación en la que se reconoce al empresario la posibilidad de oponerse al ejercicio del derecho en las condiciones pretendidas por el trabajador, pues se mantiene en el art. 37.7 ET la norma por la que el empresario puede discrepar de la concreción y determinación de permisos y reducciones de jornada reguladas en el art. 37 ET.

Una tercera novedad en la regulación del cuidado del lactante es la posibilidad, condicionada, de ampliar el período de ejercicio del derecho, cuando los dos progenitores ejerzan el derecho con la misma duración y régimen, ampliándose en tres meses más (desde que el lactante cumple los nueve meses y hasta los doce), si bien con la contrapartida de la pérdida proporcional de salario durante tales meses. Se trata de una ampliación que pretende favorecer la corresponsabilidad de ambos progenitores en el cuidado de los lactantes, siendo claramente este el objetivo perseguido por la norma; en este sentido es especialmente clara la regulación en materia de Seguridad Social que facilita una sustitución por las rentas económicas perdidas, denominando a la prestación como prestación de "corresponsabilidad en el cuidado del lactante".

Cabe señalar que el principal problema que encontramos en esta regulación es su confusión. De entrada, el precepto señala que la ampliación se produce cuando ambos pro-

69 Respecto de la duda, nunca aclarada expresamente por el legislador, de si la acumulación se refiere a la hora de ausencia o a la media hora de reducción, entendemos que la solución correcta es la primera: se acumula las horas de ausencia; no obstante, dado que ha de regularse por convenio colectivo, si el convenio no lo hace, es posible que regule, como expresión del derecho a la negociación, otra alternativa diferente: acumular la media hora de reducción. Pero insisto en que lo que pretende el legislador es facilitar la acumulación de la hora de ausencia. En este sentido GORELLI HERNANDEZ, J.: "Límites a la conciliación (…)", op. cit., página 9; BASTERRA HERNANDEZ, M.: Op. cit., páginas 101 y 102; HERRAIZ MARTIN, M.S.: "El impacto de las últimas reformas en la conciliación familiar y laboral", Relaciones Laborales nº 12 de 2014, páginas 58 y 59; RODRIGUEZ GONZALEZ, S.: Op. cit., página 243; RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 408; VELASCO PORTERO, T.: "El conflicto (…)", op. cit., página 72; VELASCO PORTERO, T.: "Conciliación y flexiseguridad (…)", op. cit., página 57.

genitores "ejerzan este derecho". No aclara el legislador cuál es el derecho al que se refiere: la ausencia, la reducción en media hora o la acumulación. Dada la literalidad, lo lógico es entender que se refiere a cualquiera de las modalidades, pues es el derecho al cuidado del lactante en cualquier modalidad. No obstante, hay un obstáculo a esta interpretación: paralelamente se ha dado nueva redacción a los arts. 183 a 185 LGSS que establecen una prestación para cubrir la reducción del salario, y expresamente el art. 183 LGSS se refiere como situación protegida a la "reducción de la jornada de trabajo en media hora"[70]. Con ello podría defenderse que el precepto sólo prevé la ampliación en tres meses para el supuesto de reducción en media hora de la jornada por cuidado del lactante. No obstante, es posible plantear una solución alternativa que permite una interpretación armónica de ambas normas. Para ello debemos tomar como punto de partida el hecho de que aun cuando el ET no ha regulado expresamente su carácter retribuido, el derecho a una hora de ausencia del trabajador, es retribuido. Tal como hemos señalado no se ha regulado expresamente esta cuestión, pero a diferencia de otros supuestos de reducción, en este caso el legislador no ha regulado expresamente que el disfrute de este derecho suponga la reducción proporcional del salario; de ahí que doctrina y jurisprudencia hayan entendido su carácter retribuido. Consecuentemente, la ampliación en hasta tres meses goza de este mismo carácter retribuido, razón por la que no requiere de la nueva prestación de Seguridad Social. De igual manera ocurre con los casos de acumulación, pues esta acumulación se refiere, tal como hemos señalado, a la hora de ausencia, no a la media hora de reducción. Por lo tanto, al no establecerse expresamente la pérdida de salario para estos casos, se mantiene el carácter retribuido no sólo hasta que el neonato cumpla los nueve meses, sino también durante esta ampliación. El supuesto problemático sería la reducción en media hora, pues de la interpretación conjunto de los nuevos arts. 37.4 ET y 183 LGSS se deduce que en estos casos el período de reducción en medida hora comprendido entre los nueve y los doce meses (sólo durante estos concretos meses) implican la reducción proporcional del salario; de ahí la necesidad de prestación y de que esta sólo se refiera a estos concretos supuestos de reducción de jornada. Entender lo contrario supondría que estas reglas son contrarias a la propia finalidad del perseguida por la reforma de mejorar la regulación en materia de conciliación y facilitar la corresponsabilidad.

Otra nueva dificultad interpretativa se plantea al analizar el carácter condicionado de este derecho: se puede ampliar la protección en tres meses, pero siempre y cuando ambos progenitores ejerzan este derecho "con la misma duración y régimen". Creo que la interpretación más adecuada es la siguiente: en primer lugar, que ambos progenitores ejerzan el derecho en la misma modalidad (entiendo que a esto es a lo que se refiere con régimen): ausencia, ausencias acumuladas o reducción. En segundo lugar, el ejercicio del derecho debe tener la misma duración y estimo que por ello hemos de entender la duración del derecho en el arco temporal fijado por el legislador para su ejercicio (desde que el niño supera los nueve meses y hasta que el niño cumpla doce meses); es decir, que los dos pidan un mismo derecho en su duración (quince días, un mes, dos meses, tres meses). Estimo que es la interpretación más adecuada, pues la finalidad de la regla es facilitar la corresponsabilidad[71]

70 Sobre la prestación vid. "Protección del nacimiento y del riesgo durante el embarazo", en AA.VV., Lecciones de Seguridad Social, Tecnos, Madrid 2019, páginas 235 y ss.

71 "Protección del nacimiento (…)", op. cit., página 236.

y es evidente que esta no se consigue si durante los tres meses se permitiera que el padre disfrute de una semana de ampliación y la madre de los tres meses. En tercer lugar, una aclaración: la duración ha de ser la misma, pero no se requiere que el derecho se disfrute de manera simultánea (por cierto, obsérvese lo contradictorio que resultaría si se exigiese la simultaneidad, para los casos de progenitores que trabajen en la misma empresa, pues ésta puede limitar el ejercicio simultáneo, tal como hemos visto).

Para terminar con las novedades, resaltar que la regulación del cuidado del lactante, encaja hoy más adecuadamente con la suspensión por nacimiento, adopción, guarda o acogimiento; pues en la suspensión, si bien se mantiene el derecho a la suspensión durante dieciséis semanas, se establece que, salvo las seis semanas obligatorias, esta suspensión puede disfrutarse de manera fraccionada dentro de un período de referencia que dura hasta que el hijo alcance los doce meses de edad o hasta los doce meses siguientes a la resolución administrativa o judicial; facilitando así que se disfruten ambos derechos, pues se genera espacio para ello, especialmente para el caso de acumulación de las horas de ausencia.

En cuanto a los elementos negativos que se mantienen, no voy a extenderme en esta cuestión, pues creo conveniente centrarme en las novedades. En todo caso podemos señalar que aun cuando se ha ampliado el contenido del derecho (los dos progenitores pueden disfrutar del derecho y hay una ampliación hasta los doce meses de vida del lactante), debemos reconocer que es un derecho bastante insustancial en su contenido (sólo una hora de ausencia o media hora de reducción); de manera que sólo la acumulación genera un derecho verdaderamente interesante para el trabajador. Sin embargo, la acumulación sigue condicionada al acuerdo en convenio colectivo o acuerdo individual del trabajador con el empresario. No hay, pues, un derecho subjetivo legal y no siempre está a disposición del trabajador[72]. De otro lado, sigue sin aclararse expresamente por el legislador si la acumulación se refiere a la hora de ausencia o a la media hora de reducción, si bien tal como hemos visto la jurisprudencia se ha decantado por lo primero.

7. Otras licencias, permisos o reducciones por motivos familiares

Las principales reformas en materia de conciliación han afectado a la adaptación del tiempo de trabajo y al permiso por "lactancia", pero también se introducen modificaciones en otros preceptos reguladores de la conciliación. En primer lugar, al art. 37.3 b) ET que al regular las interrupciones no periódicas de la prestación ha modificado ha suprimido el permiso por nacimiento de hijos (dos días o cuatro en caso de desplazamiento). Parecería ser una norma contraria al objetivo de facilitar la conciliación; sin embargo no es así, pues las necesidades ya están perfectamente cubiertas por los derechos en materia de cuidado del lactante ya analizados o incluso por la suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda o acogimiento. Por otra parte, la supresión de este derecho, que supone una implicación bastante reducida en el progenitor en el cuidado del recién nacido, incita al disfrute de otros derechos de mayor envergadura e incrementar de esta manera la corresponsabilidad.

72 Vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: "Límites a la conciliación (…)", op. cit., páginas 8 y 9. También BASTERRA HERNANDEZ, M.: Op. cit., página 101 y RODRIGUEZ GONZALEZ, S.: Op. cit., página 242.

También se modifica lo previsto por el apartado 5º del art. 37, precepto que consagraba, y sigue consagrando el derecho de ausencia (es decir, dejar el puesto de trabajo una vez iniciada la jornada de trabajo) durante una hora sin reducción del salario y el derecho a la reducción de la jornada de trabajo (al comienzo o al final de la misma) durante un máximo de dos horas con reducción proporcional del salario. Estos derechos se mantienen de manera idéntica a la regulación previa. También se mantiene el supuesto de hecho que da acceso a tales derechos: el nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto. La diferencia que se introduce, sin embargo, es de enorme relevancia y afecta a la titularidad del derecho: bajo la regulación anterior, los titulares eran "la madre o el padre"; es decir, sólo uno de ellos podía ejercer el derecho. Sin embargo, con la nueva regulación los trabajadores ("las personas trabajadoras", expresión que utiliza la norma) tienen tales derechos, de manera que ambos podrán acceder al mismo. El legislador pretende evitar que, como consecuencia de los hábitos sociales reiterados a lo largo del tiempo, el ejercicio recaiga sólo sobre la mujer, para lo cual elimina la titularidad neutra, que sólo puede recaer sobre uno de los progenitores (la mujer, normalmente), por el reconocimiento de un derecho a ambos, individualizado por tanto. Nuevamente estamos ante una norma que persigue la conciliación y más específicamente la corresponsabilidad.

En el lado negativo de la reforma, encontramos que se mantiene que sea un derecho exclusivamente para los casos de nacimiento de hijos (no afecta a la adopción, guarda o acogimiento) y que se mantenga, en los casos de hospitalización, la literalidad por la que se exige que han de ser hospitalizados "a continuación del parto", lo que puede dar lugar a una interpretación contraria a aceptar la concesión del derecho cuando tal hospitalización no se produce inmediatamente después del nacimiento[73].

Echamos en falta que el legislador haya entrado a modificar la cuestionable regulación del art. 37.6 ET, precepto que establece la reducción, entre un octavo y la mitad de la jornada diaria, con reducción proporcional del salario, en casos de guarda legal de un menor de doce años, discapacitado sin actividad retribuida o cuidado directo de familiar hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad; así como la reducción de jornada de al menos la mitad de duración, con reducción proporcional del salario en caso de hospitalización y tratamiento continuado de menores con enfermedades graves. Entiendo que en este precepto hay elementos totalmente críticos con la posibilidad del trabajador de disfrutar de sus derechos de conciliación, tal como ya he tenido ocasión de señalar con anterioridad[74]. Tales elementos debían haber sido eliminados por el legislador, de conformidad a los objetivos de la reforma. Me refiero, de entrada, a la exigencia, introducida por la Ley 3/2012, de utilizar la jornada diaria como módulo de cálculo de la reducción. Esto supone un importante límite a los derechos de conciliación, impidiendo en la práctica la acumulación

73 No obstante, tal como hemos señalado anteriormente, este tipo de interpretación restrictiva sería totalmente contraria al objetivo perseguido por la regulación, por lo que ha de aplicarse una interpretación flexible del precepto. En este sentido GORELLI HERNANDEZ, J.: "Límites a la conciliación (…)", op. cit., página 10; también RODRIGUEZ GONZALEZ, S.: Op. cit., página 255.

74 GORELLI HERNANDEZ, J.: "Límites a la conciliación (…)", op. cit., páginas 10 y 11.

de esta reducción, cuestión que ha sido ampliamente criticada por la doctrina laboral[75]. De otro lado, en el caso de hospitalización continuada del menor por enfermedad grave, se mantiene la duración mínima de la reducción en la mitad de la jornada, cuestión que, unida a la reducción proporcional del salario, daña enormemente los derechos del trabajador a la conciliación. Por último, el hecho de que se permita la acumulación de esta última reducción, pero condicionada a lo previsto por convenio colectivo, también es un elemento que podría haber sido mejorado por el legislador. Más valía que el legislador hubiese prescindido de cuestiones puramente cosméticas (como esa denominación de "persona trabajadora") y se hubiese centrado en cuestiones esenciales que incrementen de manera sensible la conciliación y corresponsabilidad de los trabajadores.

8. La suspensión a "jornada parcial"

Para terminar con estas otras vías de conciliación, hemos de recordar la suspensión del contrato de trabajo. Realmente la suspensión no supone una alteración del tiempo de trabajo, pues implica la paralización de la prestación del trabajador: mal puede decirse que supone una alteración del tiempo de trabajo cuando no se trabaja durante largos períodos de tiempo. No obstante, tal como hemos señalado, existe una situación de suspensión del contrato que sí supone una alteración del tiempo de trabajo; me refiero, como no a la suspensión a "jornada parcial" por nacimiento, adopción, guarda o acogimiento, regulada por el art. 48.4.8º y 48.5.2º ET. Aclaremos, de entrada que a pesar del uso de esa terminología, no estamos ante un contrato a tiempo parcial, ni tampoco se trata de una suspensión del contrato, pues la suspensión, tal como he señalado supone la paralización (total) de la prestación de trabajo. En realidad se trata de una reducción de la jornada de carácter temporal.

No es nuestra intención utilizar la conexión de la suspensión a "jornada parcial" con el tiempo de trabajo y la conciliación para estudiar el nuevo régimen jurídico de la suspensión, cuestión esta interesante, pero que no forma parte de esta ponencia[76]. Por lo tanto, me limitaré a señalar las dudas que plantea esta figura. De entrada merece la pena recodar que la posibilidad de acceder a una suspensión a jornada parcial está condicionada al previo acuerdo entre la empresa y el trabajador. Por lo tanto, no existe un derecho subjetivo pleno consagrado legalmente, lo cual es un elemento evidentemente negativo para la concilia-

75 BALLESTER PASTOR, M.A.: "La flexibilidad en la gestión del tiempo (…)", op. cit., páginas 88 y 898; esta misma autora en "De cómo la reforma (…)", op. cit., página 110; BASTERRA HERNANDEZ, M.: Op. cit., página 111; CASAS BAAMONDE, M.E.: Op. cit., página 1073; GORELLI HERNANDEZ, J.: "Límites a la conciliación (…)", op. cit., página 10; HERRAIZ MARTIN, M.S.: Op. cit., páginas 60 y ss.; MOLINA NAVARRETE, C.: "La «luna Europa» y sus dos caras: regulación flexible del tiempo de trabajo y límites comunitarios", en AA.VV., dirigidos por S. Perán Quesada, La ordenación del tiempo de trabajo en el Siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes, Comares, Granada 2014, página 69; NUÑEZ-CORTE CONTRERAS, P.: Op. cit., página 117; PERAN QUESADA, S.: "La configuración (…)", op. cit., página 194; ROLDAN MARTINEZ, A.: Op. cit., página 51.

76 En todo caso, si se desea consultar un análisis sobre esta nueva regulación, me remito a GORELLI HERNANDEZ, J.: "Hacia la corresponsabilidad mediante la suspensión por nacimiento de hijos", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 53 (2019).

ción. Se trata de un acuerdo a nivel individual entre empresario y trabajador, pero ello no impide que el convenio lo regule, en cuyo caso estaremos ante un derecho del trabajador establecido a través de la negociación colectiva. Cabe observar que se sigue manteniendo en la actual redacción de los preceptos antes señalados, la posibilidad de un desarrollo reglamentario, que sigue sin producirse.

La actual regulación supone que ambos progenitores[77] pueden disfrutar su propio derecho a la suspensión a jornada parcial, de manera que trabajen parte de la jornada y el resto de la misma puedan dedicarlo al cuidado del niño. No obstante, no todo el período de suspensión puede disfrutarse de esta manera, sino que el legislador ha establecido un período de disfrute obligatorio a "jornada completa" (es decir, sin prestación de servicios para el empresario durante tal período): las seis primeras semanas posteriores al parto, la resolución judicial o administrativa. La justificación de esta prohibición parece evidente: en el caso de la madre biológica, por necesidad de protección de su salud; en el resto de supuestos, como medida para facilitar los cuidados al menor y lograr una mejor conciliación y corresponsabilidad. Cabe plantearse dudas respecto de otros períodos, en los que podría estimarse que no serían compatibles con un disfrute a jornada parcial. Me refiero a las cuatro semanas previas al parto en la suspensión por la madre biológica: parece que la lógica de este período se justifica por las dificultades de la madre en desarrollar la prestación de trabajo, o el deseo de cuidarse y preparar el parto. Desde mi punto de vista la actual regulación vincula esta posibilidad a las necesidades biológicas de la madre; de ahí que el padre no pueda disfrutar de esta posibilidad, lo que posibilitaría el argumentario a favor de la imposibilidad de disfrute a jornada parcial durante este período. No obstante, la posición contraria puede defenderse desde el punto de vista de recordar que no se ha prohibido el disfrute a tiempo parcial durante este período, tal como si se ha hecho con las seis semanas posteriores al parto. Otro supuesto sería el de las adopciones internacionales (art. 45.5.3º ET): en este caso parece que no es factible el disfrute de la suspensión a tiempo parcial, pues la posibilidad de iniciar la suspensión con antelación a la resolución judicial se justifica por ser "necesario el desplazamiento previo de los progenitores". No obstante, podría plantearse alguna situación excepcional en la que por la cercanía del lugar de residencia y trabajo al país de adopción, fuese posible que el desplazamiento al extranjero no impidiera el trabajo (pensemos en una adopción de menor de nacionalidad marroquí por parte de ciudadano con residencia en Melilla o Ceuta).

De otro lado, excluidos estos períodos, la suspensión a jornada parcial resulta aplicable al resto del período (diez semanas) o las ampliaciones que puedan plantearse (por partos, adopciones, etc. múltiples, por parto prematuro u hospitalización del neonato a continuación del parto), sin que el derecho se suprima por el fallecimiento del hijo.

El disfrute a jornada parcial supone una ampliación de la duración de la suspensión (en proporción a la reducción de la jornada), de manera que si, por ejemplo, la reducción es del 50%, las 10 semanas se convertirían en 20 semanas. Ahora bien, ello no altera, ni el período de referencia para el disfrute fraccionado de la suspensión (téngase en cuenta

77 Nuevamente con este término englobo a progenitores biológicos, adoptantes, acogedores o guardadores.

que la nueva regulación permite el disfrute fraccionado), de manera que seguirá siendo la fecha límite de disfrute de la suspensión el momento en que el neonato cumpla doce meses, o los doce meses desde la resolución administrativa o judicial. De igual manera, los plazos de preaviso al empresario se mantienen y no resultan ampliados en caso de suspensión a jornada parcial.

Podemos plantearnos la posibilidad de que una vez acordado esta modalidad de disfrute de la suspensión, el trabajador pretenda modificarla y volver a suspensión a jornada completa. Como punto de partida, podría entenderse que si se requiere acuerdo para esta modalidad de disfrute, también ha de necesitarse el acuerdo por parte del empresario. Ahora bien, podemos llegar a la conclusión contraria acudiendo a la analogía, pues si para la adaptación del tiempo de trabajo también se requiere acuerdo (colectivo o individual), sin embargo el ordenamiento ha reconocido expresamente al trabajador el regreso a su jornada anterior "cuando el cambio de circunstancias así lo justifique" (art. 34.8.4º ET).

Ha de resaltarse que el disfrute a jornada parcial supone un argumento de peso para negar la existencia de razones fundadas y objetivas en caso de limitación por el empresario al disfrute de la suspensión si ambos progenitores trabajan para la misma empresa. Ello es especialmente claro en el caso en que ambos opten por la jornada parcial.

Para terminar una advertencia: el legislador nada ha regulado sobre la posibilidad del empresario de discrepar del derecho del trabajador a la suspensión. Entendemos que ello es así pues la suspensión es un derecho subjetivo reconocido por la regulación legal. Ahora bien, la suspensión a jornada parcial, sólo se concede si hay acuerdo, luego está fuera de la consideración de derecho subjetivo pleno, bastando la inexistencia de acuerdo por su parte para negar esta modalidad de disfrute de la suspensión. Más aún, a diferencia de lo que hemos estudiado anteriormente en el art. 34.8 ET, que exige en caso de negativa empresarial que éste comunique al trabajador las razones objetivas de su decisión, el precepto no establece que el empresario deba justificar en modo alguno su negativa. Por todo ello nos planteamos la posibilidad de que ante la falta de acuerdo el trabajador pueda acudir al procedimiento del art. 139 LRJS, cuestión a la que respondemos afirmativamente, y ello por dos motivos. En primer lugar, pues el art. 139 es "El procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente (…)". De otro lado, tal como hemos señalado anteriormente, estaríamos ante una reducción del tiempo de trabajo; un supuesto especial de reducción que se produce en el marco del derecho a la suspensión del contrato de trabajo, como alternativa al mismo (a la suspensión "a jornada completa"); o bien una adaptación específica del tiempo de trabajo regulada externamente al art. 34.8 ET. Pues bien, en ambos casos, reducción y adaptación, se establece la regla general de que las discrepancias surgidas con la dirección de la empresa, serán resueltas por el procedimiento establecido en el art. 139 LRJS. Evidentemente, la misma respuesta debemos dar si el empresario acepta la modalidad de tiempo parcial, pero discrepa de la concreción de la reducción.

9. LA CONCRECIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN: DE LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LA INTERVENCIÓN JUDICIAL

Para terminar con el análisis de la materia objeto de esta ponencia, debemos, si quiera brevemente, referirnos a la concreción del ejercicio de los derechos analizados. En realidad sólo hay una norma que se refiera a esta cuestión, el art. 37.7 ET, que regula esta cuestión respecto de los apartados 4, 5 y 6 del mismo precepto. Esta regulación no ha sufrido grandes modificaciones con la reforma, solo la corrección del error de no haber hecho alusión expresa a que el titular del derecho a la concreción horaria y determinación del permiso o reducción es el trabajador en los supuestos de reducción del apartado 5º del art. 37 ET; así como la sustitución de las referencias "al trabajador" por "la persona trabajadora". Debemos, por tanto, mantener la mayor parte de las críticas a la regulación preexistente a la reforma del RD-Ley 6/2019, que son muchas y sustanciosas. No es nuestro objetivo el análisis de las mismas, pero sí debemos, al menos, señalarlas. De entrada, se mantiene que la concreción del derecho del trabajador ha de realizarse "en su jornada ordinaria", lo que supone una limitación pues pretende evitar la acumulación del derecho en períodos superiores al diario. En segundo lugar, se mantiene la posibilidad de que los convenios colectivos puedan "establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 6", y ya con anterioridad hemos señalado que si bien ello puede ser una oportunidad, también supone un peligro: que el convenio acote las posibilidades del trabajador, lo que implica una limitación de un derecho legalmente concedido. Más aún, tales criterios, tal como se afirma literalmente, deben obedecer o atender a los derechos de conciliación, pero también "a las necesidades productivas y organizativas de la empresa", por lo que podría plantearse un escenario de minusvaloración de los derechos laborales[78], de modo que el derecho a la conciliación estaría al mismo nivel que los derechos de organización del empresario, lo que nuevamente nos conduciría a ignorar la dimensión constitucional de los derechos de conciliación[79]. De otro lado, se mantiene la obligación de preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que especifique el convenio (que puede tanto reducir el plazo como aumentarlo), plazo que dificulta el ejercicio del derecho o que incluso puede impedirlo en la práctica[80].

No obstante, una vez afirmado por este precepto que a quien corresponde la concreción horaria y la determinación de permisos y reducciones, es al trabajador, el segundo párrafo de este art. 37.7 ET establece la posibilidad de que el empresario discrepe y, consecuentemente, la necesidad de resolver esta situación a través del procedimiento previsto por el art. 139 LRJS. Por lo tanto, no existe un derecho pleno a que el trabajador especifique el cómo, cuándo y cuánto de su derecho, pues se admite la discrepancia empresarial y el bloqueo por este de la especificación de la reducción o ausencias deseada por el trabajador.

78 PERAN QUESADA, S.: "La configuración jurídica (…)", op. cit., página 194.

79 BALLESTER PASTOR, M.A.: "La flexibilidad en la gestión del tiempo (…)", op. cit., página 90.

80 En el mismo sentido crítico BALLESTER PASTOR, M.A.: "De cómo la reforma (…)", op. cit., páginas 111 y 112.

En los otros supuestos estudiados y externos al art. 37 ET no se plantea que el trabajador sea titular de la especificación del momento de disfrute de su derecho. En el caso de la adaptación se debe a que es un derecho al que se accede, inicialmente, a través de un acuerdo con el empresario (vía colectiva o individual), por lo que el mismo acuerdo servirá de instrumento para concretar esa adaptación. Ahora bien, caso de negativa empresarial, se abre la misma puerta que el art. 37.7 ET plantea para resolver las discrepancias: acudir al procedimiento del art. 139 LRJS. Con ello se llega al mismo punto pero partiendo de dos situaciones diferentes y con consecuencias distintas: en las reducciones del art. 37 ET se afirma un derecho legal, que se discute por el empresario y se resuelve judicialmente; en este caso la conclusión es que esta regulación debilita la inicial posición del trabajador titular de un derecho[81]. Por el contrario, en la adaptación, el trabajador al que no se reconoce un derecho subjetivo legal, acude al procedimiento judicial por la negativa del empresario a adaptar su jornada; por lo tanto, aun llegando a la misma situación que en el supuesto anterior, se refuerza la posición del trabajador al que inicialmente no se reconoce un derecho.

Entiendo que lo mismo ocurre en los casos de acumulación de reducciones en jornadas completas del art. 37.4 o 37.5 ET, preceptos en los que se regula esa acumulación, pero condicionada a lo pactado en convenio o acuerdo individual con el empresario. Ciertamente la exigencia de acuerdo supone negar que el trabajador pueda concretar unilateralmente su derecho, salvo que el convenio lo reconozca así. En aquellos casos en los que no se regule la cuestión por convenio o no se consiga el acuerdo con el empresario, no existiría un derecho a la acumulación, pero sí podría plantearse la cuestión como una adaptación del art. 34.8 ET dado su carácter genérico. De esta manera, ante la negativa empresarial estaría abierta la posibilidad de acudir a la modalidad procesal del art. 139 LRJS si quiere reclamar la acumulación. De igual manera entendemos que ocurre con los casos de suspensiones "a jornada parcial", pues también en estos casos se requiere el acuerdo con el empresario.

En cuanto a la labor judicial recordemos simplemente que para la solución de las discrepancias, el juez de lo social ha de partir de del reconocimiento de la dimensión constitucional del derecho a la conciliación, por lo que habrá de realizar una labor de ponderación de los distintos intereses en juego, para lo cual deberá constatar si ambas partes realizan un planteamiento de sus posiciones en base a un criterio de buena fe, o si, por el contrario suponen un abuso de derecho[82]. Se deberá así rechazar las discrepancias empresariales cuando la empresa no pueda probar la existencia de dificultades organizativas o productivas de carácter esencial y no arbitrario[83]. Es evidente que cualquier alteración genera dificultad o molestia al empresario, de ahí que subrayemos que tales dificultades deben ser esenciales. Ello supone que sólo en aquellos casos en los que aceptar el planteamiento del trabajador supone un sacrificio desproporcionado, se puede justificar el rechazo a la posición laboral[84]. Una buena guía para detectar la existencia de razones organizativas o productivas

81 NUÑEZ-CORTES CONTRERAS, P.: Op. cit., página 124.

82 RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 409.

83 VELASCO PORTERO, M.T.: "El conflicto (…)", op. cit., páginas 75 y 80.

84 En este sentido ALONSO BRAVO, M.: Op. cit., página 160; GORELLI HERNANDEZ, J.: "Trabajo y necesidades (…)", op. cit., páginas 10 y 11; NUÑEZ-CORTES CONTRERAS, P.: Op.

la encontramos en la cláusula 2.3 e) del anexo a la derogada Directiva 96/34/CE[85], que señalaba, a otros efectos, pero con lógica perfectamente aplicable como criterio interpretativo, las siguientes situaciones: "si el trabajo es de tipo estacional, si no se puede encontrar un sustituto durante el período objeto del permiso, si una proporción significativa de la mano de obra solicita al mismo tiempo un permiso parental, si una función determinada es de importancia estratégica". Como vemos se trataría de situaciones que implican una alteración relevante de la organización productiva de la empresa[86].

Para terminar, recordemos que el art. 139 LRJS plantea la posibilidad de indemnizar con daños y perjuicios por la negativa del empresario al disfrute del derecho por parte del trabajador; supuesto que abarca, lógicamente, tanto los casos de negativa directa, como las discrepancias empresariales. Por lo tanto, es recomendable acumular a la acción para resolver la discrepancia, la acción de indemnización. A resaltar que el empresario puede exonerarse si da cumplimiento provisionalmente a lo solicitado por el trabajador[87].

cit., página 115.

85 GORELLI HERNANDEZ, J.: "Trabajo y necesidades (…)", op. cit., página 12.

86 Vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: "Trabajo y necesidades familiares (…)", op. cit., página 12.

87 Sobre el cálculo de estas posibles indemnizaciones, vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: "Trabajo y necesidades (…)", op. cit., página 27.

PONENCIA GENERAL SEGUNDA
CUESTIONES DE ACTUALIDAD SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

CARMEN FERRADANS CARAMÉS
Profª. TU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

1. El trabajo a tiempo parcial en un entorno laboral en transformación
2. El concepto de trabajo a tiempo parcial
3. La forma del contrato de trabajo a tiempo parcial
4. La jornada de trabajo a tiempo parcial: duración y distribución
    4.1. La necesaria interacción entre Ley y convenio colectivo
    4.2. Impacto de la Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea
    4.3. Intensificación de los medios de control
5. El principio de igualdad de trato entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, su matización por el principio pro rata temporis, y la prohibición de discriminación
6. Las transiciones de trabajo a tiempo parcial a tiempo completo y viceversa
7. Conclusiones

1.- EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL EN UN ENTORNO LABORAL EN TRANSFORMACIÓN

El tiempo de trabajo ocupa un lugar nuclear en la regulación de las relaciones laborales desde los inicios del Derecho del Trabajo. Prueba evidente de ello, es que el primer convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1919, estaba dedicado a la limitación de las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales[1]. Ahora bien, partiendo de la premisa de que el Derecho del Trabajo fue concebido y construido sobre los viejos presupuestos del trabajo asalariado surgido de la revolución industrial, actualmente asistimos a la expansión de una nueva etapa con características muy distintas, que demanda la adaptación de la legislación laboral a la notoria transformación y complejidad del vigente entramado laboral. En este sentido, el marco legal no debe ignorar el desafío que presentan realidades laborales de plena actualidad, que rompen la concepción tradicional del tiempo y del lugar de trabajo. Correlativamente, la figura del trabajador se aleja de los estándares precedentes, el trabajador típico con un contrato indefinido a tiempo completo va aminorando su presencia en el conjunto del mercado de trabajo, y se extiende cada vez más un modelo de contratación flexible, en el que no sólo abundan contratos de trabajo temporales y a tiempo parcial, sino también nuevas formas de trabajar: freelance, teletrabajadores, contratos zero hours, trabajadores al servicio de plataformas colaborativas[2]…

La denominada "cuarta revolución industrial" está teniendo, por ende, un impacto importante en el mercado laboral, afectando tanto a la reorganización de las estructuras productivas como a la configuración de los derechos de los trabajadores. Así, en aras de la competitividad y la productividad empresarial, se están produciendo ciertas quiebras en los derechos sociales, que provocan, entre otros efectos, el incremento de los denominados trabajadores pobres y de las contrataciones atípicas. En este sentido, la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de octubre de 2019, sobre políticas en materia social y de empleo en la zona del euro, enfatiza que "son necesarias políticas eficaces para englobar las diversas formas de empleo y proteger adecuadamente a los trabajadores de los abusos, la discriminación y la pobreza", así como que "las personas pobres con empleo representan un porcentaje significativo de las personas activas; que en 2017 el 9,4% de las personas empleadas estaba amenazado por la pobreza, mientras que cerca de 20,5 millones de trabajadores vivían en hogares amenazados por la pobreza; que para determinadas categorías

1A este convenio le han seguido otros, así como Recomendaciones, sobre diversos aspectos de la cuantificación y distribución del tiempo de trabajo. Entre otros, Convenio núm. 14, de 1921, sobre el descanso semanal (industria); Convenio núm. 30, de 1930, sobre las horas de trabajo (Comercio y Oficinas); Convenio núm.47, de 1935, sobre las cuarenta horas; Convenio núm. 106, de 1957, sobre el descanso semanal (Comercio y oficinas); Convenio núm.132, de 1970, sobre las vacaciones pagadas; Convenio núm. 171, de 1990, sobre el trabajo nocturno; Convenio núm. 175, de 1994, sobre el trabajo a tiempo parcial.

2 Vid, ampliamente, sobre las "nuevas formas de trabajo", Eurofound, New forms of employment, Publications office of the European Union, 2015, págs.5-145, y ESTEVE SEGARRA, A., "Zero hours contracts: hacia la flexibilidad absoluta del trabajo en la era digital", Revista de Derecho Social, nº82, 2018, pág. 38 y ss.

de población, en particular las personas que trabajan a tiempo parcial, los trabajadores por cuenta propia, los trabajadores temporales, los jóvenes, las personas menos formadas y las familias monoparentales, la amenaza de la pobreza para las personas con empleo es considerablemente superior…".

Igualmente, la Resolución del Parlamento Europeo sobre empleo precario[3], de 2017, ha puesto el foco en el incremento de las relaciones laborales atípicas. Por lo general, el trabajo atípico está vinculado al trabajo precario, por lo que si se apela al empleo de calidad en la lucha contra la pobreza y la exclusión social, deberían articularse medidas para procurar un empleo que proporcione recursos adecuados para una vida digna o una protección social suficiente.

A estos efectos, resulta interesante analizar los últimos datos existentes sobre el número de horas trabajadas y el volumen de empleo a tiempo parcial tanto en la Unión Europea como en España. En la Unión Europea el número total de horas trabajadas ha registrado un aumento estable aunque lento desde 2013 y el porcentaje de empleados a tiempo parcial ha aumentado desde el15% en 2002 al 19,4% en 2018[4]. Mientras que en España, desde 2011 hasta 2019, aun habiendo crecido el número de ocupados un 4,3%, las horas trabajadas por persona han descendido un 0,9% y el porcentaje de empleo a tiempo parcial ha subido hasta el 15,1% en el tercer trimestre de 2019. Las diferencias que se detectan en el mercado laboral español, son probablemente consecuencia del auge del contrato a tiempo parcial desde la reforma laboral de 2012, pues 30 de cada 100 empleos creados desde la entrada en vigor de la misma han sido a tiempo parcial (365.000 frente a 818.000 a tiempo completo, con datos del cuarto trimestre de 2011 al segundo de 2019), habiendo crecido en esta etapa los empleos a tiempo parcial a un ritmo tres veces superior al de los empleos a tiempo completo (20,3% frente a 7,3%)[5].

Fuente: Servicio de Estudios de la Confederación de UGT a partir de SEPE (MITRAMISS) y EPA (INE)

3 Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017.

4 Resolución de Parlamento Europeo, de 10 de octubre de 2019.

5 Datos extraídos del informe de UGT "Los daños de la reforma laboral de 2012. Datos de su impacto negativo sobre el empleo y los salarios", 15 de octubre de 2019. Los datos también evidencian que el ritmo de crecimiento del empleo ha sido mayor en estos años al de horas cotizadas y al de recaudación de cuotas que de ellas se derivaban.

Por ende, parece que en el contexto de la sustancial reforma laboral acaecida en España en 2012 y de las sucesivas modificaciones realizadas sobre el régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial en los últimos años[6], se está incrementando el volumen de la contratación a tiempo parcial en nuestro mercado laboral, y acercándose al promedio existente en la Unión Europea.

Ahora bien, a nuestro juicio, si vinculamos el paulatino incremento del trabajo a tiempo parcial y todas las transformaciones económicas y laborales que se están produciendo de forma bastante acelerada en los últimos años, hay que subrayar que es necesario diseñar políticas y realizar reformas del mercado laboral que contribuyan a crear empleo de calidad, a garantizar unos salarios adecuados, y que promuevan la salud y el bienestar de los empleados. Es decir, hay que recubrir la expansión del trabajo atípico, y concretamente del trabajo a tiempo parcial, de un régimen jurídico que permita su desarrollo de una forma proporcionada, que procure la satisfacción más equilibrada posible de las necesidades de empresarios y trabajadores. A mayor abundamiento, no se puede obviar que la difusión de esta modalidad contractual está ligada al incremento de la participación de la mujer en el mercado laboral, pues las estadísticas evidencian que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial son de este género[7]. Por todo ello, es obligada, a nuestro juicio, la promoción de este tipo de trabajo en unas condiciones dignas y con un acceso adecuado a la protección social. En este sentido, en línea con las orientaciones que provienen tanto de la Agenda 2030, que contiene los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Organización de Naciones Unidas (ONU)[8], como del Programa del Trabajo Decente adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), hay que hacer mención a la guía de la OIT para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada, publicada en agosto de 2019. En dicha guía se pretende ayudar a las organizaciones privadas a tomar decisiones sobre cómo estructurar la ordenación del tiempo de trabajo de una manera equilibrada para las empresas y los trabajadores, mencionándose cinco dimensiones del denominado "tiempo de trabajo decente": ha de ser saludable, productivo, conveniente para la familia, servir para la igualdad de género y permitir que el trabajador pueda elegir y tener influencia en su organización, enfatizándose que resulta necesario lograr un equilibrio adecuado entre las necesidades organizativas empresariales y los intereses del personal, para lo que "las empresas deben hacer un intento consciente de alinear sus objetivos y estrategias con las necesidades y preferencias de los trabajadores de manera que se reafirmen mutuamente".

De forma específica, la guía precisa los ámbitos claves que las empresas deben incorporar para promover un trabajo a tiempo parcial de calidad: fomentar la igualdad de trato, modernizar la protección social, conceder el derecho a solicitar horarios a tiempo parcial

6 Las reformas más sustanciales han sido introducidas por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y la posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma el mercado laboral y el RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

7 Según datos de la Encuesta de Población Activa elaborada por el Instituto Nacional de Estadística, en el tercer trimestre de 2019 la tasa de parcialidad en el mercado laboral español es del 15.1%, ascendiendo la femenina al 23,8 % y la masculina al 7,1%.

8Concretamente el objetivo 8 se refiere a "promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos".

y eliminar los obstáculos a las transiciones entre el empleo a tiempo parcial y el empleo a tiempo completo[9]. De ello se deduce la importancia que se otorga a los principios inspiradores de esta forma de trabajo: voluntariedad, prohibición de discriminación, igualdad y proporcionalidad y acceso efectivo a la protección social[10].

En línea con lo anterior, se debe subrayar que la consecución del objetivo enunciado y la operatividad y consolidación de los principios mencionados, deben ser enlazadas con lo ya establecido tanto en el convenio 175 OIT, sobre el trabajo a tiempo parcial, aprobado en 1994 y que sorprendentemente sigue sin ser ratificado por España, como en la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre, por la que se aprueba el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, y la jurisprudencia del TJUE ligada a la misma. Correlativamente, en este estudio se van a abordar distintos aspectos del régimen jurídico laboral del trabajo a tiempo parcial que actualmente, a nuestro juicio, requieren ser valorados y reconsiderados para procurar incentivar un trabajo a tiempo parcial de calidad en nuestro mercado laboral[11], más aún tras la adopción de la Directiva 2019/1152 (UE), del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

2.- EL CONCEPTO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

La delimitación del trabajo a tiempo parcial es realizada tanto en la normativa internacional y comunitaria como en la española. Los elementos configuradores de esta modalidad contractual son la existencia de una disminución de la jornada de trabajo, y correlativamente de la retribución, en relación a la jornada a tiempo completo comparable, en un período de referencia determinado[12]. No obstante, la heterogeneidad de supuestos de los que se puede deducir la existencia de esta modalidad contractual debe ser objeto de un minucioso análisis, para deslindar, de conformidad con las prescripciones legales y en su caso

9 La guía de la OIT publicada en agosto de 2019,también precisa que "Los trabajadores a tiempo parcial deben recibir el mismo trato que los trabajadores a tiempo completo en situación comparable, en particular en lo que respecta a: el derecho a organizarse, a negociar colectivamente y a actuar como representante de los trabajadores; la seguridad y la salud en el trabajo; la discriminación en el empleo y la ocupación; las tasas de salario básico por hora; los regímenes de Seguridad Social; y la protección de la maternidad, la terminación de la relación de trabajo, las vacaciones anuales pagadas los días feriados pagados y la licencia de enfermedad".

10 La exposición de motivos del RDL 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, afirmó que la mejora de la calidad del empleo a tiempo parcial, de conformidad con el contenido del convenio 175 OIT, de la recomendación 182 que lo desarrolla y del Acuerdo marco europeo anexo a la Directiva 97/81/CE, requería una regulación en nuestro país que, permitiendo una adecuada flexibilidad, garantizara al mismo tiempo los principios enunciados.

11 Vid CABEZA PEREIRO, J., y LOUSADA AROCHENA, F., "El trabajo a tiempo parcial: algunos comentarios valorativos", Revista Derecho de las Relaciones Laborales, nº4, 2018, págs. 424 a 430.

12 En este sentido GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., El contrato de trabajo a tiempo parcial, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 112 y FERRADANS CARAMÉS, C., El contrato de trabajo a tiempo parcia: difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad, Aranzadi, Pamplona,2006, pág. 77.

convencionales, cuando concurre un trabajo a tiempo parcial u otra figura contractual a la que no es aplicable su singular régimen jurídico.

El convenio 175 OIT opta por definir al trabajador a tiempo parcial de forma amplia, como "todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable", no exigiendo que la disminución de la jornada deba tener una entidad cuantitativa suficiente. Y a su vez inspira la regulación que fue introducida en el Derecho Comunitario, pues la cláusula 3ª del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81/CE establece que un trabajador a tiempo parcial será "aquel asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable". En el ordenamiento jurídico español, desde la adopción del RDL 5/2001, de 2 de marzo, y su homóloga Ley 12/2001, de 9 de julio, se sigue esta tendencia y se precisa en el artículo 12 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), que se entenderá celebrado a tiempo parcial el contrato que suponga la realización de un número de horas de trabajo al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. Con esta opción legislativa se dota de mayor flexibilidad a esta modalidad contractual y se pretende propiciar el incremento del peso de la contratación a tiempo parcial en el mercado de trabajo español, como así está ocurriendo.

Ahora bien, tras aplicar estas normas desde bastantes años atrás, debemos resaltar que hay determinados supuestos de hecho en los que la delimitación del trabajo a tiempo parcial sigue sin ser clara, y que en el contexto del trabajo digitalizado y de entornos laborales flexibles, están surgiendo nuevas formas de trabajo cuyos rasgos podrían propiciar su calificación como trabajo a tiempo parcial, ya sea autónomo o por cuenta ajena.

En lo que se refiere a la primera cuestión controvertida citada, hay que hacer mención a varios supuestos en los que existiendo una disminución de la jornada de trabajo, empero, no concurre un trabajo a tiempo parcial. Esencialmente nos referimos a los casos derivados de la operatividad de las vicisitudes establecidas en los artículos 41y 47 ET, así como a las reducciones de jornada ligadas a la conciliación de la vida laboral y familiar, implementadas por el legislador como derechos subjetivos de los trabajadores.

Parece obvio que la decisión empresarial por la que se produce la reducción temporal, entre un 10 y un 70%, de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual, por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción establecida en al artículo 47 ET, no origina un contrato a tiempo parcial[13].

13 Esta conclusión es acorde a lo establecido en el artículo 1.d) del convenio 175 OIT, que señala que "no se considerarán trabajadores a tiempo parcial a los trabajadores a tiempo completo que se encuentren en situación de desempleo parcial, es decir, aquellos que estén afectados por una reducción colectiva y temporal de la duración normal de su trabajo por motivos económicos, tecnológicos o estructurales".En lo relativo al derecho a la prestación por desempleo es debido contrastar el artículo 208.3 de la Ley General de la Seguridad Social.

Más aún cuando ante la tramitación de un expediente de regulación de empleo temporal, el trabajador no sufrirá merma en su derecho a la prestación por desempleo por un determinado período de tiempo. Y lo mismo se puede advertir sobre los supuestos de reducción de jornada por guarda legal o situaciones análogas, en los que transitoriamente, a menos que las partes acuerden una novación contractual, se desarrollará un contrato a tiempo completo con una jornada y una retribución reducida.

Sin embargo, cuando la modificación de la jornada es definitiva, y es adoptada siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 41 ET surge un intenso debate. Esto es así, porque cuando concurre esta vicisitud y se produce una modificación de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, no cabe considerar que exista una extinción parcial del contrato de trabajo[14] y no se genera derecho a desempleo. En este supuesto nuevamente nos enfrentamos a un caso en el que involuntariamente se reduce la jornada de trabajo y, correlativamente, al inexistir un umbral que distinga el contrato a tiempo parcial del contrato a tiempo completo, cualquier disminución de la jornada, por ínfima que sea, debería conllevar la novación del contrato de trabajo. Al respecto, con una doctrina muy discutida, el Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de que se aminore la jornada del trabajador a través del artículo 41 ET[15], sosteniendo que en estos casos ni existe una novación contractual, al no concurrir un acuerdo para transformar el contrato, ni se incurre en la contravención del artículo 12.4.e) ET, que proclama que la conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial siempre tendrá carácter voluntario. Es decir, de forma un tanto confusa el TS crea la figura del contrato a tiempo completo con una jornada reducida, durante un período incierto, sin que exista una novación contractual y sin que se aplique el régimen jurídico singular del trabajo a tiempo parcial en esta coyuntura que se puede extender de forma hasta indefinida. Esta solución jurisprudencial acarrea problemas jurídicos, por lo que lo más conveniente es que se realice una reforma legislativa que aclare la cuestión, o bien que se formule una cuestión prejudicial ante el TJUE, cuyo pronunciamiento podría ayudar a discernir si tolerar la operatividad del artículo 41 ET en estos supuestos y aludir a la necesaria concurrencia del acuerdo de las partes para determinar la existencia de un trabajo a tiempo parcial conculca o no el contenido de las cláusulas 3.1 y 5.2 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81/CE[16].

---

14 Así lo ha reiterado la jurisprudencia desde años atrás, SSTS 18 de abril, 14 de mayo y 11 de septiembre de 2007, rec. 1769/2006, rec. 85/2007 y rec. 3064/2006.

15 Vid SSTS de mayo de 2007, rec. 85/2006 y STS de octubre de 2011, rec. 14/2011. Según esta discutida doctrina "la mera reducción de la jornada hasta situarla en valores inferiores a los que corresponden a la jornada a tiempo completo comparable no basta para calificar, cuando no existe la conformidad del trabajador, la nueva situación resultante de contrato a tiempo parcial".

16 La cláusula 2 del Acuerdo marco precisa que se entenderá por «trabajador a tiempo parcial» a un trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable. Mientras que el artículo 12 ET señala que el contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable.

La sentencia del TJUE Mascellani[17] es la que por el momento ha acometido la resolución de un litigio más similar al anunciado, refiriéndose a un supuesto de conversión de un CTP en un CTC a instancia empresarial (en este caso una Administración), con expresa oposición del trabajador afectado que alega su opción por dedicar su tiempo libre a su familia y a su formación profesional. En este caso, partiendo de la premisa de que uno de los objetivos del Acuerdo marco comunitario es facilitar el desarrollo del trabajo a tiempo parcial sobre una base voluntaria y contribuir a la organización flexible del tiempo de trabajo de una manera que tenga en cuenta las necesidades de los empresarios y de los trabajadores, el TJUE considera que una situación en la que el contrato a tiempo parcial se transforma en contrato a tiempo completo sin el acuerdo del trabajador afectado no es comparable con la inversa, pues la reducción del tiempo de trabajo no tiene las mismas consecuencias que su incremento, en particular en lo relativo a la retribución, no contrariando la situación descrita la cláusula 5.2 del Acuerdo marco[18]. Según el Alto Tribunal de Luxemburgo no se desprende de esta cláusula la obligación de los Estados miembros de adoptar una normativa que supedite el acuerdo del trabajador a la transformación de su contrato a tiempo parcial en contrato a tiempo completo, pues dicha disposición "sólo pretende impedir que la negativa de un trabajador a tal transformación de su contrato laboral pueda ser el único motivo de su despido, a falta de otros motivos objetivos". No obstante, el fallo del TJUE, al restringirse a una novación ampliatoria de jornada, no deja de generar dudas si lo relacionamos con la cuestión en litis anteriormente resaltada: la compatibilidad del artículo 12 con la operatividad del artículo 41 ET en supuestos de reducción de actividad y jornada, y su concordancia con la cláusula 3.1 del Acuerdo marco. Para atisbar una solución a esta situación controvertida, también resulta conveniente traer a colación lo establecido en la sentencia O`Brian[19], que precisa que "la facultad de apreciación que la Directiva 97/81/CE concede a los Estados miembros para definir los conceptos utilizados en el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial no es ilimitada" y "que ciertos términos empleados en este Acuerdo marco pueden ser definidos de conformidad con el Derecho y/o los usos nacionales, siempre que respeten el efecto útil de esta Directiva y los principios generales del Derecho de la Unión". En el contexto descrito, debería determinarse si el efecto útil de la Directiva se consigue con la aplicación de la doctrina dictada por el Tribunal Supremo, lo que a nuestro juicio resulta bastante dudoso.

A mayor abundamiento, el TS[20] también ha admitido que en el marco de un ERE, entre las medidas de un plan de recolocación se acuerde la conversión de contratos a tiempo completo en a tiempo parcial, precisándose que de no aceptarse el cambio contractual corresponderá al trabajador afectado una indemnización. Es decir, se admite en un contexto de crisis empresarial que sin que exista una lesión del artículo 12.4.e) ET los representantes

17 STJUE MASCELLANI, de 15 de octubre de 2014, As.C-221/13.

18 La cláusula 5.2 del Acuerdo marco establece que "rechazo de un trabajador a ser transferido de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial o viceversa, no debería por sí mismo constituir un motivo válido de despido, sin perjuicio de la posibilidad de realizar despidos […] por otros motivos tales como los que pueden derivarse de las necesidades de funcionamiento del establecimiento considerado".

19 STJUE O`BRIAN, de 1 de marzo de 2012, As.C- 393/10.

20 STS de 24 de noviembre de 2015, rec. 154/2015.

de los trabajadores y la empresa acuerden la recolocación con novaciones contractuales, presuntamente temporales, que de no aceptarse pueden llevar a la extinción indemnizada de los contratos, pero no a discreción de la empresa, sino bajo la supervisión de una comisión de seguimiento del acuerdo de regulación de empleo. En este sentido la sentencia del TJUE Heimann[21], en un caso similar, una aminoración del tiempo de trabajo en virtud de un plan social negociado entre una empresa y su comité de empresa, admitió esta forma de disminución del tiempo de trabajo disponiendo que los trabajadores, desde un punto de vista formal, son titulares de un contrato de trabajo a tiempo completo, si bien a continuación precisó que deben ser calificados como "trabajadores provisionalmente a tiempo parcial", ya que su situación es de hecho comparable a la de los trabajadores a tiempo parcial, siendo, por ende, aplicable el principio pro rata temporis a ciertas condiciones laborales como el derecho a las vacaciones anuales. Por consiguiente, nuestro TS defiende, de forma discutible, que uno de los rasgos constitutivos del CTP es que su nacimiento es fruto de un acuerdo entre las partes, tolerando, por una parte, que la conversión a un CTP nazca no sólo de un acuerdo individual, sino también de uno alcanzado por los representantes de la empresa y los trabajadores, que a posteriori podrá ser ratificado o rechazado por cada afectado. Y por otra, que las reducciones de jornada involuntarias realizadas en un CTC al amparo del artículo 41 ET son lícitas, no son novaciones contractuales extintivas, y deben ser calificadas como contrataciones a tiempo completo con una jornada reducida sin derecho a desempleo, y sin que resulte claro que les sean aplicables ciertos derechos de los trabajadores a tiempo parcial que podrían ser esenciales en su posición, como las preferencias para acceder nuevamente a un trabajo a tiempo completo.

Una segunda cuestión litigiosa que, a nuestro juicio, debe ser abordada sobre la delimitación del trabajo a tiempo parcial, es la relativa a la detección de determinadas formas de trabajo por horas en el contexto del trabajo digitalizado o flexible, que deberían recibir una adecuada protección y garantías. En un entorno productivo en el que se extienden nuevos modelos empresariales en los que el lugar y el tiempo de trabajo se rediseñan, hay que ponderar las circunstancias existentes y reconocer los derechos sociales que corresponden a estos trabajadores.

A estos efectos, resulta esclarecedor el contenido de la Directiva (UE) 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea[22], que en su considerando 4 resalta que algunas nuevas formas de empleo pueden divergir significativamente, por lo que respecta a su previsibilidad, de las relaciones laborales tradicionales, lo que genera incertidumbre respecto de los derechos y la protección social aplicables a los trabajadores afectados y

21 STJUE HEIMANN, de 8 de noviembre de 2012, Asuntos acumulados C-229/11 y 230/11.

22 El considerando 2 de la Directiva resalta que el principio nº5 del Pilar Europeo de Derechos Sociales, aprobado en Gotemburgo en noviembre de 2017, dispone que con independencia del tipo y la duración de la relación laboral, los trabajadores tienen derecho a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo, así como al acceso a la protección social y establece que deben promoverse formas innovadoras de trabajo que garanticen condiciones de trabajo de calidad, y evitarse las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos

que "a fin de enmarcar adecuadamente el desarrollo de nuevas formas de empleo, deben otorgarse a los trabajadores de la Unión ciertos derechos mínimos nuevos destinados a promover la seguridad y la previsibilidad de las relaciones laborales, a la vez que a lograr una convergencia creciente entre los distintos Estados miembros y a preservar la flexibilidad del mercado laboral". Y que en su considerando 12 detalla que "los trabajadores que no tengan un tiempo de trabajo garantizado, incluidos los que tienen contratos de cero horas y algunos contratos a demanda[23], se encuentran en una situación especialmente vulnerable. Por consiguiente las disposiciones de esta Directiva deben aplicarse a estos trabajadores, independientemente del número de horas que trabajen realmente".

La reciente Directiva tiene como objetivo "mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una transparencia y una previsibilidad mayores, a la vez que garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral"; estableciendo, por ende, derechos mínimos aplicables a todos los trabajadores de la Unión que tengan un contrato o una relación laboral conforme a lo definido por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigente en cada Estado miembro; precisando en su artículo 1.3 que "Los Estados miembros podrán decidir no aplicar las obligaciones de la presente Directiva a los trabajadores que tengan una relación laboral en la que el tiempo de trabajo predeterminado y real sea igual o inferior a una media de tres horas semanales en un período de referencia de cuatro semanas consecutivas"; y puntualizando en su artículo 1.4 que lo anterior no se aplicará a una relación laboral en la que no se haya predeterminado una cantidad de trabajo remunerado garantizado antes de que empiece el empleo. De todo ello, deriva una extensión del concepto de trabajador de la Unión, de modo acorde a la jurisprudencia comunitaria y a la evolución del mercado de trabajo[24].

La cláusula 3.1 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81/CEes extensa, considerando trabajo a tiempo parcial todo aquel cuya duración normal es inferior a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. Y ante estas nuevas realidades laborales no debería adoptarse una perspectiva restrictiva[25]. En este sentido, en algún caso ya dilucidado por el Alto Tribunal de Luxemburgo, como el asunto Wippel en 2004[26], concurriendo un contrato en el que no se estipulaba ni la duración de la jornada ni la distribución del tiempo de trabajo,porque su fijación se condicionaba a la carga de trabajo y al acuerdo entre las partes, y siendo posible que el trabajador rechazara el trabajo sin justificación, el TJUE llega a apreciar que la causa y el objeto de este tipo de contratos son diferentes a los

23 Sobre estas modalidades atípicas de contratación, vid, entre otros, ESTEVE SEGARRA, A., "Zero hours contracts…", op.cit., pág. 40 y ss.

24 La precedente Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre, relativa a las obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo, preveía la posible exclusión de trabajadores, aun teniendo un contrato de trabajo o manteniendo una relación laboral, cuando la duración total de ésta no rebasara un mes y/o la duración de trabajo semanal no rebasase las 8 horas, o cuando éste tuviera carácter ocasional y/o especial y existieran razones objetivas que justificaran su exclusión.

25 Esta postura también es defendida por CABEZA PEREIRO, J., El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español, Bomarzo, Albacete, 2013, pág.51.

26 STJUE WIPPEL, de 12 de octubre de 2004, As.C- 313/02.

del resto que contemplan una mayor previsibilidad, desestimando, ante la inexistencia de término de comparación y condiciones comparables, la eventual existencia de una violación del principio de igualdad y no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo. La doctrina del TJUE debería adaptarse a los cambios empresariales y laborales sobrevenidos en los últimos años, y adoptar una postura más garantista con este tipo de trabajadores, que cuando tienen un contrato o una relación laboral, deben disfrutar unos derechos mínimos y una seguridad en el sentido establecido por la Directiva (UE) 2019/1152[27].

3.- LA FORMA DEL CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

El artículo 12.4.a) ET establece que este contrato se deberá formalizar necesariamente por escrito, debiendo figurar en el mismo el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, así como el modo de su distribución según lo previsto en convenio colectivo. A ello hay que adicionar la obligación de cumplimentar documentalmente el registro de la jornada parcial diaria y su totalización mensual. Con estas exigencias se pretenden varios objetivos, fundamentalmente: dotar de cierta previsibilidad al contrato y de seguridad jurídica al empleado para permitirle compatibilizarlo con su vida familiar, con el seguimiento de actividades formativas o con otro trabajo, facilitar la labor de control de la Inspección de Trabajo para evitar abusos y fraudes, y procurar que la forma del contrato se convierta en un dispositivo de protección del trabajador, que le permita probar su existencia, así como los derechos y obligaciones aparejados al mismo.

Cuando se implantó la reforma del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial en 1998 los contenidos mínimos exigidos eran aún más incisivos[28], pero en 2001 los mismos fueron aligerados, para no impedir con esta rigidez la promoción del trabajo a tiempo parcial. Ello coadyuva al cumplimiento de la cláusula 5.1.a) del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81/CE, que establece que los Estados miembros "deberían identificar y examinar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativa que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial", lo que demanda en esta materia la búsqueda de un equilibrio entre la seguridad de los trabajadores, la flexibilidad empresarial y el interés público en fiscalizar el cumplimiento de las jornadas pactadas. A estos efectos, son varios los pronunciamientos del TJUE en los que se han debido delimitar si ciertas exigencias formales en el trabajo a tiempo parcial contravienen el precepto citado del Acuerdo marco,

27 En la STS de 29 de octubre de 2019, rec. 92/2018, se anula un artículo del convenio colectivo de Michelín, que establecía un contrato de jornada variable, con una jornada y horario variable, que a su vez podía ser modificado al arbitrio del empresario, sin cumplir los requisitos del artículo 41 ET. El TS considera que este contrato no es lícito y realmente encubre un contrato a tiempo parcial sin cumplir los requisitos del artículo 12 ET, no concretando el número de horas al día, mes o año que se van a trabajar, si la jornada es partida o no, ni la posibilidad de realizar horas complementarias y las condiciones en que se pueden exigir las mismas.

28 Desde la entrada en vigor del RDL 15/1998 hasta la reforma de 2001, se exigió la concreción mensual, semanal y diaria, incluida la determinación de los días en el que el trabajador debería prestar servicios.

al disuadir a los empresarios de recurrir al mismo. En el asunto Yangwei[29], el Alto Tribunal consideró la procedencia de una normativa nacional que obliga al empresario a conservar una copia del contrato a tiempo parcial en la que figuren los horarios de trabajo, y en lo que respecta a los horarios variables, la necesidad de comunicar al trabajador su horario mediante notificación con una antelación mínima de cinco días, así como la obligación de exponer al inicio de cada jornada un aviso en el que figure el horario de trabajo individual de cada trabajador a tiempo parcial, que deberá conservarse, al menos, un período de un año. En el asunto Dai Cugini[30], el TJUE también estimó que la Directiva no se opone a una normativa nacional que impone a los empresarios obligaciones de conservación y publicidad de los contratos y los horarios de los trabajadores a tiempo parcial, si se asegura que la misma no provoca un trato menos favorable a los mismos en comparación con los trabajadores a tiempo completo o si, existiendo un trato diferenciado, se justifica por razones objetivas y no excede de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos. Sin embargo, en el caso Michaeler[31], sí se apreció que una normativa nacional, en este caso italiana, se opone a la Directiva 97/81/CE cuando exige que se notifique a la Administración una copia de los contratos a tiempo parcial en el plazo de 30 días desde su celebración, previendo un régimen sancionador que contempla la imposición de una multa por contrato de trabajo y día de retraso en la notificación del contrato, sin límite alguno en el importe total de la multa.

Las previsiones establecidas en nuestro ordenamiento jurídico procuran que el trabajador conozca aproximadamente cuántas horas y qué partes de la jornada estará a disposición de la empresa, así como facilitar el control administrativo, sin que, a nuestro juicio, supongan un obstáculo administrativo que provoque la renuncia de la empresa a organizarse con trabajos a tiempo parcial. Es más, tras la extensión de la obligación de registro de la jornada a los trabajadores a tiempo completo, tampoco se podrá argüir la concurrencia de un trato menos favorable a los trabajadores sujetos a la modalidad contractual atípica.

Por último, resaltar que complementariamente a lo establecido en el artículo 12.4.a) ET, hay que tener presente el contenido del RD 1659/1998, de 24 de julio, relativo a la información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, que deberá ser adaptado a lo dispuesto en la Directiva (UE) 2019/1152[32], que distingue las exigencias formales debidas en función de si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente previsible o imprevisible y amplía las obligaciones del empleador.

---

29 Auto del TJUE YANGWEI, de 9 de diciembre de 2011, As.C-349/11. La procedencia de la normativa nacional discutida se condiciona a que su aplicación no provoque un trato menos favorable a los trabajadores a tiempo parcial.

30 Auto del TJUE DAI CUGINI, de 7 de abril de 2011, As.C-151/10.

31 STJUE MICHAELER, de 24 de abril de 2008, Asuntos acumulados C-55/07 y C-56/07.

32 El artículo 2.2.d) del RD 1659/1998, obliga al empresario a notificar al trabajador la duración y la distribución de la jornada ordinaria de trabajo. Mientras que el artículo 4.2.l) y m) de la Directiva 2019/1154 amplía las obligaciones empresariales relativas a la información sobre la duración y distribución del tiempo de trabajo, distinguiendo en función de la mayor o menor previsibilidad del patrón de trabajo; y el artículo 6 exige a los Estados miembros que velen porque el empleador proporcione al trabajador, en forma de documento, cualquier cambio en los aspectos de la relación laboral mencionados en el artículo 4.2.

4.- LA JORNADA DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL: DURACIÓN Y DISTRIBUCIÓN

Las últimas reformas legislativas que han incidido sobre el régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial han tenido una importante repercusión sobre los contornos de la jornada a tiempo parcial. La reforma laboral de 2012 reintrodujo de manera sorprendente la posibilidad de desarrollar horas extraordinarias junto a las complementarias en este tipo contractual y, constatándose que ello generaba cierta indefensión entre los trabajadores y facilitaba mayores abusos y fraudes en la contratación[33], a renglón seguido a través del Real Decreto Ley 16/2013, de 20 de diciembre, se modificó dicha previsión y se eliminó esta opción, aunque simultáneamente se adoptaron otras medidas flexibilizadoras de la jornada a tiempo parcial a favor del poder de dirección. Esta última reforma legislativa fue implantada en un contexto económico más favorable que el existente en los años previos, y uno de sus objetivos esenciales fue la creación de empleo[34], considerándose que el trabajo a tiempo parcial debía ser incentivado para contribuir a obtener resultados positivos.

Correlativamente, el legislador español decidió adoptar una serie de cambios que, entre otros fines, han tenido en el punto de mira la creación de empleo y la disminución del desempleo a través del trabajo a tiempo parcial. No obstante, los parámetros cuantitativos han prevalecido sobre los cualitativos, y la combinación de las distintas medidas vigentes genera un desequilibrio entre los derechos de los trabajadores y los de los empresarios en la gestión del tiempo de trabajo de los contratos a tiempo parcial[35]. La flexibilización de la jornada a tiempo parcial se evidencia con diversas modificaciones implantadas, fundamentalmente entre febrero de 2012 y diciembre de 2013, entre otras: 1. La factibilidad de acordar un pacto de horas complementarias en los contratos temporales a tiempo parcial; 2. La facilitación al empresario de la opción de ofertar un segundo pacto de horas complementarias, en este caso sólo a los trabajadores con contratos a tiempo parcial indefinidos; 3. La flexibilización derivada de combinar jornada a tiempo parcial y distribución irregular de la jornada de trabajo sin limitación o precisión alguna y el o los pactos de horas complementarias, incrementándose la elasticidad de la jornada parcial;4. La amplitud de la horquilla de horas complementarias que pueden ser pactadas en convenio colectivo; y 5.La dispositivización del período de preaviso de las horas complementarias[36].

En este escenario, a nuestro juicio, la delimitación de la duración y distribución de la jornada a tiempo parcial está rodeada de un importante desequilibrio entre las dos partes del contrato. Eso sí, para favorecer un mayor control de la jornada a tiempo parcial, desde

33 Vid, constatando estos riesgos, CABEZA PEREIRO, J., "Nuevos interrogantes en torno al contrato a tiempo parcial", Revista Aranzadi Social, nº2, 2012.

34 Destacando esta circunstancia LOUSADA AROCHENA, J.F., "El trabajo a tiempo parcial en el Real Decreto ley 16/2013, de 20 de diciembre", Revista Española de Derecho del Trabajo, nº162, 2014, pág. 129.

35 En este sentido CABEZA PEREIRO, J., "Trabajo a tiempo parcial: reformas en materia laboral y de Seguridad Social", Actualidad Laboral, nº9, 2014, pág. 5.

36 Cfr. de forma detallada, FEIJOO PÉREZ, M.J., "Las horas complementarias en el contrato de trabajo a tiempo parcial", Actualidad Laboral, nº9, 2014, pág. 20.

la reforma operada en el RDL 16/2013, se ha previsto expresamente que el empresario deba realizar un registro diario de las horas ordinarias y complementarias efectuadas, así como su totalización mensual. Ahora bien, si se apela a la promoción de un trabajo a tiempo parcial de calidad y voluntario, de forma acorde a lo establecido en la Directiva 97/81/CE y en las directrices que emanan del convenio 175 OIT y del Programa del Trabajo Decente y la Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada de la OIT, se deberán articular límites y medidas que permitan el desarrollo de la jornada a tiempo parcial sin una amplia disponibilidad e imprevisibilidad del trabajador, pues de lo contrario la misma satisfará las necesidades empresariales, pero difícilmente será compatible con la atención de responsabilidades familiares, de otro trabajo o con el seguimiento de actividades formativas.

A estos efectos, es conveniente analizar si la interacción entre Ley y negociación colectiva en la materia produce unos resultados positivos para lograr un más óptimo equilibrio entre flexibilidad y seguridad, la adecuación de la normativa española a la recientemente adoptada Directiva (UE) 2019/1152, así como la incidencia de la obligación de registro horario en el control realizado por la Inspección de Trabajo y los representantes de los trabajadores sobre la jornada parcial.

4.1. La necesaria interacción entre Ley y convenio colectivo

Dado que uno de los efectos más evidentes del régimen jurídico de la jornada a tiempo parcial, ordinaria y complementaria, es su descompensada flexibilidad a favor de la empresa, resulta necesario apelar a que los convenios colectivos jueguen un rol relevante junto a las disposiciones legales, para que su combinación permita dotar a los trabajadores de cierta seguridad para organizar sus tiempos de trabajo y de descanso y eludir los fraudes derivados de un uso desmedido de la autonomía individual que habilite el cumplimiento de una jornada mayor que la pactada[37].

Es decir, para evitar la precarización del trabajador a tiempo parcial, es idóneo tender puentes entre el trabajo típico y el atípico y garantizar a estos trabajadores el conocimiento, al menos de manera orientativa, de la duración y la distribución de su jornada. En este sentido, son varias las materias en las que deberían ahondar los representantes de los trabajadores y las empresas en la negociación de cláusulas convencionales.

Como se ha indicado, en el artículo 12.4. a) ET se establece que "en el contrato deberá figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, así como su distribución según lo previsto en convenio colectivo". De este modo, en lo relativo a la distribución de las horas ordinarias, la eventual previsión de períodos de trabajo o franjas horarias de referencia, la restricción del número de interrupciones o de su duración, pueden contribuir a dotar de previsibilidad y seguridad a la jornada del trabajador

37 En este sentido CABEZA PEREIRO, J., y LOUSADA AROCHENA, J., El trabajo a tiempo parcial: algunos comentarios…", op.cit., pág. 432.

a tiempo parcial. No obstante, por lo general en los convenios colectivos no se contemplan menciones específicas sobre la distribución de la jornada y la organización de los horarios a tiempo parcial[38] y si existen resultan muy heterogéneas, advirtiéndose que predomina la remisión genérica al propio convenio colectivo o al contrato de trabajo[39], con todos los riesgos que ello conlleva para un número relevante de mujeres que trabajan a tiempo parcial y demandan conciliar vida laboral y familiar. A ello se suma, que en bastantes ocasiones este efecto se multiplica al admitirse en las normas paccionadas la alteración sobrevenida de la jornada a causa de la concurrencia de necesidades empresariales, sin perfilarse ciertos límites o condicionantes a la libre disposición empresarial. Adicionalmente, si se conecta lo dispuesto en el artículo 12.4 ET y este tipo de cláusulas convencionales sobre la distribución de la jornada parcial ordinaria, con el hecho de que en muchos convenios colectivos se opta por incrementar el porcentaje de horas complementarias y voluntarias posible según el artículo 12.5.c) y g) ET al máximo[40] (hasta el 60% y hasta el 30%) y/o reducir el plazo legal de preaviso de las horas complementarias, las consecuencias resultantes pueden resultar muy nocivas para la calidad del trabajo a tiempo parcial, pues se desdibujan los contornos de la jornada a tiempo parcial, atentándose directamente a la mínima previsibilidad que debiera ser exigible y habilitándose una amplia disponibilidad del trabajador.

En este punto, los límites legales vigentes, entre otros, el respeto tras la suma de jornada ordinaria y complementaria del tope que deslinda el trabajo a tiempo parcial y completo o de los descansos mínimos diarios y semanales, no parecen suficientes y pueden provocar la existencia de trabajos a llamada que, dado el carácter eminentemente feminizado de esta modalidad contractual, presentan unos potenciales perjuicios para este tipo de asalariados.

Para paliar estos efectos y permitir a empresa y trabajador identificar los momentos en los que se puede prestar el trabajo contratado, la negociación colectiva, sectorial o de empresa, debería jugar un papel esencial, introduciendo cláusulas que coadyuvaran a buscar un equilibrio entre ambos y procuraran facilitar: 1) Precisar días de la semana y

38 Vid MARTÍNEZ MORENO, C., Tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial. Regulación y tratamiento en la negociación colectiva, XXIX Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, noviembre de 2015.

39 Entre otros, Convenio colectivo del Colegio de Ingenieros, Caminos, Canales y Puertos, BOE de 4 de junio de 2018, artículo 15. El Convenio colectivo de la Industria Química, BOE de 8 de agosto de 2018, artículo 13.2 remite al contrato de trabajo la distribución de la jornada parcial "salvo que la distribución del tiempo de trabajo para los trabajadores con contrato a tiempo parcial esté acordada en la empresa con los representantes de los trabajadores". El Convenio colectivo de Burger King Spain, SLU, BOE 3 de julio de 2017, artículo 12, establece que "La distribución del horario –a tiempo parcial- se realizará por los encargados de cada centro de trabajo atendiendo a las necesidades del mismo". Y el Convenio colectivo estatal para las industrias del curtido, correos y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, BOE 2 de octubre de 2019, artículo 26, indica que "El contrato deberá formalizarse por escrito y en el mismo deberán figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana o al año contratadas y su distribución de manera orientativa".

40 Entre otros, Convenio colectivo de Danone, SA., BOE de 28 de julio de 2018, artículo 17 y Convenio colectivo de Hostelería para la provincia de Málaga, BOP de 23 de agosto de 2018, artículo 46.

períodos en los que es exigible la prestación de trabajo[41]; 2) Fijar franjas horarias para las horas complementarias y, en su caso, para las ordinarias[42]; 3) Promocionar que la jornada complementaria vaya unida al inicio o al fin de la jornada ordinaria, y si no es así y debe ser realizada en un día en el que no hay prevista la realización de actividad, garantizar el llamamiento para efectuar un número mínimo de horas complementarias[43]; 4) Delimitar que para que se produzcan una o varias interrupciones de la jornada se deberá acreditar que se va a desarrollar una jornada con cierta entidad[44]- por lo general de al menos cuatro horas-; 5) Procurar fijar un preaviso razonable para las horas complementarias, al menos igual al previsto en el artículo 12.5 d) ET (tres días)[45] y para los cambios sobrevenidos; 6) Incluir algunas limitaciones o precisiones sobre la combinación de distribución irregular de la jornada de trabajo y trabajo a tiempo parcial[46].

41 Vid artículo 18 del III Convenio colectivo de Cash Converters, SL, y Sociedades vinculadas, BOE de 19 de agosto de 2019, que establece que "en el contrato de trabajo, en las ampliaciones temporales y en el pacto de horas complementarias se fijarán las franjas horarias y los días de la semana y períodos en que es exigible la prestación de trabajo ordinario y, en su caso, las horas complementarias" y que "a título indicativo la franja establecida en el contrato con carácter general no podrá ser superior a ocho horas al día, y a 12 horas en los casos de días o temporadas concretos en los que la jornada deberá ser: o partida o no inferior a 80% de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable". O artículo 18 del Convenio colectivo de Compañía Logística Acotral, SA y Acotral Distribución Canarias, SA., BOE de 23 de mayo de 2019, que precisa que "El contrato deberá establecer con claridad el porcentaje de jornada parcial contratada, el número de horas de trabajo efectivas a realizar por cada día, el horario en el que se desarrollará la jornada, así como los días de la semana en que existirá prestación real de servicio".

42 Convenio colectivo de Kiwokopet, SLU y Kivet, SLU., BOE de 1 de octubre de 2019, artículo 10. G.2.

43 Convenio colectivo de Kiwokopet, SLU y Kivet, SLU., BOE 1 de octubre de 2019, artículo 10.G.3 "Cuando la realización de horas complementarias vaya unida al inicio o fin de la jornada ordinaria sólo será posible una interrupción, nunca mayor de dos horas, si la jornada efectivamente realizada tal día es superior a cuatro horas. En los días en los que no esté planificada jornada ordinaria sólo serán exigibles para un mínimo de cuatro horas continuadas y siempre dentro de la franja o turno pactado".

44 Convenio colectivo de Burger King España, SLU., BOE de 3 de julio de 2017.

45 V Convenio colectivo de Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana, BOE 1 de marzo de 2019, artículo 18, "El trabajador deberá conocer el día y la hora de realización de las horas complementarias pactadas con un preaviso mínimo de 72 horas, salvo que por circunstancias urgentes derivadas de imprevistos en el centro de trabajo el plazo deba reducirse a 24 horas". De forma más favorable, vid Convenio colectivo de empresas de elaboración de productos del mar con procesos de congelación y refrigeración, artículo 9.c) "El trabajador deberá conocer el día y hora de la realización de las horas complementarias con una antelación mínima de seis días". Y de manera flexible, Convenio colectivo de Holligood, SL, BOE de 19 de febrero de 2019, artículo 10, "El trabajador deberá conocer el día y la realización de las horas complementarias pactadas con un preaviso mínimo de 1 día".

46 Convenio colectivo de Hostelería para la provincia de Málaga, BOP de 23 de agosto de 2018, artículo 18.8 "Se podrá distribuir irregularmente la jornada en un máximo de 64 horas anuales de conformidad con las siguientes reglas: a) La distribución irregular de jornada, cuando se aplique, sólo podrá ser realizada por el personal fijo ordinario y fijo discontinuo a tiempo completo…". Convenio colectivo de Holligood, SL, BOE de 19 de febrero de 2019, artículo 10, "Los contratos a tiempo parcial establecerán una jornada semanal, mensual o anual con carácter rotativo y flexible, pudiendo

4.2. Impacto de la Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea

La adopción de esta Directiva por el Parlamento Europeo y el Consejo pretende, entre otros objetivos, fijar unos derechos mínimos de los trabajadores y mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una previsibilidad, seguridad y transparencia mayores, en orden a evitar unas relaciones laborales con unas condiciones de trabajo precarias y un uso abusivo de los contratos atípicos. Y en un contexto en el que la regulación actual del trabajo a tiempo parcial se caracteriza por su desmedida flexibilidad, deberá ser tenida en consideración la implementación de las medidas que la reciente Directiva establece con una perspectiva garantista.

Al respecto, el artículo 4.2 señala que los Estados miembros velarán porque se exija a los empleadores informar a cada trabajador, si el patrón de trabajo[47] es total o mayoritariamente previsible, sobre la duración de su jornada laboral ordinaria, diaria o semanal, y, en su caso, sobre cualquier acuerdo sobre cambios de turno; y si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible sobre "i) el principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas, ii) las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje y iii) el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación a que se refiere el artículo 10, apartado 3"[48]. Precisando el artículo 4 en su apartado 3 que la información contemplada, entre otras materias, sobre el trabajo previsible, podrá ofrecerse en referencia a las disposiciones legales, reglamentarias o a los convenios colectivos que lo regulen, y guardando silencio en relación al patrón de trabajo imprevisible, lo que permite interpretar que esta información también podría ser proporcionada a través del contrato de trabajo y, en el caso del trabajo a tiempo parcial, del pacto de horas complementarias que pudiera haberse acordado.

A ello hay que añadir lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva, sobre la Previsibilidad mínima del trabajo, que responsabiliza a los Estados miembros de garantizar que si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible, el empresario no le exija a un trabajador que trabaje a menos que se cumplan dos condiciones: 1) Que la obra o servicio tenga lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados según el artículo 4.2m)ii); 2) Que el trabajo encomendado sea informado con un preaviso razonable, de acuerdo con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales a que se refiere

variar dicha distribución horaria siempre que se respete el promedio de horas semanales en cómputo mensual y teniendo en cuenta los límites previstos legalmente. Dicha jornada se prestará en horario flexible, en turnos rotativos y siempre respetando los descansos previstos en convenio".

47 El artículo 2.c de la Directiva define al patrón de trabajo como "la forma de organización del tiempo de trabajo y su distribución con arreglo a un determinado patrón determinado por el empresario".

48 De conformidad con el artículo 5.1 de la Directiva, la información considerada esencial deberá ser puesta a disposición del trabajador "entre el primer día de trabajo y, a más tardar, el séptimo día natural".

el artículo 4.2.m.iii). El incumplimiento de alguno de estos dos requisitos supondrá que el trabajador pueda rechazar el trabajo sin consecuencias negativas para él[49].

Consecuentemente, la nueva Directiva obliga a que los Estados miembros velen por la implementación efectiva de una serie de derechos mínimos y garantías de los trabajadores, que, entre otros efectos, procurarán limitar la operatividad de horarios de trabajo flexibles, imprecisos y desestructurados, a merced del poder de dirección empresarial. A nuestro juicio, a falta de una reforma legislativa, el efecto útil de la Directiva (UE) 2019/1152 refuerza la operatividad de lo ya indicado sobre la obligada interacción entre Ley y negociación colectiva en relación al trabajo a tiempo parcial, debiendo enfatizarse la necesidad de fijar franjas horarias y días de trabajo predeterminados en los que sea exigible la jornada complementaria a tiempo parcial, de establecer preavisos razonables, y de procurar garantías y limitar ciertas combinaciones en la ordenación del tiempo de trabajo a tiempo parcial que incrementan de forma exponencial la imprevisibilidad y disponibilidad de la jornada de estos trabajadores. No obstante, para transponer adecuadamente la Directiva citada, de lege ferenda, resulta indispensable apelar a la reforma del artículo 12 ET, para incluir expresamente, al menos, la obligación de informar al trabajador sobre las horas y los días de referencia en los cuales el trabajador puede ser requerido para realizar la jornada complementaria[50].

49 Contiene, finalmente, el artículo 11 de la Directiva una serie de Medidas complementarias para los contratos a demanda, según las cuales si un Estado miembro autoriza este tipo de contratos, adoptará una serie de medidas para evitar prácticas abusivas, relativas a la fijación de limitaciones en el uso y la duración de los contratos a demanda o similares, al establecimiento de una presunción irrefutable de la existencia de un contrato de trabajo con una cantidad mínima de horas pagadas basada en el promedio de horas trabajadas en un período determinado, o bien a la implantación de otras acciones equivalentes que aseguren la prevención eficaz de las prácticas abusivas.

50 El artículo 4.2.m.iii) de la Directiva también contempla que los Estados miembros velarán porque los empresarios, cuando el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible, informen al trabajador sobre el plazo para cancelar una tarea asignada. E igualmente, el artículo 10.3 de la Directiva establece que si los Estados miembros permiten que el empleador cancele una tarea asignada sin indemnización, deberán adoptar medidas para garantizar que el trabajador tenga derecho a una indemnización si el empleador cancela sin observar un plazo de preaviso razonable. Estas opciones no son contempladas actualmente en nuestra legislación, lo que exigirá también la intervención legislativa oportuna.

4.3. Intensificación de los medios de control

Como ha sido ampliamente denunciado, desde años atrás se resalta la existencia de importantes fraudes y abusos en torno al cumplimiento de la jornada a tiempo parcial, pues ello tiene unos efectos perversos que inciden sobre la precarización del mercado laboral, la competencia desleal entre empresas y las arcas de la Seguridad Social[51].

En esta línea, el Gobierno aprobó el 27 de julio de 2018 el Plan Director por un Trabajo Digno[52], cuyo desarrollo y aplicación abarcará desde 2018 a 2020. Dicho Plan es ejecutado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y pretende dar un giro cualitativo a las actuaciones de este órgano público, en defensa de los derechos laborales y en pos de un trabajo digno. En el Plan ocupa un lugar principal la planificación de actuaciones relacionadas con el trabajo a tiempo parcial, dado que alrededor del mismo se constata la concurrencia de un importante fraude en la contratación y en la cotización, detectándose que en bastantes casos inspeccionados se encubre realmente un contrato a tiempo parcial con una jornada mayor o un contrato a tiempo completo y visibilizándose los efectos que de ello derivan en materia salarial y de protección social.

Para ampliar los resultados que se obtengan con la aplicación del Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020, la Inspección de Trabajo en colaboración con las Comunidades Autónomas, ha ejecutado como medidas prioritarias dos planes de choque, uno de ellos contra el uso irregular de los contratos a tiempo parcial. En el marco del mismo, la Inspección de Trabajo ha realizado comunicaciones que afectan a 50.302 trabajadores[53], procediéndose a incrementar la jornada en 8.824 contratos (17,5%), de los cuales 7.586 son incrementos de jornada igual o superior al 50% de la jornada inicialmente declarada (85,9% de las realizadas). Si a los datos resultantes del plan de choque sumamos los derivados de la actuación inspectora ordinaria, las ampliaciones de jornada impulsadas desde la Inspección alcanzan la cifra de 31.517, lo que supone el mejor dato histórico de la Inspección de Trabajo en esta materia[54].

---

51 En este sentido ver la Introducción de los Planes de Choque 2019 de la Inspección de Trabajo contra la contratación temporal fraudulenta y contra el uso irregular de la contratación a tiempo parcial.

52 En su introducción el Plan Director especifica que "El trabajo decente dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades; es el trabajo que se realiza con respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, el que permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, el que se lleva a cabo con protección social, e incluye el diálogo social".

53 La Inspección de Trabajo planifica actuaciones en el marco de los citados planes, en dos fases. Una primera de detección de posibles situaciones de fraude a través de la Herramienta de Lucha contra el Fraude, recibiendo las empresas con posibles situaciones de fraude una comunicación en la que la Inspección les informa los datos obtenidos, instándoles a revisar su situación y advirtiéndoles de la realización de actuaciones inspectoras de comprobación en caso de no regularización. Dándose un plazo de un mes para llevar a cabo dicha revisión y regularización. Y una segunda de comprobación a través de la Herramienta de Lucha contra el Fraude de las modificaciones que hayan sido realizadas sobre la situación de los trabajadores.

54 Planes de Choque contra la contratación temporal fraudulenta y contra el uso irregular de

Período	Contratos ampliación jornada por plan de choque 2018. Mujeres	Contratos ampliación jornada por plan de choque 2018. Hombres	Contratos ampliación jornada por actuación ordinaria. Mujeres	Contratos ampliación jornada por actuación ordinaria. Hombres	Total contratos ampliación jornada
Agosto 2017/ /Junio 2018	----	----	12.953	10.262	23.215
Agosto 2018/ Junio 2019	5.212	3.612	13.598	14.272	36.694
Variación nº	----	---	645	4.010	13.479
Evolución %	---	----	5%	39%	58%

Plan de Choque contra el uso irregular de la contratación a tiempo parcial. Inspección de Trabajo. 2019.

A mayor abundamiento, al hilo de RDL 16/2013, de 20 de diciembre, se estableció expresamente la obligación del registro diario de jornada, incluyendo horas ordinarias y complementarias, en todos los contratos a tiempo parcial, así como su totalización mensual y su conservación durante al menos cuatro años. Al respecto, en consulta formulada el 25 de marzo de 2014 a la entonces Dirección General de Empleo, se interpretó que "la obligación empresarial de registro de jornada diaria de los trabajadores a tiempo parcial incluye el registro del horario concreto realizado por el trabajador, con indicación tanto de la hora de entrada como de la hora de salida". Este criterio es coherente tanto con lo establecido en el artículo 34.5 ET sobre el cómputo de la jornada de trabajo, como con lo dispuesto a posteriori en el artículo 34.9 ET sobre el registro de jornada en los contratos con una jornada completa[55]. Eso sí, dado que cabe la variabilidad de la jornada diaria de trabajo,

la contratación a tiempo parcial, Inspección de Trabajo, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019.

55 Con el fin de ordenar las actuaciones en materia de registro de jornada, la Dirección del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha aprobado, en junio de 2019, el criterio técnico 101/2019, precisando entre otras cuestiones que no será aceptable para acreditar el registro diario "la exhibición del horario general de aplicación en la empresa, el calendario laboral o los cuadrantes horarios elaborados para determinados períodos, pues éstos se formulan ex ante, y determinarán la previsión de trabajo para dicho trabajo pero no las horas efectivamente trabajadas en el mismo, que sólo se conocerán ex post, como consecuencia de la llevanza del registro de jornada…". Dicha instrucción ha dejado sin efecto las Instrucciones 1/2017 y 3/2016, sobre intensificación del

compensándose, por ejemplo, jornadas diarias superiores con otras inferiores, el registro diario en estos casos deberá ponderarse y globalizarse a efectos de control y contabilización del tiempo de trabajo efectivo en secuencias temporales superiores a la diaria.

El efecto disuasorio de los incumplimientos vendrá determinado, fundamentalmente, por la entidad de las sanciones que se deriven de los mismos. Por un lado, ante la ausencia de registro se instaura la presunción iuris tantum de que el contrato tiene una jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite la parcialidad de los servicios; no obstante, ello no quiere decir que se aplique de forma automática dicha presunción, pues podrán presentarse supuestos en los que el Inspector constate con certeza que la jornada desarrollada es efectivamente parcial y que no se ha cumplimentado el registro, de lo que derivará la notificación de un requerimiento a la empresa para que subsane su proceder. Y por otro se delimita la imposición de una infracción administrativa grave, ya sea por la transgresión de la normativa contractual (artículo 7.2 Real Decreto Legislativo 5/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social) o de la normativa relativa al tiempo de trabajo o al registro horario (artículo 7.5 TRLISOS), así como la necesidad de regularizar la situación en materia de Seguridad Social, modificándose el coeficiente de parcialidad o declarando el contrato como a tiempo completo, y abonar la liquidación de las cuotas que se hayan dejado de abonar. Ahora bien, el efecto coercitivo de las eventuales sanciones que se impongan por la Inspección de Trabajo se ve limitado desde una doble perspectiva. Primero, en cuanto la punición se ve atenuada por el importe de la sanción correspondiente a una infracción grave, que oscilará entre los 625 y los 6125 euros, debiendo apreciarse para aplicar la mayor cuantía alguna o varias de las circunstancias agravantes previstas en el artículo 39.2 TRLISOS. Y segundo, en cuanto se considera una infracción por la totalidad de los trabajadores afectados en una empresa, y no una por cada uno de ellos.

Adicionalmente, al papel jugado desde el ámbito público por la Inspección de Trabajo hay que unir el rol desempeñado por los representantes de los trabajadores en el control de la jornada laboral. En efecto, el artículo 12.4.c) establece expresamente que el registro diario de las horas ordinarias y complementarias se totalizará mensualmente, entregándose copia al trabajador, junto al recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, y el legislador ha reforzado el control de esta materia, contemplando que los registros también permanecerán a disposición de los representantes de los trabajadores, pudiendo acceder a los mismos en cualquier momento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34.9 ET[56]. El acceso a los registros por los representantes de los trabajadores, sindicales o unitarios, es imprescindible para que puedan ejercer la labor de vigilancia y control que tienen atribuida ex artículo 64 ET, estando limitado a la información necesaria para cumplir con el desempeño de sus funciones. En los acuerdos sobre la organización y

control en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias.

56 Introducido al hilo del RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada laboral.Según la Guía sobre el Registro de Jornada elaborada por el Ministerio de Trabajo, establecer que los registros permanecerán a disposición debe interpretarse en sentido de estar y permanecer físicamente en el centro de trabajo, o ser accesibles desde el mismo de forma inmediata, sin que ello implique la obligación empresarial de entregar copias de los registros.

documentación del registro también podrá recogerse la forma de acceso a la información por parte de los representantes, el formato, la periodicidad… Asimismo, hay que tener presente que en el tratamiento de los datos facilitados por el empresario, los representantes deberán ajustarse al estricto cumplimiento de la legislación de protección de datos. Complementariamente en algunos convenios colectivos se otorga a los representantes de los trabajadores un rol más incisivo previendo, por ejemplo, que el preaviso para realizar horas complementarias será comunicado simultáneamente al trabajador y a la representación de los trabajadores[57] o que a petición de la representación legal de los trabajadores, la empresa se obliga a entregar periódicamente un informe detallado sobre la realización de horas complementarias[58] o que elaborándose semanalmente la distribución de tiempo de trabajo u horario, será comunicado con una antelación mínima de siete días, indicándose la distribución de la jornada, la rotación de turnos, el horario y los días de descanso, con el fin de que los empleados/as y sus representantes legales puedan conocer el número de horas que realizará cada trabajador/a en la semana siguiente, así como su correcta distribución[59].

A modo de cierre, destacar que en el control de la jornada de trabajo a tiempo parcial concurren dispares y a la vez relevantes intereses, desde la elusión de los fraudes a la contratación y a la Seguridad Social, a la tutela de la seguridad y salud laboral de trabajadores que pueden estar realizando excesos de horas de trabajo que perjudican su bienestar físico y/o psicológico, que justifican que en los últimos años se hayan intensificado los medios volcados a la consecución de objetivos en esta materia.

5.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL Y A TIEMPO COMPLETO, SU MATIZACIÓN POR EL PRINCIPIO PRO RATA TEMPORIS Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

La cláusula 4, apartado 1, de la Directiva 97/81/CE de forma genérica establece que "Por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una forma menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas". Y, complementariamente, el TJUE afirma que la misma "debe interpretarse en el sentido de que expresa un principio de Derecho Social de la Unión Europea que no puede ser interpretado de forma restrictiva"[60].

Ahora bien, el Acuerdo marco remite a los Estados miembros y/o a los interlocutores sociales las modalidades de aplicación de la cláusula citada y admite que por razones justifi-

57 Convenio colectivo Compañía Logística Acotral, SA y Acotral Distribución Canarias, SA., BOE de 23 de mayo de 2019, artículo 18.

58 Convenio Colectivo de Paradores de Turismo de España, S.M., S.A., BOE de 9 de mayo de 2019, artículo 5.

59 Convenio colectivo Holligood, S.L, artículo 10, BOE de 19 de febrero de 2019.

60 STJUE BRUNO y otros, As.C-395/08 y 396/08, de 10 de junio de 2010. Así como de forma amplia LOUSADA AROCHENA, J.F., "El trabajo a tiempo parcial", en AA.VV., Directores CASAS BAAMONDE, M.E. y GIL ALBURQUERQUE, R., Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, pág. 143 y ss.

cadas se subordine el acceso a condiciones de empleo determinadas a reunirse un determinado período de antigüedad, una duración del tiempo de trabajo o condiciones salariales, y que cuando resulte adecuado se aplique el principio pro rata temporis.

Correlativamente, el artículo 12.4.d) ET establece que "Las personas trabajadoras a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado, debiendo garantizarse en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres".

Tras la reforma realizada en el RDL 8/2019, de 8 de marzo, se reconoce por el legislador la feminización del trabajo a tiempo parcial y se prohíbe de forma expresa en este precepto tanto la discriminación directa como la indirecta por razón de sexo, en concordancia con lo establecido a nivel comunitario en las Directivas 97/81/CE y 2006/54/CE[61]. Debiendo reputarse, a su vez, a causa de la concurrencia del factor género, y de conformidad con la interpretación aportada por la jurisprudencia comunitaria, que en los casos dudosos es conveniente decantarse por una interpretación no restrictiva de este derecho fundamental. En este sentido, resulta interesante la doctrina plasmada en la STJUE de 3 de octubre de 2019, Minoo-Schuch-Ghannadan, que considera que la cláusula 4.1 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81/CE se opone a una normativa nacional que establece para los trabajadores con contrato de duración determinada a los que se aplica (vinculados a proyectos de investigación universitarios), una duración máxima de las relaciones laborales más larga para los trabajadores a tiempo parcial que para los trabajadores a tiempo completo comparables, a menos que tal diferencia de trato se justifique por razones objetivas y sea proporcionada en relación con dichas razones y que la cláusula 4.2 de dicho Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que el principio pro rata temporis no se aplica a tal normativa. Añadiendo, de forma novedosa y con objeto de garantizar el efecto útil de la normativa comunitaria sobre la carga de la prueba, que el artículo 19.1b) de la Directiva 2006/54/CE debe interpretarse en el sentido de que no exige que la parte que se considere perjudicada por tal discriminación presente, para demostrar una presunción de discriminación, estadísticas, hechos concretos, indicios referidos a los trabajadores afectados por la normativa nacional controvertida, si dicha parte no tiene acceso a tales datos o sólo puede conocer los mismos con grandes dificultades[62].

En cualquier caso, tras los años transcurridos tanto desde la adopción de la Directiva 97/81/CE como desde su transposición en nuestro ordenamiento jurídico, de lo preceptuado tanto a nivel comunitario como nacional se deriva la existencia de cierta inseguridad jurídica, dado que no hay certeza sobre cuándo una diferencia de trato entre trabajadores

61 Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

62 As.C-274/18. En el caso, la parte demandante basó sus alegaciones en datos generales sobre el mercado de trabajo austriaco y añadió que no disponía de datos relativos a los trabajadores en las universidades austriacas a las que se les aplica la ley de universidades.

a tiempo completo y a tiempo parcial está justificada o no por razones objetivas[63], el umbral suficiente de la justificación, y sobre cuándo es pertinente la aplicación del principio de proporcionalidad y no el de igualdad. La ausencia de una mayor precisión legislativa obliga a analizar de forma casuística, caso a caso, los distintos supuestos controvertidos que se plantean, que mayoritariamente son debatidos y dilucidados en el ámbito judicial, y que en bastantes ocasiones se dirimen como asuntos abiertos a la hermenéutica[64].

A causa de la flexibilidad derivada de la normativa vigente, los tribunales comunitarios y nacionales se han pronunciado en heterogéneos casos para precisar si resulta adecuada o no una diferencia de trato, así como la aplicación o no del principio pro rata temporis. Aunque algunos supuestos parecen más evidentes, por ejemplo los vinculados a partidas salariales divisibles y/o cuantificables[65] o a indemnizaciones, hay otros cuya litigiosidad se ha repetido en los últimos años, como el concerniente a las vacaciones, cuyo devengo íntegro, como es sabido, exige un período previo de trabajo de un año en la misma empresa, sin estar condicionado a una duración mínima de jornada. Sin embargo, a pesar de estar en juego el derecho al descanso, a la recuperación física y mental de los trabajadores, son ya varias las sentencias del TJUE[66] que se decantan por reconocer el derecho con una duración proporcional para los trabajadores a tiempo parcial, concurriendo, a nuestro juicio, una cierta confusión entre el cálculo de la duración de las vacaciones, que debiera ser por igual, y de la cuantía de las retribuciones derivadas de este período de descanso, que sí debiera ser proporcional[67].

63 Según reiterada jurisprudencia del TJUE, el concepto de razones objetivas debe entenderse en el sentido de que no permite justificar una diferencia de trato por el hecho de que aquella esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo. La diferencia de trato debe estar justificada por elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes. Además, debe respetar el principio de proporcionalidad, es decir, responder a una necesidad real, ser apta para alcanzar el objetivo perseguido y ser necesaria a tal efecto. Puede ser una razón objetiva, por ejemplo, la alegación por el Estado miembro de la persecución con la medida discutida de un objetivo legítimo de política social.

64 Por ejemplo el artículo 12 del Convenio colectivo de Cableven, SL, BOE de 12 de julio de 2019, carente de precisión adicional alguna establece "Los trabajadores contratados a tiempo parcial tendrán en principio y sin perjuicio de lo que se indica en el párrafo siguiente, los mismos derechos, beneficios sociales e igualdad de trato que los demás trabajadores de la plantilla. Cuando corresponda, en atención a su naturaleza, tales derechos o beneficios podrán resultar inaplicables o, en su caso, aplicados de manera proporcional, en función del tiempo trabajado, garantizándose en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres".

65 En la negociación colectiva, se introducen cláusulas que partiendo de la premisa de que las retribuciones de los trabajadores a tiempo parcial serán proporcionales, establecen que determinados pluses como el de transporte o determinadas partidas como los suplidos de comedor, se cobrarán de forma íntegra. Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional, BOE de 14 de agosto de 2018, artículo 14.3 y Convenio colectivo general de la industria química, BOE de 8 de agosto de 2018, artículo 13.2.

66 SSTJUE LAND TIROL, As.C-486/08, de 22 de abril de 2010, HEIMANN, As.C- 229/11, de 8 de noviembre de 2012, y Auto de 13 de junio de 2013, BRANDES, As. C-415/12. Y STJUE GREENFIELD, As. C- 219/14, de 11 de noviembre de 2015.

67 En este sentido LOUSADA AROCHENA, J.F., "Trabajo a tiempo…", op.cit., pág. 749

Asimismo, son varios los supuestos en los que se dilucida si la forma de distribución del trabajo a tiempo parcial, sólo algunos días con una jornada igual a la de los trabajadores a tiempo completo comparables, o los mismos días de trabajo que éstos con una jornada reducida, puede provocar diferencias de tratamiento justificadas[68]. En este sentido, actualmente está pendiente de ser resuelta una cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia[69], sobre la conformidad a las Directivas 97/81/CE y 2006/54/CE de una disposición convencional y una práctica empresarial, según las cuales a efectos retributivos y de promoción se debe calcular la antigüedad de una trabajadora a tiempo parcial con distribución vertical de la jornada en cómputo anual atendiendo sólo al tiempo de prestación de servicios.

Efecto reflejo de esta falta de seguridad jurídica, es la existencia de cláusulas convencionales que en atención a la duración de la jornada de trabajo a tiempo parcial y/o a su forma de distribución introducen discutidas exclusiones y/o modulaciones en aplicación del principio pro rata temporis. Se pueden localizar algunas cláusulas que, a nuestro juicio, llevan las distinciones y/o la proporcionalidad al extremo, estableciendo, por ejemplo, que teniendo los trabajadores derecho a treinta minutos para la comida, solo les será considerado como tiempo de trabajo efectivo la parte proporcional a la jornada diaria pactada en su contrato de trabajo[70]; o bien vinculando el cómputo del período de prueba a la prestación efectiva de trabajo contratado (fijando un tope de seis meses naturales de prestación de servicios)[71]; o bien disponiendo, una vez reconocido en convenio el derecho a un día de ausencia retribuido no recuperable, una distinción por la que cuando el contrato de trabajo establezca una jornada anual de menor duración que la establecida en convenio, el día de libre disposición será abonado en proporción a la jornada de trabajo; o incluso precisando que lo que debiera ser la excepción es la regla general, al señalar que "El personal que preste servicios mediante contrato a tiempo parcial tendrá derecho al disfrute de los mismos derechos que el personal de jornada completa, si bien, como regla general, los disfrutarán en proporción a la jornada que realicen"[72].

En un análisis de conjunto se puede concluir que a pesar de que de la doctrina de los tribunales, por lo general, se puede deducir la necesaria salvaguarda del respeto al contenido esencial del derecho a la igualdad de los trabajadores a tiempo parcial, más aún cuando entran en juego la existencia de eventuales casos de discriminación indirecta por razón de

68 En lo relativo a la protección social, vid SSTJUE de 10 de junio de 2010, PETTINI, LOTTI, y MATEUCCI, Asuntos acumulados C-395/08 y 396/08, en relación al modo de cálculo de los períodos que dan acceso a una pensión de jubilación, y de 9 de noviembre de 2017, ESPADAS RECIO, As.C-98/15, sobre el modo de cálculo del período de carencia para acceder a una prestación de desempleo.

69 Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 13 de noviembre de 2018, Agencia Estatal de la Administración Tributaria/SJ (As. C-705/18).

70 Convenio colectivo de Hostelería para la provincia de Málaga, BOP de 23 de agosto de 2018, artículo 21.

71 VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia, BOE de 6 de julio de 2017, artículo 6.

72 I Convenio colectivo de Quirón Prevención, SLU, BOEde 25 de junio de 2019, artículo 27.

sexo, la falta de precisión legislativa conduce a la proliferación de casos discutidos, como los relativos a las vacaciones, en los que se adolece de la debida seguridad jurídica.

6. LAS TRANSICIONES DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL A TIEMPO COMPLETO Y VICEVERSA

Desde la adopción de la Directiva 97/81/CE se hace hincapié en la importancia del principio de voluntariedad en el trabajo a tiempo parcial. Una de las manifestaciones más claras del mismo, es la forma de regular los tránsitos entre jornada a tiempo parcial y a tiempo completo y viceversa, así como en el seno de la propia jornada a tiempo parcial.

Alrededor de esta cuestión surge una amplia litigiosidad, pues tras varios pronunciamientos del Tribunal Supremo[73] y la STJUE Mascellani, de 15 de octubre de 2014, no queda claro el alcance del principio de voluntariedad en las conversiones contractuales.

De la discutible doctrina del TJUE, se deduce que de la cláusula 5.2 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81/CE no se desprende la obligación de los Estados miembros de adoptar "una normativa que supedite al acuerdo del trabajador la transformación de su contrato laboral a tiempo parcial en contrato laboral a tiempo completo", sino que "solo pretende impedir que la negativa de un trabajador a tal transformación de su contrato laboral pueda ser el único motivo de su despido". Concluyendo el Alto Tribunal de Luxemburgo que dicha cláusula no se opone a una normativa que permita al empleador disponer, cuando existan motivos para ello, la transformación de un contrato a tiempo parcial en uno a tiempo completo sin el acuerdo del trabajador afectado. La consecuencia de esta doctrina es que la protección jurídica del trabajador es muy leve, y si esta postura no es matizada, puede chocar frontalmente con el perfil feminizado del trabajo a tiempo parcial, lo que no parece haber sido tenido en consideración por el TJUE. Y a ello hay que añadir que la debilidad del empleado es aún más acentuada cuando la modificación es a la inversa, cuando hay un perjuicio económico evidente para el trabajador que sufre la reducción de su jornada de trabajo. En estos casos, la doctrina del TJUE no esclarece si existe una lesión del principio de voluntariedad, pero parece probable que la interpretación tenga una operatividad extensa, y que siempre que la decisión empresarial sea motivada, según las necesidades de funcionamiento del establecimiento, se admita la alteración contractual.

Desde una perspectiva de derecho interno, se han de recordar las dudas, ya resaltadas en el apartado dos de este estudio, que suscita la doctrina del Tribunal Supremo que tolera que se canalicen disminuciones de jornada a través del artículo 41 ET, al considerarse que en estos casos si no hay consentimiento del trabajador no concurre una transformación contractual, sino la difusa figura del contrato a tiempo completo con una jornada reducida

73 Vid, entre otras, SSTS de 14 de mayo de 2007, rec. 85/2006 y de 7 de octubre de 2011, rec. 144/2011, así como el contenido del apartado 2 de este estudio, sobre la delimitación conceptual del contrato a tiempo parcial en nuestro sistema de relaciones laborales como un acuerdo de voluntades, y la creación jurisprudencial de la difusa figura del contrato a tiempo completo con una jornada reducida.

y no aclararse si sería aplicable, al menos de forma transitoria, el régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial[74].

En cuanto a la promoción de los tránsitos entre ambos tipos contractuales, desde años atrás, en transposición de la cláusula 5.3 del Acuerdo marco, se incluyen en el Estatuto de los Trabajadores derechos de información sobre las vacantes existentes y preferencias, que no derechos preferentes, para facilitar la atención de las solicitudes de los trabajadores (artículo 12.4.e) ET). Entre los objetivos de la Directiva está la promoción del trabajo a tiempo parcial y la elusión de obstáculos a su desarrollo, y a este fin responde revalorizar la opción de incentivar la movilidad contractual con unas garantías adecuadas y tender puentes entre el trabajo típico y el atípico[75].

Es más, en un entorno laboral cambiante, en el que hay que procurar el equilibrio entre los objetivos y estrategias empresariales y las necesidades e intereses de los trabajadores, concurren datos que abundan en visibilizar y dignificar esta vicisitud. En el año 2019, dos de las directivas adoptadas en la esfera del derecho social comunitario hacen mención a las transiciones contractuales. Concretamente, la Directiva (UE) 2019/1152, de 20 de junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, en su artículo 12 se ocupa de esta materia, precisando que "Los Estados miembros garantizarán que un trabajador con una antigüedad mínima de seis meses con el mismo empleador, que haya completado su período de prueba, en caso de exigírsele, pueda solicitar una forma de empleo con unas condiciones laborales que ofrezcan una previsibilidad y una seguridad mayores, si las hay, y recibir una respuesta motivada por escrito. Los Estados miembros podrán limitar la frecuencia de las solicitudes que dan lugar a la obligación prevista en el presente artículo"[76]. Y en el mismo sentido la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, enfatiza en su artículo 9 que "Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores con hijos de hasta una edad determinada, que será como mínimo de ocho años, y los cuidadores, tengan derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para ocuparse de sus obligaciones de cuidado", y que los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de acogerse a dichas formas en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores, debiendo justificar cualquier denegación de las mismas, así

74 Afirmando, en relación a su concordancia con lo dispuesto en el artículo 12.4.e) ET, el carácter meramente formal de esta doctrina judicial, YSÁS MOLINERO, H., "El tiempo de trabajo en el trabajo a tiempo parcial", Documentación Laboral, nº 105, 2015, pág. 73.

75 Vid CABEZA PEREIRO, J., y LOUSADA AROCHENA, J.F. "El trabajo a tiempo parcial: algunos comentarios…", op.cit., pág. 432.

76 Precisando en el apartado 2 del artículo 12 que "Los Estados miembros velarán por que el empleador remita la respuesta motivada a que se refiere el apartado 1 en el plazo de un mes a partir de la solicitud. Respecto de las personas físicas que actúan como empleadoras y las microempresas y las pequeñas o medianas empresas, los Estados miembros podrán ampliar este plazo hasta un máximo de tres meses y permitir una respuesta oral a una solicitud similar subsiguiente presentada por el mismo trabajador si la justificación para la respuesta por lo que respecta a la situación del trabajador no ha cambiado".

como cualquier aplazamiento, y precisando que cuando la duración de las fórmulas de trabajo flexible a que se hace referencia en el apartado 1 esté limitada, el trabajador tendrá derecho a volver a su modelo de trabajo original al término del período acordado o a solicitar retornar al mismo antes de que finalice el período acordado siempre que lo justifique un cambio en las circunstancias[77]. Este último precepto comunitario es transpuesto en nuestro ordenamiento en el artículo 34.8 ET, que remite a que en la negociación colectiva se pacten los términos de ejercicio de este derecho, o a que, en su ausencia, se abra un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un máximo de treinta días. Debiendo el empleador, en todo caso, motivar el sentido de su resolución.

En los supuestos de transiciones entre trabajo a tiempo parcial y a tiempo completo y viceversa, se revela sustancial la intervención de la negociación colectiva para facilitar la efectividad de los derechos subjetivos de los trabajadores, condicionados a la toma en consideración en la medida de lo posible por los empresarios, así como el efecto útil de los mandatos derivados de la Directivas comunitarias. En los convenios colectivos se deberían introducir previsiones específicas sobre al procedimiento que se debe seguir para cubrir vacantes o incrementos de jornada con trabajadores de la misma empresa: su forma, plazos, criterios dirimentes ante la concurrencia de solicitudes preferentes[78], el rol de los representantes de los trabajadores, las consecuencias de los incumplimientos empresariales…; así como coadyuvar a conceder mayor seguridad jurídica, unos derechos más perfectos, a tránsitos de ida y vuelta como los relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral. Sin embargo, hasta ahora las previsiones convencionales no realizan esta tarea de manera suficientemente solvente, limitándose en un gran número de ocasiones a reiterar el deber empresarial de informar sobre las vacantes existentes y la preferencia[79] que tienen los trabajadores a tiempo parcial a optar a las mismas. Sería deseable que la negociación colectiva, en un contexto normativo que aboga por promocionar y garantizar las transiciones contractuales en un mercado laboral flexible, asuma un rol activo que permita materializar los derechos de los trabajadores y tender puentes entre el trabajo típico y el atípico. Adicionalmente, tras la adopción de la Directiva (UE) 2019/1152, se refuerza lo establecido en la Directiva 97/81/CE, y parece exigible una reforma del artículo 12.4.e) ET, para habilitar el derecho del trabajador a solicitar una transición contractual en el marco de un procedimiento más preciso y previsible, según los mandatos derivados del artículo 12.1 y 2

77 En este caso, también se indica que los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de volver anticipadamente al modelo de trabajo original, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores.

78 Por ejemplo el convenio colectivo de Paradores de Turismo de España, SME, SA, (excepto los Hoteles San Marcos de León y Reyes Católicos de Santiago de Compostela), BOE de 9 de mayo de 2019, artículo 5.e),precisa que para cubrir una plaza a tiempo completo, tendrá en cuenta la preferencia de las personas que en el mismo departamento y parador tengan contratos a tiempo parcial y siempre que su contrato tenga la misma consideración quela plaza a cubrir (temporal o indefinido), lo que supondrá la adjudicación directa por orden de antigüedad. Igualmente, en los casos en los que la plaza a cubrir sea a tiempo parcial, tendrán preferencia las personas con contrato a tiempo parcial y jornada inferior a la de la vacante. Este mismo derecho lo tendrá el personal fijo discontinuo. En caso de que haya dos o más trabajadores que cumplan con el requisito de antigüedad, para el desempate se realizará una prueba conforme a lo establecido en el artículo 13.

79 Entre otros, convenio colectivo Kiwokepet, SLU y Kivet, SLU, BOE de 1 de octubre de 2019, artículo 10.G.6.

de la Directiva (UE) 2019/1152[80], cuya transposición deberá ser completada a más tardar el uno de agosto de 2022.

7. CONCLUSIONES

La evolución de la economía y del mercado de trabajo, la denominada cuarta revolución industrial, conduce a la aparición de nuevas formas de trabajo y a la paulatina expansión del trabajo atípico. El trabajo a tiempo parcial es uno de los paradigmas del mismo, y cada vez se encuentra más implantado en nuestro sistema de relaciones laborales –actualmente ya asciende al 15,1% del volumen de empleo total-. En España, desde la reforma laboral de 2012, que implementó una serie de medidas que flexibilizaron de forma desproporcionada el régimen jurídico del contrato de trabajo a tiempo parcial, su incremento es prácticamente constante, contribuyendo a la creación de empleo desde una perspectiva cuantitativa, que no cualitativa.

El desarrollo de un trabajo a tiempo parcial de calidad es uno de los objetivos cuya consecución debería procurarse en los próximos años, en línea con lo advertido tanto por la OIT en su Programa del Trabajo Decente y en su Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada, como por el Derecho Comunitario, fundamentalmente en las Directivas 97/81/CE y 2019/1152.

La reciente adopción de esta última Directiva impulsa la lucha contra la precariedad laboral en la Unión Europea y prohíbe la utilización abusiva de los contratos atípicos. Para ello, introduce unos derechos mínimos de los trabajadores, desde el prisma de la previsibilidad y la seguridad en el empleo, en orden a obtener un equilibrio entre los objetivos y estrategias empresariales y los intereses y necesidades de los trabajadores.

Desde esta óptica, es necesario resaltar que el régimen jurídico laboral del trabajo a tiempo parcial vigente en España presenta algunas carencias que, a nuestro juicio, deberán ser solventadas tanto con algunas reformas legislativas como con una intervención más incisiva de la negociación colectiva.

La labor legislativa es necesaria en varias materias. En lo relativo a la delimitación del trabajo a tiempo parcial, partiendo de su amplitud, sería conveniente aclarar la compatibilidad de las cláusulas 3.1 y 5.2 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81/CE y de los artículos 12.1 y 12.4.e) ET con la doctrina del TS que tolera las disminuciones involuntarias de jornada canalizadas a través del procedimiento establecido en el artículo 41 ET, considerando de forma artificiosa que al no nacer de un acuerdo de las partes no existe una novación contractual, sino que concurre un contrato a tiempo completo con una jornada reducida con una duración incierta, al que no es de aplicación el régimen jurídico singular del trabajo a tiempo parcial. Adicionalmente, en relación a la transposición de la Directiva

80 En la misma línea, son ya varios los ordenamientos jurídicos de Estados miembros que introducen procedimientos de transición entre el trabajo a tiempo parcial y a tiempo completo y viceversa con un esquema similar al del artículo 12 de la Directiva 2019/1152. Vid, al respecto, CABEZA PEREIRO, J., El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo…, op.cit, págs. 72 y 73.

(UE) 2019/1152, será indispensable adaptar el artículo 12 ET a las previsiones que exigen que los Estados miembros velen porque los empresarios informen a cada trabajador, según si su patrón de trabajo es total o mayoritariamente previsible o imprevisible, sobre una serie de precisiones. Entre las mismas, es imperativo contemplar la introducción de la obligación empresarial de informar al trabajador a tiempo parcial que haya suscrito un pacto de horas complementarias sobre "las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje" (artículo 4.2.m) ii) de la Directiva). Asimismo, en relación a los tránsitos entre trabajo a tiempo parcial y a tiempo completo y viceversa, para tender puentes entre el trabajo típico y el atípico y materializar los derechos de los trabajadores, es obligado modificar el contenido del artículo 12.4.e) ET, para adaptar las características del procedimiento instaurado a la mayor previsibilidad y precisión que se contempla en el artículo 12 de la Directiva (UE) 2019/1152.

En cuanto al rol de la negociación colectiva, dada la desproporcionada flexibilidad de la jornada a tiempo parcial, para evitar abusos y fraudes que habiliten el cumplimiento de una jornada mayor que la pactada, salvaguardar la salud laboral del trabajador, y permitir que pueda conocer, al menos de forma orientativa, la duración y distribución de la jornada, es conveniente implantar en sede convencional límites y medidas que permitan un desarrollo más equilibrado de la misma. Por ende, para favorecer una mayor calidad del trabajo a tiempo parcial serían aconsejables, entre otras cláusulas, las que prevean la precisión de días de la semana y períodos en los que es exigible la prestación de trabajo, la delimitación del número de interrupciones posibles en la jornada a tiempo parcial, la fijación de franjas horarias para las horas complementarias y, en su caso, las ordinarias, de plazos de preaviso razonables para la realización de las horas complementarias, de limitaciones o precisiones sobre la combinación de la distribución irregular de la jornada de trabajo y el trabajo a tiempo parcial…

El impulso que la implementación de la Directiva (UE) 2019/1152 puede provocar en la aplicación de estas medidas, junto al incremento de los medios públicos puestos a disposición del control de los abusos y fraudes que habitualmente rodean la ordenación de la jornada de trabajo a tiempo parcial, coadyuvarán a la defensa de los derechos laborales, en pos de un trabajo digno, dado que actualmente en el mercado de trabajo español está muy extendida la correlación trabajo atípico, trabajo a tiempo parcial y trabajo precario.

PONENCIA GENERAL SEGUNDA
EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

JULIA MUÑOZ MOLINA
Profesora Titular de Universidad. Universidad de Córdoba

I. Cómputo de los preriodos de cotización
II. Cuantía de las prestaciones económicas
    1. Base reguladora
        a) Incapacidad temporal
        b) Maternidad y paternidad (hoy nacimiento y cuidado de menor)
        c) Riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia
        d) Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave
        e) Pensiones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia
    2. Integración de lagunas en las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común
    3. Porcentaje aplicable a las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común
    4. Complementos a mínimos
    5. Protección por desempleo
III. Conclusiones

El sistema de Seguridad Social, en su configuración inicial, se articuló sobre un modelo de relaciones laborales basado en la prestación de servicios a jornada completa y con vocación de duración indefinida, por lo que la aparición de contratos con jornadas reducidas, entre los que se encuentra el contrato a tiempo parcial, ha planteado constantemente problemas de adaptación, adaptación que aún no se ha logrado, como tendremos ocasión de comprobar. Además, el criterio por el que se decante la norma puede desplegar efectos distintos en atención a la distribución del tiempo de trabajo, más o menos homogénea (trabajo a tiempo parcial horizontal), o concentrada en determinados periodos (trabajo a tiempo parcial vertical), como ha ocurrido recientemente en materia de desempleo.
Las reformas del trabajo a tiempo parcial desde la perspectiva laboral han tenido un claro objetivo, el de fomentar su utilización; sin embargo, no han venido acompañadas de una adaptación armónica de los mecanismos protectores de Seguridad Social para que el acceso a las prestaciones por parte de los trabajadores a tiempo parcial sea efectivo, y las modificaciones normativas que se han producido han venido impulsadas por los pronunciamientos judiciales, en especial, del TC y del TJUE.

La normativa específica de Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial se recoge básicamente en la Sección 1ª del Capítulo XVII del Título II de la LGSS, arts. 245 a 248, y en los arts. 269.2 y 270.1 de esta misma Ley en relación con la protección por desempleo; así como en el RD 1131/2002, de 31 de octubre[1].

La protección que el sistema de Seguridad Social dispensa a los trabajadores contratados a tiempo parcial se rige por el principio de asimilación en relación con los trabajadores a tiempo completo, aunque la reducción del tiempo de trabajo en relación con la jornada ordinaria o habitual y proporcionalmente del salario influye inevitablemente en las reglas de Seguridad Social[2], y repercute directamente en un sistema de cotización que es proporcional a la remuneración efectivamente percibida en función de las horas trabajadas[3], y que tiene sus principales efectos en la cuantía de las prestaciones económicas y en el cómputo de los períodos de carencia necesarios para devengar derecho a las mismas.

El problema surge en que, más allá de las cotizaciones donde claramente se debe aplicar la proporcionalidad, no resulta tan claro cuando hay que aplicar esta o cuando hay que aplicar el principio de asimilación plena a los trabajadores a tiempo completo, lo que ha suscitado numerosos problemas en torno a cómo se debe de modular el principio de proporcionalidad para no vulnerar los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, no sólo en el ámbito interno, art. 14 CE, sino también en el contexto del Derecho de la Unión Europea, donde destaca la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

1 Estas reglas son aplicables a los trabajadores por cuenta ajena con contrato a tiempo parcial, incluidos los de relevo y los fijos discontinuos, de conformidad con lo establecido en los arts. 12 y 16 del ET, comprendidos en el campo de aplicación del Régimen General. También se aplican a los trabajadores a tiempo parcial o fijos discontinuos incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social (art. 245.2 LGSS).

2 Art. 241.1 LGSS.

3 Art. 256 LGSS.

En esta ponencia nos vamos a centrar en las particularidades previstas en materia de protección social para los trabajadores a tiempo parcial previstas en la LGSS: el cómputo de los periodos de cotización y la cuantía de las prestaciones económicas, principalmente nos detendremos en aquellas cuestiones que han suscitado una mayor polémica, como son, la integración de lagunas, el porcentaje aplicable a las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, y el complemento a mínimos. Dedicaremos un apartado especial al desempleo, y no entraremos en el tema de la cotización de los trabajadores a tiempo parcial[4].

I. CÓMPUTO DE LOS PERIODOS DE COTIZACIÓN

El cómputo de los periodos de cotización en los contratos a tiempo parcial ha experimentado una cambiante evolución normativa, motivada principalmente por los pronunciamientos del TC, como tendremos ocasión de comprobar.

El cómputo de los periodos de carencia va íntimamente unido a la cotización y concretamente a la evolución experimentada en la materia, que paso de un sistema de cotización por días trabajados, con independencia del número de horas realizadas, a una cotización mensual[5].

En su inicio la Seguridad Social se decanta por un sistema de cotización de bases tarifadas, siendo obligatorio cotizar por la base de tarifa correspondiente a la categoría profesional asignada al trabajador, cualquiera que fuera el número de horas que trabajase diariamente, sin que se tenga en consideración la duración de la jornada[6], por lo que el módulo temporal para el cálculo de la cotización era el día, de tal forma, que cuando el trabajador no trabajaba todos los días del mes, se preveía que la empresa le diera de alta y baja sucesivamente, solo cotizaba por los días de alta. En este contexto, la exigencia de un determinado periodo de cotización como requisito para el acceso a determinadas prestaciones, operaba en términos de rigurosa igualdad, pues la carga contributiva mínima al sistema era la misma en todo caso, y venía calculada por días completos de cotización.

De esta forma, la reducción del salario como consecuencia de la reducción de la jornada quedaba neutralizada por el carácter unitario de la base de cotización correspondiente dentro de la categoría profesional, y el carácter parcial del contrato no incidía en el nivel de protección.

---

4 Un estudio completo vid., entre otros, GONZALEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; ROQUETA BUJ, R. La protección social de los trabajadores a tiempo parcial, CES, Madrid, 2002; RUIZ SALVADOR, J.A. Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo. Especialidades de su protección social, Bomarzo, Albacete, 2003; AA.VV (Dir. Del Rey Guanter, S.) El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad Social, La Ley, Madrid, 2003, pp. 189 y ss.

5 Para un estudio amplio de la evolución, vid. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. La contratación laboral a tiempo parcial y la Seguridad Social, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 141 y ss.

6 Arts. 73 y 74 LSS de 1966.

La introducción, por la Ley 24/1972, de la cotización sobre salarios reales ofrecía la posibilidad de que en el contrato a tiempo parcial se cotizara por el salario efectivamente percibido, si bien tendría como tope mínimo la cuantía íntegra del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, en cuyo caso, esa sería la base de cotización, cualquiera que fuera el número de horas trabajadas. Previsión que se recogió expresamente en el art. 74.4 LGSS de 1974.

Fue el ET de 1980 el que estableció por primera vez una regulación específica del contrato a tiempo parcial y una cotización acorde con la parcialidad de la relación laboral, al determinar que la misma "se efectuará en razón de las horas o días realmente trabajados"[7], con lo cual se rompía la rigidez contenida en el art. 74.4 de la LGSS. La finalidad de esta norma era sin duda fomentar el empleo de dichos trabajadores mediante la reducción de los costes sociales; sin embargo, nada establecía sobre la incidencia que esta nueva regla de cotización pudiera tener a efectos del periodo de carencia.

El RD 1362/1981, de 3 de julio, primer desarrollo reglamentario del art. 12 del ET, no contenía reglas específicas en materia de protección social, si bien habilitó al Ministro de Trabajo para que "realizase las adaptaciones precisas en las normas que configuran el régimen de cotizaciones y prestaciones", materia que es abordada en la Orden del entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 20 de enero de 1982, a través de la cual se dictan reglas sobre la contratación a tiempo parcial y la Seguridad Social, si bien limitadas a la cotización. A su vez, a través de la Orden Ministerial mencionada se facultó a la Subsecretaria de la Seguridad Social para que desarrollase las previsiones legales en el ámbito de las prestaciones, lo que se lleva a cabo mediante la Resolución de la citada Subsecretaría de 1 de febrero de 1982.

A través de esta Resolución, la protección social de los trabajadores contratados a tiempo parcial se reordena en base al principio de "proporcionalidad estricta", es decir, que las personas contratadas a tiempo parcial se les reconocían los mismos derechos de Seguridad Social que a los trabajadores contratados a tiempo completo, si bien en proporción al tiempo trabajado y, consecuentemente, cotizado. Concretamente, en su regla 3ª se establecía expresamente que, a efectos de reunir los periodos de cotización en el Régimen de que se tratase para causar derecho a las prestaciones, habrían de computarse los días u horas efectivamente trabajados, precisando que, en los supuestos de trabajo por horas, el número de días teóricos computable sería el resultado de dividir la suma de las horas efectivamente trabajadas por el número de horas que constituyesen la jornada habitual para la actividad de que se tratase.

Hay que advertir, no obstante, que la regla anterior no era aplicable a todas las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, pues para las prestaciones por desempleo cada día trabajado se computaba como día cotizado, cualquiera que fuese la duración de la jornada[8]. Además, este mismo criterio fue aplicado a efectos de la desaparecida incapacidad

7 Art. 12.2 ET.

8 Art. 3.4 RD 625/1985, de 2 de abril, dictado en desarrollo de la Ley 31/1984, de 2 de agosto de protección por desempleo.

laboral transitoria por la STS de 26 de mayo de 1993[9], al considerar que la citada Resolución de 1 de febrero de 1982 carecía de eficacia normativa, doctrina que fue extendida por posteriores Sentencias a otras prestaciones de la Seguridad Social.

Contra esta jurisprudencia reaccionó el RD 2319/1993, de 29 de diciembre, cuya disposición adicional 9ª reprodujo el criterio de la Resolución citada. Este mismo criterio es reiterado en las Leyes 10/1994 y 42/1994. En efecto, la Ley 10/1994, de 19 de mayo[10], estableció que a efectos de determinar los periodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computarían exclusivamente las horas o días efectivamente trabajados, y que reglamentariamente se determinaría la forma de cálculo de los días de cotización exigibles; así como de los periodos en que los mismos debían de estar comprendidos. A su vez, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, dio nueva redacción a este precepto, en el único aspecto de suprimir la referencia a los días trabajados, como ya hiciera el RD-Ley 18/1993, de 3 de diciembre[11], de forma que el cómputo de los periodos de cotización se realizase siempre en función de las horas trabajadas, aunque se tratase de contratos a tiempo parcial con jornada diaria completa pero con menor número de días de la jornada semanal, eliminando así el trato diferente entre contrato parciales por horas y por días.

Esta regulación quedó recogida en el apartado 2 de la disposición adicional 7ª de la LGSS de 1994 y en el apartado 2º del art. 12.4 del ET de 1995[12].

El acceso a las prestaciones de Seguridad Social se hacía en términos de estricta proporcionalidad, lo que podía provocar unos efectos desproporcionados en la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, que podía ser casi inexistente, especialmente en aquellas prestaciones económicas para cuyo reconocimiento precisan, como requisito previo, de la acreditación de un periodo amplio de cotización, como puede ser el caso de las pensiones de jubilación o de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, lo que vino a suscitar problemas de constitucionalidad.

En efecto, este criterio de proporcionalidad estricta en el cómputo de los periodos de cotización fue declarado inconstitucional y nulo por la STC 253/2004, de 22 de diciem-

9 Rec. 2739/1992.

10 Art. 4.3.

11 Con el RD-Ley 18/1993 se produce un cambio sustancial en la cotización del contrato a tiempo parcial, a partir de entonces se utiliza únicamente como unidad de tiempo la hora trabajada, la base de cotización estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas.

12 Con posterioridad, la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, y su desarrollo normativo, el RD 489/1998, de 27 de marzo, introdujeron un cambio significativo al equiparar la protección social de todos los trabajadores a tiempo parcial, con independencia del número de horas realizadas. No obstante, en la materia que nos ocupa, el art. 3 del RD citado señalaba que "a efectos de la determinación de los periodos de cotización y de las bases reguladoras de las prestaciones, excluidas las prestaciones por desempleo, que se regirán por su normativa específica, será de aplicación lo establecido en la disposición adicional novena del RD 2319/1993, así como en el artículo siguiente del presente RD" (referido únicamente a las prestaciones de incapacidad temporal y maternidad).

bre[13], por vulnerar el principio de igualdad y provocar una discriminación indirecta por razón de sexo, si bien tuvo una repercusión limitada porque el criterio se había modificado por el RD-Ley 15/1998, de 27 de noviembre.

Para el TC, el principio de contributividad que informa nuestro sistema de Seguridad Social justifica que el legislador establezca que las bases reguladoras de las prestaciones se calculen en función de lo efectivamente cotizado, pero lo que no está justificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social, diferenciación que se considera arbitraria y desproporcionada. Además, el Tribunal tiene en cuenta que esta situación afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, por lo que estima que la norma provoca una discriminación indirecta por razón de sexo.

El RD-Ley 15/1998 dio nueva redacción a la disposición adicional 7ª de la LGSS, y específicamente en la materia que nos ocupa mantuvo, en principio, el criterio de proporcionalidad respecto al cómputo de los periodos de carencia, indicando que, a efectos de determinar los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización.

Ahora bien, como novedad, la norma atenuó la aplicación de este criterio mediante la introducción de dos reglas correctoras: en primer lugar, pasó a definir el concepto de día teórico de cotización, que resulta de dividir el número de horas trabajadas entre cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientas veintiséis horas anuales de trabajo efectivo; en segundo lugar, estableció que, para el reconocimiento del derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización obtenido conforme a lo dispuesto en la regla anterior se le aplicará el coeficiente multiplicador del 1,5, resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los periodos mínimos de cotización, y sin que en ningún caso pueda computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo[14].

La nueva regulación atenúa los efectos derivados de una estricta proporcionalidad, favoreciendo que los trabajadores a tiempo parcial puedan alcanzar los periodos de cotiza-

13 A la que siguieron las SSTC 49 y 50/2005, de 14 de marzo.

14 Cuando para poder causar la prestación de que se trate, excepto en lo que se refiere a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, el periodo mínimo exigible deba estar comprendido dentro de un lapso de tiempo inmediatamente anterior al hecho causante, este lapso se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente (art. 3 RD 144/1999, de 29 de enero, que desarrolla en materia de acción protectora el RD-Ley 15/1998). El RD 144/1999 mantiene la regla específica para la carencia cualificada, ya contemplada en el RD 2319/1993, salvo en el caso de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, y omitida en el RD-Ley 15/1998.

ción exigidos para las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente. Reconocer un plus de medio día adicional cotizado por cada día teórico de cotización obtenido mediante la aplicación de la regla legal, facilitará, sin duda, el acceso a la protección de aquellos trabajadores a tiempo parcial con jornada de trabajo de duración más elevada, así como la de aquellos en cuya vida laboral los periodos de trabajo a tiempo parcial representan una pequeña proporción respecto del conjunto de su vida activa. Sin embargo, cuando la jornada habitual del contrato a tiempo parcial no resulte muy elevada, la aplicación del criterio de proporcionalidad seguirá, a pesar de la regla correctora, constituyendo un obstáculo desproporcionado.

Esta nueva fórmula, recogida en la disposición adicional 7ª.1, regla 2ª de la LGSS de 1994, fue declarada también nula e inconstitucional por la STS 61/2013, de 14 de marzo[15], por vulnerar el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, siguiendo el canon de enjuiciamiento fijado en la precedente STC 253/2004, así como en la doctrina del TJUE contenida en la Sentencia de 22 de noviembre de 2012, resolutoria de una petición de decisión prejudicial planteada sobre la misma previsión normativa[16].

La STC 61/2013 considera que las reglas sobre el cómputo del periodo de cotización no permiten superar los parámetros de justificación y proporcionalidadexigidos por el art. 14 de la Constitución, dado que las medidas de corrección en su momento introducidas no consiguen evitar los resultados especialmente gravosos y desmesurados a que la norma puede conducir. Añade, que las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los periodos de carencia que siguen experimentando los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a jornada completa se encuentran desprovistas de una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Razón por la que declara que la norma cuestionada vulnera el art. 14 de la CE, tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo. El RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto[17], vino a integrar la laguna

15 Seguida de otras posteriores, SSTC 71 y 72/2013, de 8 de abril, y 116 y 117/2013, de 20 de mayo.

16 La STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto Elba Moreno (C-385/11), constatando el perjuicio de la norma cuestionada sobre los trabajadores a tiempo parcial, con incidencia mayoritaria sobre el empleo femenino, y no apreciando justificación objetiva que permita descartar la existencia de discriminación indirecta por razón de sexo, concluye que "el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE, debía interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un periodo de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada".

17 Un análisis del RD-Ley, vid. PANIZO ROBLES, J.A. "Las nuevas reglas de Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial. (Comentario de urgencia al contenidodel Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social", CEF-Laboral Social, agosto 2013, en www.laboral-social.com; SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. Trabajo a tiempo parcial y protección social: el derecho a las prestaciones de Seguridad Social tras el RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto, de protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes de orden económico y

que la anulación de la regla mencionada produjo en orden al cómputo de los periodos de carencia, dando nueva redacción a la disposición adicional 7ª de la LGSS de 1994, cuyo contenido pasará después al art. 247 de la LGSS actualmente vigente.

La nueva regulación mantiene el criterio de la proporcionalidad para determinar el periodo de carencia para el acceso a las prestaciones, pero con una fórmula más equitativa y flexible que tiene distintas fases.

En primer lugar, se tienen en cuenta los distintos periodos en los que el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, al margen de la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos. Para obtener el número de días que se considerarán efectivamente cotizados, a cada uno de estos periodos se le aplicará el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la realizada por un trabajador a tiempo completo comparable. Al número de días que resultan se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computable para el acceso a las prestaciones.

A continuación, se procede a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la regla anterior, sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador[18]. El periodo mínimo de cotización exigido para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido será el resultado de aplicar al periodo de carencia exigido con carácter general el coeficiente global de parcialidad, y en los supuestos en los que se exija además que parte o la totalidad del periodo mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar este periodo específico, siendo el espacio temporal en el que deba estar comprendido, el establecido con carácter general para la prestación de que se trate.

La norma recoge una compleja fórmula que favorece la igualdad y la proporcionalidad, adapta el periodo de cotización exigido al promedio de la jornada laboral realizada por el trabajador a lo largo de su vida laboral, esto implica una reducción del periodo de carencia en la proporción que resulte del coeficiente global de parcialidad, y hace posible que se cumpla el requisito de carencia al margen de la jornada realizada, lo que supone un gran avance frente a la regla anterior que mantenía el mismo periodo de carencia para los trabajadores a tiempo completo y parcial, en algunos casos atenuada con el coeficiente multiplicador de 1,5. Y es claramente beneficiosa para los trabajadores a tiempo parcial, especialmente, para aquellos que desempeñan una jornada de trabajo de corta duración o que gran parte de su carrera laboral se desarrolla a tiempo parcial[19].

social", REDT nº. 160, 2013.

18 Para el subsidio de incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años; y para los subsidios por nacimiento y cuidado de menor se calculará sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral.

19 Como mantiene un sector importante de la doctrina, entre otros, GARCÍA NINET J.I. y

En cualquier caso, el RD-Ley 11/2013 invoca en su exposición de motivos un propósito normativo de igualdad respecto a los trabajadores a tiempo completo, pero en el texto mantiene un trato diferencial, los periodos con contrato vigente a tiempo parcial no son tratados de igual modo que cuando se trata de trabajadores a tiempo completo, el legislador se resiste, dando prioridad a las horas cotizadas y no al tiempo cotizado, y como tendremos ocasión de comprobar, las dudas sobre la protección social de los trabajadores a tiempo parcial y su adecuación a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación no cesan y, quizá es que, como apuntó en su momento González del Rey, aún no se ha cerrado el círculo y el dialogo entre la jurisdicción, especialmente la comunitaria y la constitucional, y el legislador[20].

En efecto, el TC y el TJUE nos marcan una línea de actuación muy clara, la proporcionalidad ha de manifestarse en uno solo de los elementos integrantes de la acción protectora de los trabajadores a tiempo parcial, para evitar la doble penalización o la doble aplicación del principio prorrata temporis y que la regulación se acomode a las exigencias constitucionales y comunitarias de igualdad y no discriminación, y con la nueva regla de cálculo de la carencia, vigente actualmente, tampoco se logra salvar íntegramente el riesgo de la doble proporcionalidad.

Por todo ello, consideramos que se deben reconocer a los trabajadores a tiempo parcial tantos días cotizados como días de permanencia en situación de alta en la Seguridad Social[21], con independencia de cuál sea la reducción de la jornada y de cómo se distribuya el tiempo de trabajo, lo que supondría una asimilación completa al cómputo de la carencia de los trabajadores a tiempo completo, pues el tiempo cotizado es el mismo, y a su vez simplificaría la gestión de las prestaciones de estos trabajadores dada la complejidad del cálculo de las carencias[22]. Y ello con independencia de que se modificara la composición actual del

---

VICENTE PALACIO, A. "Periodo de carencia de los trabajadores a tiempo parcial: derogación discriminatoria del párrafo 2 del artículo 12.4 Estatuto de los Trabajadores", en Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social: elenco y estudio de las Sentencias del Tribunal Constitucional, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), Tomo XXII, 2004, pp. 437 y ss.; GALA DURÁN, C. "Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social: un paso atrás en el camino de la equiparación de condiciones. Comentario de la STC 156/2014, de 25 de septiembre", IUSLabor 3/2014; FERNANDEZ ORRICO, F. J. La contratación laboral…., op. cit., p. 211; DESDENTADO DAROCA, E. "Contrato de trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social. Análisis y reflexiones críticas tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2019", Revista de Derecho Social nº. 86, 2019, pp. 107-108.

20 GONZALEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. "Ley General de Seguridad Social y trabajo a tiempo parcial: Sentencia TC 253/2004, de 22 de diciembre", en AA.VV. (Dir. García Murcia, J.) El control de las normas laborales y de Seguridad Social, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 370.

21 La obligación de cotizar se mantiene durante todo el periodo en que el trabajador esté en alta en la Seguridad Social (arts. 144.2 LGSS y 13.1 RD 2064/1995, de 22 de diciembre).

22 En esta línea, ROQUETA BUJ, R. La protección social de los trabajadores…., op. cit., p. 187; LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D. La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos, Bomarzo, Albacete, 2ª ed. 2014, pp. 229-230; MALDONADO MOLINA, J. A. "Nulidad por vulneración del principio de igualdad y por discriminación indirecta de las reglas de cálculo del porcentaje de la jubilación en los trabajadores a tiempo parcial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio", Revista de Trabajo Social, CEF

mercado de trabajo y el trabajo a tiempo parcial fuera realizado en igual proporción por hombres y mujeres, pues la doble penalización sería contraria al principio de igualdad, sin necesidad de recurrir al principio de discriminación indirecta por motivos de sexo[23].

Además, con esta solución se daría un tratamiento homogéneo al modo de computar el periodo cotizado a tiempo parcial, tanto para causar derecho a una prestación, como para la determinación de su cuantía si esta depende de la extensión del periodo asegurado; así como para la duración de la prestación por desempleo.

II. CUANTÍA DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS

Las particularidades previstas en el art. 248 de la LGSS sobre la cuantía de las prestaciones económicas vienen referidas a la determinación de la base reguladora; la forma de cálculo del porcentaje aplicable, cuándo ese porcentaje está en relación con los periodos cotizados por el trabajador a lo largo de su vida laboral; así como a la integración de lagunas para aquellas pensiones que la norma lo permita. Dedicaremos un apartado especial a la protección por desempleo, que tiene normativa específica.

Las normas relativas a la base reguladora no han provocado pronunciamientos judiciales relevantes, no ha ocurrido así con las previsiones normativas para la integración de lagunas, el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación y la duración del desempleo, que han protagonizado conflictos muy recientes y en ellos nos vamos a detener.

1. BASE REGULADORA

Las bases reguladoras de los trabajadores a tiempo parcial se determinan con arreglo a las normas establecidas con carácter general, con algunas particularidades que veremos a continuación, lo que implica que el cálculo se realiza sobre las bases por las que se haya efectivamente cotizado durante el periodo de cómputo[24], que si son menores a las aplicables a los trabajadores a tiempo completo, son por efecto de la menor retribución y del menor esfuerzo contributivo realizado.

En principio, la contributividad que informa nuestro sistema de Seguridad Social justifica sin duda que el legislador establezca que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de lo efectivamente cotizado, de donde resultará, lógicamente, una prestación de cuantía inferior para los trabajadores a tiempo parcial, por

nº. 439, 2019, p. 180.

23 Como ha declarado recientemente la STC 91/2019, que analizaremos después. En este sentido, MALDONADO MOLINA, J. A. "Nulidad por vulneración del principio de igualdad…", op. cit., p. 188.

24 Anteriormente, a efectos del cálculo de la base reguladora de las pensiones, se tomaba el periodo de cotización necesario para que resultase un periodo de días equivalente al establecido con carácter general y, la base reguladora era el resultado de dividir la suma de las bases de cotización correspondientes al indicado periodo entre el divisor que correspondiera con carácter general (Disposición adicional 9ª RD 2319/1993).

comparación con los trabajadores que desempeñen ese mismo trabajo a jornada completa, lo cual resulta razonable y proporcionado y no vulnera el art. 14 de la CE, como reiteradamente ha reconocido el TC[25].

En cuanto a las prestaciones temporales, el cálculo de la base reguladora adopta unos parámetros distintos al del trabajo a tiempo completo, por lo que podría plantearse si esto supone una vulneración del principio de asimilación previsto en el art. 245.1 LGSS, pues como veremos en los epígrafes siguientes, todo apunta a una equiparación plena entre los trabajadores a tiempo completo y parcial, y que las únicas diferencias residan en la repercusión que la cotización pueda tener en el importe de la base reguladora. En cualquier caso, no podemos ignorar que si aplicamos a las prestaciones temporales la regla prevista para el trabajo a tiempo completo, esto es, tomamos para calcular la base reguladora la base de cotización del mes anterior a la situación protegida, se podrían provocar desajustes en los supuestos de variabilidad de las jornadas mensuales de los trabajadores a tiempo parcial.

En la determinación de las bases reguladora de las prestaciones económicas se tendrán en cuenta las siguientes reglas[26].

a) Incapacidad temporal

La base reguladora diaria para el cálculo de la cuantía del subsidio por incapacidad temporal se determina dividiendo las sumas de las bases de cotización a tiempo parcial acreditadas desde la última alta laboral, con un máximo de tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, entre el número de días naturales comprendidos en dicho periodo.

El subsidio se abona durante los días naturales en los que el trabajador permanezca en situación de incapacidad temporal.

b) Maternidad y paternidad (hoy nacimiento y cuidado de menor)

La base reguladora diaria se calcula dividiendo la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior al hecho causante entre 365. Si la antigüedad del trabajador en la empresa es inferior al año, la base reguladora se obtendrá dividiendo la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan[27].

La prestación económica se abonará durante todos los días en los que el trabajador permanezca en esta situación.

25 SSTC 253/2004 y 61/2013, entre otras.
26 Art. 248 LGSS.
27 Arts.7.2 y 25.2 RD 295/2009.

c) Riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia

La base reguladora diaria se determina dividiendo la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días naturales comprendidos en dicho periodo. De ser menor la antigüedad de la trabajadora en la empresa, la base reguladora será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que dichas bases correspondan.

La prestación económica se abonará durante todos los días naturales en que la interesada se encuentre en situación de riesgo[28].

d) Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave

La base reguladora se obtiene dividiendo el importe de las bases de cotización de los tres meses anteriores a la fecha del inicio de la reducción de jornada entre el número de días naturales de dicho periodo. A la base así obtenida se le aplica el porcentaje de reducción de jornada que corresponda. No obstante, si la antigüedad en la empresa es inferior, la base reguladora se obtendrá dividiendo la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales comprendidos en dicho periodo[29].

La prestación por cuidado de menor no se devenga si la duración efectiva de la jornada a tiempo parcial es igual o inferior al 25% de la jornada de una persona a tiempo completo comparable. Si se realizan dos o más jornadas a tiempo parcial, se suman las jornadas efectivas de trabajo a efectos de determinar el límite anterior[30]. La exigencia de una jornada mínima para los trabajadores a tiempo parcial es difícilmente compatible con el principio de igualdad y puede constituir una discriminación indirecta por razón de sexo, ya que como venimos reiterando el trabajo a tiempo parcial se encuentra feminizado.

e) Pensiones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia

A efectos del cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente y de muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes y de jubilación, se aplicarán las normas establecidas con carácter general[31].

Respecto a la base reguladora de las pensiones derivadas de contingencias profesionales, de incapacidad permanente y de muerte y supervivencia, nada se dice explícitamente, si bien en base a lo dispuesto en el art. 7.3 del RD 1131/2002 se deduce que se determinan conforme a la normativa general, promediando los salarios reales de los últimos doce meses. En efecto, el artículo citado establece las peculiaridades para determinar el salario diario y los complementos salariales de las pensiones derivadas de contingencias profesionales, tratando de evitar cualquier tratamiento diferenciado entre los trabajadores con parcialidad vertical u horizontal.

28 Art. 34.4 RD 295/2009.
29 Art. 6.2 RD 1148/2011.
30 Art. 4.7 RD 1148/2011.
31 Arts.248.1 a) LGSS y 7.1 RD 1131/2002.

El salario diario de los trabajadores que no prestan servicios todos los días o que, prestándolos, su jornada de trabajo puede ser irregular o variable, será el que resulte de dividir entre siete o treinta el salario semanal o mensual pactado en función de la distribución de las horas de trabajo concentradas en el contrato para cada uno de estos periodos. Para el caso de trabajadores fijos discontinuos, el salario diario será el que resulte de dividir entre el número de días naturales de campaña transcurridos hasta la fecha del hecho causante, los salarios percibidos por el trabajador en el mismo periodo, pues el periodo de cálculo no es anual.

A efectos de determinar la cuantía de los complementos salariales, la suma de los percibidos por el trabajador en el año anterior al del hecho causante se dividirá entre el número de horas efectivamente trabajadas en ese periodo. El resultado así obtenido se multiplicará por la cifra que resulte de aplicar a mil ochocientas veintiséis horas el coeficiente de proporcionalidad existente entre la jornada habitual de la actividad de que se trate y la que se recoja en el contrato.

2. INTEGRACIÓN DE LAGUNAS EN LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN E INCAPACIDAD PERMANENTE DERIVADA DE ENFERMEDAD COMÚN

Respecto a la integración de lagunas para la determinación de la base reguladora de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común se prevé expresamente que, la integración de los periodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en últimotérmino[32], es decir, en la fecha en que se interrumpió o extinguió la obligación de cotizar[33].

No se consideran lagunas de cotización las horas o días en que no se trabaje en razón de las interrupciones en la prestación de servicios derivadas del propio contrato a tiempo parcial, con la excepción de los periodos entre temporadas o campañas de los trabajadores fijos discontinuos[34], cuyas lagunas se integrarán en proporción al tiempo trabajado durante la campaña[35].

Esta forma de integración de lagunas ha sido muy cuestionada, principalmente, cuando un trabajador con una dilatada vida profesional como trabajador a tiempo completo tiene, sin embargo, durante muy corto periodo de tiempo un contrato a tiempo parcial, que es precisamente el que, por aplicación de la regla cuestionada, condiciona la integración de bases de cotización en el periodo posterior de inactividad, afectando considerablemente a la cuantía de la pensión[36].

32 Art. 248.2 LGSS. Así se recogía también en la Disposición adicional 9ª.4.3 del RD 2319/1993.

33 Art. 7.2 RD 1131/2002.

34 Art. 7.2, párrafo 2º RD 1131/2002.

35 STS 25 junio 2009 (RJ 2009, 4287). Criterio del INSS 8/2010.

36 Algunos tribunales han venido admitiendo que los periodos sin obligación de cotizar subsi-

Al respecto, la Sala de lo Social del TS, por Auto de 26 de abril de 2012, acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el apartado b) de la regla tercera del número 1 de la disposición adicional 7ª de la LGSS de 1994, hoy art. 248.2 LGSS, por posible vulneración de los arts. 9.3 y 14 de la CE, al considerar que la norma introduce una diferencia de trato peyorativa para el trabajador que antes de cesar en el empleo que inicia la laguna tenía suscrito un contrato a tiempo parcial; tratamiento peyorativo que no se aplicaría a otro trabajador que en el momento anterior al cese estuviera contratado a tiempo completo, aunque este último trabajador tuviera acreditadas el mismo número de cotizaciones a tiempo completo y a tiempo parcial que el primero. Asimismo, estima que podría considerarse arbitraria al no responder al principio contributivo y actuar de forma aleatoria sin tener en cuenta el conjunto de la carrera de seguro de los trabajadores. Por último, entiende que la norma, aunque en apariencia neutra desde la perspectiva del sexo,podría en su aplicación práctica situar a las mujeres en una posición de desventaja a la hora de la determinación del importe de sus pensiones, al ser el contrato a tiempo parcial una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino.

El TC, en su Sentencia 156/2014, de 25 de septiembre[37], declara la constitucionalidad de la norma cuestionada al considerar que la regulación es coherente con la aplicación de mecanismos contributivos y de proporcionalidad, relacionando la forma de integrar las lagunas de cotización con las bases por las que se venía cotizando a la Seguridad Social en el momento de cesar en dicha obligación y, en consecuencia, aparecer la laguna de cotización. Añade que, la norma traslada a los trabajadores contratados a tiempo parcial la misma regla que rige con carácter general para los trabajadores contratados a jornada completa; por lo que, no hay una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, lo que ocurre, y de ahí deriva la diferencia, es que la base mínima de cotización es diferente en cada caso y el legislador ha decidido cubrir la laguna con la base mínima de cotización correspondiente al contrato anterior al inicio de la misma.

En cuanto a la posible discriminación indirecta por razón de sexo, el Tribunal no entra a examinar la cuestión pues entiende que esa alegación "es irrelevante por ser un varón el demandante en el proceso judicial"[38], lo que induce a pensar que de haber sido una mujer

guientes a un contrato a tiempo parcial de corta duración no deben integrarse con la base mínima de cotización correspondiente al número de horas contratadas, sino con las bases mínimas establecidas con carácter general para jornada completa, siempre que se acredite una vida laboral desarrollada ordinariamente a tiempo completo y solo esporádicamente a tiempo parcial (STSJ Baleares 27 maro 2012/ rec. 841/2011).

37 Sobre esta Sentencia, Vid. GALA DURÁN, C. "Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social: un paso atrás….", op. cit.; PANIZO ROBLES, J. A. "El género si puede influir en el nivel de las pensiones (A propósito de la STC de 25 de septiembre de 2014: otra vez trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social), CEF, octubre 2014 (www.laboral-social.com).

38 La sentencia tiene un voto particular suscrito por el Magistrado Xiol Ríos, en el que se critica el hecho de que la sentencia no entre a valorar la posible discriminación indirecta. Para el Magistrado firmante del voto, "el juicio de relevancia exigido en la cuestión de inconstitucionalidad exige que exista una dependencia o nexo de subordinación entre la validez de la norma cuestionada y el fallo del proceso" y ese nexo "concurre en la alegación de discriminación indirecta que se formula, pues

la solución podría haber sido distinta[39]. Sin embargo, como veremos, en la STC110/2015, es una mujer la demandante, y el TC confirma la constitucionalidad de la regla sobre integración de lagunas y declara que no se produce un efecto discriminatorio para las mujeres.

En efecto, la STC 110/2015, de 28 de mayo[40], confirma la constitucionalidad de la regulación sobre integración de lagunas y, señala, como hiciera la STJUE de 14 de abril de 2015, que la regla no produce un efecto discriminatorio para las mujeres, pues lo que da lugar a consecuencias menos favorables no es realizar la prestación laboral a tiempo parcial sino, por el contrario, atravesar periodos de ausencia de cotización que sean inmediatamente posteriores a contratos a tiempo parcial; y que no hay una conexión automática entre que el sexo femenino sea el que desarrolla más comúnmente su trabajo a tiempo parcial con que sea el que se halla con mayor habitualidad en situaciones de integración de lagunas que deban ser suplidas. Añade, que la regla puede favorecer o beneficiar al interesado dependiendo de que antes del periodo de interrupción se haya trabajado a tiempo completo o a tiempo parcial, con independencia de cuál haya sido la modalidad de contratación predominante en toda su carrera de cotización.

En la citada STJUE de 14 de abril de 2015, asunto Cachaldora (C-527/13), el Tribunal estima que el sistema de integración de lagunas no conlleva discriminación alguna por razón de género, al no disponer de información estadística irrefutable sobre el número de trabajadores a tiempo parcial cuyas cotizaciones se hayan visto interrumpidas o que pusieran de manifiesto que este grupo de trabajadores estuviera mayoritariamente compuesto por mujeres, y porque la medida en cuestión tenía efectos aleatorios, puesto que para determinados trabajadores a tiempo parcial, grupo supuestamente desfavorecido por dicha medida, su aplicación podía incluso suponer ventaja cuándo el último contrato que precede a un periodo de inactividad profesional es un contrato a tiempo completo.

A nuestro juicio, parece evidente que con esta regulación no se dispensa un trato diferente a los trabajadores a tiempo parcial, pues las lagunas se integran con la base mínima del último contrato, yla norma se aplica tanto a los que han trabajado a lo largo de su vida laboral a tiempo parcial como a los que acreditan el mayor número de cotizaciones a tiempo completo y el trabajo a tiempo parcial precede al que no hubo obligación de cotizar[41]. Sin embargo, el mecanismo previsto para la integración de lagunas no es el más acorde con los principios de contribución y proporcionalidad del sistema de Seguridad Social, ya que puede dar lugar a resultados contradictorios en el cálculo de las cuantías de las pensiones en

una inconstitucionalidad del precepto sería determinante para el fallo del proceso cualquiera que fuera el motivo para declararla y el sexo del demandante". El voto se muestra además conforme con los argumentos del TS y entiende que debió haber sido estimada la cuestión de inconstitucionalidad.

39 En este sentido, PANIZO ROBLES, J. A. "Las lagunas de cotización en los contratos a tiempo parcial (STC de 25 de septiembre de 2014)", Revista de Información Laboral, nº. 9, 2014, p. 102.

40 Vid. PANIZO ROBLES, J. A. "La integración de lagunas de cotización en el caso de trabajadores a tiempo parcial, no es inconstitucional, aunque la demandante sea una mujer (STC de 28 de mayo de 2015)", Aranzadi, nº. 1, 2015 (BIB 2015/2949).

41 Esta doctrina ha sido aplicada por las SSTS 16 de marzo de 2017 (JUR 2017/86724) y 20 de abril de 2017 (RJ 2017/2372).

función de cómo estén distribuidos en el tiempo los periodos de cotización a tiempo completo y a tiempo parcial, de modo que, a un esfuerzo de contribución semejante o incluso menor pueda originar una mayor cuantía de pensión.

Por ello, consideramos que sería necesario modificar el sistema de integración delagunas, de forma que no se rellenen con la base mínima correspondiente al porcentaje de jornada realizado en la fecha en que se interrumpió la obligación de cotizar, sino procurando alcanzar un mayor grado de proporcionalidad y equidad, estableciendo una mayor correspondencia entre la contribución realizada a lo largo de la vida laboral y la prestación reconocida, pues no tiene mucho sentido que la jornada del último contrato de trabajo, que puede ser el único a tiempo completo o parcial de toda la vida laboral, condicione el importe de una pensión vitalicia de incapacidad permanente o de jubilación, lo que resulta demasiado aleatorio[42].

3. PORCENTAJE APLICABLE A LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN Y DE INCAPACIDAD PERMANENTE DERIVADA DE ENFERMEDAD COMÚN

El art. 248.3 de la LGSS, que mantiene la misma redacción que la regla tercera, letra c) del apartado 1 de la disposición adicional 7º de la LGSS de 1994, señala que a efectos de determinar la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, el número de días cotizados que resulten de lo establecido en el segundo párrafo de la letra a) del art. 247, se incrementará con la aplicación del coeficiente del 1,5, sin que el número de días resultante pueda ser superior al período de alta a tiempo parcial.

El porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora se determinará conforme a la escala general a que se refiere el art. 210.1 de la LGSS, salvo cuando el interesado acredite un periodo de cotización inferior a 15 años, considerando la suma de los días a tiempo completo con los días a tiempo parcial incrementados ya estos últimos con el coeficiente del 1,5, en cuyo caso el porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora será el equivalente al que resulte de aplicar a 50 el porcentaje que represente el periodo de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años.

El artículo citado tiene incidencia, por un lado, para calcular el porcentaje aplicable a la base reguladora de la jubilación, y por otro, para determinar el porcentaje a que se refiere el segundo paso de la base reguladora de la incapacidad permanente derivada de

42 Como mantiene un sector de la doctrina, entre otros, GALA DURÁN, C. "Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social. Un paso…..", op. cit.; PANIZO ROBLES, J. A. "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional están de acuerdo: la forma de cálculo de la base reguladora de las pensiones en supuestos de tiempo parcial no es discriminatoria (STJUE de 14 de abril de 2015, asunto c-527/13)", CEF- Laboral Social, abril 2015, www.laboral-social.com; BARCELÓN COBEDO, S. Trabajo a tiempo parcial y seguridad…., op. cit., pp. 154-155; FERNÁNDEZ COLLADOS, B. "Avances y retos pendientes en el derecho a la pensión de jubilación contributiva de los trabajadores a tiempo parcial", Revista Española de Derecho del Trabajo nº. 220, 2019.

enfermedad común, ya que ambos porcentajes están en función del tiempo cotizado.

Así pues, la parcialidad opera también en la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente mediante la citada regla, que toma en consideración los periodos de cotización efectiva para la determinación del porcentaje aplicable aunque incrementados con el coeficiente corrector del 1,5, introduciendo un criterio de proporcionalidad que se añade al derivado de la propia base reguladora, con lo que cabría plantearse si nos encontramos ante una doble penalización, mayor cuanto menor sea el número de horas que se trabajen, lo que supondría un tratamiento desigualde los trabajadores a tiempo parcial en relación con los trabajadores a tiempo completo.

Al respecto, se ha planteado si ello incurre en inconstitucionalidad y si es conforme con el principio de igualdad de trato establecido en la normativa comunitaria.

La STJUE de 8 de mayo de 2019, dictada en el asunto Villar Láiz (C-161/18)[43], advierte que ajustar los derechos económicos a una pro rata temporis nos es por sí mismo contrario al Derecho de la Unión Europea, pero una medida que implica una reducción del importe de una pensión de jubilación de un trabajador en una proporción mayor a la correspondiente a los periodos de ocupación a tiempo parcial no puede considerarse objetivamente justificada por el hecho de que la pensión sea, en ese caso, la contraprestación de una prestación de trabajo de menor entidad.

El Tribunal de Justicia considera que el hecho de que la base reguladora de un trabajador a tiempo parcial sea inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable, en cuanto contrapartida de una prestación de trabajo de menor entidad, es ya suficiente para lograr el objetivo de salvaguardar la proporcionalidad que exige el sistema de Seguridad Social de tipo contributivo; por lo que, la aplicación adicional de un coeficiente de parcialidad va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo y representa, para el grupo de los trabajadores que prestaron sus servicios a tiempo parcial reducido, es decir, por debajo de dos tercios de un trabajo a tiempo completo comparable, una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo pro rata temporis. De ahí, que si estadísticamente o por cualquier otro medio se demuestra la afectación negativa de las mujeres trabajadoras por esta norma, se está refiriendo al art. 248.3 de la LGSS vigente, tarea que le corresponde a los Tribunales españoles, habrá una discriminación por razón de sexo que se opone al Derecho de la Unión Europea.

Siguiendo la senda marcada por el TJUE, el Pleno del TC, en su Sentencia 91/2019, de 3 de julio, declara inconstitucional y nula la norma reguladora del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación, prevista en el párrafo 1º de la regla tercera, letra c) del apartado 1 de la disposición adicional 7ª de la LGSS de 1994, hoy art. 248.3 LGSS, por vulnerar el principio de igualdad y por constituir una discriminación indirecta

43 Sobre esta sentencia, vid. DESDENTADO DAROCA, E."Contrato a tiempo parcial y Seguridad Social……", op. cit., pp. 109 y ss.; TOSCANI GIMÉNEZ, D. "El acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial", Capital Humano (en línea), Sección Relaciones Laborales y Prevención/Tribuna.

por razón de sexo.

Para el TC, los periodos de tiempo con contrato vigente a tiempo parcial no son tratados de igual modo que cuando se trata de trabajadores a tiempo completo, pues a estos no se les aplica ningún coeficiente reductor. Los principios de contribución al sistema, proporcionalidad y equidad ya están salvaguardados con el método de cálculo de la base reguladora, a partir de la base de cotización, y no dejan de estarlo porque el trabajador a tiempo parcial vea reconocido todo el tiempo de cotización de sus contratos en alta. Si la obligación de cotizar y con ello su repercusión contributiva en el sistema de previsión social, se mantiene desde el principio y durante toda la vida laboral del trabajador a tiempo completo o parcial, resulta contrario a los propios principios de dicho sistema que se desconozca en parte el tiempo de cotización solo para este último colectivo de trabajadores, restándoselo del periodo real de cotización para fijar la cuantía de su jubilación.

Por todo ello, concluye que, procede apreciar la inconstitucionalidad del precepto cuestionado por vulnerar el derecho a la igualdad del inciso primero del art. 14 CE, pues no hay una justificación objetiva y razonable, además, se rompe con la proporcionalidad desde el momento en el que, a una reducción razonable de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, se le añade otra reducción del periodo de cotización para fijar la cuantía de la prestación, lo que no se hace con el trabajador a tiempo completo.

En cuanto a la discriminación indirecta por razón de sexo prohibida por el inciso 2º del art. 14 CE, llega a conclusiones muy similares a las de la STJUE de 8 de mayo de 2019, a la cual hace referencia explícita, para concluir que el coeficiente de parcialidad afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos, lo que constituye una discriminación indirecta.

La aplicación de la STC conlleva a que en aquellos supuestos en los que el trabajador haya desempeñado trabajos a tiempo parcial, para la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación se tomen en consideración los periodos en los que dicho trabajador hubiera permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada, sin reducir el periodo de alta con contrato a tiempo parcial mediante el coeficiente de parcialidad, pues el hecho de que los trabajadores a tiempo parcial tengan unas bases reguladoras inferiores a un trabajador a tiempo completo comparable, ya constituye de por sí una modulación de la pensión, coherente con el principio de proporcionalidad.

A diferencia de otros pronunciamientos constitucionales sobre la materia, la STC 91/2019 aborda la eventual discriminación del trabajo a tiempo parcial no solo exclusivamente en razón a la discriminación indirecta por razón de sexo, sino por vulnerar el derecho a la igualdad ante la ley entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, y deja abierta la puerta a que se revise el cómputo del periodo de carencia de los trabajadores a tiempo parcial[44]. En este sentido, la STSJ de Castilla y León/ Valladolid de

44 Como apunta MALDONADO MOLINA, J. A. "Nulidad por vulneración del principio de

11 de julio de 2019[45], que resuelve el caso que dio lugar a la STJUE de 8 de mayo de 2019, hace referencia expresa a la STC 91/2019 y hace notar expresamente que "la indicada sentencia no solamente declara la inconstitucionalidad por considerar que la norma es contraria a la interdicción de la discriminación por razón de sexo, sino también por cuanto la considera contraria al derecho constitucional de igualdad ante la ley, independientemente del impacto de género".

Como indica la propia STC, la nueva fórmula de cálculo afecta únicamente al porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación, por lo que para la determinación del porcentaje a que se refiere el segundo paso del cálculo de la base reguladora de la incapacidad permanente derivada de enfermedad común se sigue aplicando el coeficiente de parcialidad, si bien los mismos argumentos que han llevado a declarar la inconstitucionalidad de esta penalización adicional en la jubilación serían alegables en el futuro a propósito de la incapacidad permanente por enfermedad común[46], pues no tiene mucho sentido que se contabilice de forma distinta el periodo de cotización para los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, para unos de manera natural, en función del tiempo real y, para otros, artificialmente a partir del coeficiente reductor.

4. COMPLEMENTOS A MÍNIMOS

Respecto a los complemento a mínimos, conviene recordar que la propuesta que el Gobierno presentó a la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo en julio de 2013 advertía de la necesidad de aplicar la proporcionalidad para calcular la cuantía de los complementos a mínimos, para garantizar el respeto a los principios de justicia y equidad respecto de los trabajadores a tiempo completo, evitando agravios comparativos y que trabajadores con esfuerzos muy distintos al final obtuviesen iguales cantidades de pensión, por el contrario, la regla finalmente adoptada, tal y como se formuló en el Acuerdo del Gobierno con los interlocutores sociales previo al RD-Ley 11/2013, fue el mantenimiento de esos complementos sin regla proporcional alguna, es decir, en la misma extensión, términos y condiciones que los establecidos para el resto de los trabajadores, fundamentándose en los principios de solidaridad y suficiencia[47].

En efecto, la normativa actual no establece reglas de proporcionalidad a propósito de los complementos por mínimos para los trabajadores a tiempo parcial. Frente a la opinión doctrinal favorable a su establecimiento[48], entendemos que no estamos en un marco

igualdad y no discriminación…..", op. cit., pp. 186 y ss.

45 Rec. 1857/2017.

46 En este sentido, ÁLVAREZ GIMENO, R. "El cálculo de la jubilación de los trabajadores a tiempo parcial tras la anulación del coeficiente de parcialidad", Diario la Ley (en línea), nº. 9502, Sección Tribuna, 21 de octubre de 2019, p. 13.

47 Vid. SÁNCEZ-URÁN AZAÑA, Y. "El derecho a las prestaciones de Seguridad Social……", op. cit., pp. 209 y ss.

48 Entre otros, BARCELÓN COBEDO, S. Trabajo a tiempo parcial…., op. cit., p. 178; DESDENTADO DAROCA, E. "Contrato de trabajo a tiempo parcial…..", op. cit., p. 117; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. "El derecho a las prestaciones de Seguridad Social……", op. cit., pp. 209 y ss.

contributivo sino ante una medida de naturaleza asistencial y que, en consecuencia, debe aplicarse de la misma manera a todos los trabajadores, sean a tiempo completo o parcial[49], utilizando como elemento de ponderación los recursos económicos, lo contrario, podría suponer que la pensión final fuera incluso de un importe menor a la que le habría correspondido como pensión no contributiva y, no podemos olvidar que, en ningún caso, el importe de dichos complementos podrá superar la cuantía establecida en cada ejercicio económico para las pensiones no contributivas.

Los complementos por mínimos cumplen una finalidad asistencial y tienen una clara autonomía con la pensión contributiva que suplementan, no vienen a sustituir una renta de activo como la prestación mejorada, sino a paliar una situación de necesidad real; y su reconocimiento no atiende a los requisitos de la pensión, sino exclusivamente a la falta de ingresos económicos; además, la concurrencia de los requisitos no se exige en una exclusiva fecha, sino que han de acreditarse año tras año.

Por lo que, si la pensión causada por el trabajadora tiempo parcial resulta inferior al importe de la pensión mínima vigente en cada momento y reúne el resto de los requisitos, tendrá derecho a un complemento en los términos legalmente previstos[50].

5. PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

La protección por desempleo tiene un régimen jurídico distinto, el propio art. 244.1 de la LGSS señala expresamente que la protección social derivada de los contratos a tiempo parcial se regirá por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo y específicamente por lo establecido en los artículos 269.2 y 270.1 en relación con la protección por desempleo.

De acuerdo con el art. 269.1 de la LGSS, la duración de la prestación por desempleo está en función de los periodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, precisando en su apartado 2, que en el supuesto de que se hayan realizado trabajos a tiempo parcial para determinar los periodos de cotización se estará a lo que se determine en la normativa reglamentaria de desarrollo.

Al respecto, el art. 3.4 RD 625/1985, en su nueva redacción dada por el RD 950/2018, de 27 de julio, señala que, cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a trabajos a tiempo parcial, se computará el periodo durante el que el trabajador haya permanecido en alta con independencia de que se hayan trabajado todos los días laborables o solo parte de los mismos, y ello, cualquiera que haya sido la duración de la jornada. Se excluyen de dicho cómputo los periodos de inactividad productiva a los que se refiere el art. 267.1, d) de la LGSS que, como es sabido, tienen la consideración de situación legal de desempleo, tanto los periodos de inactividad productiva de los trabajadores fijos discontinuos como los

49 En este sentido, LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMENEZ, D.La protección social de los trabajadores….., op. cit., pp. 57-58.

50 Art. 59 LGSS.

que realizan trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas.

La modificación reglamentaria, entro en vigor el 29 de julio de 2018, con anterioridad a esta fecha, los periodos trabajados a tiempo parcial computaban cada día trabajado como día cotizado, con independencia de la duración de la jornada, lo que podía originar que en los casos del contrato a tiempo parcial vertical, es decir, en aquellos que reducen los días de la semana que trabajan, y no el número de horas al día, el periodo a computar para el cálculo de la duración de la prestación por desempleo no se extendía a todo el tiempo de la duración del contrato en el que el trabajador permanece de alta en la Seguridad Social, sino solo a los días realmente trabajados, frente a la situación de los trabajadores a tiempo parcial horizontal en los que, con igual parcialidad que en el trabajo vertical, sin embargo tienen las horas repartidas entre todos los días laborables[51].

Esta diferencia entre ambas modalidades de contrato a tiempo parcial en relación con el acceso y duración de la prestación por desempleo dio lugar a la STJUE de 9 de noviembre de 2017, asunto Espadas Recio (C-98/15)[52], de la que trae su causa la modificación llevada a cabo por el RD 950/2018, con el objeto de adecuar la normativa española a las exigencias del ordenamiento comunitario.

Para el TJUE este sistema de cómputo en relación con los contratos a tiempo parcial concentrado en periodos inferiores a los de alta, trabajo a tiempo parcial vertical, era contrario al Derecho de la Unión, en particular al art. 4.1 de la Directiva 97/7/CEE, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, en cuanto excluye los días no trabajados del cálculo de los días cotizados y reduce de este modo el período de pago de la prestación por desempleo, lo que constituye una desigualdad de trato por razón de sexo, en perjuicio de las mujeres, al haberse constatado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical que resultan perjudicados por la medida, pertenecen a este colectivo.

Con este cambio normativo se favorece el acceso a la protección por desempleo, al facilitar la acreditación del periodo mínimo de cotización; y se incrementa la duración de la protección de los trabajadores a tiempo parcial vertical, al tener en cuenta como cotizados los días en que no ha habido prestación de servicios dentro de la vigencia del contrato de trabajo.

Respecto a la cuantía de la prestación, el art. 270.1 de la LGSS señala que "en el supuesto de que se hayan realizado trabajos a tiempo parcial, para determinar los periodos de cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo se estará a lo que se determine en la normativa reglamentaria de desarrollo". Como el RD 625/1985 no ha previsto ninguna regla especial habrá de aplicarse la normativa general, según la cual la base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de las bases por la que se

51 En este sentido, la STS de 13 febrero de 2007 (Rec. 5521/2005) declaró que "….solo ha de tenerse en cuenta para la duración de su devengo el tiempo en que efectivamente se prestó la actividad laboral, por más que la correspondiente cotización por la contingencia de desempleo a la Seguridad Social y el alta en esta última se mantengan durante todo el año y que, también, se considere como día cotizado entero aquel en el que, solo parcialmente, se desarrolló actividad laboral".

52 Sobre esta Sentencia, vid. PEREZ DE PRADO, D. "Otro toque del Tribunal de Justicia a propósito de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial: reflexiones al hilo del caso Espadas Recio", Revista de información Laboral núm. 4/2018 (BIB 2018/8595).

haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos ciento ochenta días.

La proporcionalidad se mantiene como en las restantes prestaciones en la relación base de cotización-base reguladora, pero la parcialidad repercute en los importes máximos y mínimos de la prestación, ya que los mismos se determinan en función del promedio de las horas trabajadas durante el periodo de los ciento ochenta últimos días cotizados, ponderándose tal promedio en relación con los días en cada empleo a tiempo parcial o completo durante dicho periodo[53].

Actualmente, las cuantías máximas y mínimas se calculan promediando las horas trabajadas, con independencia de que la situación legal de desempleo surja como consecuencia de la pérdida de un empleo a tiempo parcial o a tiempo completo, solventándose así la problemática que se presentaba antes de la reforma operada por el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, cuando un trabajador prestaba habitualmente servicios a tiempo parcial o a tiempo completo, y poco antes de acceder a la situación legal de desempleo pasaba a hacerlo a jornada completa o parcial. Además, la nueva versión establece el periodo temporal que debe servir de referencia para fijar el porcentaje de parcialidad aplicable a la prestación máxima y mínima, que coincide coherentemente con el de cálculo de la base reguladora.

III. CONCLUSIONES

Es evidente que resulta necesaria una reforma en profundidad de la normativa sobre la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, y no reformas coyunturales al hilo de los pronunciamientos judiciales.

Los últimos pronunciamientos del TC y del TJUE reabren, a nuestro juicio, el debate sobre el cómputo de los periodos de carencia, y repercutirán en las reglas que rigen actualmente para determinar los periodos cotizados a tiempo parcial, pues dejan claro que la materialización del principio de proporcionalidad ha de manifestarse en uno solo de los elementos integrantes de la acción protectora de los trabajadores a tiempo parcial, para evitar la doble penalización o la doble aplicación del principio prorrata temporis y que la regulación se acomode a las exigencias constitucionales y comunitarias de igualdad y no discriminación.

Por ello, consideramos que se deben reconocer a los trabajadores a tiempo parcial tantos días cotizados como días de permanencia en situación de alta en la Seguridad Social, con independencia de cuál sea la reducción de la jornada y de cómo se distribuya el tiempo de trabajo, lo que supondría una asimilación completa al cómputo de la carencia de los trabajadores a tiempo completo, pues el tiempo cotizado es el mismo, y a su vez se daría un tratamiento homogéneo al modo de computar el periodo cotizado a tiempo parcial, tanto para causar derecho a una prestación, como para la determinación de su cuantía si esta depende de la extensión del periodo asegurado; así como para la duración de la prestación

53 Art. 270.3 LGSS. En este sentido, las SSTS de 27 de diciembre de 2016 (Rec. 3132/2015) y 16 de enero de 2018 (Rec. 370/2017) señalan que elíndice de temporalidad de los últimos 180 días trabajados se proyecta únicamente sobre el cálculo del IPREM aplicable para observar si se rebasan los topes máximos y mínimos y no sobre la base reguladora, lo que implicaría una doble reducción.

por desempleo.

Es necesario equiparar la protección social de los trabajadores a tiempo parcial y la de los trabajadores a tiempo completo, y mantener las particularidades previstas únicamente en materia de cotización y su consiguiente repercusión en la base reguladora. Con lo que la proporcionalidad quedaría limitada al ámbito cuantitativo estricto a través de la relación entre las bases de cotización y las bases reguladoras de las prestaciones, que es el único ámbito donde el principio de contributividad determina que la intensidad protectora se module en proporción al esfuerzo contributivo realizado, lo que ha llevado a un sector de la doctrina a cuestionarse si no habría que revisar la aplicación de los complementos a mínimos en su versión actual, con el objeto de ponderar la incidencia de la parcialidad; si bien, a nuestro juicio, el complemento a mínimos es una medida de naturaleza asistencial, no contributiva y, en consecuencia, debe aplicarse de la misma manera a todos los trabajadores, sean a tiempo completo o parcial, utilizando como único elemento de ponderación los recursos económicos. Todo ello, sin olvidar, la necesidad de prevenir el fraude, para evitar que se mantengan en alta como trabajadores a tiempo parcial los que trabajan a tiempo completo.

Por lo que se refiere a la fórmula de integración de lagunas, consideramos que sería necesario modificarla de forma que no se integren con la base mínima correspondiente al porcentaje de jornada realizado en la fecha en que se interrumpió la obligación de cotizar, sino procurando alcanzar un mayor grado de proporcionalidad y equidad, estableciendo una mayor correspondencia entre la contribución realizada a lo largo de la vida laboral y la prestación reconocida, pues no tiene mucho sentido que la jornada del último contrato de trabajo, que puede ser el único a tiempo completo o parcial de toda la vida laboral, condicione el importe de una pensión vitalicia de incapacidad permanente o de jubilación, lo que resulta demasiado aleatorio.

La reforma de la protección dispensada a los trabajadores a tiempo parcial tendría un efecto de uniformidad y de simplificación, y supondría una verdadera igualdad y asimilación respecto a la otorgada a los trabajadores a tiempo completo, al margen de la perspectiva de género.

PONENCIA GENERAL TERCERA
REGISTRO DE JORNADA Y CONTROL HORARIO

MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA
Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
(Acreditada como Titular de Universidad)
Universidad Pablo de Olavide

I. Origen, finalidad y perspectivas de futuro del registro de jornada
   1. El contexto laboral en el que se introduce la obligación del registro de jornada
   2. La regulación del registro obligatorio de jornada en el marco de un controvertido marco jurídico
   3. Las dudas sobre el alcance de la obligación empresarial de llevar el registro obligatorio de jornada y su repercusión en el control del horario y del tiempo de trabajo

II. Los problemas prácticos suscitados entorno al ámbito subjetivo y material
   1. La obligación de implementarlo para todos los trabajadores del ET, con la excepción del personal de alta dirección, y las previsiones específicas
   2. El empresario y el responsable de registrar la jornada: particular reflexión sobre la participación del trabajador en la elaboración del registro de jornadas
   3. Desde la obligación del registro diario de la jornada a la recomendación del registro del tiempo de trabajo
   4. La convivencia entre los distintos registros y la opción de unificarlos

III. Las características esenciales del registro de jornada
   1. La claridad de los conceptos de tiempo de trabajo y la objetividad en la determinación de los datos almacenados
   2. La accesibilidad de los trabajadores, de sus representantes y de la Inspección de Trabajo y la relevante omisión del derecho a recibir copia de lo registrado
   3. La fiabilidad del registro de jornada: los problemas del registro manuscrito en lo que hace a la alteración y del registro digital en relación a la protección de dato
   4. La invariabilidad de los datos almacenados, salvo la corrección de errores en anotaciones o la necesaria recalificación de los conceptos
   5. La garantía en la protección de los derechos fundamentales
   6. La conservación del registro de jornada y la caducidad de la acción judicial de reclamación

IV. El impacto de los inclumplimientos relativos al registro de jornada en la conformación de la prueba

V. Conclusiones

I. ORIGEN, FINALIDAD Y PERSPECTIVAS DE FUTURO DEL REGISTRO DE JORNADA

En pleno debate sobre las profundas transformaciones que afectarán de forma previsible al Derecho del Trabajo a corto plazo como consecuencia de la alteración de los modelos productivos y de los nuevos tipos de empleo creados por la industria 4.0, el Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, ha introducido el registro obligatorio de la jornada (artículo 34.9 del ET).

Estos relevantes cambios de las relaciones laborales seguramente incidan en elementos esenciales de la prestación de servicios como lo es el tiempo de dedicación a las actividades productivas, que parece disminuirá como consecuencia de la sustitución de los trabajadores por los robots y de la mayor automatización de los procesos productivos gracias a la tecnología de nueva generación. Pero mientras estas alteraciones industriales se producen e impactan en el mercado de trabajo, las relaciones laborales han experimentado ya importantes transformaciones en su configuración, que afectan a la forma en la que se concibe el tiempo de dedicación al trabajo y a la nota de dependencia que definen a la relación laboral como una prestación de servicio realizada "dentro del ámbito de organización y dirección" del empresario (artículo 1.1 del ET) y que justifica en consecuencia el ejercicio del poder de dirección del empresario (artículo 20 del ET), como veremos a continuación. Y, en consecuencia, a los registros obligatorios del tiempo de trabajo existentes.

El objetivo de analizar su impacto en las relaciones laborales es tratar de abordar hasta qué punto la introducción obligatoria del registro de jornada ha tenido en cuenta estos escenarios, así como si la finalidad que parece cumplir el registro de jornada se adecua a los nuevos mercados de trabajo. Sólo de esta forma será posible valorar el impacto que a largo plazo puede tener esta obligación y hasta qué punto el registro de jornada tendrá una utilidad real en el control del tiempo de trabajo. Pues debe tenerse en cuenta que la novedad del Real Decreto-Ley 8/2019 es la generalización de una obligación empresarial de registrar el tiempo de trabajo que ya existía para algunos tipos de empleo antes de esta reforma. Pero el examen de la finalidad perseguida por la norma puede hacernos valorar si se trata de una reforma legal con un corto recorrido. O si, por el contrario, la obligación de registrar la jornada de trabajo tiene la aspiración de permanecer en el sistema de relaciones laborales, e incluso de ampliarse hasta cumplir con la finalidad de controlar con un carácter general el horario del trabajador y el tiempo de trabajo.

A estos efectos, se examinará en el siguiente apartado el contexto laboral en el que se introduce la obligación del registro de jornada, con el fin de enmarcar la institución en el escenario de los actuales y de los futuros mercados de trabajo. Y, en el siguiente apartado, se estudiará las razones que han motivado la regulación del registro obligatorio de jornada, poniendo de manifiesto que esta controvertida reforma se introduce en el marco de otras regulaciones sobre el control del tiempo de trabajo que ya se referían y se refieren al registro del tiempo de trabajo de algunos trabajadores. Todo lo que servirá para valorar su pervivencia y su utilidad a largo plazo.

1. El contexto laboral en el que se introduce la obligación del registro de jornada

El nuevo modelo de producción, cuyo impacto resulta ya visible en nuestro sistema de relaciones laborales, ha provocado la proliferación de prestaciones de servicios desarrolladas fuera de la empresa y en el horario decidido por el trabajador, con el conocimiento del empresario o sin que éste ni siquiera lo conozca, basadas en el uso de las TICs (ordenadores, tablets, aplicaciones informáticas, trabajo en red). En estas prestaciones de servicio que ya existen y que tienden a generalizarse, el control directo de la actividad productiva por el empresario es en términos generales menos frecuente. Pues se realizan normalmente, como hemos indicado anteriormente fuera de la empresa y fuera de un horario prefijado por el empresario, así como sin que el trabajador reciba órdenes del empresario, lo que ha llevado al TS a interpretar de manera flexible el concepto de dependencia para calificar a ciertas prestaciones de servicios (incluso las no asociadas con las nuevas tecnologías, pero también puede extenderse a éstas) como laborales[1]. Si bien es cierto que las nuevas formas de producción asociadas a la industria 4.0 en muchos casos aumentan la nota de la dependencia[2], haciendo incluso que el control de la prestación de servicios se lleve a cabo fuera de la empresa, así como la frontera entre el tiempo de trabajo y el tiempo personal se difumine[3].

Este control directo de la prestación de servicios es también quizás menos necesario. Pues la unidad de medida del esfuerzo se aleja estrictamente del tiempo de trabajo invertido en el desarrollo de la actividad productiva, siendo el resultado puesto directamente en el mercado por el trabajador. Así, muchas profesiones se evalúan por la consecución de los objetivos fijados por el empresario o consensuados por las partes de la relación laboral, especialmente en aquellos empleos que precisan de una alta cualificación profesional, donde la función del trabajador es intervenir para buscar soluciones a los problemas e innovar con el fin de generar nuevo conocimiento. Y donde el empresario evalúa al trabajador por las encuestas sobre la calidad en el servicio prestado que realiza el cliente cuando se le entrega el producto[4].

A estos nuevos escenarios laborales de futuro más incierto en el caso de la industria 4.0 y de consolidación en lo que hace a los cambios que ya está experimentando las relaciones

1 TODOLÍ SIGNES, A.: "Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista", Lan Harremanak, Revista de Relaciones Laborales, nº 41, p. 14.

2 MOLINA NAVARRETE, C.: "Derecho y Trabajo en la era digital: ¿«Revolución industrial 4.0» o «economía sumergida 3.0»?", en VVAA: El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Palacio de Zurbano, Madrid: Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019), Vol. 2, Madrid, 2017, p. 416.

3 MOLINA NAVARRETE, C.: "Derecho y Trabajo en la era digital: ¿«Revolución industrial 4.0» o «economía sumergida 3.0»?", ob. cit., p. 416; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: "La transcendencia de la disponibilidad horaria del trabajador en el contexto de las plataformas digitales", Temas laborales: Revista Andaluza de trabajo y bienestar social, nº 146, 2019, pp. 122 y 139 y ss; MUÑOZ RUIZ, A.B.: "Cambio tecnológico y transformación digital: líneas de futuro de la OIT en materia de prevención de riesgos laborales", International Journal of Information Systems and Software Engineering for Big Companies: IJISEBC, nº 1, 2019, pp. 122.

4 TODOLÍ SIGNES, A.: "Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista", ob. cit., p. 18.

laborales, se suma otra realidad que existe y que ha incidido de manera notable en la introducción del registro obligatorio de la jornada. Esta realidad es que el legislador ha enfocado la regulación del tiempo de trabajo con amplios márgenes de flexibilidad en el diseño del marco jurídico, como puede apreciarse por la posibilidad de combinar distintos elementos en la configuración del tiempo de trabajo de cada uno de los trabajadores que prestan sus servicios por cuenta ajena en la empresa: pausas durante la jornada, descanso interjornada, jornada máxima anual, jornada partida, jornada intensiva, descanso semanal, distribución irregular del tiempo de trabajo, vacaciones, entre otros (artículo 34 a 38 del ET). Pero también que estos nuevos escenarios laborales parecen demandar más flexibilidad en el tiempo de trabajo, incrementando la importancia de la distribución irregular de la jornada de trabajo por razones empresariales[5]. Con el riesgo que ello puede comportar si se confunde la flexibilidad con la inobservancia de los límites legales y convencionales existentes en materia de tiempo de trabajo.

Al mismo tiempo que esta realidad de trabajos más flexibles en cuanto al tiempo de trabajo crece tanto por razones empresariales como por causas personales atenientes al trabajador (en este último caso, por ejemplo, la conciliación de la vida laboral y familiar). También aumenta la preocupación de los especialistas del Derecho del Trabajo por el control de la salud del trabajador en los nuevos tipos de empleos, precisamente como consecuencia de que el trabajo se realiza fuera de la empresa, en unidades de tiempo de trabajo que se alteran a demanda de los encargos realizados por agentes externos a la organización de la empresa para la que presta servicios el trabajador, bajo la presión de cumplir objetivos y sin control directo del empresario, así como existiendo confusión entre los tiempos de descanso y de trabajo[6]. De hecho, se han subrayado como factores asociados específicamente a la industria 4.0: el incremento del error humano por el aumento de la interacción trabajador-máquina, que requerirá seguramente revisar el tiempo de las pausas y de los descansos en la jornada, el estrés que genera la necesidad de procesar más información o la propia interacción entre el trabajador-máquina, que posiblemente también precise de la necesidad de adecuar la jornada de trabajo, o las negativas consecuencias de la disminución de las relaciones entre los trabajadores[7].

5 DEL REY GUANTER, S.: "Sobre el futuro del trabajo: modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos", en VVAA: El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Palacio de Zurbano, Madrid: Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019), Vol. 2, Madrid, 2017, p. 365.

6 Un análisis sobre los nuevos riesgos profesionales y su relevancia en los emergentes y nuevos escenarios laborales, MERCADER UGINA, J.R.: "Riesgos laborales y transformación digital: hacia una empresa tecnológicamente responsable", en VVAA: Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico, nº 23, 2018, pp. 92-107; AGRA VIFORCOS, B.: "Riesgos laborales en la industria y el trabajo 4.0", en VVAA: 4ª Revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital, Aranzadi, 2018, pp. 609-631; MUÑOZ RUIZ, A.B.: "Cambio tecnológico y transformación digital: líneas de futuro de la OIT en materia de prevención de riesgos laborales", ob. cit., pp. 111-122.

7 MANTILLA MUÑOZ, M.; AGUAYO GONZÁLEZ, F. y PERALTA ÁLVAREZ, M.E.: "El factor humano en la prevención de riesgos laborales en los nuevos entornos de trabajo de la construcción 4.0", en VVAA: IV jornada de investigación y postgrado, 2017, p. 218; MUÑOZ RUIZ, A.B.: "Cambio tecnológico y transformación digital: líneas de futuro de la OIT en materia de prevención de riesgos laborales", ob. cit., pp. 121 y ss.

Sin lugar a dudas, el poder de dirección del empresario incluye el control sobre el tiempo de trabajo que efectivamente invierten cada uno de los trabajadores en el desarrollo de la prestación de servicios, tal y como se dispone en el artículo 20.3 del ET, que permite la adopción de las medidas que el empresario "estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales". Ahora bien, tal posibilidad de control empresarial es potestativa, como había sostenido las empresas demandadas en los pronunciamientos habidos sobre el registro de la jornada antes de que se hubiera introducido, sin que se hubiese rebatido[8]. Con la excepción de que la empresa debe garantizar la prevención y la protección de los riesgos profesionales, que puede insertarse en el deber general de prevención (artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, en adelante LPRL) y que se intensifica de manera particular para los trabajadores especialmente sensibles (artículo 25 de la LPRL). Entre ellos, se incluyen claramente los riesgos profesionales derivados de la exposición del trabajador a horarios excesivamente prolongados o irrespetuosos con las pausas y los ritmos de trabajo, lo que precisamente trata de combatir los artículos 34 y 38 del ET y la normativa internacional concordante.

Por lo que estas nuevas formas de concebir el trabajo, que serán más flexibles casi con total seguridad, requieren el control y la vigilancia de las tareas que realizan los trabajadores en las empresas. Al menos desde el punto de vista, aunque no sea exclusivamente, de la prevención de riesgos laborales.

2. La regulación del registro obligatorio de jornada en el marco de un controvertido marco jurídico

En todo este escenario de profundas transformaciones y de incertidumbres para el sistema de relacionales laborales, la introducción del registro de jornada ha avivado aún más el debate existente sobre la pertinencia de controlar el tiempo de trabajo de quienes realizan actividades laborales, que contaba con detractores y con defensores antes de su implantación. Los primeros en la línea argumentativa de que los nuevos tipos de empleo reclaman más flexibilidad en la fijación del tiempo de trabajo y más autonomía del trabajador en la ejecución de trabajos basados en el cumplimiento de objetivos, como se estudió en el primer apartado. Y los segundos, en la línea de la necesidad de mantener el control empresarial de la prestación de servicios, incluso haciendo que este control sea externo al empresario y fácilmente acreditable por parte del trabajador, para incrementar la prevención ante posibles incumplimientos y los mecanismos de tutela[9].

Para su introducción como instrumento de control del tiempo de trabajo concurren razones de diversa índole. Unas son de carácter ateniente a la prevención de riesgos laborales, que ha sido una preocupación del legislador laboral como se extrae incluso de

8 SAN de 4 de diciembre de 2015 (rec. nº 301/2015) y SAN de 19 de febrero de 2016 (rec. nº 383/2015).

9 Sobre estas dos posiciones, IGARTUA MIRÓ, M.T.: "La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019", Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, nº 147, 2019, pp. 118.

las primeras leyes de fábrica, que se mantiene en la actualidad en el marco de regulación anteriormente mencionado y que previsiblemente siga ocupando y preocupando al legislador laboral en el futuro, como hemos indicado anteriormente. Otras son de carácter más bien económico, por la conexión entre el tiempo de trabajo destinado al desempeño de las actividades productivas, el salario pactado por las partes y las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas como consecuencia de las actividades laborales. Y otras razones están relacionadas con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE). Pues puede derivarse del registro de jornada una documental susceptible de conformar la prueba en el juicio seguido en el orden social, cuando el empresario y el trabajador discutan el tiempo dedicado a la realización de la prestación de servicios.

Todo lo que sigue siendo necesario en los nuevos escenarios laborales que seguirán precisando igualmente de mecanismos de control y de vigilancia para evitar la actualización de los riesgos profesionales, así como para asegurar un marco de contribución y de esfuerzo al Sistema de Seguridad Social justo y equilibrado, con el fin de garantizar el devengo de las percepciones salariales. De hecho, la introducción del registro obligatorio de jornada, como podremos comprobar en las siguientes páginas, constituye un paso previo a conseguir un objetivo más ambicioso, que es la consecución de un sistema de control (también externo al empresario) del horario (y no sólo de la jornada de trabajo) de quienes realizan prestaciones de servicio por cuenta ajena. Al que contribuye, como se expondrá en este trabajo, la introducción del registro de jornadas prevista con carácter general para todos los trabajadores en el artículo 34.9 del ET.

A este respecto, el Real Decreto-ley 8/2019 modifica en este punto al ET en dos aspectos esenciales: de un lado, se introduce un nuevo párrafo, el noveno, en el artículo 34 del ET, con el fin de establecer una regla general sobre la llevanza del registro de jornada, lo que deberá cumplir con las condiciones y con los términos previstos en la norma, cuyos elementos esenciales se mencionarán en este apartado, para examinarse con más detenimiento en los siguientes. Por otro lado, el Real Decreto-ley 8/2019 altera el artículo 34.7 del ET para admitir que esta regla general de la obligación empresarial se adecue a las peculiaridades de la profesión. Como se extrae del tenor literal de este precepto tras las modificaciones practicadas, a decisión del "Gobierno, a propuesta de la persona titular del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas", "podrá establecer (…) especialidades en las obligaciones de registro de jornada, para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran".

Se acaba de esta manera las dudas creadas en torno a la obligatoriedad del registro de jornadas, que habían dado lugar a diversos pronunciamientos judiciales sobre este particular del TJUE, del TS y de la AN. Pese a que tanto el registro de jornadas como incluso en algunos casos el registro del horario existía con anterioridad del Real Decreto-ley 8/2019 en normas específicas que los regulaban para ciertos tipos de trabajos y determinados sectores de actividad. Puesto que el artículo 12.4.c del ET y el artículo 35.5 del ET disponen respectivamente la obligación de registrar las horas realizadas de los trabajadores a tiempo parcial y las horas extraordinarias de aquellos trabajadores que las realicen, así como

existen previsiones relacionadas con algunos trabajadores tanto en las directivas europeas como en las normas españolas sobre la materia, que se refieren a los trabajadores del mar, los trabajadores de la marina mercante, el transporte por carretera, los trabajadores móviles de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario, los trabajadores del sector ferroviario, los trabajadores móviles y a los trabajadores en el marco de una prestación de servicios trasnacional en el espacio europeo[10].

Precisamente, las dudas sobre la obligatoriedad del registro de jornada estaban fundadas en las diversas interpretaciones existentes sobre el alcance del artículo 35.5 del ET, que se refería antes la reforma del Real Decreto-ley 8/2019 y que sigue en la actualidad disponiendo lo siguiente: "a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones". Por un lado, como el precepto dispone la obligación de registrar las horas extraordinarias, muchas empresas alegaban que sus trabajadores no realizaban horas extraordinarias. Por lo que rechazaban la obligación de implantar un registro para su control, lo que ciertamente les favorecía, tanto en lo que hace a los problemas de gestión que siempre pueden suscitarse en relación con los registros horarios, como en lo referido a los juicios donde podían con más facilidad acreditar que el trabajador no realizaba las horas extraordinarias.

Por otro lado, como el artículo 35.5 del ET únicamente se refiere a las horas extraordinarias, y aunque la redacción indique expresamente que se trata de un registro de la jornada, la posición de las empresas era considerar que el registro del artículo 35.5 del ET carece del alcance de un registro de todo el tiempo de trabajo, siendo obligatoria únicamente su implantación a los efectos de contabilizar y de reflejar en él las horas extraordinarias que se produzcan[11].

Y como quiera que el cómputo de las horas extraordinarias depende de una valoración más amplia de lo que sucede día a día, se ha sugerido que el registro del artículo 35.5 del ET no solo debe computar las horas extraordinarias con independencia de su valoración posterior, sino también que la obligación de registrar las horas extraordinarias facilita

10 Cláusula 8 de la Directiva 63/1999, del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST). Artículo 9.2 de la Directiva 15/2002/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera. Cláusula 8 de la Directiva 47/2005 del el Consejo, de 18 de julio de 2005, relativa al acuerdo entre la Comunidad de Ferrocarriles Europeos (CER) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (EFT) sobre determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario. Artículo 6.2 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional). Artículo 10.5 bis, 18 y disposición adicional séptima del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

11 Este debate aparece reflejado en muchos pronunciamientos judiciales, STS (contencioso-administrativo) de 5 de junio de 1989, SAN de 4 de diciembre de 2015 (rec. nº 301/2015) y STS de 23 de marzo de 2017 (rec. cas. nº 81/2016), entre otros.

el control del tiempo de trabajo de los trabajadores que realizan su prestación de servicios con distribución irregular de las jornadas de trabajo[12].

Concretamente, centrándonos únicamente en los pronunciamientos judiciales inmediatamente anteriores a la regulación del registro de jornada que son los que han propiciado el cambio legislativo, las dudas sobre el registro de jornada habían dado lugar a distintas sentencias que se han pronunciado en diversos sentidos sobre la obligación empresarial sobre su llevanza antes de que se adoptara el artículo 10 del Real Decreto-ley 8/2019[13].

A partir de la introducción del registro general de jornada por el artículo 34.9 del ET y establecida la obligación empresarial sobre su llevanza, algunos convenios colectivos o acuerdos colectivos de sector han comenzado a ocuparse de la implantación y de la llevanza del registro de jornada. Si bien, los textos de estas disposiciones negociales siguen siendo poco detalladas, como tendremos ocasión de comprobar cuando se analicen los problemas de aplicación práctica, dejando en la mayoría de las ocasiones a la decisión de la empresa, con los oportunos procesos de consulta y de negociación con los representantes de los trabajadores, la decisión sobre aspectos esenciales de la implantación y de la llevanza del registro de jornada previsto en el artículo 34.9 del ET[14].

---

12 ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: "Registro de jornada y supresión de las horas extraordinarias que se compensan por descanso, la estrategia y el objetivo", IUSLabor, nº 2, 2017, p. 3.

13 De un lado, la SAN de 4 de diciembre de 2015 (rec. nº 301/2015) y la SAN de 19 de febrero de 2016 (rec. nº 383/2015), que resolvieron sobre la obligación de registrar la jornada de trabajo más allá de las horas extraordinarias, basándose en pronunciamientos como la STS de 25 de abril de 2006 (rec. cas. nº 147/2005), aunque en este caso por la previsión del "Pacto de control horario y horas extraordinarias" dispuesto en la empresa, que se refería a la obligación de comunicar a los representantes de los trabajadores las horas extraordinarias compensadas, las pendientes de compensación por descanso y las retribuidas. Y que, tras la corrección que la STS de 23 de marzo de 2017 (rec. cas. nº 81/2016) realizó a la SAN de 4 de diciembre de 2015 (rec. nº 301/2015), siguen sosteniendo algunos pronunciamientos judiciales, como la STSJ de Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Social, de 31 de enero de 2019 (rec. 354/2018). Por otro lado, los pronunciamientos que rechazaban la obligación de implantar un registro de la jornada más allá de las previsiones dispuestas en relación con las horas extraordinarias en el artículo 35 del ET, basándose para ello en la STS (contencioso-administrativo) de 5 de junio de 1989 que rechazaba la existencia de esta previsión y en consecuencia la imposibilidad de sancionar al empresario por no llevar el registro de jornadas, pudiendo destacarse particularmente la STS de 11 de diciembre de 2003 (rec. cas. nº 63/2003), la SAN de 12 de julio de 2005 (rec. 39/2005), la STS de 23 de marzo de 2017 (rec. cas. nº 81/2016) y la STS de 20 de abril de 2017 (rec. cas. nº 116/2016). Y finalmente, la STJUE de 14 de mayo de 2019 (C-55/18) CCOO, cuyas conclusiones se hicieron públicas el 1 de enero de 2019, antes de que se aprobase el Real Decreto-ley 8/2019. Este pronunciamiento resuelve que una normativa de un Estado Miembro, como la española, que no permite controlar la "jornada laboral diaria realizada por cada trabajador", es contraria al Derecho de la Unión Europea. Todo lo que propició la aprobación y entrada en vigor del registro obligatorio de jornada previsto por el Real Decreto-ley 8/2019.

14 Acta del acuerdo de control y registro horario en los centros educativos afectados por el VI Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE de 30 de julio de 2019); Convenio colectivo de la Federación Estatal de Servicios de CC.OO (BOE 26 septiembre 2019); Acuerdo parcial del Convenio colectivo del sector de cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 30 de octubre de 2019); VI Convenio colectivo general del sector de la construcción (BOE de 5 de noviembre de 2019); Acuerdo sobre el registro de la jornada de trabajo, derivado de lo establecido en el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención

3. Las dudas sobre el alcance de la obligación empresarial de llevar el registro obligatorio de jornada y su repercusión en el control del horario y del tiempo de trabajo

El problema principal de la correcta implementación de la previsión dispuesta en el artículo 10 del Real Decreto-ley 8/2019 es que la norma omite realizar una regulación de detalle sobre cómo debe articularse el registro horario, lo que ha abierto las dudas sobre el alcance de esta nueva obligación empresarial. De hecho, el artículo 10 del Real Decreto-ley 8/2019 contiene únicamente dos previsiones en relación con el registro de la jornada, a la que se suma la modificación del artículo 34.7 y a la adicción que realiza el artículo 11 del Real Decreto-ley 8/2019 al catálogo de infracciones y de sanciones en el orden social, con el fin de tipificar las sanciones aplicables en caso de incumplimiento.

Así, el artículo 10 del Real Decreto-ley 8/2019, de un lado, modifica el artículo 34 del ET para introducir un nuevo párrafo, el noveno, donde se dispone que el control "del registro diario de la jornada", "que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora", todo lo que debe realizarse "sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo", ya realicen la prestación de servicios a tiempo completo o a tiempo parcial, hagan o no horas extraordinarias (artículo 34.9 párrafo primero del ET). Por otro lado, el nuevo párrafo noveno del artículo 34 del ET también dispone que el registro de las jornadas se "organizará" y se "documentará" "mediante negociación colectiva o acuerdo con la empresa", o en defecto de lo anterior, a través de la "decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa". Y, finalmente, el nuevo párrafo noveno del artículo 34 también ordena la obligación empresarial de conservación de cuatro años (artículo 34.9 párrafo segundo del ET), permaneciendo a "disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social".

Estas previsiones legislativas propiciaron la aprobación por la Inspección de Trabajo del Criterio Técnico 101/2019, para la realización de las actuaciones inspectoras de registro de jornada regulado en el artículo 34.9 del ET, con sello de fecha de salida el 10 de junio de 2019, que deroga a las Instrucción nº 3/2016 sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinaria, donde se disponía la obligación empresarial de registrar la jornada diaria, existiesen horas extraordinarias o no existiesen horas extraordinarias, con la inclusión del horario de entrada y de salida. También deroga a la Instrucción nº 1/2017, que complementa a la anterior, cambiando de criterio y aclarando que la obligatoriedad del registro de la jornada únicamente se refiere a los casos en los que existen horas extraordinarias o a los casos en los que existe una disposición específica; sin que, en definitiva, deba entenderse que existiese una obligación general de controlar la jornada o el horario del trabajador.

El Criterio Técnico 101/2019 de la Inspección de Trabajo justifica su introducción[15]

a personas con discapacidad (BOE de 7 de noviembre de 2019).

15 El Criterio Técnico 101/2019 de la Inspección de Trabajo subraya la importancia de esta-

y sostiene que se trata de una obligación de resultados, lo que resulta coherente con las infracciones y sanciones introducidas, que han dado lugar a la modificación del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en adelante LISOS, consistente en la posibilidad de apreciar diversas sanciones, que están relacionadas con el incumplimiento general de esta obligación empresarial, así como con la lesión de derechos individuales (acceso de los trabajadores) y colectivos (acceso de los representantes legales de los trabajadores) relativos al registro de la jornada[16].

Tras la introducción de la obligación de crear el registro de jornada para todos los trabajadores se han producido varios pronunciamientos relacionados con el abono de las horas extraordinarias[17] o con el uso del registro de jornada como forma de descontar los retrasos continuados de los trabajadores[18], que permiten hacer una valoración sobre la contribución del registro de jornadas al objetivo de avanzar a la creación de un registro más general del tiempo de trabajo de todos los trabajadores en las empresas, que controle el horario de los trabajadores y el tiempo de trabajo.

Sin embargo, la obligación general dispuesta es, según se extrae del tenor literal del ET, el control de la jornada del trabajador. Por lo que la norma es menos explícita y ambiciosa en su formulación. Además, han surgido muchas preguntas e interrogantes sobre su

blecer mecanismos de control sobre el tiempo de trabajo, que recuerda han estado en los orígenes del Derecho del Trabajo, se relacionan directamente con el salario, con la salud laboral y con derechos fundamentales de tanta relevancia y trascendencia social como la conciliación de la vida laboral y familiar. Máxime en un escenario, como el actual, donde muchos trabajadores prestan servicios con flexibilidad horaria, como expresamente justifica el Criterio Técnico 101/2019. A este respecto, el Criterio Técnico 101/2019 de la Inspección de Trabajo subraya las dificultades para la Inspección de Trabajo y para los propios trabajadores de respectivamente controlar y acreditar en un juicio la vulneración de las normas sobre tiempo de trabajo, especialmente las horas extraordinarias y el exceso de la jornada.

16 Concretamente, el artículo 11 del Real Decreto-ley 8/2019 tipifica como infracción laboral grave, en el artículo 7.5 de la LISOS, el incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de registro de jornada, como expresamente puede leerse en su tenor literal, que modifica en este punto a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la LISOS: "la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de (…) registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores". Previsión específica sobre el incumplimiento de las obligaciones sobre el registro del horario, como hemos indicado introducida expresamente justo con esta nueva institución de control del tiempo de trabajo, que puede entenderse completada por otras previsiones igualmente dispuestas en la LISOS, como aquellas sanciones conectadas con la infracción de las obligaciones de información a los representantes de los trabajadores. Tales como la dispuesta en el artículo 7.7 de la LISOS, relativa a la transgresión de los "derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos", que se tipifica también como una infracción laboral grave. O más concretamente, y conectado con el registro diario de la jornada, la prevista en la disposición adicional tercera del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

17 STSJ de Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Social, de 31 de enero de 2019 (rec. 354/2018).

18 SAN de 20 de junio de 2019 (rec. 115/2019).

implementación práctica en las empresas, cuyo análisis se efectuará en el apartado siguiente, pese a que estas cuestiones eran conocidas, como tendremos ocasión de comprobar, e incluso estaban resueltas. Pues aparecían en los textos jurídicos que han precedido a la obligación general de registrar la jornada: normas europeas y nacionales, proposiciones de ley, criterios de la inspección, pronunciamientos judiciales y artículos doctrinales. De hecho, la Proposición de Ley de 15 de junio de 2017 de modificación del artículo 34 del ET, como su propio nombre indicaba, tenía como propósito incorporar "la obligación de registrar diariamente e incluyendo el horario concreto de entrada y salida respecto de cada trabajador" (BOCG de 23 de junio de 2017). Por lo que se analizará en los siguientes apartados toda esta regulación, con el fin de buscar posibles soluciones a las carencias detectadas.

II. LOS PROBLEMAS PRÁCTICOS SUSCITADOS ENTORNO AL ÁMBITO SUBJETIVO Y MATERIAL

Ante la escueta regulación del registro de jornada y de las obligaciones de control horario existentes respecto de trabajadores específicos, se han planteado las siguientes dudas de carácter aplicativo, entre otras:

1. La obligación de implementarlo para todos los trabajadores del ET, con la excepción del personal de alta dirección, y las previsiones específicas

El artículo 34.9 del ET introduce el registro de jornada para todos los trabajadores a los que les resulte de aplicación este precepto, salvo para el personal de alta dirección, al que se le excluye expresamente. Lo que implica, en contraposición, la inclusión de tanto de los mandos intermedios como de los responsables o cargo de confianza del empresario, cuando actúen sin la autonomía y plena responsabilidad del poder de dirección que tiene asignado el personal de alta dirección, cuyas actuaciones únicamente se encuentra limitadas por las instrucciones del titular de la empresa o de los órganos de gobierno y de administración de la empresa, según se extrae del artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección[19]. Así lo ha recogido también la negociación colectiva[20].

19 RUIZ LINAZA, F. y SALAMANCA, M.: "Guía informativa sobre la aplicación del registro de jornadas en las empresas", disponible en https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/2019/05/P%C3%A9rez-Llorca-Nota-Jur%C3%ADdica-Registro-Jornada-Mayo-2019.pdf

20 Acuerdo parcial del Convenio colectivo del sector de cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 30 de octubre de 2019) y el Acuerdo sobre el registro de la jornada de trabajo, derivado de lo establecido en el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 7 de noviembre de 2019) excluyen, en coherencia con lo anterior, al personal de alta dirección del marco regulador del registro de jornada. Y, por su parte, el Acuerdo sobre el registro de la jornada de trabajo, derivado de lo establecido en el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 7 de noviembre de 2019) señala que "las categorías funcionales directivas temporales que figuran en este convenio serán consideradas a estos efectos como mandos intermedios, cargos de confianza o con ejercicio de especiales responsabilidades", por lo que estarán sujetas al registro de jornada.

De tal manera que el registro de la jornada no será obligatorio en el caso de los trabajadores excluidos del ET, como son los trabajadores autónomos o los trabajadores autónomos económicamente dependientes[21]. Tampoco en el caso de los empleados públicos en régimen funcionarial y eventual, a los que les resulta de aplicación el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, pese a que la obligación de registrar la jornada de trabajo e incluso el horario tiene una larga tradición en el empleo público[22]. En cambio, sí le será de aplicación a los trabajadores laborales que presten sus servicios como empleados públicos, en tanto que les sea de aplicación el ET. Pues el artículo 34.9 del ET no establece ninguna previsión específica para ellos.

De hecho, como hemos indicado antes, el artículo 34.9 del ET dispone la obligación general de registrar la jornada de trabajo para todos los trabajadores laborales, salvo para el personal de alta dirección. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad del legislador establezca excepciones para ciertos trabajadores, lo que hasta el momento no se ha realizado, aunque existen ciertas especialidades para quienes realizan horas extraordinarias (artículo 35.5 del ET), así como para algunos trabajadores de sectores específicos (trabajadores del mar, trabajadores de la marina mercante, transporte por carretera, trabajadores móviles de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario, trabajadores móviles, trabajadores en el marco de una prestación de servicios trasnacional en el espacio europeo)[23]. Estas especialidades, como veremos, se manifiestan en un control más intenso de la jornada de trabajo, que lleva incluso a consistir, como tendremos ocasión de comprobar, en un control más intenso del horario y en general del tiempo de trabajo de estos trabajadores.

De hecho, la implantación del registro de jornadas ha dado lugar a un debate donde muchos profesionales han cuestionado, sobre la base de la especialidad de su prestación de sus servicios, la conveniencia de que su tiempo de trabajo quede sujeto al control del

21 RODRÍGUEZ PASTOR, G. y ALFONSO MELLADO, C.: El registro de jornada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 42. Así tanto el Acuerdo de control y registro horario en los centros educativos afectados por el VI Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE de 30 de julio de 2019) como el Acuerdo sobre el registro de la jornada de trabajo, derivado de lo establecido en el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 7 de noviembre de 2019) excluyen "a las/os socias/os trabajadoras/es de cooperativas".

22 RODRÍGUEZ PASTOR, G. y ALFONSO MELLADO, C.: El registro de jornada, ob. cit., p. 42.

23 Cláusula 8 de la Directiva 63/1999, del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST), Artículo 9.2 de la Directiva 15/2002/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera. Cláusula 8 de la Directiva 47/2005 del el Consejo, de 18 de julio de 2005, relativa al acuerdo entre la Comunidad de Ferrocarriles Europeos (CER) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (EFT) sobre determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario. Artículo 6.2 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional). Artículo 10.5 bis, 18 y disposición adicional séptima del Real Decreto 1561/1995.

registro de jornada ordenado por el artículo 34.9 del ET. Incluso algunos empresarios y las asociaciones profesionales de diversos ámbitos han solicitado la incorporación de previsiones específicas en relación con la obligación empresarial de llevar el registro de jornadas del artículo 34.9 del ET para todos los trabajadores laborales[24]. Y se ha sostenido la exclusión de los representantes de comercio y de los penados en instituciones penitenciarias[25].

En cierta manera, el cuestionamiento sobre la pertinencia de registrar el tiempo de trabajo de todos los trabajadores laborales tuvo su acogida en los pronunciamientos judiciales que rechazaron la obligación empresarial de registrar la jornada de todos los trabajadores sobre la base del registro de las horas extraordinarias previsto en el artículo 35.5 del ET[26].

A este respecto, cabe señalar que el artículo 22.1.c) de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, dispone la obligación de que los empresarios lleven "registros actualizados de todos los trabajadores" que realicen su prestación de servicios sin la sujeción a los mínimos de descanso semanal previstos en el artículo 6 de la Directiva 2003/88/CE. Con el fin de controlar, esencialmente desde el punto de vista de la prevención de los riesgos laborales, el tiempo que los trabajadores destinan a la realización de las actividades productivas. Por lo que la obligación del registro de jornada abarca a los tiempos de trabajo de los trabajadores que realizan su prestación de servicios sin un horario fijado o acordado previamente con la empresa. Lo que parece, según se concluyó en el anterior apartado, será el tipo de empleo que posiblemente se generalice y crezca más en los próximos años.

---

24 Así ha sucedido con el Consejo General de la Abogacía, en relación particularmente a los abogados laborales, cuya relación laboral, que es de carácter especial, se establece en el Real Decreto 331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos, así como por el Estatuto General de la Abogacía. Del mismo modo, esta exclusión se ha solicitado por parte de la Administración Sanitaria (Valencia y País Vasco) respecto del personal que realiza su prestación de servicios como MIR, que están siendo excluidos de los acuerdos colectivos que se refieren a la determinación del registro de jornada. También la Conferencia de Rectores de las Universidades ha planteado solicitar la exclusión, en relación con el PDI y el personal investigador incluido en el ET, al que le resulta de aplicación.

25 RODRÍGUEZ PASTOR, G. y ALFONSO MELLADO, C.: El registro de jornada, ob. cit., p. 43.

26 Así, la STS de 23 de marzo de 2017 (rec. cas. nº 81/2016), que rechazaba la obligación empresarial de llevar un registro de jornadas en atención exclusivamente a los deberes impuestos en el artículo 35.5 del ET y que corregía a la SAN de 4 de diciembre de 2015 (rec. nº 301/2015) por la vía del recurso de casación interpuesto por la empresa que había sido condenada a su implantación, realizó una interesante reflexión. La Sala afirmaba que la existencia de empresas que controlan las ausencias del trabajador, y en consecuencia que recaban información sobre el tiempo de trabajo, es insuficiente para justificar la extensión de la obligación empresarial de registrar la jornada de los trabajadores, ya se desconocen "en qué condiciones" y "qué empresas" llevan el registro del control del tiempo de trabajo. Por lo que concluía, en atención a que el marco regulador únicamente se refería al registro de las horas extraordinarias, que las empresas no están obligadas a llevar un "complicado registro general de la jornada diaria realizada por cada uno de sus empleados".

También que la obligación de registrar la jornada para todos los trabajadores de una empresa que realicen su prestación de servicios de una forma distinta a la estandarizada (en las horas ordinarias y a tiempo completo) existía antes del artículo 34.9 del ET. Concretamente, el artículo 12.4.c del ET (trabajadores a tiempo parcial) y el artículo 35.5 ET (horas extraordinarias) contenían previsiones relativas a la llevanza de registros de tiempo de trabajo. Asimismo, también existía para todos los trabajadores que realizan las siguientes actividades: los trabajadores del mar, los trabajadores de la marina mercante, el transporte por carretera, los trabajadores móviles de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario, los trabajadores del sector ferroviario, los trabajadores móviles y los trabajadores en el marco de una prestación de servicios trasnacional en el espacio europeo[27].

Fuera de estas previsiones, lo cierto es que los Tribunales han entendido que el registro de la jornada puede imponerse incluso en el caso de los trabajadores que realizan prestaciones de servicios en su domicilio en régimen de teletrabajo, sin que este control vulnere el derecho a la intimidad en un espacio tan sensible como lo es el propio domicilio (artículo 18 de la CE), como trató de argumentar la empresa para excusarse por el incumplimiento de la obligación de registrar las horas extraordinarias, STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3 de febrero de 2016 (rec. supl. nº 2229/2015)[28]. También puede llevarse a cabo en empresas que carecen de los instrumentos tecnológicos que facilitan el almacenaje y el tratamiento de datos relativos al tiempo de trabajo, recurriendo para la llevanza del registro de jornada a los registros del tiempo de trabajo en formato papel. Lo que podría igualmente emplearse en el caso de los trabajadores móviles, cuando la empresa carezca de los dispositivos electrónicos adecuados a disposición de estos trabajadores. De ahí la importancia de que el registro de jornada pueda llevarse, incluso cuando la normativa laboral o el convenio colectivo de sector se decante por una forma como ha sucedido en el Acuerdo parcial del Convenio colectivo del sector de cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 30 de octubre de 2019) que opta por el electrónico, mediante fórmulas diversas (en papel, mediante Apps, a través de la página web de la empresa, mensajes de internet o mensajería instantánea).

27 Cláusula 8 de la Directiva 63/1999, del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST)., Artículo 9.2 de la Directiva 15/2002/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera. Cláusula 8 de la Directiva 47/2005 del el Consejo, de 18 de julio de 2005, relativa al acuerdo entre la Comunidad de Ferrocarriles Europeos (CER) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (EFT) sobre determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario. Artículo 6.2 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional). Artículo 10.5 bis, 18 y disposición adicional séptima del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

28 En el mismo sentido, sobre la implementación del registro de jornada para los trabajadores a distancia y a domicilio, reflexiona extensamente, sosteniendo la obligación empresarial de su llevanza, IGARTUA MIRÓ, M.T.: "La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019", ob. cit., pp. 130-131.

2. El empresario y el responsable de registrar la jornada: particular reflexión sobre la participación del trabajador en la elaboración del registro de jornadas

Como obligación empresarial prevista en el artículo 34.9 del ET y acompañada de sanciones laborales al empresario en caso de incumplimiento de esta nueva obligación, el registro de la jornada debe llevarse a cabo por quien interviene como empresario recibiendo la prestación de servicios del trabajador laboral de la empresa (artículo 1.2 del ET), pudiendo realizarse el registro de jornada por él mismo o por quién designe (ya sea, un trabajador de la empresa que interviene como responsable de la materia y que tiene la formación requerida para ello, o bien sea una empresa o un tercero externo dedicado profesionalmente a estas actividades).

Más difícil resulta la identificación del responsable de la llevanza en el caso de los supuestos normados jurídicamente de descentralización productiva por el legislador laboral. En lo que hace a las contratas, se ha interpretado que la obligación de cumplimentar y de custodiar el registro de jornada previsto en el artículo 34.9 del ET le corresponde a la contrata o subcontrata[29], pero que el requisito sobre la accesibilidad al registro de jornada puede hacer que la principal o la contrata respectivamente, cuando allí se desempeñe la actividad laboral, colabore con la contratista o la subcontratista para garantizar la accesibilidad de la información[30]. Así lo confirma la Guía del Ministerio sobre el registro de la jornada de 13 de mayo de 2019, aunque algún especialista haya llamado la atención sobre la posible irregularidad de que empresas que son realmente diferenciadas necesiten de esos mecanismos[31]. También la negociación colectiva identifica a la contrata o subcontrata como responsable de la llevanza, con independencia de los pactos o acuerdos de colaboración a los que lleguen las empresas[32].

29 RODRÍGUEZ PASTOR, G. y ALFONSO MELLADO, C.: El registro de jornada, ob. cit., p. 40. https://www2.deloitte.com/es/es/pages/legal/articles/guia-practica-registro-jornada-laboral-trabajadores.html.

30 RUIZ LINAZA, F. y SALAMANCA, M.: "Guía informativa sobre la aplicación del registro de jornadas en las empresas", ob. cit.

31 DE LA MORENA CORRALES, P.: "El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (en especial, la obligación del registro de jornada", Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, nº 54, 2019.

32 Así el Acuerdo de control y registro horario en los centros educativos afectados por el VI Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE de 30 de julio de 2019) establece la obligación de la llevanza y de la conservación a la contratista, sin perjuicio de pacto con la contrata para mejorar la implementación: "en el supuesto de subcontratación de la actividad la empresa contratista, como empresa empleadora, será la obligada a llevar el control horario de sus trabajadores, sin que el centro docente tenga ninguna responsabilidad al respecto. No obstante, el centro docente, como empresa principal, podrá acordar con la empresa contratista llevar a cabo el control horario de este personal en lugar de la empresa contratista, en todo caso, es obligación de la contratista conservar y mantener la documentación de los registros diarios realizados". Por su parte, el Acuerdo de modificación del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción (BOE de 5 de noviembre de 2019) permite que el registro de jornada pueda ser llevado, en el caso de acuerdo, con los medios empleados por la empresa principal. Y el Acuerdo sobre el registro de la jornada de trabajo, derivado de lo establecido en el Convenio colectivo general

Por lo que se refiere a las Empresas de Trabajo Temporal, la Guía del Ministerio sobre el registro de la jornada de 13 de mayo de 2019 dispone que, sobre la base del artículo 15 de la LETT, será la empresa usuaria la encargada de la cumplimentación, de la conservación y de garantizar la accesibilidad del registro de jornadas, como también se ha sostenido por otros especialistas[33], sin perjuicio de que la ETT debe disponer de los horarios[34], así como se la ha responsabilizado de la conservación y de garantizar la accesibilidad de los terceros señalados en la ley[35]. De hecho, se ha subrayado que la ETT es la única responsable ante una posible infracción de la normativa laboral[36], sin que el Criterio Técnico 101/2019 de la Inspección de Trabajo haya realizado la pertinente aclaración al respecto, ni tampoco exista norma en este punto. En el resto de cuestiones, de acuerdo con el artículo 12.1 de la LETT, la Guía del Ministerio sobre el registro de la jornada de 13 de mayo de 2019 hace alusión a la necesidad de establecer mecanismos de colaboración para la aportación de los registros de jornada, como también han defendido especialistas en la materia[37]. Mecanismos que deben respetar la protección de los datos personales[38].

Por lo que nos encontramos con una obligación empresarial que puede afectar a varias empresas en caso de descentralización productiva. Y, a este respecto, sobre el alcance de esta obligación empresarial hemos de reflexionar sobre la participación y la colaboración del trabajador en el cumplimiento de esta obligación empresarial. Pues la llevanza del registro de jornada parece implicar en la práctica, con el fin de dotarle de la mayor fiabilidad, la participación del trabajador en el registro de jornada, aunque ni el artículo 34.9 del ET, ni el Criterio Técnico 101/2019 de la Inspección de Trabajo, ni la Guía del Ministerio sobre el registro de la jornada de 13 de mayo de 2019 lo imponen de manera expresa, aunque estos dos instrumentos jurídicos hacen referencia a la posible implicación del trabajador.

---

de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 7 de noviembre de 2019) responsabiliza a la empresa contratista de llevar el registro de la jornada de trabajo, eximiendo a la empresa principal de llevar el control, salvo pacto entre las empresas, aunque aclara que la empresa contratista será la responsable de conservar y de mantener la documentación de los registros horarios realizados.

33 RUIZ LINAZA, F. y SALAMANCA, M.: "Guía informativa sobre la aplicación del registro de jornadas en las empresas", ob. cit.; RODRÍGUEZ PASTOR, G. y ALFONSO MELLADO, C.: El registro de jornada, ob. cit., p. 40; DE LA MORENA CORRALES, P.: "El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (en especial, la obligación del registro de jornada", ob. cit.

34 RUIZ LINAZA, F. y SALAMANCA, M.: "Guía informativa sobre la aplicación del registro de jornadas en las empresas", ob. cit.

35 RUIZ LINAZA, F. y SALAMANCA, M.: "Guía informativa sobre la aplicación del registro de jornadas en las empresas", ob. cit.

36 RUIZ LINAZA, F. y SALAMANCA, M.: "Guía informativa sobre la aplicación del registro de jornadas en las empresas", ob. cit.

37 RODRÍGUEZ PASTOR, G. y ALFONSO MELLADO, C.: El registro de jornada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, ob. cit., p. 40. https://www2.deloitte.com/es/es/pages/legal/articles/guia-practica-registro-jornada-laboral-trabajadores.html

38 DE LA MORENA CORRALES, P.: "El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (en especial, la obligación del registro de jornada", ob. cit.

En la mayoría de las ocasiones, el trabajador se convierte materialmente, y aunque la obligación es del empresario, en el único responsable de la llevanza, como sucede cuando el empresario y el trabajador carecen de contacto directo por realizar el trabajador la prestación de servicios fuera de la empresa o por llevar a cabo el trabajo en un horario flexible. Y especialmente cuando el sistema de registro de jornada se hace mediante firma o huella del trabajador, empleando para ello el registro de presencia y ausencia previsto por la empresa.

Esta cuestión ha sido abordada por la STSJ de Madrid (Madrid) de 31 de octubre de 2012 (rec. supl. nº 513/2012), en relación con un trabajador del sector del transporte que no le entrega a la empresa el tacógrafo, ni tampoco colabora en la entrega de los correspondientes discos solicitados por la autoridad mientras conducía, confirmando la Sala la procedencia del despido disciplinario practicado por la empresa, como consecuencia de la gravedad de la conducta. También ha sido tratada en la STSJ de Madrid (Madrid) de 12 de julio de 2019 (rec. supl. nº 206/2019), en relación con un profesor que prestaba sus servicios para una cooperativa como trabajador laboral, que fue despedido como consecuencia de las ausencias y los retrasos injustificados en una empresa donde existía un sistema de fichaje, que funcionaba incorrectamente, como el trabajador había advertido en alguna ocasión a la empresa. En este caso, la Sala califica el despido como injustificado. De hecho, en cita a la sentencia de instancia, subraya de manera expresa que "la única falta achacable al demandante es que debería haber puesto en conocimiento" de la empresa regularmente "que no le funcionaba el sistema de fichaje, falta que no constituye infracción", aduciendo que la mala fe es de la empresa, que podría haber comunicado al trabajador los incumplimientos detectados en relación con el tiempo de trabajo, sin necesidad de esperar un mes y medio, puesto que el registro de la jornada es de carácter diario. Si bien, la sentencia de instancia, que cita la de suplicación y se comenta aquí, abre la posibilidad de que la empresa acredite la existencia de infracción para el trabajador.

En cualquier caso, las posibles sanciones por falta de colaboración en la llevanza del registro de jornada deben al menos disponerse en convenio colectivo, según lo previsto en el artículo 58.1 del ET: "los trabajadores podrán ser sancionados" "en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable". Por ello, es previsible que la negociación colectiva realice, como ya ha sucedido, concreciones al respecto[39]. Así

39 Acuerdo parcial del Convenio colectivo del sector de cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 30 de octubre de 2019), realice previsiones adicionales sobre esta materia. Concretamente, el Acuerdo parcial del Convenio colectivo del sector de cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 30 de octubre de 2019) impone de manera expresa y explícita, en el apartado III titulado "Funcionamiento del registro", que "todas las personas de la plantilla deberán incorporar en la aplicación puesta a su disposición, diaria y obligatoriamente, cada día de trabajo" los datos relativos al tiempo de trabajo dispuestos en el convenio colectivo. En el apartado 4 "Obligación de registrar", dispone expresamente, en coherencia con lo anterior, que "la persona trabajadora tendrá obligación de completar los datos requeridos por la empresa para garantizar el registro de jornada". Pero establece que "si la persona trabajadora no cumple con la obligación de cumplimentar los datos señalados, la empresa deberá requerirle para que lo haga, advirtiéndole del carácter de deber laboral de dicha obligación, pero, en todo caso, y de forma excepcional, considerará que la jornada realmente realizada es la que

puede evitarse pronunciamientos judiciales como el recogido en la STSJ de Murcia de 8 de marzo de 2017 (rec. nº 1047/2016), que consideró improcedente el despido de un trabajador que no fichaba, dado que la empresa no lo imponía de manera rigurosa un registro de jornada y permitía generalizadamente el incumplimiento de fichar[40].

3. Desde la obligación del registro diario de la jornada a la recomendación del registro del tiempo de trabajo

Otra de las cuestiones ampliamente discutidas en relación con la obligación general de registrar la jornada de trabajo dispuesta en el artículo 34.9 del ET es el alcance del registro de jornada, en relación con los conceptos relativos al tiempo de trabajo que deben reflejarse, como analizaremos a continuación.

3.1. Jornada, tiempo de trabajo efectivo y horario

Se ha venido distinguiendo en el Derecho del Trabajo el tiempo de trabajo como aquel que el trabajador se encuentra a disposición de la empresa, realice o no realice la prestación de servicio, del tiempo de trabajo efectivo. También se ha diferenciado entre la jornada de trabajo como el tiempo que invierte el trabajador, en referencia a su cómputo generalmente diario, pero también semanal, mensual o anual, de los tiempos que son de descanso, así como del tiempo a disposición de la empresa que constituyen tiempos de presencia y del tiempo de localización, sobre los que se ha discutido su consideración como tiempo efectivo de trabajo, siendo la suma de todos estos conceptos la jornada. Del mismo modo, el tiempo de trabajo que el trabajador tiene que cumplir, en atención a lo dispuesto en la regulación aplicable (legal, convencional o contractual), como jornada de trabajo, también se ha distinguido terminológicamente del horario que el trabajador tiene que cumplir. Concepto que atiende a las horas en las que el trabajador debe realizar la prestación de servicios, aunque éstas puedan ser tan flexible, como parece apuntar los nuevos tipos de empleo, que llegue totalmente a relativizar lo pactado inicialmente por las partes. Frente a las horas que debe cumplir el trabajador, que define a la jornada de trabajo, en su consideración de tiempo de trabajo efectivo.

---

habitualmente corresponde a la persona trabajadora aunque esta incidencia quedará registrada en la aplicación hasta su validación posterior".

40 De hecho, se desprendía incluso del registro de la jornada de una trabajadora aportado por la empresa que existen días donde esta trabajadora tampoco fichó en las horas intermedias entre la entrada y la salida del centro de trabajo. Este deber del trabajador no se acompañaba de la fijación de las sanciones para el trabajador, cuando exista incumplimiento de esta obligación que le impone el convenio colectivo al trabajador, ni tampoco se establece, lo que también sería necesario y aconsejable, una graduación en atención a la gravedad del comportamiento. Pues el incumplimiento podría deberse a un error puntual y ocasional o a incumplimientos reiterados. Otra cuestión distinta sería, como se enjuició en la STSJ de Madrid de 26 de julio de 2019 (rec. supl. nº 117/2019) que el trabajador manipulara (con consciencia) los datos relativos al registro de jornada, como se analiza en este pronunciamiento judicial, que declara procedente el despido de una Directora de Recursos Humanos que utilizaba la tarjeta de antiguos trabajadores (de las que era responsable de su destrucción) para salir y entrar en la empresa.

Como hemos apuntado anteriormente, el artículo 34.9 del ET ordena que "el registro diario de la jornada" almacene "el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora", lo que hace que esta obligación empresarial deba llevarse a cabo todos los días que el trabajador realice la prestación de servicios para la empresa. Aspecto éste sobre el que el artículo 34.9 del ET se detiene de manera especial, al calificarlo como un registro "diario" de "cada persona trabajadora".

En coherencia con lo anterior, el Criterio Técnico 101/2019 de la Inspección de Trabajo subraya que este control diario al que se refiere el artículo 34.9 del ET únicamente puede llevarse a cabo cuando efectivamente se realiza la prestación de servicios y se tiene la certeza del momento en el que se desarrolla el trabajo. Por ello, rechaza que pueda considerarse como registro diario de la jornada el calendario elaborado por la empresa con carácter anual o la planificación más cercana a la ejecución de la prestación de servicios que pueda realizarse (diaria, semanal o mensual). Puesto que se trata de un registro de jornadas, como antes se ha indicado, de cada uno de los trabajadores de la empresa, que debe llevarse de forma diaria[41].

El punto más conflicto quizás reside en que el artículo 34.9 del ET utiliza términos distintos, sin precisar con claridad qué debe registrarse, que además han dado origen a abundantes resoluciones judiciales sobre su delimitación[42]. Así, el registro de jornada debe reflejar el horario "concreto" de "inicio" y de "finalización" de la jornada de trabajo, sin establecer la obligación empresarial de registrar las pausas o los descansos que puedan existir en el desempeño de la actividad, lo que resulta relevante, en tanto que pueden tratarse de descansos y pausas calificables como tiempo de trabajo efectivo (artículo 34.4 del ET) o puede tratarse de tiempo de trabajo no efectivo. Por lo que su calificación también constituye un elemento esencial para la finalidad de conseguir un control del tiempo de trabajo de cada uno de los trabajadores de la empresa, en tanto que la jornada máxima de trabajo limita el tiempo de trabajo efectivo que el trabajador puede realizar en un período concreto diario, semanal, mensual o anual (artículo 34.1, 34.2 y 34.3 del ET). Y la prestación de servicios puede desempeñarse de manera distinta (continua, intensiva, a turno partido). De tal manera que ello influye en aspectos tan esenciales como el respeto de las pausas, la adecuación al descanso mínimo interjornada, la calificación de las horas extraordinarias o el cumplimiento de los límites legales sobre la distribución irregular de las jornadas, que deben respetarse en la fijación del tiempo de trabajo (artículo 34.3, 34.3 artículo 35 del ET). Igual puede afirmarse respecto del tiempo de desplazamiento que los trabajadores requieren para el desempeño de su actividad.

De hecho, algunos pronunciamientos judiciales relativos al control del tiempo de trabajo resultan llamativos. Así la SAN de 20 de junio de 2019 (rec. nº 115/2019), en relación

41 En relación con la proposición de ley sobre el registro de jornadas, que tiene la misma redacción en este punto que el artículo 34.9 del ET, ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: "Registro de jornada y supresión de las horas extraordinarias que se compensan por descanso, la estrategia y el objetivo", ob. cit., p. 16.

42 Subraya acertadamente estas imprecisiones, en relación a los vocablos "jornada" / "jornada de trabajo"/ "horario" referidos en el artículo 34.9 del ET, IGARTUA MIRÓ, M.T.: "La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019", ob. cit., pp. 131-133.

a una empresa de atención telefónica, desestima la pretensión de los representantes de los trabajadores de declarar contraria a derecho la práctica empresarial de descontar automáticamente del salario devengado los retrasos en los que incurran los trabajadores, lo que se realizaba mediante la información sobre el registro de la hora de entrada y de salida de los trabajadores, sin que se tuviese en cuenta el tiempo que el trabajador necesitaba para incorporase al puesto de trabajo.

En el mismo sentido, también resulta interesante la STS de 19 de diciembre de 2012 (rec. cas. nº 209/2011), por lo que hace a una empresa del sector del gas, donde se plantea la existencia de una condición más beneficiosa consistente en que los trabajadores únicamente fichaban a la entrada y a la salida del centro de trabajo. Por lo que el tiempo que necesitaba para iniciar la actividad, se consideraba como tiempo efectivo de trabajo. De hecho, la demanda surge de los representantes de los trabajadores que sostiene la lesividad del cambio, así como la nulidad de la decisión empresarial que trata de implantar un nuevo sistema eludiendo la vía del artículo 41 del ET. Lo que la Sala confirma, si finalmente se acredita que el nuevo sistema supone un aumento de la jornada de trabajo. En la misma dirección, la SAN de 31 de octubre de 2019 (rec. nº 147/2019), en relación con el desplazamiento que necesitan los trabajadores para incorporarse al puesto de trabajo y finalizar las tareas, considera el tiempo invertido desde el domicilio del trabajador hasta el local del cliente como tiempo efectivo de trabajo, cuando la empresa además reconocía como tiempo efectivo de trabajo los 20 minutos posteriores a la finalización de la jornada.

Y, por último, la STS de 23 de marzo de 2017 (rec. cas. nº 81/2016) anteriormente citada que rechazaba la obligación empresarial de llevar un registro de jornadas en atención exclusivamente a los deberes impuestos en el artículo 35.5 del ET, dadas las dificultades para extenderlo a todas las empresas, que corrigiendo con ello a la SAN de 4 de diciembre de 2015 (rec. nº 301/2015) por la vía del recurso de casación interpuesto por la empresa, afirmaba que: "no se trata, simplemente, de registrar la entrada y salida, sino el desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, cuando se pacte".

A este respecto, el Criterio Técnico 101/2019 de la Inspección de Trabajo, que identifica esta carencia, sostiene que "es objeto de registro la jornada realizada diariamente", lo que ya implica la discriminación algo más que el mero registro de la hora de inicio y de fin. También afirma que "no exige expresamente el registro de las interrupciones o pausas entre el inicio y la finalización de la jornada diaria, que no tengan carácter de tiempo efectivo de trabajo". De lo que podría colegirse, dada la interpretación de que se debe registrar "la jornada realizada diariamente", que deberían registrarse las interrupciones y las pausas que tengan el carácter de tiempo efectivo de trabajo. Por lo que el Criterio Técnico 101/2019 de la Inspección de Trabajo, en definitiva, realiza una interpretación finalista de la norma, que es coherente con los objetivos perseguidos, si bien el tenor literal del artículo 34.9 del ET es menos rigorista y exigente, sin necesidad de que se discrimine entre si lo que se registra es el tiempo efectivo o no efectivo de trabajo. Ni tampoco se introduzcan pausas o interrupciones.

De hecho, el Criterio Técnico 101/2019 de la Inspección de Trabajo introduce, en relación con lo que debe recogerse en el registro de la jornada, un nuevo elemento, como lo es el tiempo efectivo de trabajo, que no aparece recogido en la regulación sobre el registro de jornadas del artículo 34.9 del ET. Pese a que se había solicitado como pretensión en algún pronunciamiento donde se discutía, en relación con el registro de las horas extraordinarias del artículo 35.5 del ET, la implantación del registro de jornada[43]. Con lo que era previsible que esta cuestión precisase de alguna previsión específica.

Este nuevo elemento que introduce el Criterio Técnico 101/2019 de la Inspección de Trabajo, significa, en relación con la llevanza del registro de jornada, una relevante reinterpretación de esta obligación empresarial, si finalmente se acepta y se consolida. Pues de ello se derivaría, como consecuencia, que el registro diario de la jornada debería reflejar más conceptos del inicio y del fin del tiempo de trabajo, lo que desde luego resulta complejo en muchas actividades y ha dado lugar a múltiples conflictos[44]. Pero resulta del todo pertinente si el objetivo final es el control del tiempo de trabajo desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

Tal es así que el Criterio Técnico 101/2019 de la Inspección de Trabajo rectifica tres párrafos más tarde, para indicar que "sería conveniente" (y no es obligatorio) "que el registro utilizado en la empresa ofrezca una visión adecuada y completa del tiempo de trabajo

43 SAN de 4 de diciembre de 2015 (rec. 301/2015).

44 Por lo que se refiere al tiempo efectivo de trabajo y al tiempo de disposición, se ha diferenciado entre tiempo de presencia y tiempo de localización, considerándose el primero tiempo de trabajo efectivo y el segundo no. Cuando el trabajador se encuentra, en la empresa, a disposición del empresario, como sucede con los períodos de atención continuada, realizados con presencia física, en los centros de trabajo, STJUE 3 de octubre de 2000 (C-303/98) SIMAP, incluso cuando haya períodos de inactividad o descanso, STJUE 9 de septiembre de 2003 (C-151/02) Jaeger y STJUE 1 de diciembre de 2015 (C-14/04) Dellas. Cuando el trabajador se encuentra, aunque sea en su domicilio, a disposición del empresario, con la obligación de responder a la llamada de éste, se considera tiempo de trabajo efectivo, a diferencia de la guardia localizable, STJUE de 21 de febrero de 2018 (C-518/18) Matzak. Se ha venido calificando como tiempo de trabajo cuando se trata de un tiempo destinado a la realización de la actividad, con presencia en la empresa o en un lugar determinado por el empresario, con plena disposición para realizar la actividad que le encomiende el empresario y en el ejercicio de la actividad o de las funciones, STJUE 3 de octubre de 2000 (C-303/98) SIMAP, STJUE 9 de septiembre de 2003 (C-151/02) Jaeger y STJUE 1 de diciembre de 2015 (C-14/04) Dellas. Así, que el trabajador pueda dedicarse a realizar actividades personales y a gestionar su tiempo con menos limitaciones, es un elemento relevante para calificar este tiempo como tiempo que no es de trabajo, STJUE 3 de octubre de 2000 (C-303/98) SIMAP. Por lo que se refiere a los desplazamientos desde el domicilio al primer cliente y desde el último cliente al domicilio, en un litigo donde la empresa decidió suprimir el centro de trabajo, se considera tiempo de trabajo, pues el trabajador se encuentra en el ejercicio de la actividad o de sus funciones, aunque éstas sean el desplazamiento y no las de instalación o mantenimiento, se mantiene a disposición del empresario y en un lugar determinado por éste, en rutas preestablecidas, aunque tengan cierta libertad para alterar el programa de trabajo, lo que impide realizar actividades personales, STJUE de 10 de septiembre de 2015 (C-266/14) Tyco. En lo referido a la formación, debe entenderse incluida en el tiempo de trabajo, salvo que se trate de la formación de quienes tienen que tener unos conocimientos y competencias para desarrollar la profesión, STS de 20 de febrero de 2019 (rec. supl. nº 131/2019).

efectivo", lo que nos lleva a la conclusión de que el empresario puede atenerse únicamente a lo dispuesto en la norma, que es el registro de la hora de inicio y de la hora de fin de la jornada de trabajo. Sin perjuicio de que lo lógico y lo coherente sería hacer todas las distinciones apuntadas (interrupciones, pausas, tiempo de presencia, tiempo de localización). Y esto es lo que se extrae del Criterio de la Técnico 101/2019 de la Inspección de Trabajo cuando concluye que el artículo 34.9 del ET es una norma de mínimos, que puede ser mejorada, para incluir las interrupciones o las pausas que se efectúen durante la jornada. Y que la negociación colectiva y los acuerdos jugarán en esta materia un papel esencial, que también se extiende a la importante función que desempeñarán en la flexibilización del tiempo de trabajo.

Sin lugar a dudas, la parquedad del tenor literal del artículo 34.9 del ET hará que nuevamente se trate de una materia a desarrollar por la negociación colectiva. Así puede observarse que los textos convencionales adoptados como consecuencia de la nueva obligación empresarial de registrar la jornada de trabajo se han ocupado de manera especial de discernir qué se considera y que no se considera tiempo de trabajo, así como los conceptos que serán incluidos en los nuevos registros de jornadas. A este respecto, el Acuerdo parcial del Convenio colectivo del sector de cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 30 de octubre de 2019) establece que el registro de jornada también almacenará, junto a la hora de inicio y de fin de la jornada de trabajo realizada cada día, la jornada o el número de horas de trabajo efectivo[45]. Adicionalmente, realiza dos aclaraciones, una para incluir la formación en el concepto de tiempo de trabajo efectivo. Otra, para disponer el procedimiento en el caso de que el trabajador tenga que realizar algún desplazamiento[46].

45 Cuando se realice mediante aplicación electrónica, dispone que los trabajadores registrarán "el número total de horas destinadas por el mismo a la realización de trabajo efectivo, bien se haya producido en el centro de trabajo o fuera del mismo. Todo ello sin perjuicio de los permisos y demás supuestos que deban considerarse, legal o convencionalmente, como tiempo de trabajo efectivo" (apartado II, "modelo de registro", punto primero), aunque esta previsión debe entenderse completada por lo dispuesto en relación con la obligación de registrar la jornada, que le impone al trabajador el deber de registrar "los datos de inicio y finalización de la jornada y la duración de la jornada efectiva diaria de trabajo, descontando a tal efecto todos los tiempos de descanso así como cualquier interrupción que no pueda considerarse tiempo de trabajo efectivo" (apartado IV, "obligación de registrar la jornada", punto primero). En el caso de que se realice a mano, lo que es siempre excepcional, dispone que se almacenará en el registro de jornada la hora de inicio y de finalización de la jornada, así como "el número de horas de trabajo efectivo realizadas por la persona trabajadora, una vez descontados los tiempos de descanso u otras interrupciones del trabajo que no puedan considerarse tiempo de trabajo efectivo" (apartado II, "modelo de registro", punto cuatro). Posteriormente, el texto del convenio sustituye la expresión "horas de trabajo efectivo" por "número de horas trabajadas durante el día", exigiendo igualmente que se descuenten los tiempos de descansos o las interrupciones (apartado III, "funcionamiento del registro", punto primero). Y a tales efectos aclara que "la diferencia entre las horas de trabajo señaladas y el tiempo transcurrido entre el inicio y la finalización de la jornada se entenderá en todo caso, sin necesidad de acreditación adicional, que constituyen tiempos de descanso o de no prestación efectiva de servicios" (apartado III, "funcionamiento del registro", punto primero).

46 En lo que hace a la formación, "todo ello sin perjuicio de los permisos, de la formación obligatoria y la formación legalmente exigible para el desempeño del puesto de trabajo y demás supuestos que deban considerarse, legal o convencionalmente, como tiempo de trabajo efectivo" (apartado

Más incisivo y pragmático con las repercusiones de la implantación del registro de jornadas previsto en el artículo 34.9 del ET se muestra el Acuerdo sobre el registro de la jornada de trabajo, derivado de lo establecido en el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 7 de noviembre de 2019), donde el texto legal refleja directamente que se instaurará un "registro horario", aunque finalmente sólo alude a que se almacenará "la jornada total de la persona trabajadora", que incluirá "el inicio y la finalización de la jornada", sin hacer alusión a si debe incluirse los descansos, así como sin concretar la forma en la que se lleva el control del horario del trabajo. Asimismo, el texto hace referencia a posibles tiempos de descanso de la actividad docente, considerando los de vigilancia durante el recreo y los de disposición con tareas encomendadas como tiempo efectivo de trabajo, así como aclarando que la formación es tiempo de trabajo efectivo y estableciendo presunciones en el caso de que existan salidas del centro de trabajo, relacionadas con el desarrollo de la prestación de servicios.

En otro orden de ideas, el artículo 34.9 del ET no impone la calificación de las horas que realiza el trabajador como horas ordinarias, como horas extraordinarias o como complementarias, ni tampoco exige, como veremos respecto de los trabajadores que realizan su prestación de servicios a tiempo parcial o de quienes realizan su actividad en horas extraordinarias, la totalización de los períodos[47]. Puesto que se trata de la creación de un registro donde se almacene exclusivamente la hora de inicio y de fin de la jornada. Por mucho que lo lógico y lo recomendable sería avanzar en que las empresas implantaran un registro de la jornada donde se descendiese a un mayor nivel de concreción y de detalle.

Todo ello permite concluir que la lógica de la introducción del registro de jornada llevará a un mayor control del tiempo de trabajo que lo previsto estrictamente en el artículo 34.9 del ET, sirviendo de esta forma para avanzar en el control del horario del trabajador y con carácter general en el control de todos los conceptos relacionados con el tiempo de trabajo.

3.2. Referencia a los conceptos que se incluyen en los otros registros del tiempo de trabajo

Por lo que se refiere a los trabajadores que tienen una regulación específica, las previsiones son más exigentes y concretas que las previstas en el artículo 34.9 del ET en relación con la obligación general de registrar la jornada de trabajo. Así, el artículo 12.4.c del ET realiza varias previsiones al respecto, que se refieren a la obligación de registrarla "día a día", con independencia de que además exija, lo que facilita la coherencia con otra información que

III, "funcionamiento del registro", punto primero). Por lo que se refiere a los trabajadores que se desplazan fuera de su lugar de trabajo, "cuando la persona trabajadora deba realizar desplazamientos fuera de su localidad habitual de trabajo y durante toda la jornada por razón de su actividad laboral, se considerarán cumplidas las horas de trabajo efectivas habituales, registrándose como incidencia el «viaje de trabajo». Todo ello sin perjuicio de la validación posterior, en su caso, por parte de la empresa y de la persona trabajadora" (apartado III, "funcionamiento del registro", punto segundo).

47 ALONSO ARANA, M.: "El ITSS publica un criterio técnico sobre sus actuaciones en materia de registro de jornada", Aranzadi Digital, p. 2.

pueda reflejar la empresa, la obligación de que este registro se actualice, para lo que se dispone una obligación de futuro consistente en que se "totalizará mensualmente". De hecho, el registro de jornada de los trabajadores a tiempo parcial, según extrae del artículo 12.4.c del ET, debe incluir tanto las horas ordinarias como las horas complementarias. Por lo que esta previsión resulta lógica y coherente.

Por lo que se refiere al artículo 35.5 del ET igualmente se reproducen las dos previsiones anteriormente mencionadas de registrar en ese momento las horas extraordinarias y de ajustarla a la realidad si finalmente se compensan estas horas de exceso de la jornada por descansos, como se deduce del tenor literal: "la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente". Esta regulación, añadida a la previsión de la disposición adicional tercera del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, de la obligación empresarial de informar a los representantes sobre la compensación, permitían realizar un control efectivo de las horas extraordinarias que cada trabajador hace en la empresa. Puesto que la obligación empresarial alcanza, como antes se indicó, a realizar una valoración de las horas extraordinarias, siendo necesario que se determine si finalmente son compensadas por descanso del trabajador, perdiendo esta condición de horas extraordinarias las que se compensaban por tiempo de descanso para convertirse en una distribución irregular del tiempo de trabajo acordado por las partes[48].

Asimismo, la regulación es con carácter general más exigente y concreta que el artículo 34.9 del ET en lo que hace a los trabajadores que prestan sus servicios en sectores específicos de actividad, salvo el artículo 6.2 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que dispone la obligación empresarial de llevar los "registros horarios que se hayan efectuado, con la indicación del comienzo, el final y la duración de la jornada de trabajo diaria", sin especificar si el "registro horario" del artículo 6.2 de la Ley 45/1999, que parece ser algo más que el "registro de jornada" al que se refiere el artículo 34.9 del ET, debe incluir los descansos.

En consecuencia, dejando al margen estas previsiones legales, la regulación de los trabajadores específicos es con carácter general más exigente y concreta en los siguientes casos y en los siguientes términos. De un lado, la cláusula 8 de la Directiva 63/1999/UE, por lo que se refiere a los trabajadores del mar, dispone que esta obligación empresarial abarca tanto el registro de las "horas diarias de trabajo" como de las "horas diarias de descanso", si bien se deja la determinación de los procedimientos de llevanza de estos registros como de los intervalos a una concreción posterior, que la norma no especifica si es mediante ley de los Estados miembros, convenios colectivos o el contrato de trabajo.

Por su parte, el artículo 18 bis del Real Decreto 1561/1995, en lo que hace a quienes prestan sus servicios en la marina mercante, dispone que se registrarán de manera individualizada y por cada trabajador "las horas diarias de trabajo o de las horas diarias de des-

48 ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: "Registro de jornada y supresión de las horas extraordinarias que se compensan por descanso, la estrategia y el objetivo", ob. cit., p. 3.

canso"[49]. Además, se dispone que puede "exigirse cálculos y verificaciones suplementarias para cerciorarse del cumplimiento de los requisitos correspondientes del Convenio 180 de la OIT sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar y la dotación de los buques, de 1996, y del Convenio internacional sobre las normas de formación, titulación y guardia para la gente de mar, de 1978".

Por su parte, el artículo 9.2 de la Directiva 15/2002/UE, en lo que hace a quienes realizan actividades móviles por carretera, establece que los Estados miembros deben velar porque "se registre el tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera", y aunque se deja sin concretar si es tiempo de trabajo efectivo o tiempo de trabajo tanto efectivo como no efectivo, la regulación es, en cualquier caso, más exigente que la prevista en el artículo 34.9 del ET, que se refiere, como hemos indicado, únicamente al "registro de jornada". De hecho, por lo que hace a quienes realizan prestaciones de servicios en el sector del transporte terrestre internacional, el Reglamento 165/2014/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, relativo a los tacógrafos en el transporte por carretera, establece la obligación de incorporar el tacógrafo digital inteligente, lo que facilitará el control del tiempo de trabajo, como consecuencia de los detallados conceptos que pueden quedar recogidos en su implementación[50].

Finalmente, la cláusula 8 de la Directiva 47/2005/UE y la disposición adicional séptima del Real Decreto 1561/1995, por lo que se refiere a los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario, igualmente se refiere a que el registro indicará "las horas diarias de trabajo y de descanso del personal móvil". Incluso especifican ambas normas que deberán estar disponibles aquellos elementos que permiten determinar "las horas reales de trabajo". Y, en la misma dirección, el artículo 10.5 bis del Real Decreto 1561/1995, por lo que se refiere a los trabajadores móviles, establece que "el empresario será responsable de llevar un registro del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles".

Y antes de concluir este apartado, debemos señalar que el artículo 22 de la Directiva 88/2003/UE dispone, en relación con los registros actualizados de todos los trabajadores, cuando la legislación no disponga de una regulación sobre los períodos mínimos de descanso dispuestos en el artículo 6 de la misma Directiva, la creación de registro con la finalidad de prevenir los posibles riesgos laborales relacionados con el tiempo de trabajo. Estos períodos de descanso se refieren esencialmente, como se infiere del artículo 6 de la Directiva 88/2003, a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, incluidas las horas tanto ordinarias como extraordinarias que se realicen. Por lo que ello significaría, en definitiva,

49 Como tendremos ocasión de comprobar, estos datos deberán almacenarse en el modelo establecido en el anexo II del Real Decreto 1561/1995, en la redacción dada por el Real Decreto 285/2002, de 22 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 1561/1995, que exige registrar alternativamente los "periodos de trabajo o descanso", el "número de horas de descanso en un período de 24 horas" y "número de horas de trabajo o de descanso, según proceda, en un período de 7 días"

50 Sin perjuicio de que seguramente sea necesario acompañar los tiempos de trabajo registrados de las pertinentes periciales que acrediten el valor de cada una de las horas registradas, STSJ de Cantabria de 20 de febrero de 2008 (rec. supl. nº 80/2008), STSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2010 (rec. supl. nº 6687/2009) y STSJ de Cataluña de 12 de julio de 2019 (rec. supl. nº 2163/2019).

que el registro del tiempo de trabajo creado a estos efectos igualmente sería más exigente que el previsto en el artículo 34.9 del ET.

Por lo que el estudio de las normas donde la regulación es más exigente permite concluir sobre la necesidad de que el registro de la jornada del artículo 34.9 del ET incorpore elementos dirigidos a controlar el tiempo de trabajo en un sentido amplio, que no se ciña exclusivamente a la hora de inicio y de fin de la jornada, como se recoge en el artículo 34.9 del ET, sino que abarque distintos elementos: tiempo de trabajo efectivo, pausas de descanso, comienzo y fin del turno partido, tiempo de presencia, tiempo de localización, entre otros.

Únicamente de esta forma se cumplirá el objetivo de la norma de facilitar el cumplimiento de las disposiciones mínimas vigentes en materia de tiempo de trabajo de las normas europeas y nacionales, lo que es especialmente importante en contextos donde se flexibiliza cada vez más el cumplimiento de la jornada laboral y donde se produce con más facilidad la confusión entre los tiempos de trabajo y de descanso.

3.3. Jornada partida, continua, jornada intensiva, trabajo a turno y trabajo nocturno

Con el fin de llamar la atención sobre la escueta regulación del registro de la jornada de trabajo regulado en el artículo 34.9 del ET, resulta conveniente detenerse en reflexionar sobre la incidencia que el exclusivo control de la jornada de trabajo, con la única indicación de la hora de inicio y de fin de la jornada, tiene en el control efectivo del tiempo de trabajo. A estos efectos, el trabajador puede realizar su jornada de trabajo de forma partida, continua, intensiva, a turno o en trabajo nocturno. El registro de jornada puede almacenar información relativa a si la prestación de servicios se realiza de forma continua o de manera intensiva, si la prestación de servicios se realiza unas semanas en un turno de trabajo y otras en otro distinto, así como si se realiza en trabajo diurno o nocturno. Todo lo que resulta de interés, dada la peligrosidad de la actividad y la penosidad de muchos empleos relacionados con los anteriormente citados. Y también tiene su repercusión para el trabajador en lo que hace a la retribución y para la Seguridad Social en lo que se refiere al importe de las cuotas que deben satisfacerse, sobre todo en lo que hace al trabajo nocturno.

Pero la realización de la jornada partida no quedará almacenada cuando lo que refleja el registro de la jornada de trabajo es exclusivamente la hora de inicio y de fin de la jornada, como se deduce del artículo 34.9 del ET. Por lo que el tipo de jornada a realizar, la forma en la que se realiza, así como las horas que finalmente se desempeña la prestación de servicios son determinantes y deben considerarse en la implantación del registro de jornada.

4. La convivencia entre los distintos registros y la opción de unificarlos

Si bien el registro de jornadas aparece, como se ha indicado, para controlar las horas extraordinarias, entre otras razones, lo cierto es que la norma no deroga, ni altera la previsión dispuesta en el artículo 35.5 del ET. Por lo que, como acertadamente interpreta el Criterio Técnico 101/2019 de la Inspección de Trabajo, la previsión de llevar el registro

general de jornada previsto en el artículo 34.9 del ET se suma a la obligación empresarial de llevar el registro de las horas extraordinarias. Igual conclusión puede extraerse respecto de otros registros de jornada o de control horario previstos, a los que se ha hecho referencia a lo largo de este trabajo.

De tal manera que cabría mantener los distintos registros de jornada o de control horario existentes en la empresa. O se podría diseñar un único registro, lo cual sería más lógico, que comprendiese todas las obligaciones relativas al control de la jornada y del tiempo de trabajo aplicables a la empresa. En cualquier caso, cabe establecer diferencias en el registro de la jornada de trabajo que se diseñe, cuando se acredite alguna especialidad que justifique de manera razonable y suficiente la necesidad de establecer algún tipo de particularidad. Así, la negociación colectiva se refiere a la posibilidad de que el registro de la jornada sea distinto en atención a que: se traten de trabajadores cuya prestación de servicios se realiza total o completamente fuera de la empresa, ya sea con carácter general o de manera puntual[51]; se trate de trabajadores que carecen de dispositivos electrónicos proporcionados por la empresa[52]; sea necesaria la adaptación a las condiciones de tiempo de trabajo pactada con el trabajador por realizar la prestación de servicio en una franja o de una manera distinta ("jornada flexible", "teletrabajo", "jornada parcial", "jornada reducida", "jornada partida", "jornada continuada", "jornada intensiva", "jornada adaptada en la duración o en la distribución", como sucede, en el caso de la conciliación de la vida laboral y familiar, que aparece en algunos de los textos de los convenios)[53], se precise establecer medidas especiales para garantizar su uso por las "personas trabajadoras con

51 Acta del acuerdo de control y registro horario en los centros educativos afectados por el VI Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE de 30 de julio de 2019), punto 17, "cuando a la persona trabajadora se le encomiende la realización de gestiones fuera del centro educativo, se llevará un control horario en documento separado, en el que se reflejará el tiempo de trabajo efectivo empleado en la misma". Acuerdo parcial del Convenio colectivo del sector de cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 30 de octubre de 2019), apartado III "funcionamiento del registro", punto segundo, "cuando la persona trabajadora deba realizar desplazamientos fuera de su localidad habitual de trabajo y durante toda la jornada por razón de su actividad laboral, se considerarán cumplidas las horas de trabajo efectivas habituales, registrándose como incidencia el «viaje de trabajo». Todo ello sin perjuicio de la validación posterior, en su caso, por parte de la empresa y de la persona trabajadora". Acuerdo sobre el registro de la jornada de trabajo, derivado de lo establecido en el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 7 de noviembre de 2019), punto 16, "cuando a la persona trabajadora se le encomiende la realización de gestiones fuera del centro, se llevará un control del tiempo de trabajo efectivo empleado en la misma".

52 Acuerdo parcial del Convenio colectivo del sector de cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 30 de octubre de 2019), apartado II "modelo de registro", punto cuarto, que admite excepcionalmente su llevanza mediante papel.

53 Acuerdo Modificación del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción (BOE de 5 de noviembre de 2019), artículo 67.8. Acuerdo sobre el registro de la jornada de trabajo, derivado de lo establecido en el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 7 de noviembre de 2019), punto 4. Acuerdo parcial del Convenio colectivo del sector de cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 30 de octubre de 2019), punto I "Acuerdo sobre registro de jornada", apartado segundo.

discapacidad"[54] o sea necesario establecer particularidades para atender a los pactos establecidos con los trabajadores.

Asimismo, la negociación colectiva también puede, como efectivamente se ha hecho, establecer un tiempo de convivencia entre los distintos registros de jornada[55], estando llamada a cumplir una relevante función, como recuerda expresamente los textos negociales, en atención a lo dispuesto en el artículo 34.9 del ET[56]. Si bien, conviene recordar que su posición, respecto de la implantación de sistemas de vigilancia y de control, ha sido la de limitar el control empresarial y preservar los mecanismos de control existentes[57].

III. LAS CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL REGISTRO DE JORNADA

El artículo 34.9 del ET realiza pocas previsiones sobre las características esenciales del registro de jornada, aunque puede extraerse de la regulación general y de las previsiones específicas que el registro de jornadas debe reunir las notas esenciales de claridad, accesibilidad, fiabilidad y la protección de los derechos fundamentales.

54 Acuerdo sobre el registro de la jornada de trabajo, derivado de lo establecido en el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 7 de noviembre de 2019), punto 4.

55 Así se desprende del pacto entre CCOO y Telefónica sobre las instrucciones para el registro de la jornada de 17 de julio de 2019, donde se dispone como forma de registro con carácter general el control físico que ya existía en la empresa, mientras que se dispone la implantación de un registro digital para aquellos trabajadores cuya prestación de servicios se realiza por cualquier motivo fuera de la empresa, http://www.fsc.ccoo.es/f641f1722e902612f67102ed24562c50000050.pdf. Del mismo modo, esta convivencia entre los registros existentes y los que deban implantarse también se prevé tanto en el Convenio colectivo de la Federación Estatal de Servicios de CC.OO. (BOE 26 septiembre 2019) como en el Acuerdo parcial del Convenio colectivo del sector de cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 30 de octubre de 2019), sin perjuicio de las adaptaciones que fueran necesarias introducir.

56 En el Convenio colectivo de la Federación Estatal de Servicios de CC.OO, artículo 11 (BOE 26 septiembre 2019), se indica que "la regulación y mantenimiento del sistema de control y verificación horaria de la jornada es competencia de la empresa", aunque lo condiciona a la negociación colectiva. En algunos casos, se indica que la empresa lo implantará "previa consulta" con los representantes de los trabajadores, como sucede en el Acta del acuerdo de control y registro horario en los centros educativos afectados por el VI Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, apartado 13 (BOE de 30 de julio de 2019) o con el Acuerdo sobre el registro de la jornada de trabajo, derivado de lo establecido en el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, apartado 4 (BOE de 7 de noviembre de 2019). En otros casos, aparece condicionada a la negociación colectiva sectorial, aunque se admite el "acuerdos colectivos con la mayoría de la representación de los trabajadores", con el fin de precisar lo dispuesto en convenio colectivo, como se extrae del Acuerdo parcial del Convenio colectivo del sector de cajas y entidades financieras de ahorro, apartado I "ámbito de aplicación y garantía de registro de jornada", punto 3 (BOE 30 de octubre de 2019).

57 STSJ de Murcia de 25 de enero de 2010 (AS 165/2010), por lo que se refiere a un conflicto originado por la decisión empresarial de alterar el sistema de control de acceso a la empresa. Por lo que se refiere a la instalación de mecanismos de video-vigilancia, STC de 10 de abril de 2000 (RTC 98/2000).

Así la STJUE de 14 de mayo de 2019 (C-55/18) concluía que los sistemas de control del tiempo de trabajo de los Estados Miembros deben permitir determinar el tiempo de trabajo "objetivamente y de manera fiable", siendo los sistemas que registran la jornada laboral diaria un medio eficaz para "acceder" a los datos. Estos tres mismos requisitos de objetividad, accesibilidad y fiabilidad se reiteran en el Criterio de la Técnico 101/2019 de la Inspección de Trabajo. También en la negociación colectiva[58].

Por otro lado, en lo que hace a los trabajadores que tienen una regulación específica, las características esenciales del registro únicamente se concretan con cierto detalle y profusión en relación a los trabajadores del mar y de la marina mercante, siendo menos relevantes por lo que se refiere a los trabajadores desplazados, a los trabajadores que realizan actividades móviles en el sector del transporte por carretera, a los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario y a los trabajadores móviles con carácter general. En cualquier caso, la claridad, objetividad y fiabilidad de los datos almacenados se deduce de la regulación de estos trabajadores con normas específicas, aunque lo cierto es que, en contraste con lo dispuesto en el artículo 34.9 del ET, como podremos comprobar, únicamente está prevista en algunos casos. Asimismo, el respeto de los derechos fundamentales, aunque se debe entender aplicable, tampoco aparece recogido de manera expresa.

Por lo que teniendo en cuenta el respeto de estas garantías, se analizarán en los siguientes apartados los detalles relativos a las características que deben tener los registros de jornadas para cumplir estas garantías, partiendo como siempre del artículo 34.9 del ET, deteniéndonos en la regulación especial de ciertos trabajadores y descendiendo al análisis de su concreción en la negociación colectiva:

1. La claridad de los conceptos de tiempo de trabajo y la objetividad en la determinación de los datos almacenados

El artículo 34.9 del ET únicamente se refiere a la obligación del registro del inicio y el final de la jornada de trabajo, una obligación de concreción que permite conectar esta exigente determinación con la obligación de que esta especificación del inicio y del fin de la jornada de trabajo deba realizarse con claridad, sobre todo porque esto es lo que permite corroborar el cumplimiento de las previsiones dispuestas en relación con el tiempo de trabajo. De hecho, como indicaba la STJUE de 14 de mayo de 2019 (C-55/18), así como recuerda el Criterio de la Técnico 101/2019 de la Inspección de Trabajo, los sistemas de control del tiempo de trabajo deben almacenar la información de tal manera que permita determinar de forma objetiva los datos almacenados. Todo lo que exige, en definitiva, la claridad en los conceptos que se almacenan en el registro de jornada, con el fin de evitar confusión al respecto.

58 Acuerdo parcial del Convenio colectivo del sector de cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 30 de octubre de 2019), que se refiere a que el registro de la jornada debe ser "objetivo, fiable y accesible", así como, en el caso de que se realice por dispositivos electrónicos debe "incluir en el sistema los elementos de seguridad que garanticen la fiabilidad, trazabilidad y accesibilidad del registro". También hace referencia este Acuerdo, que es el más detallado, al respeto de los derechos fundamentales.

A los efectos que aquí interesan, el artículo 34.9 del ET no impone, ni prevé que la información sobre el inicio y el final de la jornada quede registrada en un modelo documental concreto. A diferencia de lo que sucede en relación con las percepciones salariales y extrasalariales de los trabajadores, cuya determinación de las partidas retributivas devengadas deberá documentarse, según se dispone en el artículo 29.1 del ET, con "la entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo del pago del mismo", que se "ajustará al modelo que apruebe el Ministerio de Empleo y Seguridad Social", salvo que se apruebe otro por negociación colectiva, siempre que "contenga con la debida claridad y separación las diferentes percepciones del trabajador, así como las deducciones que legalmente procedan".

En efecto, el artículo 34.9 del ET deja en la negociación colectiva, como se extrae de su tenor literal, la creación del modelo de registro de la jornada, aunque esta regulación podría realizarse, como se ha propuesto, en relación con la imposición de unos mínimos mediante una norma estatal, aplicables en ausencia de la negociación colectiva, como se ha hecho en relación con el salario[59]. Tal previsión no se ha realizado, puesto que el artículo 34.9 del ET únicamente establece que "mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada".

Lo mismo sucede en el caso de la regulación especial, salvo en lo que hace a la cláusula 8 de la Directiva 63/1999, donde se hace referencia a la creación de un "modelo para el registro de las horas de trabajo o de descanso de la gente de mar", que "deberá establecerse tomando en consideración la normativa internacional vigente y deberá redactarse en la lengua o lenguas previstas en el apartado 8 de la cláusula 5". En esta dirección, el anexo II del Real Decreto 1561/1995, que fue incorporado por el Real Decreto 285/2002, titulado "modelo de registro de las horas de trabajo o descanso de los trabajos a bordo de buques dedicados a la marina mercante", regula el modelo de registro de la jornada para estos trabajadores[60].

Como cierre, debe señalarse que la STS de 17 de enero de 2019 (rec. cas. unif. doc. nº 200/2017), en relación con un trabajador que había causado baja y que había reali-

59 ARIAS DOMÍNGUEZ, A: "Registro de jornada y supresión de las horas extraordinarias que se compensan con descanso, la estrategia y el objetivo", ob. cit., p. 17; SABATÉ, M.: "Es obligatorio registrar la jornada" (BIB 3968/2016), Actualidad jurídica Aranzadi, nº 920, 2016, p. 1.

60 Concretamente, establece los conceptos que deben recogerse: de un lado, en la columna de la izquierda, los "períodos de trabajo o de descanso" de cada uno de los días, con la especificación de las horas en las que se realizan estos trabajos o descanso, así como el "números de horas de descanso en un período de 24 horas", con las observaciones que sean pertinentes de ambos conceptos. Por otro lado, en la columna de la derecha, el "número de horas de trabajo o de descanso en un período de 24 horas", así como el "número de horas de trabajo o de descanso en un período de 7 días". Asimismo, el artículo 18 bis del Real Decreto 1561/1995 establece que "los datos contenidos en el modelo que se incluye en el anexo II del presente Real Decreto, redactados en el idioma común de trabajo a bordo y en inglés". De hecho, el modelo oficial de registro de jornada para estos trabajadores está redactado en ambas versiones.

zado horas adicionales a la de su jornada, señala, en relación con la nómina, que "debe ser transparente, esto es, de fácil comprobación de los conceptos pagados y del cálculo e importe de cada uno de ellos realizando el mínimo número de operaciones matemáticas y sin necesidad de acudir al registro de datos que, aunque el trabajador conozca, no le sean comunicados por la empresa".

Y si bien considera que el empresario no está obligado con carácter general a llevar un registro de jornada, pese a lo dispuesto en la STS de 20 de abril de 2017 (rec. cas. nº 116/2016), que sostenía la obligación empresarial de registrar con carácter general la jornada de trabajo, en atención a la previsión existente sobre el registro de las horas extraordinarias (artículo 35.5 del ET). Sin embargo, subraya la importancia de que la nómina recoja con claridad el tiempo de trabajo efectuado por el que se le retribuye al trabajador, indicando que "no se trata de llevar un registro de datos de la jornada trabajada que se facilite a los sindicatos y a la inspección, sino de facilitar al interesado los datos propios conforme a los que se ha calculado el importe de su retribución, para que los pueda comprobar". Sin duda, cabe subrayar las relaciones y las conexiones entre ambos. En tanto que "la claridad que debe existir a la hora de fijar la retribución del trabajador con base a datos que solo serán conocidos por las dos partes del contrato, salvo discrepancias que obligue a que resuelvan los Tribunales", que la Sala justifica como argumento para defender el derecho del trabajador a que el empresario le entregue un recibo de salario claro, necesariamente contendrá referencias directas e indirectas al tiempo de trabajo. Y, por tanto, esta previsión de que la nómina del trabajador sea clara debe igualmente predicarse del registro de la jornada de trabajo.

Los textos de los acuerdos y de los convenios colectivos examinados han concluido sin que se haya adoptado un modelo del registro de jornada para los sectores que han ordenado. Todo lo que confirma la necesidad y la conveniencia de que, como sucede en relación con el registro de salarios, se apruebe un modelo concreto de registro de la jornada de trabajo. Lo que puede hacerse y quizás sea la opción más conveniente, a través de una norma reglamentaria, un modelo general de registro de la jornada de trabajo, con las casillas necesarias que permitan controlar, sobre la base de lo sostenido anteriormente, todos los conceptos relacionados con el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso. Estos conceptos son: horas de trabajo efectivo, horas de disposición del trabajador, pausas o descansos en la jornada, interrupciones de la jornada, descanso inter-jornada, descanso semanal o bisemanal, descanso anual, fiestas, entre otros. Todo ello sin perjuicio de que la negociación colectiva pueda alterar, con el fin de adecuarlo al sector o a las necesidades de la empresa, el modelo general de registro de la jornada de trabajo que se apruebe.

2. La accesibilidad de los trabajadores, de sus representantes y de la Inspección de Trabajo y la relevante omisión del derecho a recibir copia de lo registrado

El artículo 34.9 del ET realiza una amplia concreción sobre la accesibilidad del registro de jornada, imponiendo que se encuentre "a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social", lo que se

ha interpretado como una obligación de facilitar la consulta de manera inmediata[61], e incluso de garantizar que sea posible hacer una copia de la información almacenada[62].

Concretamente, por lo que se refiere a los trabajadores, este derecho de acceso al registro de la jornada supone la posibilidad de consultar la información recabada, aunque lo cierto es que el texto legal es poco garantista sobre la forma en la que se realizará esta consulta. Y lo mismo se puede afirmar de la negociación colectiva, que ha recordado a lo sumo el derecho de los trabajadores a acceder a los datos de su registro, con previsiones generales, como la de que este acceso se efectuará cuando los trabajadores "lo consideren necesario"[63]. O de que se encontrarán disponibles durante el plazo legal de conservación[64].

Tampoco se establece la previsión del derecho a recibir una copia de la información registrada, aunque como veremos existe para los trabajadores con una regulación especial del tiempo de trabajo. Por lo que esta cuestión quedará relegada a la negociación colectiva, aunque como veremos este derecho a recibir una copia de la información registrada sí se ha reconocido a los representantes de los trabajadores, como ejemplo en el Acuerdo parcial del Convenio colectivo del sector de cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 30 de octubre de 2019), apartado VI, Accesibilidad, información y seguimiento del registro de jornada.

En contraste de la omisión del derecho a recibir copia (o lo que sería más adecuado incluso de la obligación del empresario a entregar la copia), aunque debe entenderse que la garantía de accesibilidad del artículo 34.9 del ET le permitirá la consulta de los datos almacenados, el artículo 29.1 del ET dispone una obligación de entregar "un recibo individual y justificativo del pago del mismo", con independencia de que esta entrega se haya sustituido por el asiento bancario del pago efectuado por la empresa en la cuenta del trabajador y de la posibilidad de acceder a un lugar web donde se almacena durante algún tiempo el recibo de salario.

Por lo que se refiere a los trabajadores con regulaciones específicas, existen importantes previsiones que reconocen de manera expresa tanto el derecho de los trabajadores a recibir copia del registro de la jornada, como lo que resulta más relevante, la obligación de entregar el registro (se entiende individualizado de las horas de trabajo), aunque el trabajador ni siquiera lo haya solicitado[65].

---

61 RODRÍGUEZ PASTOR, G. y ALFONSO MELLADO, C.: El registro de jornada, ob. cit., p. 50, en cita a la STJUE 30 de mayo de 2013 (C-342/12) Worten.

62 IGARTUA MIRÓ, M.T.: "La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019", ob. cit., p. 144.

63 Acuerdo de modificación del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción (BOE de 5 de noviembre de 2019).

64 Acuerdo sobre el registro de la jornada de trabajo, derivado de lo establecido en el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 7 de noviembre de 2019).

65 Así, el artículo 12.4.c del ET dispone que la obligación empresarial comprende tanto el registro de la jornada como la entrega al trabajador de la copia de las jornadas que han sido registradas,

La obligación empresarial de entregar la copia de los tiempos de trabajo almacenados en el registro de jornada sin que fuese necesario que el trabajador lo solicitase tiene una relevancia trascendental, a los efectos de que el trabajador pueda impugnar judicialmente el registro de las horas efectuado por el empresario. Puesto que el derecho a recibir esta copia permite al trabajador comprobar con tranquilidad la exactitud de los datos recogidos en el registro de la jornada, ya que los datos del tiempo de trabajo, incluso cuando ha participado en el proceso de almacenamiento de los datos, pueden variar, por la necesidad de calificar el tiempo de trabajo, como hemos indicado en los apartados anteriores. De manera que la previsión de la perceptiva entrega de esta copia facilitaría la defensa del trabajador en el juicio, sobre todo si se le exigiese al empresario que calificase cada una de las horas de trabajo. Por ello, sería conveniente que la obligación empresarial de entregar una copia de los datos almacenados en el registro de jornada, que como hemos indicado debería extenderse a todos aquellos que carezcan de esta previsión legal, se reconociera de manera expresa, ya sea en la ley, o bien se estableciera en los convenios colectivos[66], e incluyese la calificación del tiempo de trabajo, con la pertinente desagregación de los tiempos de descanso. Con el fin de facilitar la tutela judicial efectiva.

Por lo que se refiere al acceso a los representantes de los trabajadores, la amplia redacción del artículo 34.9 del ET en este punto, que garantiza como hemos indicado el acceso al registro de jornadas a los "representantes legales" de los trabajadores, implica un plus respecto del derecho de los representantes de los trabajadores a recibir la información, pretendido en las demandas sobre el registro de la jornada antes de la implantación, cuando

lo que debe realizarse, según se dispone en este precepto, "junto con el recibo de salarios". Concretamente, la obligación empresarial consiste en entregar "el resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto las ordinarias como las complementarias a que se refiere el apartado 5". Por su parte, el artículo 35.5 del ET establece, junto a la obligación empresarial de registrar diariamente la jornada de cada trabajador y de totalizar el período establecido para el pago de las retribuciones salariales, la obligación empresarial de entregarle al trabajador una "copia" "del resumen" "en el recibo correspondiente", lo que supone una obligación adicional al registro y a la puesta a disposición del registro de jornada efectuado en la empresa. Del mismo modo, el derecho a recibir la copia se regula para los trabajadores que prestan sus servicios en ciertos sectores de actividad. Así la cláusula 8 de la Directiva 63/1999 establece que "los marinos recibirán una copia de los registros que les incumban", precisando el artículo 18 bis, apartado dos, del Real Decreto 1561/1995, por lo que se refiere a los trabajadores que realizan su prestación de servicios en la marina mercante, que "los registros serán cumplimentados diariamente por el trabajador y firmados semanalmente por el capitán, o por una persona autorizada por éste, y por el propio trabajador, a quien se entregará mensualmente una copia de su registro". En la misma dirección, el artículo 9.2 de la Directiva 15/2002/UE, por lo que se refiere a las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera, se le reconoce a estos trabajadores el derecho a recibir una copia del registro de las horas trabajadas, cuando éstos lo soliciten, como se extrae de su tenor literal: "el empresario estará obligado a facilitar a los trabajadores móviles que así lo soliciten una copia del registro de las horas trabajadas". Una previsión que el artículo 10.5 bis del Real Decreto 1561/1995, extiende a todos los "trabajadores móviles", transcribiendo literalmente el artículo 9.2 de la Directiva 15/2002/UE.

66 IGARTUA MIRÓ, M.T.: "La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019", ob. cit., p. 144.

únicamente era obligatorio registrar las horas extraordinarias y en consecuencia entregar copia de los resúmenes respecto de esta obligación[67].

Por lo que el derecho de los representantes de los trabajadores a acceder al registro de jornada del artículo 34.9 del ET, que puede ejercitarse, según se puede concluir de este precepto, de forma directa y en diversas ocasiones, supone un avance en el control sindical del tiempo de trabajo. Si bien es cierto que el derecho de los representantes de los trabajadores de acceder al registro de jornada puede plantear problemas en relación a si únicamente podría acceder, como se está reconociendo en la negociación colectiva, los representantes unitarios[68], o también los sindicales, a los que también se refieren algunos textos convencionales[69]. También carece de determinación en relación con el contenido de la información, que resulta relevante en tanto que puede producirse concreciones en la negociación colectiva y podría suceder que el empresario únicamente proporcionase la información de inicio/fin de la jornada, así como en lo que hace a la forma o a los plazos, que tampoco se determinan. Y, al igual que sucede con los trabajadores, tampoco se acompaña del derecho a recibir una copia del registro la jornada de los trabajadores.

Todo lo que será nuevamente objeto de la negociación colectiva, como puede comprobarse en el Acuerdo parcial del Convenio colectivo del sector de cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 30 de octubre de 2019), apartado VI, Accesibilidad, información y seguimiento del registro de jornada, que establece la obligación empresarial de facilitar a "la representación legal de los trabajadores" y a los "Delegados sindicales", "mediante soporte informático (formato hoja de cálculo)", lo que debe relacionarse con el medio que empleará habitualmente la empresa según lo dispuesto en el convenio colectivo, "el contenido del registro de jornada de las personas trabajadoras del centro de trabajo en el que ejerzan su representación".

67 En efecto, la disposición adicional tercera del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, establecía y establece que, junto a las competencias en materia de jornada reconocidas en el ET y en esta norma reglamentaria de tiempo de trabajo de los trabajadores especiales, los representantes de los trabajadores tendrán derecho a "ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores". Así los pronunciamientos judiciales que habían rechazado la implantación obligatoria del registro general de la jornada antes de la reforma separaban la obligación empresarial de informar a los representantes de los trabajadores cuando se producían horas extraordinarias del resto de las obligaciones de información, siendo más exigentes en el caso de las horas extraordinarias. SAN de 4 de diciembre de 2015 (rec. nº 301/2015) y STS de 11 de diciembre de 2003 (rec. cas. nº 63/2003).

68 Acuerdo de control y registro horario en los centros educativos afectados por el VI Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE de 30 de julio de 2019): "comités de empresa o delegados de personal". Acuerdo sobre el registro de la jornada de trabajo, derivado de lo establecido en el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 7 de noviembre de 2019) "comités de empresa o delegados de personal".

69 Acuerdo parcial del Convenio colectivo del sector de cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 30 de octubre de 2019): "representación legal de los trabajadores", "Delegados Sindicales, en el ámbito de su representación, de conformidad con lo establecido en el artículo 10.2 y 3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical".

En otro orden de ideas, la accesibilidad del registro de las jornadas a la que expresamente se refiere el artículo 34.9 del ET ha servido para sostener que este registro debe estar disponible en el centro de trabajo. Y podría, en consecuencia, plantear problemas en relación con el registro digital de la jornada, que se ha interpretado como la forma más garantista y adecuada de llevar el control sobre el tiempo de trabajo. Pues esta accesibilidad no siempre puede estar garantizada en el centro de trabajo.

Por lo que se refiere a los trabajadores con regulaciones específicas, la accesibilidad de los representantes de los trabajadores y de la Inspección de Trabajo no se impone de manera expresa, aunque debe derivarse la necesidad de cumplir con la garantía de la accesibilidad sobre todo en lo que hace a la Inspección de Trabajo[70]. De hecho, cabe destacar que el artículo 22 de la Directiva 88/2003 establece, por lo que se refiere a la obligación empresarial de llevar registros actualizados de todos los trabajadores, que éstos deben estar a "disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir, por razones de seguridad y/o de salud de los trabajadores, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal". E igualmente debe señalarse en este punto que la STJUE de 14 de mayo de 2019 (C-55/18) se refiere a que los mecanismos de control que diseñen e implementen los Estados de la Unión Europea en materia de jornada deben ser accesibles.

3. La fiabilidad del registro de jornada: los problemas del registro manuscrito en lo que hace a la alteración y del registro digital en relación a la protección de dato

El artículo 34.9 del ET no establece el soporte que debe emplearse para la llevanza del registro de jornadas, lo que sí establece tanto la STJUE de 14 de mayo de 2019 (C-55/18) como el Criterio Técnico 101/2019 de la Inspección de Trabajo es que el soporte emplea-

70 De hecho, la única previsión relevante es la dispuesta en la cláusula 8 de la Directiva 47/2005 y en la disposición adicional séptima del Real Decreto 1561/1995, en lo que hace a los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario, donde se dispone la obligación empresarial de que "los elementos relativos a las horas reales de trabajo" se encuentren "disponibles", concretando la disposición adicional séptima del Real Decreto 1561/1995 que esta puesta a disposición del registro se realice tanto para los trabajadores como para la Autoridad Laboral. Y la prevista en la cláusula 8 de la Directiva 63/1999, en relación con los trabajadores del mar, donde se hace referencia de la obligación de "conservar a bordo, en un lugar fácilmente accesible a la tripulación, un ejemplar de las disposiciones pertinentes de la legislación nacional relativas al presente Acuerdo, así como de los convenios colectivos aplicables". Si bien, esta obligación no se refiere taxativa y expresamente al registro de la jornada o al registro del control horario, que únicamente aparece de manera expresa y directa, en relación con la función de control de la Inspección de Trabajo y el derecho a recibir del trabajador a recibir una copia del registro de jornada mensualmente (artículo 18 bis, apartado 2, del Real Decreto 1561/1995). Finalmente, cabe destacar también el artículo 6.2 de la Ley 45/1999, en relación con los trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que establece igualmente la obligación empresarial de "tener disponibles, en el centro de trabajo o en formato digital para su consulta inmediata (...)".

do debe garantizar la fiabilidad. De hecho, en lo que hace a esta cuestión, el Criterio Técnico 101/2019 de la Inspección de Trabajo señala que el registro diario de la jornada puede llevarse a cabo mediante cualquier "medio físico o de cualquier otro tipo", sin que tampoco se haya impuesto un formato concreto en la regulación especial, a salvo de la previsión impuesta en el artículo 6.2 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, en relación con la obligación empresarial de "tener disponibles, en el centro de trabajo o en formato digital para su consulta inmediata (….) los registros horarios (…)".

No obstante, se ha considerado especialmente útil, precisamente por su fiabilidad, aquellos que garantizan la participación del trabajador en su llevanza, así como de manera especial los que permiten el registro de los datos a través de medios electrónicos, siendo ésta la opción elegida por el Acuerdo parcial del Convenio colectivo del sector de cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 30 de octubre de 2019), que regula ampliamente el registro de jornada electrónico y dispone que el registro manual sea utilizado de forma excepcional[71]. Pese a que la negociación colectiva se ha inclinado por dejar a una posterior concreción el formato[72].

En el caso de que se lleve en formato papel, la negociación colectiva, con la finalidad seguramente de proteger los datos personales, impone que se realice uno por cada persona trabajadora[73], aunque tan sólo el Acuerdo de modificación del artículo 67 del VI Convenio

71 De hecho, el Acuerdo parcial del Convenio colectivo del sector de cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 30 de octubre de 2019), que es el que regula más ampliamente esta materia, dispone que el registro de la jornada se llevará con carácter general mediante una aplicación informática, siendo excepcional y requiriendo comunicación expresa y previa a los representantes de los trabajadores cuando se realice mediante papel, lo que parece únicamente sucederá, según el tenor literal del convenio, cuando "excepcionalmente la persona trabajadora no dispusiera de ninguna herramienta puesta a su disposición por la empresa susceptible de alojar la aplicación para el registro diario de jornada", en cuyo caso la empresa proveerá al trabajador de "una hoja en papel". Para ello, el trabajador accederá a la aplicación elegida por la empresa, que se encontrará instalada en cualquiera de los dispositivos de su propiedad, sin que pueda descargarse la aplicación en un dispositivo que no sea de propiedad de la empresa, "salvo autorización de la empresa y aceptación de la persona trabajadora".

72 Así el Acuerdo de modificación del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción (BOE de 5 de noviembre de 2019) señala como mecanismos para realizar el control de la jornada una pluralidad de medios "anotaciones en papel con firma del trabajador, aplicaciones informáticas, tarjetas de identificación electrónica o cualquier otro medio o soporte que acredite la conformidad de la persona trabajadora con el registro efectuado".

73 Acuerdo de control y registro horario en los centros educativos afectados por el VI Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE de 30 de julio de 2019) "una hoja por persona trabajadora". Modificación del artículo 67 del VI Convenio General del Sector de la Construcción (BOE de 5 de noviembre de 2019): "anotaciones en papel con firma del trabajador". Acuerdo parcial del Convenio colectivo del sector de cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 30 de octubre de 2019): "si excepcionalmente la persona trabajadora no dispusiera de ninguna herramienta puesta a su disposición por la empresa susceptible de alojar la aplicación para el registro diario de jornada se pondrá a su disposición una hoja en papel". Acuerdo sobre el registro de la jornada de trabajo, derivado de lo establecido en el Convenio colectivo

General del Sector de la Construcción (BOE de 5 de noviembre de 2019) establece que se haga constar la firma del trabajador, lo que contrasta claramente con el recibo de salarios, que exige la firma del trabajador cuando no se entregue mediante transferencia bancaria (artículo 2 de la Orden de 27 de diciembre de 1994), aunque ello implica la percepción del salarios, pero no la conformidad, según se ha previsto en la citada Orden y se ha interpretado judicialmente[74]. Por su parte, el Criterio Técnico 101/2019 tampoco impone que se haga constar la firma del trabajador en el registro de jornada, lo que le otorgaría de una mayor fiabilidad y aseguraría un mayor conocimiento de los datos registrados por el empresario[75], aunque seguramente generaría otros problemas que cuestionarían la imposición de este requisito (presiones por recabar la firma, valor jurídico de la firma, si es conformidad con la información recogida, o únicamente constancia de haber participado en el registro de jornada, que sería lo más lógico, por analogía con el recibo de salario).

En lo que hace a los trabajadores con regulaciones específicas, el marco regulador no dispone la participación del trabajador en el registro de jornada, ni tampoco exige su firma. Con la única excepción de la cláusula 8 de la Directiva 63/1999, donde se establece que "los marinos recibirán una copia de los registros que les incumban rubricada por el capitán, o por una persona autorizada por éste, y por ellos mismos", por lo que nuevamente la participación del trabajador se refuerza con su firma. Y, en la misma dirección, podemos encontrar estas obligaciones, como consecuencia de la transposición, en el artículo 18 bis del Real Decreto 1561/1995.

Por lo que se refiere a la llevanza del registro de jornada por medios electrónicos, que se piensa en principio como un mecanismo más fiable cuando resulta imposible la rectificación de los datos almacenados, podemos encontrar una variedad de medios: aplicaciones informáticas, páginas web, mensajería instantánea, huella dactilar, registro de datos biométricos, entre otros, según las peculiaridades y las características de la empresa. Sin embargo, el principal escollo que ha encontrado y encuentra la implantación de un registro electrónico de jornada es su compatibilidad con el derecho a la intimidad y a la protección de datos, lo que ya se planteaba en la STSJ de Islas Canarias (Las Palmas) de 29 de mayo de 2012 (rec. supl. nº 398/2012), en relación con un control horario que funcionaba con el registro de la huella digital, apoyándose en la validez de estos mecanismos de control declarada en la STS de 2 de julio de 2000[76]. Pues nos encontramos los datos referidos al tiempo

general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 7 de noviembre de 2019): "en caso de usar soporte en papel se deberá hacer una hoja por persona trabajadora".

74 GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J.: "El recibo de salario electrónico tras la STS de 22 de junio de 2011", Revista del Instituto de Administraciones Públicas, nº 7, 2012, p. 51.

75 Por ello, incide sostiene la necesidad de recabar la firma, así como la conformidad del trabajador a través de ella, en relación con la sentencia que comenta, SERRANO ARGÜESO, M.: "Despido de trabajadora con contrato a tiempo parcial: falta de registro de la jornada de trabajo y eficacia probatoria de los whatsapp: Sentencia 111/18 del Juzgado de lo Social nº 14 de Valencia", Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 218, 2019, p. 282.

76 De hecho, la STS de 23 de marzo de 2017 (rec. cas. nº 81/2016) anteriormente citada, que casaba a la SAN de 4 de diciembre de 2015 (rec. nº 301/2015) por la vía del recurso interpuesto por la empresa que había sido obligada a implantar el registro de jornada, y que basaba su fundamen-

de trabajo y de descanso son datos personales, como sostuvo la STJUE de 30 de mayo de 2013 (C342/12) Worten, que exigen en consecuencia especiales cautelas en su tratamiento.

El control de la prestación de servicios a través de estos medios tecnológicos se ha justificado particularmente cuando se trata del medio más idóneo para llevarlo a cabo. Para ello, se recomienda el consentimiento por escrito del trabajador, aunque el hecho de que sea inherente al contrato de trabajo podría cuestionar la exigibilidad de este requisito, siempre que se sustituya por la comunicación al trabajador acerca de la implantación del sistema de control (artículos 5, 6.1.b y 7 del Reglamento 679/2016/UE, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, artículos 6, 9 y 22 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales). De ahí que la negociación colectiva, que se ha preocupado por esta problemática, se refiera a la obligación empresarial de informar al trabajador sobre el registro de jornada y a la necesidad de ser cautelosos con la protección de los datos personales[77].

A este respecto, los productos informáticos disponibles permiten el control tanto con la instalación de aplicaciones como sin necesidad de instalar aplicaciones, desde el dispositivo que establezca el empresario como desde cualquier dispositivo, así como pueden contener o no contener sistema de geolocalización, siendo necesario que se justifique la necesidad, en su caso, de que el sistema de geolocalización se active y registre los datos, dado que ello habría que ponerlo siempre en conexión con la inexistencia de otro mecanismo de control.

En cualquier caso, la fiabilidad con la que se dote al registro de jornada es compatible con la posibilidad de que existan discrepancias entre el empresario y el trabajador, tanto en el registro de las horas efectuadas, como en su calificación, en el caso de que así estuviera

tación en la inexistencia de una norma legal más allá del artículo 35.5 del ET de registrar las horas extraordinarias y en la complejidad de su llevanza, traía a colación los problemas que plantea el registro de la jornada en relación con la protección de datos de los trabajadores, que debe quedar, sin lugar a dudas garantizada.

77 Así, el Acta del acuerdo de control y registro horario en los centros educativos afectados por el VI Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE de 30 de julio de 2019), que admite que el sistema de control sea el establecido por la empresa de forma libre, siempre que exista consulta, hace referencia a esta problemática, recordando la obligación de "cumplir la normativa vigente en materia de protección de datos e informar de ella a la persona trabajadora". También el Acuerdo parcial del Convenio colectivo del sector de cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 30 de octubre de 2019) hace referencia a esta cuestión, que recuerda la necesidad de proteger los datos personales de los trabajadores y los derechos digitales, como lo es el derecho a la desconexión digital, de acuerdo con el artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores, así como los artículos 87 a 90 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de derechos digitales, a los que expresamente se remite. Lo que es relevante, puesto que, como hemos indicado, la regla general para las empresas de este sector es que el registro de jornada se lleve a cabo mediante una aplicación informática. Y, en el mismo sentido, el Acuerdo sobre el registro de la jornada de trabajo, derivado de lo establecido en el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 7 de noviembre de 2019) recuerda el deber empresarial de cumplir con la normativa de protección de datos, así como a la obligación de informar a la persona trabajadora.

previsto. En este punto, el Acuerdo de Modificación del artículo 67 del VI Convenio General del Sector de la Construcción dispone que se facilitará "a la representación legal de los trabajadores (evitando los datos de identificación personal) dentro de su respectivo ámbito de competencia (empresa o centro de trabajo) cuando existan controversias o diferencias concretas en relación con los registros de alguna persona trabajadora". Con lo que la fiabilidad, como analizaremos en el siguiente apartado, debe hacerse compatible con la lógica y oportuna previsión de establecer mecanismos de rectificación.

4. La invariabilidad de los datos almacenados, salvo la corrección de errores en anotaciones o la necesaria recalificación de los conceptos

Igualmente se ha señalado que el registro de jornada tiene que garantizar que los datos permanecen invariables desde que se almacenan, sin que pueda en consecuencia ni sea posible la modificación posterior de la información consignada[78]. De hecho, el Acuerdo parcial del Convenio colectivo del sector de cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 30 de octubre de 2019) se refiere de manera expresa a que el registro de jornada tiene que tener los sistemas necesarios para evitar que los datos sean manipulados. Ahora bien, esta invariabilidad de los datos, que necesariamente tiene que ponerse en relación con las horas que se realizan y los descansos correspondientes, permite el establecimiento de sistemas que permitan introducir correcciones tanto por errores como porque sea necesario para calificar de manera correcta el tiempo de trabajo.

Sin embargo, por lo que se refiere a estas correcciones de errores en relación con el registro del tiempo de trabajo realizado, el marco regulador no establece el procedimiento de corrección, lo que desde luego parece incompatible con la realidad, aunque puede sostenerse que estos procedimientos exigen bien la participación del trabajador o la comunicación fehaciente de que se han introducido cambios. A estos efectos, el Acuerdo sobre el registro de la jornada de trabajo, derivado de lo establecido en el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 7 de noviembre de 2019) dispone la posibilidad de que, cuando el trabajador preste servicios en horas distintas a las acordadas inicialmente, se comunique a la empresa "al día siguiente" de que se efectúen para proceder de esta forma a "su registro y constancia".

Sí se establece en relación con las correcciones que puedan introducirse en relación con la recalificación del tiempo de trabajo. Así sucede, como estamos viendo, en relación con las horas de exceso de la jornada pactada, que pueden responder a horas ordinarias, realizadas en el marco de una distribución irregular de la jornada de trabajo o a la necesidad de atender picos imprevistos de actividad, o a horas extraordinarias. De hecho, como hemos indicado anteriormente, algunas de las previsiones están vinculadas con la entrega de copias o resúmenes al trabajador del tiempo de trabajo almacenado en el registro de jornada, que persiguen la finalidad de que el trabajador conozca el tiempo de trabajo invertido, pero también la calificación por parte del empresario de las horas realizadas.

78 SABATÉ, M.: "Es obligatorio registrar la jornada" (BIB 3968/2016), Actualidad jurídica Aranzadi, nº 920, 2016, p. 1. Aparece expresamente entre el acuerdo de CCOO y Telefónica sobre las instrucciones para el registro de la jornada de 17 de julio de 2019, http://www.fsc.ccoo.es/f641f1722e902612f67102ed24562c50000050.pdf.

Es más, la variabilidad de los datos almacenados en el registro de jornada, en tanto que nos encontramos en definitiva con ficheros personalizados de datos personales, podría sujetarse a todos los derechos de rectificación y de cancelación previstos en la LOPD, como acertadamente se ha apuntado[79].

5. La garantía en la protección de los derechos fundamentales

Se ha hecho referencia en el apartado anterior que el registro de la jornada de trabajo en formato electrónico presenta problemas en relación con la protección de los datos, tanto durante la vigencia de la relación contractual como al término de ésta. Pero estos problemas que se suscitan en relación con la protección de los datos personales también aparecen en otros escenarios distintos, que serán apuntados a continuación, con la finalidad de poner de manifiesto la problemática.

Concretamente, la posibilidad de que sean varias las empresas que participen en el almacenamiento de los datos, como parece puede suceder en el supuesto de descentralización productiva, suscita un primer problema, pues el trabajador habrá firmado el contrato de trabajo únicamente con una de las empresas, sin perjuicio de los pactos y de los acuerdos que hayan alcanzado las empresas que colaboran en la descentralización productiva. Con lo que el registro de jornada diseñado, cuando exista acuerdo entre las empresas de colaborar en la obligación empresarial de la llevanza del registro de la jornada de trabajo deberá de tener en cuenta el derecho fundamental a la intimidad y a la protección de los datos personales[80].

Por otro lado, el artículo 34.9 del ET dispone que el registro tiene que garantizar la accesibilidad de los representantes de los trabajadores, como antes hemos indicado, siendo necesario también que la intimidad y la protección de datos de los trabajadores quede garantizada. Así lo recuerda el Acuerdo de modificación del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción (BOE de 5 de noviembre de 2019), cuando dispone la garantía de accesibilidad del registro de jornada a los representantes de los trabajadores, imponiendo como límite "los datos de identificación personal".

En otro orden de ideas, el registro de jornadas no sólo tiene que proteger los datos personales de los trabajadores, sino que también debe tutelar otros derechos fundamentales. Es sin lugar a dudas el derecho a la vida y a la protección de la salud (artículo 15 y 43 de la CE) uno de los que justifica la implementación de este sistema de control del tiempo de trabajo, así como uno de los derechos fundamentales que igualmente debe quedar protegido. Por lo que el registro de jornadas debe establecer, en la medida que sea posible y en particular en lo que hace a aquellos que sean digitales, por la facilidad que permite las nuevas tecnolo-

79 DE LA MORENA CORRALES, P.: "El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (en especial, la obligación del registro de jornada", ob. cit.

80 DE LA MORENA CORRALES, P.: "El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (en especial, la obligación del registro de jornada", ob. cit.

gías, sistemas de alerta dirigidos a informar de manera automatizada, de posibles riesgos en el cumplimiento y en la observancia de los mínimos relativos al tiempos de trabajo.

Asimismo, el registro de jornadas también tiene que respetar otros derechos fundamentales, como lo es la no discriminación laboral, en relación con la adaptación para la tutela de factores de desigualdad como lo es la discapacidad, que exige ajustes razonables, sobre todo, en relación con a la garantía de accesibilidad, como se ha dispuesto en la negociación colectiva[81]. También deberá respetar el derecho fundamental a la conciliación de la vida laboral y familiar (STC de 14 de marzo de 2011, RTC 26/2011), y particularmente los factores de desigualdad que pueden generar decisiones empresariales discriminatorias (sexo, género, responsabilidad familiar), como igualmente se ha dispuesto en la negociación colectiva[82].

6. La conservación del registro de jornada y la caducidad de la acción judicial de reclamación

El artículo 34.9 del ET le impone a la empresa la obligación de conservar el registro de jornada durante cuatro años, lo que facilita la impugnación judicial, al encontrar con un plazo de previsión específico. Sin embargo, la norma no especifica donde debe realizarse esta custodia, si debe encontrarse siempre disponible en el centro de trabajo, o por el contrario, puede encontrarse disponible fuera del centro de trabajo.

Ahora bien, para los trabajadores con regulaciones específicas existen previsiones relativas a la accesibilidad. Así el artículo 6.2 de la Ley 45/1999, por lo que se refiere a los trabajadores que prestan servicios transnacionales, establece la obligación empresarial de "tener disponibles, en el centro de trabajo o en formato digital para su consulta inmediata (...) los registros horarios que se hayan efectuado (…)".

81 Acuerdo sobre el registro de la jornada de trabajo, derivado de lo establecido en el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 7 de noviembre de 2019): "En atención a las especiales necesidades que puedan tener las personas trabajadoras con discapacidad, los sistemas de control horario deberán estar adaptados a las mismas, garantizando la usabilidad de los sistemas". En lo que hace al concepto de ajustes razonables, artículo 5 de la Directiva 78/2000/UE, el Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que es anterior a la ratificación de España y de la Unión Europea; artículos 2, 4 y 7 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

82 El Acuerdo parcial del Convenio colectivo del sector de cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 30 de octubre de 2019) dispone que el registro de jornada debe ser "plenamente compatible con las políticas internas orientadas a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral", así como debe respetar el derecho a la desconexión digital, en lo que ahora interesa destacar, en lo que hace a la protección de la "intimidad personal y familiar". En la misma dirección, el Acuerdo sobre el registro de la jornada de trabajo, derivado de lo establecido en el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 7 de noviembre de 2019) establece que el registro de jornada, en relación con la efectividad del "derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral" debe permitir el almacenamiento de los datos relativos a la "flexibilidad de la jornada de trabajo por adaptaciones en la duración y distribución de la misma, incluida la prestación de su trabajo a distancia".

Por lo que se refiere a los trabajadores que realizan la jornada en régimen distinto de a tiempo completo y en las horas previstas en el marco regulador (legal, convenio colectivo, contrato de trabajo), el artículo 12.4.c del ET establece la obligación de conservar "los resúmenes mensuales de los registros de jornada durante un periodo mínimo de cuatro años". Por lo que hace al artículo 35.5 del ET, este precepto no se refiere a ningún plazo en concreto, al margen de que pueda inferirse de la obligación existente de entregar la copia del resumen al trabajador en el recibo que corresponda que el empresario deberá custodiar este resumen, que acompaña generalmente al recibo de salario devengado por el desempeño de la actividad, durante el período de conservación del recibo de salario. Como se sabe, esta obligación de conservación es de cuatro años.

En lo que hace a los trabajadores que tienen una regulación específica, la obligación de conservar el registro no queda especificada en la regulación, salvo en el caso las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera, para las que el artículo 9.2 de la Directiva 15/2002/UE impone que "deberán conservarse como mínimo durante dos años después de que finalice el período contemplado"; en el caso de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario, para los que la cláusula 8 de la Directiva 47/2005 establece que "la empresa deberá conservar éste registro durante un año como mínimo". Por su parte, el artículo 10.5 bis del Real Decreto 1561/1995, en lo que hace a los trabajadores móviles, extiende esta obligación con carácter general a todos los trabajadores móviles, incrementando asimismo la obligación temporal de conservar el registro de jornada, como se extrae de su tenor literal: "este registro se conservará, al menos, durante tres años después de que finalice el período considerado". Un plazo que también dispone el artículo 10.5 bis del Real Decreto 1561/1995 para quienes prestan sus servicios en la marina mercante, según se extrae de su tenor literal: "el naviero deberá conservar a disposición de la autoridad laboral el cuadro y los registros de los tres últimos años". Y que la disposición adicional séptima del Real Decreto 1561/1995 aplica igualmente a los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el transporte ferroviario, incrementado así el plazo de un año dispuesto en la cláusula 8 de la Directiva 47/2005: "la empresa deberá conservar este registro, al menos, durante tres años y lo tendrá a disposición de los trabajadores y de la autoridad laboral así como los elementos que justifiquen las horas reales de trabajo".

Los plazos de conservación deben ponerse con carácter general, y especialmente en el caso del artículo 34.9 del ET donde se realiza específicamente esta previsión y es directamente norma aplicable, en conexión con los plazos de caducidad y prescripción de las deudas salariales, por cuanto la acción judicial que generalmente acompaña al incumplimiento de los tiempos de trabajo es la acción de reclamación de cantidad.

IV. EL IMPACTO DE LOS INCUMPLIMIENTOS RELATIVOS AL REGISTRO DE JORNADA EN LA CONFORMACIÓN DE LA PRUEBA

Indudablemente el registro de jornada tiene más allá de una función de control externo del tiempo de trabajador, un valor en los juicios donde se examinan tanto el tiempo de trabajo como las partidas retributivas devengadas, lo que guarda una incuestionable relación con las obligaciones y acuerdos más esenciales del contrato de trabajo.

Este valor probatorio aparece recurrentemente en los pronunciamientos judicial que discuten sobre el alcance del registro de jornada previsto en el artículo 35.5 del ET antes de la introducción de la obligación general y empresarial de registrar la jornada de todos los trabajadores en el artículo 34.9 del ET[83]. Lo que es una cuestión relevante, sobre la que podemos encontrar igualmente algunas referencias importantes en la legislación aplicable a ciertos tipos de trabajos y a ciertos sectores de actividad. También aparece reflejada en los estudios doctrinales[84].

En este sentido, el artículo 12.4.c del ET dispone precisamente, en relación a esta cuestión, una importante regla procesal, que se dirige a facilitar la defensa del trabajador en caso de los juicios. Concretamente, el precepto impone que "en caso de incumplimiento de las referidas obligaciones de registro, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios" (artículo 12.4.c del ET)[85]. Tal previsión no se establece en el caso del artículo 34.9 del ET, por lo que difícilmente pueda afirmarse que el incumplimiento (o las deficiencias) relativas a la llevanza del registro de jornada permita apreciar la existencia de una presunción a favor del trabajador[86].

Otra cuestión distinta es el valor que ello puede tener en lo que hace a la conformación de la prueba en el proceso, que puede, sin lugar a dudas, tener una importante relevancia en estos juicios[87]. A estos efectos, la regla general en el orden social es que el trabajador debe ofrecer los indicios y las pruebas relativas a las pretensiones que plantea

83 SAN de 4 de diciembre de 2015 (rec. nº 207/2015), en relación con las obligaciones del artículo 35.5 del ET, "si la razón de este precepto es procurar al trabajador un medio de prueba documental para acreditar la realización de horas extraordinarias, parece evidente que el registro de la jornada diaria es la herramienta, promovida por el legislador, para asegurar efectivamente el control de las horas extraordinarias". En el mismo sentido, SAN de 19 de febrero de 2016 (rec. nº 383/2015).

84 ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: "Registro de jornada y supresión de las horas extraordinarias que se compensan por descanso, la estrategia y el objetivo", ob. cit., p. 6; MORALES VÁLLEZ, E.: "El registro ordinario de jornada como presupuesto constitutivo para el control efectivo de las horas extraordinarias" (BIB 2016\2003), Revista Aranzadi Doctrinal, nº 4, 2016, p. 1; SEMPERE NAVARO, A.V.: "El registro empresarial de la jornada efectiva" (2017\2115), Revista Aranzadi Doctrinal, nº 6, 2017, p. 2.

85 En esta dirección, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 4 de abril de 2017 (rec. nº 121/2017) disponía, en relación con el incumplimiento de registrar la jornada de quienes realizaban el trabajo a tiempo parcial, la presunción de que se ha celebrado a tiempo completo. Por el contrario, exige indicios adicionales al incumplimiento del registro, STSJ de Asturias de 22 de marzo de 2018 (rec. nº 24/2018).

86 IGARTUA MIRÓ, M.T.: "La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019", ob. cit., p. 147. Cfr. RODRÍGUEZ PASTOR, G. y ALFONSO MELLADO, C.: El registro de jornada, ob. cit., p. 52, que diferencia, en relación con las horas extraordinarias, en función de si existe registro, en cuyo caso afirma puede comprobarse la información, o si no existe, en cuyo caso sostiene que se presume la realización de las horas extraordinarias, correspondiéndole la prueba al empresario.

87 RODRÍGUEZ PASTOR, G. y ALFONSO MELLADO, C.: El registro de jornada, ob. cit., p. 51 y ss.; IGARTUA MIRÓ, M.T.: "La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019", ob. cit., p. 147.

con la interposición de la demanda, salvo en el caso de que se trate de un pleito relativo al derecho fundamental a la no discriminación o los accidentes de trabajo, en cuyo caso se produce una distribución de la carga de la prueba (artículo 96.1 del ET). También se producirá esta distribución de la carga de la prueba cuando se trate de la vulneración de cualquier otro derecho fundamental o de cualquier libertad pública, especialmente cuando se canalice mediante la vía del proceso especial de tutela de derecho fundamentales o de las libertades públicas (artículo 177 y ss. de la LRJS), lo que es relevante en este caso por el derecho a la información y al acceso al registro en materia de tiempo de trabajo reconocido a los representantes de los trabajadores, como se extrae de la STSJ de las Islas Canarias (Palmas) de 22 de diciembre de 2016 (rec. supl. nº 1049/2016), en relación con la lesión del deber de información de una delegada de personal a la que la empresa se niega a entregar los cuadrantes de trabajo, incumpliendo así el acuerdo de conciliación y estimando la Sala la lesión del derecho fundamental a la libertad sindical. O salvo que el trabajador o el empresario dominen o tengan más facilidad para la prueba, pues le corresponde la carga de la prueba (tanto en la aportación de documentos como en la proposición de pruebas a practicar) a quién se encuentra en mejor posición para efectuarla. Así se deduce del artículo 217.7 de la LEC que impone, en relación con la prueba, que "el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

Es innegable que el trabajador puede ofrecer otros medios de prueba admitidos en el orden social, como puede ser la aportación del calendario de la empresa, en tanto que pueda inferirse la realización de las horas extraordinarias. También puede realizarse a través de las testificales que se practiquen. O de las documentales que puedan presentarse, como son el propio recibo de salario. O también las pruebas documentales que puedan extraerse como consecuencia del uso de los medios tecnológicos con los que el trabajador desempeña su prestación de servicios.

Resulta en este punto interesante lo que afirma sobre este particular la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 13 de octubre de 2016 (rec. supl. nº 1242/2016), que precisamente en apoyo del artículo 217 de la LEC, dispone que el trabajador queda exento de la carga de probar cuando ha interesado al órgano juzgado el requerimiento sobre el registro de las horas extraordinarias, sin que la empresa hubiese finalmente aportado el registro en el juicio.

La confirmación de que el registro de jornada facilita la carga de la prueba puede comprobarse en algún pronunciamiento judicial dictado tras la incorporación de la obligación empresarial de registrar la jornada del trabajador prevista en el artículo 34.9 del ET. Así, la STSJ de Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Social, de 31 de enero de 2019 (rec. 354/2018) concluye que cuando el empresario incumpla con la obligación de llevar el registro de jornada quedará acreditado el derecho a percibir lo que la parte reclama, con tan solo la aportación de indicios, aunque como otros pronunciamientos judiciales se refieren en el caso de incumplimiento de la llevanza del registro, como es el caso enjuiciado, de las horas extraordinarias, o del trabajo a tiempo parcial[88]. Dispensa de la prueba plena para el

88 STSJ de Andalucía (Sevilla) de 3 de julio de 2019 (rec. supl. nº 1727/2018).

trabajador que es lógica y coherente con nuestro sistema procesal[89]. Y que provocará que la carga de la prueba recaiga sobre el empresario.

Pero sin lugar a dudas, el registro obligatorio de la jornada de trabajo va a ser empleado con una finalidad también distinta del control del tiempo de trabajo, que es la del control de la prestación de servicios[90], pese a que su finalidad es esencialmente el control del tiempo de trabajo, existiendo otros mecanismos para controlar la prestación de servicios. Así la SAN de 20 de junio de 2019 (rec. 115/2019) dispone que la empresa, apoyándose en el control horario que se realiza a través del registro de jornadas, puede adoptar medidas disciplinarias, como sucede en el caso enjuiciado, en relación con los retrasos en la jornada. También la STSJ de Madrid de 26 de julio de 2019 (rec. 776/2019) inciden sobre el control del trabajador, cuando la trabajadora, que era la encargada de custodiar las tarjetas empleadas por los trabajadores para ficha, las utiliza fraudulentamente para salir de la empresa, quedando acreditado mediante testifical de un trabajador de la empresa este uso indebido.

También ha sido empleado en juicios relativos a los despidos, con el fin de poner en duda las decisiones empresariales. Así, la STSJ de Murcia de 30 abril 2019 (rec. supl. nº 183/2019) declaró nulo el despido de una trabajadora que había denunciado a la Inspección de Trabajo la manipulación por parte de la empresa del registro horario, con el fin de que no quedarán reflejadas las horas de más que realizaba y el incumplimiento del derecho al descanso, invirtiendo la carga de la prueba cuando la empresa únicamente hacía a alusión a una "pérdida de confianza" en la carta de despido. También la SJS de Ciudad Real de 19 de septiembre de 2019 (rec. nº 462/2019), en relación con la extinción de un contrato temporal eventual donde queda probado que se realizaban más horas de las pactadas, en base a la testifical y a los incrementos de demandas en días concreto que son habituales en el sector, aunque el registro de la jornada de trabajo únicamente refleja las 24 horas pactadas en el contrato de trabajo.

V. CONCLUSIONES

En el contexto del nuevo escenario que dibujan los empleos asociados a la economía digital en materia de tiempo de trabajo, el registro de jornada constituye un punto de partida para avanzar en el control del horario y en general del tiempo de trabajo, pese a todas las incertidumbres que se han abierto en relación con su implementación y su puesta en marcha en las empresas.

En su fijación, la negociación colectiva está llamada a asumir una función relevante en el establecimiento de los mínimos relativos al registro de la jornada, quedando emplazada para la fijación de especialidades que puedan existir (respecto de los trabajadores, en relación con determinados empleo, o en lo que hace a la forma de realizar determinadas

89 IGARTUA MIRÓ, M.T.: "La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019", ob. cit., p. 147.

90 RODRÍGUEZ PASTOR, G. y ALFONSO MELLADO, C.: El registro de jornada, ob. cit., p. 52, en relación con las faltas de asistencia o de puntualidad.

actividades), las fórmulas de colaboración en los supuestos de descentralización productiva, los conceptos de tiempo de trabajo que deben registrarse siempre que se garantice el almacenamiento del inicio y del final de la jornada de trabajo, el establecimiento de modelos sobre el registro de la jornada, el procedimiento mediante el que se realiza el registro (representantes de los empresarios que deben participar en la elaboración, colaboración del trabajador, exigencia de firma del trabajador), el derecho del trabajador a recibir la copia, entre otros extremos. Sin perjuicio de que será necesario posiblemente dejar abierta la posibilidad de que las empresas, siempre en el marco de lo dispuesto en la negociación colectiva o en su caso de la consulta a los representantes de los trabajadores, puedan elegir el formato (manual o electrónico) más acorde con sus medios materiales.

El registro de jornada debe garantizar la claridad/objetividad, la fiabilidad, la accesibilidad y el respeto de los derechos fundamentales, que se conjugan como mínimos indisponibles del sistema de almacenamiento que se diseñe por el empresario con la colaboración de la negociación colectiva y de los representantes de los trabajadores. Si bien, será necesario establecer mecanismos, incluso posteriores al almacenamiento de los datos, que permitan alterar la información recabada para salvar los errores en las anotaciones realizadas o para permitir la recalificación de los conceptos de tiempo de trabajo, cuando esta variación pueda realizarse en atención a la normativa.

Las consecuencias que conlleva el incumplimiento de la obligación empresarial de registrar la jornada derivarán en sanciones administrativas, aunque también deben provocar, como las Salas lo están interpretando, el desplazamiento de la carga probatoria al empresario. Pues el incumplimiento de la obligación empresarial de registrar la jornada debe ser un inicio suficiente para desplazar la carga de la prueba al empresario y reconocerle al trabajador aquello que solicita en el juicio. Se trate de horas de tiempo de trabajo que no habían sido retribuidas o de incumplimientos en relación con los descansos (en la jornada, inter-jornada, semanal, anual).

De ahí la necesidad de avanzar hacia un registro de la jornada de trabajo que recabe los datos del horario del trabajador, así como en general del tiempo de trabajo. Todo lo que es compatible con la libertad de horarios que hayan pactado las partes, con la necesidad de flexibilizar la jornada para responder a necesidades empresariales o personales del trabajador, así como con la exigencia de responder a los nuevos tipos de empleo. Pues, la libertad horaria y la flexibilización de las relaciones laborales deben conjugarse con el respeto a los mínimos legales y convencionales relativos al tiempo de trabajo, que están en el origen y en el fundamento del Derecho del Trabajo.

PONENCIA GENERAL TERCERA
EL CONTROL SINDICAL DEL TIEMPO DE TRABAJO[1]

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ
Profesora Titular de Universidad
Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho y Ciencias del Trabajo
Universidad de Sevilla

"La solidaridad que debemos construir hoy ha de ser la solidaridad del cambio, capaz de conquistar nuevos derechos y nuevas certidumbres para todos los sujetos, viejos y nuevos, implicados en una profunda mutación frente a lo nuevo"

Bruno Trentin
[Norte-Sur. Trabajo, Derechos y Sindicato en el Mundo, (coautor), edic. GPS, Madrid 1997]

1. Introducción
2. Sindicato y limitación del tiempo de trabajo
3. Intervención sindical en el tiempo de trabajo.
   3.1 Función política y pactos
   3.2 Función económica y negociación colectiva
   3.3 Función de gestión del cambio empresarial
4. Instrumentos de control sindical del cumplimiento de las normas sobre tiempo de trabajo
   4.1 La labor de vigilancia del cumplimiento de las normas
   4.2 La vía administrativa y judicial
      4.2.1 La vía administrativa
      4.2.2 La vía judicial
   4.3 La acción sindical de conflicto colectivo

1 El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación "Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía", DER2017-83488-C4-1, del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

1.- INTRODUCCIÓN

Hacer una ponencia general sobre el control sindical del tiempo de trabajo, en unas Jornadas Universitarias Andaluzas en las que se aborda de forma tan completa la materia, requiere hacer una reflexión previa sobre su contenido. En una primera aproximación, y tomando como referencia el título de la ponencia, parece sugerir un análisis de los medios a través de los cuales los sindicatos pueden controlar el cumplimiento del tiempo de trabajo por parte de las empresas y empleadores. Para ello sería necesario exponer aquellos aspectos del tiempo de trabajo sobre los que se pueden llevar a cabo tal labor de vigilancia y control sindical.

Y esto seguramente supondría tener que abordar aspectos que ya se analizan con mayor profundidad en las demás ponencias, por ejemplo, la jornada a tiempo parcial, la conciliación laboral y familiar, el tiempo de trabajo efectivo, registro de jornada, etc. Si el trabajo sólo abordara esta perspectiva del control del tiempo de trabajo, además de reiteración de contenidos, estos se abordarían mínimamente, por lo que podría dar una idea equivocada de simpleza de la materia, cuando es todo lo contrario. La importancia del tiempo de trabajo y sus múltiples consecuencias en el empleo, la salud, la vida personal, la productividad, etc., se ha puesto de manifiesto desde antiguo, y continúa, sea cual sea la disciplina de estudio desde la que se aborde. Este tipo de control sindical del tiempo de trabajo, desde la perspectiva de la vigilancia del cumplimiento de las normas y los derechos de los trabajadores, se sitúa en el plano de la aplicación de las normas, de su ejecución, de su cumplimiento, una vez existente un marco normativo dado.

Sin perjuicio de que abordemos el control sindical del tiempo de trabajo desde la perspectiva de la vigilancia del cumplimiento de las normas sobre la materia, la función sindical de control de una condición de trabajo de efectos múltiples, que trasciende la individualidad de la relación laboral, pero que a la vez es uno de sus pilares básicos junto al salario, nos lleva a la necesidad de tratar también otro tipo de control sindical más de fondo. Nos referimos al control regulativo, el de intervención sindical en la fijación de las reglas que van a regir el tiempo de trabajo en la relación laboral. Desde esta perspectiva, se abordaría la función sindical más primigenia pero a la vez más actual: la de participación colectiva en la fijación de una condición de trabajo, en este caso el tiempo de trabajo. Lo que se puede articular a través de una triple vía.

La primera desde la vertiente de la función política del sindicato, que a través del diálogo social influye y participa en el contenido de la norma laboral estatal en la forma que le resulte más favorable a los intereses de los trabajadores. La segunda desde la óptica de su función económica o profesional en el ámbito de las relaciones laborales, mediante la negociación colectiva con empresas y sus representantes, para dar lugar a instrumentos colectivos que determinan de forma pactada y dentro de los límites legales, el tiempo de trabajo y sus diferentes aspectos, como el descanso, la distribución irregular de la jornada, el horario de trabajo, los permisos, las vacaciones, etc. La tercera se haría desde una vertiente más reciente de la función sindical: la de gestión del cambio, localizada principalmente a nivel de empresa, en la que los representantes de los trabajadores son llamados

por la norma laboral a participar en los procesos de cambios empresariales para atender sus necesidades de flexibilidad interna en la relación laboral. En estos procesos de cambio se ven afectadas en mayor medida condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo y salario, aunque no son las únicas.

Estas tres vías de participación sindical, pese a que descansan sobre el presupuesto inicial del diálogo, la negociación, la consulta, ya sea con el poder público, con las asociaciones empresariales o con la empresa, en su desarrollo pueden verse acompañadas de medidas de presión sindical si no se produce entendimiento entre las partes o el éxito en los objetivos sindicales. Pero además, tienen en común el que las tres vías de participación sindical se desarrollan en una fase previa a la creación de la norma, y precisamente esa función tiene como objetivo participar en su nacimiento, de forma que a través de su participación el sindicato ejerce su poder para influir en la determinación final de las reglas que van a regir los diferentes aspectos del tiempo de trabajo, de la forma más favorable a los intereses de los trabajadores, algo que en definitiva se identifica con su función constitucional.

Se abordarán, pues, las dos fases de intervención o control sindical del tiempo de trabajo: la de control de la norma a crear y la de control del cumplimiento de la norma. En ambas el sindicato está ejerciendo su función propia.

Para terminar de acotar la materia, tanto su contenido como método, debemos aclarar que no es objeto de este trabajo el examen del marco normativo del tiempo de trabajo -porque es algo que se trata en cada una de las demás ponencias de esta Jornadas-[2], y aunque tangencialmente se haga referencia a veces a dicho marco, se hará con ocasión del análisis de la función sindical de control –regulativo y de vigilancia- del tiempo de trabajo. El hilo conductor será, pues, dicha función sindical. Como cierre, sería oportuno justificar aquí el hecho de que no se aborde en este estudio los aspectos sindicales de la organización digital del trabajo, que se debe no sólo a razones de espacio, sino también a que es objeto específico de otra de las ponencias de las Jornadas.

2.- SINDICATO Y LIMITACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

La limitación del tiempo de trabajo ha sido una de las primeras reivindicaciones del movimiento sindical desde sus orígenes y sigue siéndolo en la actualidad. Ha sido una de las

2 Vid. Sobre la materia, entre otros: Alarcón Caracuel, M. R. (1988): La ordenación del tiempo de trabajo, Tecnos, Madrid. Monreal Bringsvaerd, E. (2005): La jornada de trabajo: Ley y convenio colectivo, Consejo Económico y Social, Madrid. AA.VV. Tiempo de trabajo, J. Aparicio Tovar y J. López Gandía (Coords.), Bomarzo, Albacete, 2007. AA.VV. El tiempo de trabajo y la seguridad y salud laboral en la negociación colectiva. XXI Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva, Ministerio de Trabajo e Inmigración, colección Informes y Estudios nº 92, Barcelona, 2008. AA.VV. El tiempo de trabajo en la negociación colectiva, J. M. Goerlich Peset (Coord.), Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008. AA.VV. La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes, S. Perán Quesada (Dir. y Coord.), Comares, Granada, 2014. AA.VV. Economía colaborativa y trabajo en plataforma. Realidades y desafíos, M. Rodríguez-Piñero Royo y M. Hernández Bejarano (Dirs.), Bomarzo, Albacete, 2017.

señas de identidad a lo largo de la historia de su existencia, junto con la consecución de mejores salarios, como elementos esenciales de la relación laboral por cuenta ajena. Se ha afirmado en este sentido que Duración, jornada y salario son los tres pilares estructurales de la relación jurídica laboral, están íntimamente trabados entre sí, y de su fortaleza depende la consistencia de todo el edificio[3].

El sindicato surge con la Revolución industrial como asociación obrera que pretende impedir la libertad de contratación individual y privada y la libertad de industria, propias del sistema político liberal[4]. Libertades que producían a la vez dos consecuencias diferentes: Por un lado, la empresa tenía libertad para contratar el trabajo de cualquier persona que estuviera dispuesta a trabajar en las condiciones ofrecidas; o dicho de otra forma, el empresario tiene acceso a un mercado de trabajo ilimitado, no monopolizado ni restringido, en el que se encuentran todos los que ofrecen trabajo[5]. Por otro lado, la libertad contractual permite a la empresa fijar las contraprestaciones que recibirá la persona que va a trabajar en su empresa mediante contrato directo con esta persona, sin limitación de tipo alguno. La posibilidad de individualizar las condiciones de trabajo daba una posición dominante al que ofrecía el bien más escaso -el puesto de trabajo y su retribución- y disminuía enormemente la posición de quien ofrecía el bien más abundante -mano de obra no cualificada-, por la aplicación de la ley de la oferta y la demanda propia de las economías liberales.

Esto es lo que ocurría también en materia de tiempo de trabajo, ya que "era la voluntad del empresario la verdadera y única fuente reguladora de la jornada de trabajo, así como de todas las demás condiciones de trabajo"[6]. La implantación de la organización taylorista del trabajo supondrá la legitimación de la empresa como única capaz de organizar la producción de manera científica y por tanto indiscutible, y la deslegitimación de la actividad sindical dentro de las empresas[7]. Pero es innegable el contrapeso que desde

3 Alarcón Caracuel, M. R. (1994): "Duración de contrato, jornada y salario", en AA.VV La reforma laboral de 1994, M. R. Alarcón Caracuel (Coord.), Marcial Pons, Madrid, p. 160.

4 Vid. Sobre la materia Alarcón Caracuel, M. R. (1975): El derecho de asociación obrera en España (1839-1990), Ministerio de Trabajo, Madrid. Y Phelps Brown, H. (1990): Los orígenes del poder sindical, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.

5 Vid. Castañeda, J. (1982): Lecciones de teoría económica, Aguilar, pp. 668 y ss, que concluye que ante la existencia de sindicatos de trabajadores y asociaciones patronales que interaccionan para determinar el precio del trabajo, "...será la fuerza relativa de las asociaciones y su resistencia económica la que acabe determinando el nivel de salario al que se efectúa la contratación".

6 Alarcón Caracuel, M. R. (1988): La ordenación del tiempo de trabajo, Tecnos, Madrid, pp 75 y 76, con cita de Alonso Olea.

7 Según Castillo, J. J. (1991): "El taylorismo hoy, ¿arqueología industrial?", en AA.VV. Las nuevas formas de organización del trabajo. Viejos retos de nuestro tiempo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, segunda edición, p. 52, Taylor considera que "la desaparición de un sindicato puede considerarse un éxito de la gestión científica, o que el no permitir el nacimiento o permanencia del sindicato es la base de su firme implantación". En España, la aplicación de lo que se llamó la organización científica del trabajo se acompañó de muchas otras técnicas de control social sobre los trabajadores, incluso durante el tiempo en que no se presta el trabajo en la empresa. Vid. En este sentido Peña Rambla, F. (1998): Paternalismo y control social en la industria franquista. La empresa

entonces ha venido ejerciendo el sindicato frente a la individualización de las condiciones de trabajo, hasta el reconocimiento de la autonomía colectiva como eje fundamental de nuestro sistema democrático de relaciones laborales.

También fue la limitación del tiempo de trabajo el objeto de intervención estatal mediante las primeras leyes obreras, como la que se califica como primera norma, la "Ley Benot", que precisamente tuvo como objetivo limitar el tiempo de trabajo de los niños y niñas en las fábricas[8]. Como también lo ha sido a nivel internacional, el mismo año de la constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en 1919, cuyo primer Convenio sobre "las horas de trabajo en la industria", vigente, vino a limitar el tiempo de trabajo a ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales[9].

Estas pinceladas del pasado pretenden poner de manifiesto el reflejo de lo que ha sido en el tiempo la evolución de la ordenación del tiempo de trabajo en las relaciones laborales. La intervención estatal y la sindical, dos poderes normativos que, con mayores o menores tensiones entre sí, van a ir (re) modelando la regulación del tiempo de trabajo, siempre bajo la presión o demanda empresarial por mantener su parcela de libertad en la fijación individual de las condiciones de trabajo. Si volvemos al presente más actual, las tensiones e intereses de fondo de los protagonistas del sistema de relaciones laborales son similares a las del pasado –no así la realidad política, social y económica en la que se desenvuelven-. El contexto ha cambiado exponencialmente y sigue haciéndolo de forma acelerada, pero la fijación del tiempo de la prestación de trabajo y su contraprestación sigue siendo el centro de atención y de tensión de los diversos intereses en juego. De manera mucho más compleja por la adición de otros centros de poder, supranacionales, normativos unos –como la Unión europea- y económicos otros –las empresas y centros financieros multinacionales- con intereses propios y diferenciados, en el marco de una economía global.

Las necesidad de mayores dosis de flexibilidad en la relación laboral para su adaptación a las necesidades de las empresas y con ello su viabilidad y creación de empleos, es una afirmación que se reitera desde hace décadas desde múltiples instancias, y en ese sentido se han orientado las intervenciones legislativas, cada vez con mayor intensidad[10]. A la par que

Segarra de la Vall d'Uixó, Sociología del trabajo núm.34, y especialmente, Babiano Mora, J. (1998): Paternalismo industrial y disciplina fabril en España (1938-1958), CES, Madrid.

8 Ley Benot, de 24 de julio de 1873 (Gaceta de Madrid de 28 de julio de 1873): Los niños y las niñas menores de 10 años no serán admitidos al trabajo en ninguna fábrica, taller, fundición ó mina (art. 1). No excederá de cinco horas cada día, en cualquier estación del año, el trabajo de los niños menores de 13, ni el de las niñas menores de 14 (art. 2). Tampoco excederá de ocho horas el trabajo de los jóvenes de 13 a 15 años, ni el de las jóvenes de 14 a 17 (art.3).

9 Adoptado en Washington, 1ª reunión CIT (28 noviembre 1919), con entrada en vigor el 13 de junio de 1921 y ratificado por España el 22 de febrero de 1929. En su artículo 2 contempla sólo tres excepciones a la duración máxima de la jornada: en el caso del personal directivo, en los trabajos en equipo, y en lo que hoy podríamos denominar una distribución irregular de la jornada, mediante pacto o decisión de la autoridad competente que, en ningún caso puede sobrepasar una hora el límite diario fijado por el propio Convenio OIT. En 1930 la OIT aprobaría su Convenio número 30 sobre las horas de trabajo en comercio y oficinas.

10 Para Moreno Vida, M. N (2014): "Configuración general del tiempo de trabajo: algunas

la expansión de la digitalización de la economía y del trabajo está llevando incluso a teorizar sobre la desaparición del trabajo humano tal como lo entendemos hoy, pero todavía la inmensa mayoría de la población vive del trabajo, de su trabajo. Sin embargo, el temor lógico a una situación en la que cada vez se emplea más tecnología y robotización[11], que puede derivar en la cada vez menor necesidad de empleo, puede hacer que la preocupación por las mayores dosis de flexibilidad e individualización de la relación laboral, parezcan un mal menor. Es decir, que estos avances de la humanidad, que en principio deben estar encaminados a mejorar la vida de las personas, se podrían tornar en contra de las propias personas trabajadoras en una doble dirección: se reduce el empleo y el que permanece se precariza. Salvando las distancias, los efectos se asemejan a los que produjo la introducción de la máquina en la Revolución industrial.

Simplificando mucho la cuestión, en este proceso de transformación de la sociedad y el trabajo, de transición social, los sindicatos se enfrentan a una doble tarea. La primera, seguir ejerciendo sus funciones en defensa de los intereses de los trabajadores en la relación laboral tradicional, con la dificultad añadida de la segmentación del trabajo y de las empresas que hace que se multiplique su ámbito de actuación -no sin ciertos desajustes organizativos[12]- y, por tanto, de incremento de su esfuerzo, por un lado, y por otro lado, llevarla a cabo dentro de un marco normativo que cada vez individualiza más parcelas del régimen jurídico de la relación laboral. Y la segunda, todavía mucho más compleja, está siendo la de tomar posición y estrategia ante múltiples nuevos ámbitos de actuación que afectan al trabajo. Ya se ha indicado como tales la robotización, pero también el cambio climático, la inmigración, el incremento de desigualdad y pobreza, etc. A lo que hay que añadir la aparición en los últimos años de plataformas emergentes de protesta de la sociedad civil, desde el 15-M hasta las Mareas o, más recientemente, las asociaciones de pensionistas y jubilados"[13].

En este panorama nos podríamos cuestionar si mejorar el tiempo de la prestación del trabajo en la relación laboral, a favor de la parte trabajadora, y los diferentes aspectos que lo integran, así como su control, siguen siendo una reivindicación sindical. En mi opinión la respuesta es afirmativa. Si nos detenemos en lo concreto, muchos aspectos del tiempo de trabajo siguen estando en el espacio reservado a la negociación colectiva, como la dura-

reflexiones críticas", en AA.VV. La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes, S. Perán Quesada (Dir. y Coord.), Comares, Granada, 2014., p. 39, la política de ordenación del tiempo de trabajo se viene inclinando del lado de la flexibilidad para las empresas y del incremento de la productividad, del lado de la lógica económica frente a la lógica social.

11 Vid. Mercader Uguina, J. R. (2017): El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica, Tirant lo Blanch, Valencia.

12 Albarracín, D. (2015), "La acción sindical en «distritos laborales» y «cadenas de valor» Una reflexión estratégica sobre experiencias sindicales concretas", cit. afirma en relación a las grandes centrales sindicales que las situaciones productivas complejas exigen soluciones de geometría variable en función de cada casuística, al que un formato homogéneo es incapaz de responder.

13 González Begega, Sergio; Rodríguez, Vanesa; Cueto, Begoña (2018): "Valoración pública y legitimidad social de los sindicatos en la crisis económica". Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, núm 5, págs. 201 y 202.

ción de la jornada de trabajo dentro del límite máximo permitido por la norma laboral, la distribución de la jornada, la compensación de las horas extraordinarias, la documentación del registro de jornada, conciliación laboral y familiar, etc. En cada una de estas negociaciones, en su ámbito, se sigue llevando a cabo, caso a caso, la función sindical de intentar la consecución de mejoras. Otra cuestión es el grado en el que finalmente se consigan, en lo que influye sin duda el poder normativo estatal y su posición de superioridad jerárquica, o el nivel imperatividad en las reglas legales. En materia de tiempo de trabajo los límites legales que funcionan a modo de tope máximo, son tan altos que juegan en contra de la consecución de mejoras sindicales en la negociación colectiva. Es lo que a mi modo de ver sucede con la duración máxima de la jornada. Resulta cuando menos sorprendente que después de un siglo nuestra norma laboral, como otras de nuestro entorno, fije como límite máximo de la jornada diaria nueve horas, ampliable mediante la negociación colectiva, siempre que se respete el descanso mínimo de doce horas entre jornadas –art. 34.3 ET[14]-. Habrá que plantearse la cuestión de si con la intensificación del trabajo a través de la generalización de uso de tecnologías cada vez más vanzadas, el poder público está cumpliendo suficientemente el mandato cosntitucional de garantizar el descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral (art. 40.1 CE), pese al novedoso reconocimiento legal del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral[15].

3.- INTERVENCIÓN SINDICAL EN EL TIEMPO DE TRABAJO

3.1 Función política y pactos

No cabe duda que el control más sustancial del tiempo del trabajo que puede hacer el sindicato es mediante su intervención en la determinación legal de aquél. Nos referimos a un control político de tipo regulativo, capaz de hacer cambiar el contenido de las normas laborales a favor de los intereses que representa, en base al art. 7 de la Constitución que considera a los sindicatos como instituciones que contribuyen a la defensa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores, con una adjetivación amplia de dichos intereses, como ha puesto de manifiesto gran parte de la doctrina[16].

El ejercicio de esa función constitucional casi pública "los convierte en pilar del ordenamiento constitucional y del sistema político, atribuyéndoles una representación del interés general de los trabajadores, e incluso –con ciertos límites- de todos los ciudadanos, sean o no trabajadores"[17]. Función constitucional a través de la cual el sindicato puede

14 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

15 Art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

16 Por todos, vid. Palomeque López, M. C. (1994): Derecho sindical español, Tecnos, quinta edición, Madrid, p. 41 y ss, donde expone los argumentos constitucionales que le llevan a interpretar que el art. 7 de la Constitución se refiere no sólo a los intereses económicos de los trabajadores, sino a los intereses generales de éstos, lo que ampararía la actuación política del sindicato.

17 Barreiro González, G. y Fernández Domínguez, J. J. (2017): "El sindicato y su función cons-

desplegar su capacidad o poder colectivo frente al Estado para poder alcanzar una determinada ordenación jurídica del tiempo de trabajo –o de algún aspecto concreto del tiempo de trabajo, como puede ser el límite de horas extraordinarias o vacaciones- que favorezca los intereses de los trabajadores en general, y que mejore esa condición de trabajo desde esta posición. El mecanismo principal para articular esa función política ha sido la concertación social, o con una denominación más actual, el diálogo social[18], para dar lugar a una legislación negociada, en la que también han intervenido las empresas a través de sus asociaciones. Y ello sin perjuicio de que además puedan llevarse a cabo medidas de acción sindical por parte de los sindicatos, de presión, huelgas, o campañas de movilización o sensibilización a la población para el respaldo de la reivindicación de una jornada de trabajo más favorable para los trabajadores, con el objetivo de que los poderes públicos acepten la reivindicación y pase a formar parte del contenido de las normas legales en ese sentido.

Antes del diseño legal del modelo de sindicato en nuestro país, la participación sindical en clave política de fijación de las principales condiciones de trabajos –salario y jornada- y cuestiones relacionadas –productividad, protección del desempleo, entre otras- se llevará cabo, principalmente a través de la negociación entre sindicatos y la representación empresarial, "que establecían un 'pasillo' de comunicación con el gobierno al que se dirigían una buena parte de las comunicaciones, como la reducción de la jornada máxima a cuarenta horas"[19]. Esta práctica de la época dará lugar a grandes pactos sociales, que a pesar de su carácter interconfederal "…no hay duda de su enorme significación política"[20], como el Acuerdo Básico Interconfederal de 1979[21], Acuerdo Marco Interconfederal de 1980[22], o el Acuerdo Interconfederal de de 1983[23], en el que se acordó la duración máxima de la

titucional", en AA.VV. Sindicalismo y democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016), W. Sanguineti Raymond y E. Cabero Morán (Coords.), Comares, Granada, pp. 70 y 71, con cita de Rodríguez Cardo.

18 Será a partir de 1994 cuando en la reanudación de conversaciones entre el Gobierno, la CEOE y las centrales sindicales mayoritarias "se prefiere hablar de diálogo social en lugar de concertación social", según Martín Valverde, A. (1994) cit.

19 Baylos Grau, A. (2017): "El derecho sindical en su contexto", en AA.VV. Sindicaslimo y democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016), W. Sanguineti Raymond y E. Cabero Morán (Coords.), Comares, Granada, p. 141.

20 Montalvo Correa, J. (2017): "Algunas anotaciones sobre el proceso de configuración de un modelo sindical democrático en España", en AA.VV. Sindicaslimo y democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016), cit. p. 56.

21 Suscrito entre CEOE y UGT, inaugura la época de grandes pactos sociales, marcando el contenido del Estatuto de los Trabajadores que ya se estaba tramitando como proyecto de ley en el Parlamento.

22 También suscrito por CEO y UGT. En materia de jornada, reduce en 26 horas la jornada anual para el año 1980, que pasaría por tanto de 2006 horas/año a 1980 horas/año. Establece además su reducción a 1880 horas/año para 1982 y mandata a la negociación colectiva a alcanzar para los años siguientes una jornada máxima anual de 1880 horas. También se acuerda el control de las horas extraordinarias y la productividad, entre otras materias.

23 Suscrito por CEPYME, UGT y CCOO, fija la jornada anual en 1826 horas y 27 minutos, con reducción de la jornada máxima de cuarenta horas a la semana. Poco después se modifica el ET a través de la Ley 4/1983, de 3 de junio, por la que se reduce la duración máxima de la jornada semanal de 42 horas a 40 horas.

jornada semanal en cuarenta horas. Los pactos sociales posteriores no volverían a incluir la reducción de la jornada máxima anual o semanal, que desde entonces ha quedado fijada legalmente en ese límite máximo, constatando la doctrina que desde 1997 y sobre todo desde 2001 los pactos se han centrado en la distribución flexible del tiempo de trabajo, su cómputo, la limitación de las horas extraordinarias y la conciliación de las necesidades de las empresas y los trabajadores[24].

Aunque esta vía de acción institucional no estuviese expresamente contemplada en las normas de la época, aunque con claro amparo en la propia Constitución española de 1978, ha sido una práctica característica de la "primera transición sindical"[25], denominada concertación social[26]. Del análisis de los pactos sociales de esta época se ha afirmado que "La historia de la Transición política en el terreno de las relaciones laborales es la descripción del paso de una racionalidad basada en la emergencia de los sujetos sociales y la irrupción de sus necesidades en el escenario político, hacia la inmersión de dichos sujetos junto con el despliegue de los mecanismos del mercado en la gestión de la fuerza de trabajo"[27].

En el plano legal, también en los años 80, se diseña el mecanismo de la mayor representatividad sindical establecido por la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical (LOLS)[28], como forma de seleccionar a unos determinados sindicatos y conferirles sólo a éstos una serie de facultades o derechos, que los demás sindicatos no van a tener. Mucho se ha escrito sobre esta institución[29], la cual ha dado lugar también a numerosos pronuncia-

24 Goerlich peset, J. M. (2008): El tiempo de trabajo en la negociación colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, p. 21.

25 Así denomina Serrano del Rosal, R. (2000): Transformación y cambio del sindicalismo español contemporáneo, CSIC, Madrid, pp.217 y ss al periodo que va desde mediados de los 70 hasta mediados de los 80, caracterizado por que "los principales objetivos sindicales son políticos –estabilización democrática- y constitutivos –desarrollo organizativo". Según el autor, "En estos pactos o acuerdos, la debilidad de los sindicatos se refleja cuando se observa que el principal beneficio obtenido por ellos con su participación, no fue tanto la mejora de las condiciones de los trabajadores, como su propia institucionalización, legalización y legitimación en el nuevo marco democrático".

26 De "intercambio político" califica a la concertación social Palomeque López, M. C. (1994) cit., p. 299, haciendo un repaso sobre las experiencias históricas de concertación social en España. Para Martín Valverde, A. (1994): "Concertación social y diálogo social Especial referencia al papel del Consejo Económico y Social (1)", Relaciones Laborales Sección Doctrina, 1994, pág. 333, tomo 2, Editorial LA LEY, define la concertación social en sentido estricto como "un método de adopción de decisiones estratégicas o importantes en los ámbitos de la política económica y social y de la regulación de las condiciones de trabajo por parte de tres actores o sujetos: el Gobierno, los sindicatos y las organizaciones empresariales".

27 Morán, A. (1999): "Auge y crisis de los grandes acuerdos sociales de los 80. De la clase obrera al mercado de trabajo", Cuadernos de Relaciones Laborales núm. 9, Servicio de Publicaciones de UCM, p. 27.

28 De 2 de agosto (BOE de 8 de agosto), modificada por la Ley Orgánica 9/2011, de 25 de julio (BOE de 28 de julio).

29 Entre los autores que han estudiado esta materia, se citan a título ilustrativo: Sala Franco, T. (1992): "La libertad sindical y la jurisprudencia del tribunal constitucional", en AA. VV. Constitución y Derecho del Trabajo 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional),), M. R. Alarcón Caracuel (Coord.), Marcial Pons, 1992, especialmente p. 114 y ss.; Durán López, F. (1999):

mientos del TC desde su primera sentencia sobre la constitucionalidad de la LOLS (STC 98/1985)[30]. Interesa resaltar de esta técnica, además de la "concentración sindical"[31] y el fomento del sindicalismo confederal[32], la integración institucional de estos sindicatos en el sistema político que ha supuesto. En este sentido se afirma que "...el reconocimiento de la institución del sindicato más representativo supone para el Estado un intento de integración del sindicato en la dinámica político-institucional, apoyando la posibilidad de una representatividad de los intereses globales de los trabajadores, mientras que del lado de las organizaciones sindicales 'se trata de contener procesos de transformación del movimiento sindical organizado' y lograr una más eficaz tutela de los intereses globales de los trabajadores en cuanto tales..." [33].

Esta integración del sindicato en el sistema, junto con los criterios establecidos por la LOLS para medir la representatividad y las prerrogativas que se les atribuye –arts. 6 y 7-, van a dibujar un modelo de sindicato muy particular: Frente al Estado, grandes confederaciones sindicales que, además de ser consideradas por la ley como representativas de los intereses del conjunto de los trabajadores, van a defender los intereses de éstos a través de su participación con el Estado en la política social[34] - también se va a contemplar esta participación institucional de los sindicatos a través de la presencia de representantes de estas confederaciones sindicales en los organismos públicos que la tengan prevista, conforme al art. 6.3.a) de la LOLS-. Y frente a las empresas, el modelo legal dará lugar a organizaciones sindicales integradas en aquellas confederaciones más representativas, que van a tener capacidad para, entre otras facultades, negociar en sus respectivos ámbitos convenios colectivos de eficacia general – por aplicación del Título III del E.T.-, tengan o no implantación real, ya que van a gozar también de la condición de más representativas por el criterio de irradiación –art. 6.2. b) LOLS-.

"Jurisprudencia del Tribunal constitucional en materia de derechos colectivos", en AA.VV. Jurisprudencia constitucional social (1991-1999), Mergablum, 1999, especialmente p. 114 y ss; Rodríguez Sañudo, F. (2001): "Libertad Sindical", en AA.VV. Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del trabajo y relaciones laborales, Tecnos, 2001, pp. 13 y ss..; Fernández López, M. F. (1992): "La ley de cesión del patrimonio sindical acumulado y su constitucionalidad aparente. Vuelta a los orígenes en la valoración de las consecuencias de la mayor representatividad sindical", Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 56, Nov/Dic 1992, entre otros.

30 De 29 de julio, BOE de 14 de agosto.

31 En este sentido Palomeque López, M. C. (1994): Derecho sindical español, Tecnos, quinta edición, Madrid, p. 67.

32 Alfonso Mellado, C. y Cabez Pereiro, J. (2017): "La mayor representatividad sindical. Un balance de la LOLS", en AA.VV. Sindicalismo y democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016), cit. p. 313. Los autores hacen un balance positivo de la institución de la mayor representatividad sindical, si bien plantean la necesidad de debate sobre varios elementos de la institución en el contexto actual (pp. 314 y ss.).

33 Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. (1985):"La Ley Orgánica de Libertad Sindical", Relaciones Laborales II/85, p.24, con cita de Monereo Pérez, J. L.

34 Vid. Pérez de los Cobos Orihuel, F. (1989): "Neocorporativismo y pluralismo socio-profesional: Bases para una lectura política del Derecho laboral en crisis", Actualidad Laboral nº 28, Semana10, 16 Julio 1989.

Sin que podamos detenernos en una descripción más detallada de la evolución de la función política de los sindicatos y los pactos que han habido con posterioridad, es lo cierto que la reducción del tiempo de trabajo ha dejado de estar presente en el diálogo social por parte de los sindicatos. Son numerosas y variadas las razones de ello, que por su complejidad no podríamos abordar en un trabajo como éste sin caer en una simplificación de la cuestión. Pero sí es necesario destacar cómo ese largo proceso desde la Transición política hasta llegar a la actualidad ha dado como resultando un contexto político, económico y social en el que no resultaría fácil plantear por parte de los sindicatos una reducción del tiempo de trabajo, especialmente desde la crisis que se inicia en 2008 a escala global. Crisis que, según Baylos, derrumbó estrepitosamente el paradigma económico que sostenía el modelo neoliberal de relaciones laborales. La destrucción de empleo, el cierre de empresas, la deuda pública y el parón de la economía hizo que sobre todo a partir de 2010 se implantaran en España –y en otros países del sur de Europa- reformas agresivas que redujeron las garantías de empleo incidiendo en los costes y la motivación del despido, y llevó al poder público a reducir o anular derechos con el argumento de mantener y crear empleos[35].

Se afirma en este sentido que "…la segmentación del mercado de trabajo derivada de la crisis (altas tasas de paro y precarización contractual), junto con los efectos desreguladores de la reforma laboral y nuevas formas de huida de las normas laborales, han agravado la asimetría de las relaciones laborales y erosionado los recursos e instituciones de participación de los trabajadores (sindicatos, representación en la empresa, negociación colectiva, diálogo social), debilitando objetivamente su capacidad de hacer frente a los efectos más devastadores de la recesión, entre los que se incluye el deterioro de las condiciones de trabajo y consiguiente incremento de los riesgos laborales"[36].

En un contexto en el que las reformas laborales han venido a ampliar el poder individual de la empresa en detrimento del acuerdo colectivo de sector, a reducir la protección social, al deterioro de las condiciones de trabajo y de empleos precarios y temporales, a la par que se produce una expansión del trabajo en plataformas digitales y robotización de la producción, la expansión de la empresa compleja y de supuestos de interposición empresarial, la producción transnacional, entre otros, se conforma una situación poco óptima para el planteamiento sindical de mejoras relacionadas con el tiempo de trabajo.

No se puede negar la urgencia de otros retos, pero consideramos que el tiempo de trabajo es un elemento clave del trabajo, tanto el tradicional como el informal y el trabajo digital, necesitado de un profundo análisis actual tanto desde el plano jurídico como político y sindical, pues podría ofrecer algunas vías de salida a problemas que a día de hoy están todavía por resolver motivados por los nuevos trabajos por tareas mediante plataformas digitales, la sustitución de personas trabajadoras por robots o bots, la digitalización de los procesos de producción y de servicios, o el uso de la inteligencia artificial o tecnología blokchain[37].

35 Baylos Grau, A. (2012): ¿Para qué sirve un sindicato? Instrucciones de uso, Catarata, Madrid, pp. 99 y ss.

36 Payá Castiblanque, R., & Beneyto Calatayud, P. J. (2019): "Representación sindical y prevención de riesgos laborales durante la crisis: impacto y límites", Sociología Del Trabajo núm 94, pág. 59. [https://doi.org/10.5209/STRA.63303].

37 Vialta Nicuesa, A. E. (2019): Smart legal contracts y blockchain. La contratación inteligente

En este sentido, cabría estudiar la viabilidad y efectos económicos y sociales de un nuevo concepto de tiempo de trabajo, acorde con los avances tecnológicos en el trabajo y con las nuevas actividades y formas de trabajo. No nos cabe duda que, a pesar de las emergencias que deben ser atendidas, el sindicato del siglo XXI debe afrontar más tarde o más temprano este análisis y asumirlo como reto. Aunque sólo sea por una razón muy simple: porque la tecnología debe aportar avances y beneficios para todas las personas, incluidos los trabajadores, no sólo para una parte de la sociedad.

3.2 Función económica y negociación colectiva

El objetivo sindical de mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores, es decir, lo que se denominado como función económica del sindicato, ha sido una constante en todos los sindicatos, que continúa actualmente. Cómo se ha de llevar a cabo este objetivo, en principio, es algo que corresponde elegir a cada sindicato – en el ejercicio de su libertad para "organizar sus actividades y fijar su programa de acción", conforme al art. 2.2.a) de la LOLS-, mediante la acción sindical que libremente determinen.

No obstante, y pese a dicha libertad, el modelo constitucional de relaciones laborales se sustenta en el reconocimiento de la autonomía colectiva, que por lo que respecta a los sindicatos supone el reconocimiento del derecho a la libertad sindical (art. 28 CE), del que forman parte de su contenido esencial los medios de acción previstos por la propia CE, esto es, el derecho de huelga (art. 28.2 CE), la negociación colectiva (art. 37.1 CE) y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE).

Partiendo de esta determinación constitucional de los principales medios de acción con que pueden contar los sindicatos[38], la legislación ordinaria ha venido a desarrollar al menos en parte este diseño constitucional de los medios de acción o de actividad sindical: la negociación colectiva a través del Estatuto de los Trabajadores[39], y el derecho de huelga, paradójicamente en una norma preconstitucional, si bien depurada constitucionalmente por el TC[40].

Es algo sabido que a través de la negociación colectiva sólo se van a poder conseguir mejoras para los trabajadores si el sindicato cuenta con fuerza negociadora, para lo que necesita: un buen nivel de afiliación –hecho que en nuestro país no se da por diversas razo-

a través de la tecnología blockchain, Wolters Kluwer, Madrid, ilustra acerca de la expansión del uso de esta tecnología de volcado de datos digitales en redes descentralizadas de nodos o servidores, en sectores cada vez más diversos, como en los sistemas de salud, los registros de bienes muebles e inmuebles, los procesos de producción, distribución y comercialización de bienes, registro de identidades, o en la misma contratación.

38 Según Fernández López, M. F. (1982): "Naturaleza jurídica de la asociación sindical", Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 11, "es en la referencia a los medios de acción sindical, donde la Constitución se ha mostrado más ambigua".

39 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

40 Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo, depurado constitucionalmente a través de la STC 11/1981, de 8 de abril.

nes, entre ellas el que los convenios colectivos tengan eficacia general que, a pesar de tener importantes efectos positivos, tienen como negativo el desinterés de los trabajadores por la afiliación-. Independencia económica –que viene condicionada, a su vez, por el nivel de afiliación-; y poder realizar efectivas medidas de presión, principalmente la huelga, que forma parte esencial del derecho fundamental de libre sindicación, como es sabido.

Pero, por otro lado, el poder negociador del sindicato se encuentra sometido a un diseño legal de la negociación colectiva que, tras la reforma laboral de 2012, se ha visto sustancialmente debilitado. La norma estatal ha atraído para sí el papel protagonista en el sistema de fuentes del Derecho, haciendo uso de su imperatividad y jerarquía para regular directamente la flexibilidad laboral, y como poder normativo regulador de la propia negociación colectiva fija nuevos límites a ésta lo que, de conjunto, tiene como efecto la reducción de los márgenes de libertad de la negociación colectiva hasta ese momento permitidos[41], y la atribución a ésta de una función instrumental de gestión empresarial[42].

Por su parte, la interpretación constitucional de la reforma 2012 sobre la negociación colectiva[43] ha dado carta de naturaleza a la configuración legal de esta institución. Para la doctrina, "la desustancialización del derecho fundamental a la negociación colectiva laboral se ha basado en la libertad económica, en los requerimientos del mercado, y en los motivos expuestos por el legislador en una coyuntura de grave crisis económica y de empleo para tratar de evitar su destrucción"[44].

Si bien es cierto que la actual regulación legal de la negociación colectiva ha transformado el modelo asentado durante años de autonomía colectiva, no lo es menos que este cambio afecta en mayor medida a la posición sindical y su función de mejora de las condiciones de trabajo, el tiempo de trabajo entre ellas. La prioridad del convenio de empresa (art. 84.2 ET), la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos, la

41 Cruz Villalón, J. (2013): "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", Relaciones Laborales, Nº 12, Sección Monografías, Diciembre 2013, Año 29, pág. 199, tomo 1, Editorial La Ley, quien pone de manifiesto respecto de esta reforma la " actitud por parte del legislador estatal de anticiparse a posibles respuestas reactivas de parte de la negociación colectiva, dirigidas a evitar que el programa reformador de la norma quede impedido por la negociación colectiva... establecimiento de un régimen legal de carácter imperativo, que no admita su alteración por parte de la negociación colectiva, especialmente alteración en el sentido de contrarrestar los efectos deseados por el legislador de la reforma. De este modo, no se desea que la negociación colectiva tenga ningún impacto, por cuanto que se desea que éste provenga de la norma estatal y en particular que el convenio colectivo no pueda minorar ni impedir ese impacto legal".

42 En este sentido, Sepúlveda Gomez, M. (2015): "La influencia de la norma estatal en la negociación colectiva desde la perspectiva de la segmentación laboral", en AA.VV., Impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante y elemento de contención, J. Cruz Villalón (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia.

43 SSTC 119/2014 Y 8/2015.

44 Casas Baamonde, M. E. (2019): "La negociación colectiva en la Constitución. Balance y retos de futuro", en AA.VV. La negociación colectiva: Balance y retos de futuro tras 40 años de Constitución, XXXI Jornada de Estudio sobre la negociación colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, p. 31.

necesidad de acuerdo para que opere la ultraactividad del convenio, la reducción temporal de la jornada por motivos empresariales o, en fin, el incremento exponencial de flexibilidad interna y externa que, a falta de acuerdo, queda en manos de la decisión unilateral de la empresa, claramente perjudican aquella función sindical y, por tanto, los intereses de la parte trabajadora en el contrato de trabajo.

En materia de tiempo de trabajo, como es sabido la norma laboral fija los límites máximo de su duración, y será a través de la negociación colectiva donde se pacte su duración, sin poder sobrepasar esos límites legales (art. 34.1 ET); lo mismo ocurre con otros aspectos del tiempo de trabajo, que pueden ser mejorados por la vía de la negociación colectiva, de manera que sigue siendo una condición de trabajo con un amplio espacio para el pacto convencional. Sin embargo, el hecho de que en esta materia se mantenga en buena medida la tradicional relación de suplementariedad o norma mínima entre ley y convenio colectivo -en base a la cual la norma de rango superior fija los contenidos mínimos e imperativos de una determinada materia o condición de trabajo, que pueden ser mejorados por otra norma como el convenio colectivo- no deja de ser en cierto modo casi una ilusión del pasado. La realidad es que en materia de tiempo de trabajo, probablemente la que más, la negociación colectiva está llamada por la norma laboral a desempeñar también una función de gestión de la flexibilidad y adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades de la empresa, compensada con cierta dosis de adaptación a las necesidades de conciliación de la vida laboral y familiar. Debemos matizar esta afirmación respecto de la mejora de la duración de jornada anual, ya que a nivel de sector, y en algunos sectores, se pacta una jornada por debajo de la duración máxima legal[45], sin que además opere la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia de duración del tiempo de trabajo[46]. No obstante, esa mejora puede inaplicarse mediante el procedimiento de descuelgue del convenio colectivo previsto en el art. 82.3 ET.

Pese a la anterior matización, se evidencia ese cambio de función de la negociación colectiva en materia de tiempo de trabajo, que cada vez deja mayor espacio a la función sindical de gestión de la flexibilidad y adaptación a las necesidades de la empresa, a la par que la función económica se ve más constreñida a marcos normativos impositivos. Y ello por varias razones.

En primer lugar, porque aquellos aspectos del tiempo de trabajo que tienen que ver con las necesidades de la empresa, sí van a gozar de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, esto es, el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos [art. 84.2 b) ET] y el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones [art. 84.2

45 Como se pone de manifiesto en el estudio llevado a cabo por Aragón Gómez, C. et alii (2016): "La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa en la organización y gestión del tiempo de trabajo", en AA.VV. Los convenios colectivos de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012, (Coords. C. L. Alfonso Mellado et alii), Observatorio de la Negociación Colectiva, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Lefebvre El Derecho, Madrid, 2016, pp 324 y ss.

46 Como se argumenta en la STS de 10 de Noviembre de 2016 (RJ 940/2016).

c) ET]. Así como también las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal [art. 84.2 f) ET], de manera que la flexibilidad a favor de las necesidades de los trabajadores sí pueden verse reducidas en el convenio de empresa respecto de las previstas en el convenio de sector.

En segundo lugar, porque la fuerte interdependencia que hasta ahora había existido entre tiempo de trabajo y salario en la negociación colectiva, ha hecho que la importancia de la duración de la jornada haya pasado a un segundo plano desde la perspectiva de la reducción de costes laborales, desde el momento en el que a través del convenio de empresa se pueden fijar salarios muy por debajo de los fijados en el convenio de sector, por tratarse de una materia de goza de la prioridad aplicativa en el nivel de empresa. Como de hecho es lo que ha ocurrido en la práctica, con el añadido de que en dichos convenios de empresa se fija un ámbito temporal bastante amplio, de manera que su contenido se petrifica a favor de la empresa[47].

Y, en tercer lugar, porque siempre queda la posibilidad de implementación por la empresa de otras medidas de flexibilidad interna que vendrían a vaciar esas posibles mejoras en materia de tiempo de trabajo, como es la modificación sustancial de condiciones de trabajo vía art. 41 ET –si la condición de trabajo estuviese pactada en contrato, en acuerdos o pactos colectivos, o en una decisión unilateral de la empresa de efectos colectivos-; o la reducción de la jornada de trabajo con reducción de salario basada en causas empresariales, prevista en el art. 47 ET.

Consideramos que la función económica de los sindicatos sólo podrá mantener su eficacia si el legislador respeta el espacio necesario que corresponde a la autonomía colectiva en un sistema democrático de relaciones laborales, en el que los sujetos colectivos puedan desplegar la función que les reconoce nuestra Constitución, así como para que puedan ser capaces de dar respuesta a través de la negociación colectiva a los cambios en el mundo del trabajo derivados del actual contexto económico global y tecnológico.

3.3 Función de gestión de cambios empresariales

Como hemos avanzado antes, en materia de tiempo de trabajo las actuales normas laborales han conducido a la asunción sindical de la función de la gestión del cambio empresarial, como ha ocurrido en otras materias. Y ello abarca tanto el nivel sectorial en la negociación colectiva, como el nivel empresarial; en éste último ya sea a través del convenio de empresa, ya sea a través de los procesos de negociación y consulta con la representación de los trabajadores en la empresa.

Con gestión del cambio empresarial hacemos referencia a la participación de los representantes sindicales en los procesos flexibilidad interna y de reestructuración empre-

47 Vid. en este sentido, Vivero Serrano, J. B.; Cruz Villalón, J., Pérez Rey, J., Sepúlveda Gómez, M. y Morato García, R. (2016): "La prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial" en AA.VV. Los convenios colectivos de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012, cit., pp 97 a 237.

sarial, bien basados en causas empresariales fijadas legalmente, bien acausales en algún caso[48]. Convendría aquí matizar que aunque se haga referencia al sindicato, en este caso se hace en sentido amplio, abarcando también la representación de los trabajadores en la empresa, ya sean secciones sindicales, ya sean órganos unitarios o estatutarios, dado el carácter sindicalizado de éstos.

No vamos a entrar en debate de si corresponde o no a los sindicatos llevar a cabo esta función de gestión. Lo cierto es que las opciones para llevar a cabo cambios empresariales que van a afectar a condiciones de trabajo pueden provenir de tres vías: la disposición legal, el acuerdo o convenio colectivo, o la decisión unilateral de la empresa. Y la realidad que encontramos es la tendencia a que la norma estatal habilite medidas de flexibilidad a través de cambios empresariales, sometidos al cumplimiento de algunos requisitos como presupuesto habilitante y a la formalización de un determinado procedimiento de consulta y negociación con la representación de los trabajadores. Es el caso de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, que puede afectar a la jornada de trabajo, conforme al art. 41 ET, y de la medida empresarial temporal de reducción de la jornada y salario prevista en el art. 47, que afecta de pleno al tiempo de trabajo. En otros casos, la norma estatal se muestra dispositiva respecto a la voluntad negocial de incluir una medida de flexibilidad, como es el caso de la distribución irregular de la jornada de trabajo –que remite a la negociación colectiva o al acuerdo de empresa-, conforme al art. 34.2 ET, a la par que la combina con una regla imperativa, que entrará en juego en defecto de previsión en convenio o acuerdo de empresa: la empresa podrá distribuir de forma irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada[49].

Dejando al margen la valoración que nos pueda merecer el grado de flexibilidad de la relación laboral por parte de la norma legal, y partiendo de su existencia, consideramos que se deben llevar a cabo con la participación sindical, ya sea en procesos de cambios a nivel de empresa, ya sea en la negociación colectiva. Y ello porque a la postre los cambios van a dar lugar a nuevas condiciones de trabajo, probablemente menos favorecedoras para los trabajadores, pero la negociación permitiría la oportunidad de alcanzar acuerdos menos agresivos para sus intereses –dependiendo claro está de la capacidad de presión que puedan ejercer-. Pero también, y sobre todo, porque una fijación unilateral por parte de la empresa de las nuevas condiciones de trabajo sin la participación sindical supondría una menoscabo de la autonomía colectiva.

48 Sobre el origen, significado y evolución del concepto de gestión del cambio, vid. Terradillo Ormaechea, E. (2017): "Mecanismos formalizados e informales para la gestión del cambio: convenios de empresa, acuerdos de empresa, otros pactos", Documentación Laboral núm. 109, pp. 143 a 164.

49 Sobre la distribución irregular de la jornada, vid. el análisis que lleva a cabo De la Flor Fernández, M. L. (2018): "Contenidos de la negociación en el nuevo contexto laboral: el tiempo de trabajo y la distribución irregular de la jornada", AA.VV. La negociación colectiva tras las reformas legales: especial referencia a Andalucía, Monografías Temas Laborales Nº 0, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, pp. 259 y ss.

Como contrapartida a la flexibilidad en la gestión del cambio empresarial configurada por la norma laboral, como ya he sostenido en otro estudio[50], y para que exista un necesario equilibrio de intereses, la representación sindical debe poder tener una mayor participación –negociada- en las decisiones de la empresa, que no se limite a la mera recepción de información o emisión de informe no vinculante, previstos en el art. 64 ET, entre otros.

4.- INSTRUMENTOS DE CONTROL SINDICAL DEL TIEMPO DE TRABAJO

Como avanzábamos en la introducción de este trabajo, el control sindical del tiempo de trabajo puede también ser analizado desde su significado más literal, consistente en la labor de vigilancia del cumplimiento empresarial de las normas –legales o convencionales- sobre tiempo de trabajo. Se sitúa esta perspectiva en el campo de la aplicación de la norma -relativa al tiempo de trabajo-, a diferencia de análisis anterior que se sitúa en la fase de creación de la norma.

El análisis de la materia entendemos que se puede hacer abordando, sin ánimo de exhaustividad, los instrumentos o vías a través de las cuales puede llevar a cabo el sindicato el control del cumplimiento de las normas sobre tiempo de trabajo: En primer lugar, a través de la propia facultad de vigilancia que, a nivel de empresa, reconoce la norma laboral a la representación de los trabajadores en la empresa para la verificación o control del cumplimiento por la empresa de las normas sobre tiempo de trabajo –aunque esta facultad también puede ser ejercida por los sindicatos extramuros de la empresa en el ejercicio de su función constitucional de representación de los intereses de los trabajadores-. En segundo lugar, a través del ejercicio de acciones administrativas y judiciales para obligar mediante estas instancias públicas al cumplimiento. Y en tercer lugar, a través de medios de presión frente a la empresa incumplidora.

4.1 La labor de vigilancia del cumplimiento de las normas

Se trata también de una función sindical tradicional, en tanto que el interés que representa puede verse anulado por el simple incumplimiento del obligado a su satisfacción, esto es, el empleador. Pero es ésta una competencia, la de vigilancia para el control del cumplimiento de las normas que naturalmente corresponde al poder público, en un sistema jurídico en el que las normas sólo se consideran perfectas si contemplan consecuencias jurídicas ante su incumplimiento, de manera que es el propio poder público el que debe asegurar la efectividad de las normas, y para ello la técnica tradicional ha sido la del ejercicio del poder coercitivo del poder público mediante la sanción[51].

50 Sepúlveda Gómez, M. (2017): "La participación sindical en las decisiones empresariales y su influencia en al gestión del cambio laboral", Documentación Laboral núm. 109, pp. 213 a 226.

51 Sobre la materia vid. Hernández Bejarano, M. (2010): "Las técnicas sancionadoras frente al incumplimiento de las normas sociales", AA.VV. Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo, J. Cruz Villalón (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 231 y ss.

El sujeto sindical va a compartir con el poder público esa función de vigilancia, si bien desde un plano bien diferenciado ya que no actúa investido de autoridad pública, ni tiene facultad sancionadora frente a la empresa incumplidora.

Esta función de vigilancia viene reconocida a los representantes de los trabajadores en la empresa en el art. 64.7.a) 1º, según el cual ejercen una labor de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo, así como del resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes.

El mismo precepto articula además unos derechos de información, documentación y consulta que vienen a cumplir una función instrumental para la representación de los trabajadores, aunque algunos de estos derechos se van a reconcer en preceptos diferentes, como ahora veremos. Por su parte, el art. 10.3.1º de la LOLS reconoce también a los delegados sindicales que no formen parte del comité de empresa "Tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, estando obligados los delegados sindicales a guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda".

Estos derechos de información y entrega de documentación sólo requieren la entrega en tiempo y forma por parte de la empresa, en los términos que establezca la norma. Por lo que hay que diferenciarlos de otros derechos instrumentales que requieren la audiencia y/o consulta a los representantes de los trabajadores por parte de la empresa[52]. Son derechos que ha sido calificados por la doctrina como instrumentos de democracia industrial, que acompañan los distintos instrumentos de participación de los representantes de los trabajadores en la gestión empresarial y que como derechos de información pasiva y activa se diferencia en que mientras los derechos de información en sentido estricto, tiene por objeto meros hechos o datos, mientras que el derecho de consulta va más allá y lo que prevalece es la opinión o valoración de determinados hechos[53].

Indicamos a continuación cuáles son estos dos tipos de derechos y sobre qué aspectos del tiempo de trabajo recaen.

Por lo que hace a la obligación empresarial de información y entrega de documentación a la representación de los trabajadores, en materia de tiempo de trabajo y su control sindical, la norma establece que la información se deberá facilitar por el empresario, sin

52 El propio art. 64.1 ET define los conceptos de información y consulta: "Se entiende por información la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que este tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen. Por consulta se entiende el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo".

53 Monereo Pérez, J. L. (1992): Los derechos de información de los representantes de los trabajadores, Cívitas, Madrid, pp 78 y ss y p. 99.

perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe (art. 64.6 ET). Las materias relativas al tiempo de trabajo sobre las que la empresa debe entregar documentación y/o informar a los representantes son varias, que seguidamente indicamos.

En primer lugar, el deber de la empresa de entrega de la copia básica de todos los contratos que deban celebrarse por escrito, salvo de los contratos de relación laboral especial de alta dirección, prevista en el art. 8.4 ET. Sobre el contenido de dicha copia básica, con el fin de comprobar la adecuación del contrato a la legalidad vigente, deberá contener todos los datos del contrato, salvo el número del documento nacional de identidad, el domicilio, el estado civil, y cualquier otro que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, que pueda afectar a la intimidad personal del trabajador. En todo caso, la información que contenga estará sometida a los principios y garantías previstos en las normas aplicables en materia de protección de datos[54]. Por tanto, en dicha copia deberá figurar la duración de la jornada estipulada en el contrato, que deberá respetar la establecida en el convenio colectivo aplicable a la empresa y, en todo caso, la jornada máxima legal, así como su distribución, el horario de trabajo, posible pacto de realización de horas extraordinarias o, en su caso, el pacto de dedicación por afectar también el tiempo de trabajo, duración de las vacaciones y, en su caso, las modalidades de atribución y de determinación de dichas vacaciones.

La propia norma contempla el supuesto que de no figuren todos los elementos esenciales del contrato en el propio contrato, y por tanto tampoco en la copia básica. En estos casos, y siempre que el contrato sea de una duración superior a un mes, el art. 8.5 ET establece la obligación empresarial de informar por escrito al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, conforme se establezca reglamentariamente. Este desarrollo legal se encuentra en el todavía vigente Real Decreto 1659/1998[55]. Esta norma, deja a salvo las obligaciones sobre los derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación establecidos en el artículo 8 ET, de manera que si la copia básica no contiene toda la información que la empresa debe incluir, deberá facilitar de otro modo esa información a los representantes de los trabajadores.

A estos efectos, se debe tener en cuenta la entrada en vigor de la Directiva 2019/1152 del parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que los Estados miem-

54 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE 6 de diciembre). Vid. Cruz Villalón, J. (2019): Protección de datos personales del trabajador en el proceso de contratación: facultades y límites de la actuación del empleador, Bomarzo, colección Básicos de Derecho social, Albacete, p. 28, según el cual la elaboración de la copia básicas y del contrato del trabajador, al ser una fase previa al empleo, no necesita el consentimiento del trabajador.

55 De 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo.

bros habrán de transponer a su derecho interno como máximo a 1 de agosto de 2022[56]. No podemos detenernos en el análisis de esta novedosa norma europea, por razones de espacio y porque será tratada por otras ponencias, pero sí al menos indicar que su adaptación al ordenamiento interno deberá conllevar también la adaptación de los derechos de información de los representantes de los trabajadores en la materia.

También es obligación de las empresas la entrega mensual a los representantes de los trabajadores de la copia de los resúmenes que prevé el art. 35.5 ET[57] sobre las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, conforme a la vigente Disposición adicional 3º b) del RD 1561/1995 de 21 de septiembre. Se trata de un derecho de información que la empresa debe documentar por escrito y entregar a los representantes, si bien según la jurisprudencia se refiere a las horas extraordinarias ya realizadas, pero no a las programadas dado que se desconoce por la empresa si serán llevadas a cabo realmente o no[58].

Respecto de las horas complementarias que se realicen por los trabajadores contratados a tiempo parcial, el art. 64.2. c) ET establece sólo el derecho de los representantes de los trabajadores a recibir información trimestral de la realización de dichas horas.

De otro lado, en relación a los denominados excesos de jornada que se produzcan como consecuencia de una distribución irregular de la jornada, el art. 34.2 ET remite a lo pactado en convenio colectivo o, en su defecto, pacto entre la empresa y los representantes de los trabajadores, de manera que la norma laboral no reconoce el derecho a esa información, pero sí se puede pactar su obligatoriedad por convenio colectivo[59]. Es decir, que la labor de vigilancia atribuida a la representación de los trabajadores no va a suponer una ampliación de los derechos de información, ya que según la jurisprudencia tales derechos sólo serán los que expresamente contemplen las normas[60], entre las que se debe entender incluidas las normas convencionales.

Por lo que hace al derecho de audiencia a los representantes de los trabajadores mediante su consulta previa por la empresa, la norma establece algunas reglas sobre cómo

56 Quedando derogada la Directiva 91/533/CEE a partir del 1 de agosto de 2022.

57 Conforme a dicho apartado 5: A efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente.

58 STS de 3 de febrero de 1999, RJ 1999, 1150 y STS de 11 de diciembre de 2003, RJ 2003, 2577.

59 Así lo confirma la SAN de 3 de noviembre de 2000, JUR 2001, 109105, donde se afirma que "El artículo 32.3 del Convenio Colectivo en cuestión es claro a este respecto, así como también lo es el acuerdo de la Comisión Mixta del mismo Convenio, de 18 de octubre de 1999. Por un lado se destaca la obligatoriedad por parte de la empresa de entregar a los comités de centro la relación nominal de las horas de exceso realizadas por los trabajadores, y por otro lado el Acuerdo de la Comisión Mixta dice que esto debe hacerse trimestralmente.

60 En este sentido, STS de 2 de noviembre de 1999, RJ 1999, 9108. STS 1 de 1 de junio de 2010, RJ 2010, 5933; SSAN de 28 de octubre de 2010, AS 2010, 2463, y de 28 de junio de 2013, JUR 2013, 243575.

se debe llegar a cabo la consulta a los representantes por parte de la empresa, reglas que sólo serán de aplicación salvo que expresamente esté establecida otra forma de llevarse a cabo. Así, la consulta deberá realizarse en un momento y con un contenido apropiados, en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa, y de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo sobre las cuestiones indicadas en el apartado 5, y ello sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario al respecto en relación con cada una de dichas cuestiones. En todo caso, la consulta deberá permitir que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones. La norma establece el plazo de quince días, desde que se les haya solicitado, para que los representantes de los trabajadores emitan los informes (art. 64.6 ET).

La consulta es preceptiva para la empresa pero no le resulta vinculante y, por otro lado, la representación de los trabajadores podría no llegar a pronunciarse sobre la materia objeto de consulta y no emitir el informe, en cuyo caso se consideraría cumplida la obligación de la empresa.

Indicamos las materias sobre las que la empresa debe hacer la consulta previa a los representantes de los trabajadores:

En el propio art. 64 ET encontramos algunas de estas consultas obligadas, como la que debe hacer la empresa con carácter previo a la ejecución de la implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimientos de sistemas de primas e incentivos de puestos de trabajo, conforme al artículo 64.5 f) ET. También se debe hacer con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste sobre reducciones de jornada [art. 64.5 b)]. Fuera de esta norma, se encuentra la obligación de ser consultados y emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario laboral, en virtud de la Disposición adicional 3º a) del RD 1561/1995 de 21 de septiembre, así como en los casos de modificación de los horarios.

Hay que destacar además que en materia de registro de jornada, el art. 35.9 ET[61] contempla la consulta previa a los representantes de los trabajadores para organizar y documentar este registro en defecto de convenio colectivo o acuerdo de empresa. Además se establece la obligación para la empresa de conservar los registros de jornada durante cuatro años, que deben permanecer a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Pese a que la que la el STS de 23 de marzo de 2017[62] había considerado que de nuestro marco normativo no se derivaba tal obligación para las empresa, sin embargo la STJUE de 14 de Mayo de 2019 interpretó que el Derecho español no garantiza el cumplimiento efectivo de las obli-

61 Obligación que se ha sido impuesta por el art. 10, del RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (BOE de 12 de marzo), que añade ese nuevo apartado 9 al art. 34 ET.

62 STS de 23 de marzo de 2017 (RJ 2017/1174).

gaciones establecidas en la Directiva 2003/88 y en la Directiva 89/391[63]. Haremos algunas consideraciones sobre esta materia más adelante (apdo 4.2), ya que este registro viene a ser un importante medio de control sindical del tiempo de trabajo.

Para finalizar, añadiremos dos consideraciones. La primera, que estos instrumentos de control sindical de cumplimiento de la normativa laboral pueden ser a su vez incumplidos por la empresa, de manera que se frustra no sólo la labor de vigilancia de los órganos de representación sino que, a su vez, es un incumplimiento que padecen los órganos en su función de control. En estos casos, estos órganos podrán hacer presión frente a la empresa para su cumplimiento, o podrán acudir a la denuncia administrativa ante la Inspección de Trabajo[64]. Pero téngase en cuenta que la transgresión de estos derechos también pueden ser considerados lesivos del derecho a la libertad sindical de los sindicatos y órganos de representación sindicalizados, ya que impide u obstaculiza el ejercicio de la acción sindical dado el carácter instrumental de los derechos de información y consulta. Aunque también, los titulares de esos derechos de información y consulta podrán interponer demanda de conflicto colectivo frente a las decisiones de la empresa de atribuir carácter reservado o de no comunicar determinadas informaciones a los representantes de los trabajadores[65].

La segunda, que la función de vigilancia no sólo se articula a través de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, pues ya sea en el centro de trabajo o extramuros de él, los sindicatos y sus órganos sindicales pueden tener conocimiento de posibles incumplimientos por otras vías, que legitimaría el inicio de acciones administrativas y judiciales o la propia acción sindical de presión o de diálogo para compelir o conseguir su cumplimiento.

4.2 La vía administrativa y la acción judicial

4.2.1 La vía administrativa

Los sindicatos cuentan con personalidad jurídica si están constituidos legalmente (art. 4.1 LOLS), por lo que pueden entablar acciones administrativas de denuncia ante la Inspec-

63 Sentencia TJUE (Gran Sala) de 14 de mayo 2019, Asunto C-55/18. Vid. Sobre la materia Preciado Domènech, C.H. (2017): "El Registro de la jornada ordinaria en la nueva doctrina del Tribunal Supremo", Revista de Información Laboral núm. 7/2017. Y, Sepúlveda Gómez, M. (2019): "La obligación empresarial de establecer un sistema de cómputo diario de la jornada laboral conforme al derecho comunitario", Temas Laborales 148/2019, pp. 217-228.

64 El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social considera como infracción grave: La transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos (art. 7.7), sancionables con multa entre 626 euros y 6.250 euros. También se contemplan como infracciones graves y muy graves la transgresión de estos derechos en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (art. 9), y en las sociedades anónimas y sociedades cooperativas europeas (art. 10. Bis). Las infracciones muy graves pueden acarrear sanción de multa de entre 6251 euros a 187.515 euros en su grado máximo (art. 40).

65 Conforme al art. 153.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

ción de Trabajo y Seguridad Social (ITSS)[66], como también pueden interponerlas los órganos de representación de los trabajadores en la empresa, pues aunque carezcan de personalidad jurídica, la norma laboral les reconoce capacidad y legitimación para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, por decisión mayoritaria de sus miembros (art. 65.1 ET).

En cuanto a la ITSS, se trata de un servicio público mediante el cual se lleva a cabo la función inspectora, correspondiéndole ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social -normas legales, reglamentarias y del contenido de los acuerdos y convenios colectivos- y exigir las responsabilidades pertinentes, entre otras funciones[67]. La Administración pública, como poder público del Estado, ejerce en este caso un poder de policía, de vigilancia del cumplimiento de las normas, dotada de potestad sancionadora, por lo que está sometida al principio de legalidad y tipicidad (art. 25 y 103.1 CE). El principio de seguridad jurídica exige que las acciones y omisiones que se consideren infracciones vengan establecidas legalmente de forma precisa. De ello se encarga la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS)[68], que tipifica las conductas que suponen incumplimientos calificados como infracciones, regula el procedimiento sancionador y establece las sanciones que corresponde imponer a cada una de las infracciones, todo ello conforme a los principios que la propia norma regula.

En materia de tiempo de trabajo, la LISOS tipifica como infracción leve: no exponer en lugar visible del centro de trabajo el calendario laboral vigente (art. 6.1), como infracción grave: la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores (art. 7.5), y como infracción muy grave: proceder a la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor sin acudir al procedimiento establecido en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores (art. 8.3). A las que habría que añadir aquellas otras posibles infracciones que, no refiriéndose expresamente al tiempo de trabajo, tipifiquen comportamientos que se materialicen en esta condición de trabajo, por ejemplo discriminaciones que se lleven a cabo sobre el tiempo de trabajo, o incumplimientos de las normas laborales sobre el trabajo de menores, etc.

Sin que podamos detenernos en el examen particularizado de las infracciones y sanciones relativas al tiempo de trabajo, interesa hacer algunas consideraciones acerca de esta vía de control del tiempo de trabajo a instancia sindical. La primera, que habrá supuestos en los que no quede claro si se trata o no de un incumplimiento por parte de la empresa, sino de diferentes formas de interpretar el derecho subjetivo en ciernes o la norma o convenio colectivo en cuestión, de manera que en estos casos la ITSS no iniciaría expediente

66 Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 22 de julio) (LSITSS).

67 Arts. 1 y 12 de LSITSS.

68 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

sancionador y remitiría al denunciante a iniciar la vía judicial. La segunda, que en caso de existir la seguridad de la comisión de una infracción, y pese a que se lleve a cabo un procedimiento sancionador, no se estaría evitando por el propio sindicato el incumplimiento empresarial, ni tampoco una posterior reincidencia, como ocurre por ejemplo en la contratación temporal fraudulenta o, al menos hasta ahora, en la prolongación ilegal de la jornada de trabajo, o el exceso de horas extraordinarias.

Es decir que, sin infravalorar la importante labor que lleva a cabo la ITSS, puede resultar en ocasiones un medio de control que no satisfaga los objetivos sindicales de cumplimiento de los derechos de los trabajadores y de las normas legales o pactadas sobre tiempo de trabajo. Máxime si además se constata, como dato asociado a las consecuencias de la crisis económica, "una reducción del número de inspectores de trabajo derivada de las políticas de austeridad que debilita, asimismo, la capacidad de presión sindical"[69].

Con todo, la imposición de sanciones económicas por incumplimientos administrativos debe actuar como mecanismo preventivo, a posteriori, de la comisión o reiteración de incumplimientos empresariales. Sin embargo, según la información que ha publicado recientemente la ITSS sobre balance del periodo comprendido entre mayo y octubre de 2019[70], las infracciones constatadas en materia de registro de jornada y tiempo de trabajo han supuesto un 9,8% más que en el semestre inmediatamente anterior, habiendo finalizado con un total de 5.363 expedientes.

Según la ITSS se han iniciado en dicho periodo por la Inspección de Trabajo 2.010 expedientes que versan exclusivamente sobre registro de jornada, de los cuales se han finalizado por el momento 505. Como resultado, se han propuesto un total de 107 infracciones y se han realizado 189 requerimientos de subsanación. Se afirma además que en la comprobación de estos incumplimientos se ha utilizado por la ITSS el registro de jornada como medio de prueba.

En materia de tiempo de trabajo, según la ITSS anualmente se han finalizado 4.858 expedientes. En este contexto, se han propuesto 873 infracciones por un importe conjunto de 1.150.197,5 euros en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias. Además, se han efectuado 1.482 requerimientos.

4.2.2 La acción judicial

En cuanto a la vía judicial ante juzgados y tribunales de justicia como mecanismo de control sindical del tiempo de trabajo, se trata de un medio de acción cuyo uso por los sindicatos ha ido en progresivo aumento desde el inicio de nuestro sistema democrático

69 Payá Castiblanque, R., & Beneyto Calatayud, P.J. (2019): "Representación sindical y prevención de riesgos laborales durante la crisis: impacto y límites", Sociología Del Trabajo núm 94, pág. 60. [https://doi.org/10.5209/STRA.63303].

70 Nota de prensa de la ITSS, descargable en: http://prensa.mitramiss.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/3647 Según la información dada por la ITSS, el importe de las sanciones reclamadas asciende a 1.263.378,5 euros, de los cuales 113.181 euros se han propuesto en expedientes que versan exclusivamente sobre el registro de jornada y 1.150.197,5 euros en expedientes inscritos en la campaña específica en materia de tiempo de trabajo que desarrolla la Inspección.

de relaciones laborales. Al respecto se pueden apuntar varios motivos, que indicamos sin ánimo de exhaustividad y expresado de modo general. El marco normativo se ha tornado mucho más complejo que en el pasado, no sólo por la multiplicidad de normas, que es algo que siempre ha caracterizado al Derecho del Trabajo, sino también por la complejidad de sus contenidos, y sobre todo, por los intensos cambios en el contenido de las normas como consecuencia de las múltiples reformas laborales que se han experimentado en este arco temporal. Como todo cambio de reglas, se producen interrogantes jurídicos que se van a elevar a la vía judicial. Pero también, y en paralelo, se ha ido debilitando la acción sindical por una serie de razones que no podemos abordar aquí, dando lugar a la judicialización del conflicto.

Respecto de esta última afirmación conviene hacer dos matizaciones. La primera, que ello no significa que las medidas de conflicto hayan dejado de utilizarse, sobre todo en momentos álgidos de medidas sociales de austeridad y recortes sociales por parte del gobierno, y de despidos masivos de trabajadores, cierres de empresas, desempleo y empeoramiento de la protección social; hemos conocido numerosas protestas, manifestaciones y huelgas desde el inicio de la crisis de 2008. La segunda matización se refiere a que muchas acciones judiciales no han llegado finalmente a los tribunales por haberse resuelto el conflicto que las motivó a través de medios autónomos de solución de conflictos[71]. Se trata de medios de solución que han ganado presencia y confianza entre los actores sociales frente a una jurisdicción social sumamente lenta por el desbordamiento de casos y la escasez de dotación de recursos humanos.

Hecha las anteriores y breves consideraciones, en materia de tiempo de trabajo y sin perjuicio de la acción judicial individual, el control sindical se lleva a cabo sobre todo mediante el ejercicio de la acción de conflicto colectivo prevista por la norma procesal laboral para los conflictos colectivos jurídicos, es decir, aquellos que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo (incluidas las que regulan el apartado 2 del artículo 40, el apartado 2 del artículo 41, y las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 ET que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 ET), o de una práctica de empresa y de los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, así como la impugnación directa de los convenios o pactos colectivos no comprendidos en el artículo 163 de la LJS[72].

---

71 Según la Memoria de Actividades correspondiente a 2018 del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje FSP (SIMA-FSP), este servicio tramitó el pasado año un total de 566 procedimientos, que ha afectado a 358.523 empresas, habiendo supuesto esta cifra el máximo histórico de expedientes tramitados por la Fundación. La mayoría de los expedientes, el 33,2%, versaron sobre cuestiones salariales, principalmente por asuntos relativos a las retribuciones vinculadas a la persona trabajadora, seguidos por la de tiempo de trabajo (19,6%). Consultable en:
http://fsima.es/wp-content/uploads/MemoriaSIMA_FSP2018.pdf

72 Según el art. 153.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

De forma que tanto a través de la impugnación de convenios y acuerdos colectivos, como de la impugnación de prácticas empresariales que se consideren contrarias a las normas sobre tiempo de trabajo, los sindicatos han desplegado en los últimos años una intensa actividad ante los tribunales, de la que hay buena muestra en los repertorios de jurisprudencia[73], llegando muchos de esos casos a la interpretación del TJUE por reenvíos de cuestiones prejudiciales de órganos judiciales nacionales, que consultan la adecuación o no de nuestras normas laborales en materia de tiempo de trabajo a las directivas europeas, en particular, a la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Uno de los más recientes de esos casos es el relativo al registro de la jornada, que venía siendo objeto de una intensa campaña sindical desde tiempo atrás, debido a que los sindicatos constataban que existían un persistente abuso de prolongación de jornadas mediante horas extras, en muchos casos no reconocidas ni abonadas por las empresas. Sin que podamos abordar esta materia por ser objeto de otra ponencia, destacamos en lo que aquí se analiza que se trató de una acción judicial iniciada sindicalmente, que dio lugar al cambio de la norma nacional[74], incluso antes de que se dictara sentencia por el TJUE[75] que declaraba dicha norma no ajustada a la directiva sobre tiempo de trabajo.

Esa nueva obligación de registro de la jornada está suponiendo ya, pese al poco tiempo transcurrido desde su aplicación, un importante medio de control sindical del tiempo de trabajo, además del que realiza la Inspección de Trabajo, como hemos visto arriba. Por otro lado, abre un nuevo campo para la negociación colectiva dado que ese registro se debe organizar y documentar mediante convenio colectivo o acuerdo de empresa (art. 34.9 ET). En última instancia, y sólo en defecto de estos instrumentos colectivos, será la empresa la que lo deba hacer, previa consulta a los representantes de los trabajadores.

4.3 La acción sindical de conflicto colectivo

La acción sindical consistente en la adopción de medidas de conflicto colectivo es otra de las vías sindicales a través de la cual se puede ejercer presión en el control del tiempo de trabajo, entendido éste en sentido amplio, es decir, tanto en la fase de creación de la norma como en la fase de aplicación de la norma que suponga su incumplimiento de ésta por parte de la empresa.

Las medidas de conflicto colectivo forman parte del concepto de autotutela que nuestra Constitución reconoce como derecho tanto a los sindicatos como a las asociaciones

(LJS).

73 Vid. De Santos López, V. (2016): "Control del tiempo de trabajo. Tratamiento en la Negociación Colectiva. Jurisprudencia de los tribunales españoles y de la UE. Aplicación en la empresa", XXIX Jornadas de Estudio Sobre Negociación Colectiva de la CCNCC, Madrid.

74 RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (BOE de 12 de marzo).

75 STJUE de 14 de Mayo de 2019.

empresariales (art. 37.2). Sin embargo, es sabido que por lo que se refiere al sindicato, este derecho, sin tener la categoría de derecho fundamental, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad sindical (art. 28.1 CE), según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional. Y, además, una concreta medida de conflicto colectivo, la de mayor entidad, tiene un reconocimiento propio y autónomo como derecho fundamental (art. 28.2), cuyos titulares van a ser todos los trabajadores, si bien su ejercicio es de titularidad colectiva, tal y como desde muy pronto interpretó el Tribunal Constitucional (STC 11/1981).

No es objeto de este trabajo el análisis general ni particular del derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo por los sindicatos. Por razón de la materia, y por espacio, nos centramos en su utilización en materia de control sindical del tiempo de trabajo.

Dado que los conflictos colectivos jurídicos pueden ser objeto de medios de solución judicial, como veíamos supra, van a ser los conflictos de intereses los que en mayor medida puedan dar lugar a la adopción sindical de medidas de conflicto, incluida la huelga, como forma de solución, dado que este tipo de conflictos no pueden ser objeto de solución judicial, al estar el origen del conflicto en intereses y no en derechos.

Así, en materia de tiempo de trabajo el incumplimiento de normas por las empresas, motivado por una discrepancia en la interpretación de dicha norma, aunque podría dar lugar a la adopción de medidas de conflicto, lo normal es que siga la vía judicial. En cambio, el bloqueo en la negociación de un convenio o acuerdo, o la reivindicación de creación una regla legal, un convenio colectivo o acuerdos colectivos, hasta ese momento inexistentes, en un determinado sentido, constituyen conflictos de intereses que no pueden ser resueltos por la vía judicial y que, llegado el caso, puede dar lugar a la adopción de medidas de conflicto colectivo por el sindicato.

A pesar de que existen datos estadísticos sobre número de huelga, trabajadores participantes, jornadas no trabajadas, por años, sectores de actividad, etc, sin embargo en cuanto a la motivación de la huelga sólo hay referencia genérica a si se trata de motivos estrictamente laborales o derivados de la negociación colectivas[76], de manera que no se puede obtener el dato de si el conflicto está motivado por el tiempo de la prestación de trabajo.

Conviene añadir que a través de los sistemas autónomos de solución de conflictos se llega a acuerdos que ponen solución al conflicto antes del inicio de la huelga, como se pone de manifiesto en le Informe de actividades para 2018 por el Sistema Extrajudicial de Conflicos Laborales en Andalucía (SERCLA), según el cual los conflictos previos a convocatorias de huelga supusieron un 25,82% del total, y de éstos fueron con avenencia en el 56,32% de los asuntos, en tanto que los conflictos previos a la vía judicial tuvieron acuerdo en el 30,65% de los casos[77].

Aunque hasta ahora hemos hecho alusión a la huelga, la acción sindical en ocasiones llega a conseguir su objetivo a través de otras medidas diferentes de presión, mediante

76 Esto ocurre con las estadíticas que ofrece el Ministerio de Trabajo, inmigración y Seguridad Social, consultable en: http://www.mitramiss.gob.es/es/estadisticas/novedades/todas/index.htm

77 Consultable en: https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=c275d3ce-194a-4562-9dc0-b0078564a084&groupId=10128

campañas públicas, manifestaciones o protestas. Es lo que ocurrió en su día frente a la reivindicación de la reducción de la jornada máxima legal a la semana, fijada en la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980 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. En 1983 el gobierno tramitó el proyecto de ley que daría lugar a la Ley 4/1983, de 3 de junio, por la que se redujo la duración máxima de la jornada semanal a 40 horas. Si bien es cierto que el gobierno del momento llevaba en su programa electoral dicha medida, también lo es que hubo una fuerte presión por parte de los sindicatos mayoritarios para que se implementara[78].

78 Como comenta Baylos Grau, A. (2017): "El derecho sindical en su contexto", en AA.VV. Sindicaslimo y democracia, cit., p. 141.

PONENCIA GENERAL TERCERA
TIEMPO DE TRABAJO Y DERECHOS DIGITALES

FRANCISCO LOZANO LARES
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga

1. El impacto de la evolución tecnológica sobre la ordenación del tiempo de trabajo
2. La economía de plataformas y su engañosa promesa de soberanía del tiempo de trabajo
3. El derecho de las personas teletrabajadoras a una ordenación decente del tiempo de trabajo
4. El derecho a una desconexión digital efectiva
5. Robotización del proceso productivo versus reparto del tiempo de trabajo.
6. Bibliografía

1.- EL IMPACTO DE LA EVOLUCIÓN TECNOLÓGICA SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO.

El vertiginoso desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TICs) que venimos experimentando durante las tres últimas décadas, unido a los continuos avances en materia de robótica e inteligencia artificial, han propiciado la implantación de una nueva sociedad digital basada en una permanente conexión a internet mediante el uso cotidiano de dispositivos electrónicos de rápida obsolescencia, como los smartphones y las tablets computers, que nos permiten relacionarnos virtualmente con nuestros familiares, amigos, compañeros de trabajo e incluso con personas desconocidas desde cualquier lugar y a cualquier hora. Esta evolución tecnológica ha transformado sin duda, en muy poco tiempo, las tradicionales fórmulas de interacción social y ha posibilitado el surgimiento de sofisticados modelos de negocios cuyos efectos ya se están dejando notar con fuerza en el ámbito de las relaciones laborales. En materia de tiempo de trabajo, en concreto, nos encontramos ante la paradójica situación de, por un lado, tener casi al alcance de la mano el cumplimiento, gracias a la paulatina robotización del proceso productivo, de la profecía de Keynes, que auguró para el año 2030 una jornada de tres horas diarias o una semana laboral de quince horas[1], mientras que, por otro lado, la utilización de fórmulas descentralizadas de prestación de servicios como el empleo a través de plataformas digitales viene mostrando una tendencia a prolongar el horario de trabajo hasta el extremo de llegar a provocar, como se advierte en el último informe técnico de la OIT sobre tiempo de trabajo, "una substancial difuminación de los límites entre el trabajo remunerado y la vida personal"[2]. Si a ello unimos la facilidad que las TICs ofrecen para la expansión de las denominadas formulas "atípicas" de organización del tiempo de trabajo, como los contratos cero horas o los contratos a demanda, parece que hasta el propio concepto de ordenación del tiempo de trabajo (working time arrangements) que la OIT ha venido construyendo desde su fundación en 1919 se estaría difuminando.

El impacto de la digitalización de la economía sobre una institución laboral tan esencial como el tiempo de trabajo es bastante acusado porque, como ha señalado la doctrina española, "permite el trabajo las veinticuatro horas del día de los 365 días del año, rompiendo la separación nítida entre tiempo de trabajo y tiempo de ocio, entre tiempo de cumplimiento de las obligaciones laborales y de atención a las responsabilidades familiares"[3]. Y esta nueva realidad social, junto con los efectos de la digitalización en otras instituciones laborales básicas, como la de centro de trabajo, que también corre el riesgo de evaporarse ante fórmulas de prestación laboral a distancia como el teletrabajo, son algunas de las razones que han llevado a la generalización no ya solo de la idea de que nos encontramos ante una auténtica disrupción histórica sino también, y esto es mucho más preocupante, ante al hecho de que "todos estamos asumiendo en forma acrítica el discurso rupturista

1 KEYNES, John Maynard. Economic possibilities for our grandchildren. En: Essays in Persuasion. New York, Harcourt Brace, 1930. pp. 358–373.

2 MESSENGER, Jon. Working time and the future of work. Ginebra: OIT, 2018, p. 24.

3 CRUZ VILLALÓN, Jesús. Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía. Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social. 2017, 138, pp. 13-47. Así, en p. 29.

de la digitalización y su impacto inevitable sobre el mercado de trabajo"[4]. Lo primero que cabe plantearse, por tanto, es si estamos realmente ante una situación verdaderamente disruptiva que exigiría un nuevo modelo de ordenación del tiempo de trabajo o si, como ya empieza a advertir un sector de la doctrina española, esa idea de "fractura neta respecto del pasado" es "algo que todavía está por ver o por confirmar", de ahí que debamos ser "cautelosos en esa magnificación de la imperiosa necesidad de cambiar el vigente "modelo" de relaciones laborales y, con ello, de superar sus bases jurídicas"[5].

Para llegar a visualizar con suficiente perspectiva la magnitud de los cambios a los que nos enfrentamos, quizás convenga tomar distancia y no dejarnos deslumbrar ni por esos llamativos titulares sobre la "cuarta revolución industrial" o la "revolución 4.0" ni por el determinismo tecnológico que esas expresiones llevan implícitas. Probablemente, lo que estamos viviendo ahora no sean más que los primeros efectos sociales de lo que el visionario Alvin Toffler llamó la "tercera ola" para designar el conjunto de cambios tecnológicos, económicos, sociales y culturales que en la década de 1980 estaban empezando a emerger frente a la "vieja civilización industrial tradicional"; una tercera ola de cambios que cerraría "la brecha abierta entre productor y consumidor, dando origen a la economía del «prosumidor» del mañana", y que, "con un poco de ayuda inteligente por nuestra parte", conduciría a "la primera civilización verdaderamente humana de toda la Historia conocida"[6]. Más allá del optimismo de Toffler, que ya entonces fue capaz de anticipar "el desplazamiento del trabajo desde la oficina y la fábrica para encauzarlos de nuevo al hogar"[7], lo cierto es que la metáfora de la tercera ola resulta bastante útil para poder contextualizar los cambios tecnológicos de la sociedad contemporánea.

Siguiendo de forma necesariamente sucinta su esquema argumental, la primera ola de cambio realmente relevante fue la que, gracias a los avances de la agricultura y la metalurgia, permitió a la humanidad salir del estadio de cazador recolector para convertirse en productor, dando lugar a una civilización agrícola en la que el tiempo mismo tenía una configuración circular, vinculada al ciclo de las estaciones, y de carácter variable, puesto que dependía del ciclo de siembra y cosecha de cada región del planeta. Cabe añadir por nuestra parte que la diferenciación entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso se ajustaba también al ciclo diario de los ritmos circadianos, al reloj biológico que obedece a la presencia de luz y oscuridad en el ambiente, de ahí la castiza expresión de "trabajar de sol a sol". La expansión de las religiones monoteístas conduciría asimismo a la implantación, por imperativo moral, de un día de descanso por cada seis de trabajo.

4 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz. Clásicos y nuevos desafíos del trabajo en la economía 4.0. En: El futuro del trabajo que queremos. Madrid: OIT-Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, pp. 273-295. Así, en p. 289.

5 CRUZ VILLALÓN, Jesús. Opus cit., pp. 21-22. Vid., en el mismo sentido, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz. Opus cit., p. 289, donde indica que "no deberíamos caer en la tentación naif de creer que, como todo es nuevo, tenemos que «volver a descubrir la rueda», porque también es probable que muchas de las definiciones e instituciones laborales que hemos venido utilizando puedan seguir siendo útiles con la oportuna calibración".

6 TOFFLER, Alvin. The Third Wave. Barcelona (edición en castellano): Orbis, 1980., pp. 26-27.

7 Ibídem, p. 343.

Esa configuración del tiempo cambiaría radicalmente con la segunda gran ola de cambios tecnológicos que a partir del siglo XVII acabaría posibilitando el advenimiento de la civilización industrial que ha venido prevaleciendo durante los últimos trescientos años. El uso de combustibles fósiles con un potencial energético infinitamente mayor que las fuentes de energía hasta entonces empleadas, la progresiva maquinización del proceso productivo y la irrupción de la electricidad, entre otros muchos factores, hizo necesario un nuevo concepto de tiempo, puesto que el comportamiento humano tenía que adaptarse ahora al ritmo de la fábrica; un ritmo continuo e incesante que abolía los ritmos circadianos y que exigía sincronización, precisión y uniformización, puesto que las unidades en que se dividía el tiempo tenían que ser iguales en cualquier estación y en cualquier parte del mundo. Los efectos sociales de esa nueva configuración del tiempo como un ente lineal y rectilíneo, que "se extendía indefinidamente hacia el pasado y hacia el futuro"[8], son de sobra conocidos y no vamos a detenernos demasiado en describirlos. Baste recordar al respecto que el grado de sobreexplotación al que se vio sometido el proletariado, la nueva clase social surgida de la revolución industrial, con ese nuevo sistema productivo no sujeto a limitaciones temporales fue de tal magnitud que los poderes públicos tuvieron que inventar todo el complejo entramado institucional que hoy conocemos como Derecho del Trabajo, para poner coto a semejante aberración, puesto que los poderes fácticos impulsores de esa segunda ola solo parecían dispuestos a respetar el descanso dominical, el límite impuesto por el imperativo religioso.

No es casualidad, pues, que la primera norma laboral de la historia, la Health and Moral of Apprentices Act, de 22 de junio de 1802, tuviera como objetivo básico limitar a 12 horas la jornada de trabajo de los menores, los trabajadores más vulnerables[9]. Como tampoco es casualidad, por supuesto, que la primera norma internacional de la OIT fuese el aún vigente Convenio núm. 1 sobre las horas de trabajo (industria), de 28 de diciembre de 1919, que perseguía la implantación a nivel mundial del estándar de las 8 horas de trabajo diarias y 48 semanales, una reivindicación largo tiempo demandada por la clase obrera y sus asociaciones sindicales[10]. Desde entonces, la ordenación del tiempo de trabajo, la fijación de unos horarios fijos y preestablecidos de tiempo de trabajo y descanso, ha venido siendo una de las principales señas de identidad del Derecho del Trabajo porque, como señalara la OIT en su Informe sobre el Tiempo de Trabajo en el siglo XXI, la reglamentación de las horas de trabajo "no sólo son la piedra angular de la relación de trabajo, sino también por su impacto directo y crucial sobre la protección de la salud y el bienestar de

8 Ibídem, p. 114.

9 Sobre el carácter pionero de esta norma y sus implicaciones, vid. LOZANO LARES, Francisco. El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral. Un análisis tipológico. Madrid: Cinca, 2014, pp. 95-96.

10 https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C001. Norma centenaria, ahora en situación transitoria, a la que seguirían muchas otras normas sobre ordenación del tiempo de trabajo como, sin ánimo de exhaustividad, el Convenio sobre el descanso semanal (industria), núm. 14, de 17 de noviembre de 1921; el Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), núm. 30, de 28 de junio de 1930; el Convenio sobre las cuarenta horas, núm. 47, de 22 de junio de 1935; y el Convenio sobre las vacaciones pagadas, núm. 52, de 24 de junio de 1936 (revisado por el Convenio núm. 132, de 24 de junio de 1970).

los trabajadores; la búsqueda del equilibrio entre el trabajo y la vida privada, que llevaría a condiciones de igualdad de oportunidades de empleo entre hombres y mujeres; la protección de los salarios, comprendida la remuneración equitativa de las horas extraordinarias; y la política de empleo y la forma en las empresas se adaptan al cambio de las circunstancias económicas"[11]. Todas estas razones son las que han venido justificando la tendencia a reducir el horario laboral iniciada con la adopción de las primeras medidas jurídicas en materia de ordenación del tiempo de trabajo. Medidas que trazaban una "senda de reducción del tiempo de trabajo que continuó, aunque con grandes variaciones entre países, durante la mayor parte del siglo XX"[12], pero que empezaría a ser cuestionada en la década de 1990 por entrar "en conflicto" con las demanda de una "mayor flexibilidad"[13], y que en la actualidad parece haber llegado a su fin con la irrupción de la nueva sociedad digital.

¿Qué tiene de particular esta tercera ola de cambios tecnológicos para generar esos pretendidos efectos disruptores sobre la ya clásica ordenación del tiempo de trabajo? Resumiendo lo que ya habíamos apuntado en otro lugar, entre las notas esenciales de esta nueva fase tecnológica de la historia de la humanidad se encontrarían el virtual sincretismo, si se nos permite la expresión, que se viene produciendo entre ciencia y técnica en varios ámbitos del saber humano, como en el caso de la electrónica y la biotecnología[14], la diversificación energética, que debería conducir a la sustitución del uso de combustibles fósiles por fuentes de energía renovables, y el uso de nuevos elementos químicos semiconductores que han posibilitado tanto el desarrollo de la inteligencia artificial como la rutilante aparición de internet, que constituye, sin duda, el invento estrella por excelencia de la nueva sociedad digital[15], con sus múltiples aplicaciones empresariales a través de la hiperconectividad social o el internet de las cosas. Por decirlo con palabras del CES, los posibles efectos para empresas y trabajadores de ese nuevo escenario tecnológico "se pueden sintetizar en el papel central de la información, a diferencia de anteriores períodos en los que el paradigma de las revoluciones técnicas se basó fundamentalmente en nuevas fuentes de energía"[16].

¿En qué medida cambia este nuevo escenario tecnológico la clásica configuración lineal del tiempo de la ya, al parecer, tan superada sociedad industrial? Siguiendo a Toffler,

11 OIT. El tiempo de trabajo en el siglo XXI. Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2011, p. 13.

12 MESSENGER, Jon. Working time and the future of work, cit., p. 30.

13 OIT. El tiempo de trabajo en el siglo XXI, cit., p. 12. Las expresiones entrecomilladas proceden del Estudio General sobre los Convenios núm. 1 y 30 presentado a la Conferencia Internacional del Trabajo en 2005, parcialmente reproducido en el Informe de 2011, donde se indicaba que "un número creciente de países considera que esos dos instrumentos establecen normas excesivamente rígidas" y que "el sistema basado en horarios de trabajo 'fijos' recogido en ambos convenios como piedra angular de la reglamentación del tiempo de trabajo entra en conflicto con la demanda actual de mayor flexibilidad" (pp.11-12).

14 Y las denominadas, en general, como "tecnologías esenciales facilitadoras". Sobre la importancia industrial que la Comisión Europea otorga a estas key enabling technologies (KETs) tecnologías, vid.: https://ec.europa.eu/growth/industry/policy/key-enabling-technologies_en

15 LOZANO LARES, Francisco. El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral. Un análisis tipológico, cit., pp. 77-78.

16 CES. El futuro del trabajo. Madrid: Consejo Económico y Social de España, 2018, p. 82.

lo que produciría esta tercera ola de cambios en la que estamos inmersos es "una ruptura fundamental con la sincronización de la segunda ola", puesto que el tiempo en la nueva sociedad digital también se desmasificaría, se haría más flexible, propiciándose una "creciente individualización de las pautas temporales"[17]. A eso podríamos añadir que la digitalización de las relaciones sociales genera también un cierto desdoblamiento de la percepción que tenemos del tiempo, puesto que junto al tiempo biológico parece que discurre en paralelo un tiempo virtual, el que permanecemos conectados a internet, que va adquiriendo cada vez mayor trascendencia vital, puesto que quien no está en la red es como si no existiera, de ahí que hayamos interiorizado expresiones como la de "trabajar en tiempo real" que, de alguna manera, parecen restar realidad al tiempo que pasamos desconectados.

Bastan estas sucintas reflexiones para acabar concluyendo que, efectivamente, el nuevo escenario tecnológico puede acabar modificando la configuración del tiempo que hemos heredado de la sociedad industrial, pero eso no justifica en modo alguno que haya que acabar con la reglamentación del tiempo de trabajo sino que más bien puede exigir todo lo contrario. Sin perjuicio de las ventajas que podrían derivarse de la soberanía temporal propiciada por la digitalización de la economía, del potencial emancipador que puede tener la existencia de un horario flexible, adaptado a las necesidades individuales de cada persona trabajadora, conviene no menospreciar los riesgos que entraña esta nueva configuración temporal del proceso productivo, puesto que, como advierte el CES, la amplia conectividad de las nuevas formas de organización del trabajo de la sociedad digital "ha aflorado la probabilidad de sobreexposición tecnológica, y de los posibles riesgos físicos y psicosociales derivados, que se puede producir por una disponibilidad sin límites de los trabajadores, bien en el trabajo tradicional de tipo presencial al finalizar la jornada en el trabajo, bien en el trabajo a distancia, en el que resulta más difícil establecer los límites precisos del tiempo de trabajo", de ahí que resulte más que evidente un riesgo latente de "intensificación del trabajo, mayor duración de las jornadas, y posibles mayores niveles de estrés, junto con el debilitamiento de los límites entre trabajo y vida privada"[18].

Casi podríamos decir que la historia se repite porque este panorama ya lo conocemos, nos suena, es similar al que se vivió tras la revolución industrial, tras la segunda gran oleada de cambios tecnológicos de la historia de la humanidad, cuando el proletariado tenía que trabajar hasta la extenuación, sin sujeción a límites horarios y sin apenas tiempo de descanso por exigencias del mercado, del imperativo económico; el entorno socio-técnico es hoy distinto, sin duda, pero la problemática social subyacente sigue siendo la misma, la de unos poderes fácticos cuya ambición no tiene límites a la hora de explotar a las personas que solo tienen su fuerza de trabajo como medio para sobrevivir en una sociedad sometida por un nuevo imperativo tecnológico que se autodefine como una fuerza imparable. Y el remedio no puede ser la abolición de las medidas de ordenación del tiempo de trabajo que, con mayor o menor fortuna, han venido sujetando a límites razonables el uso de la fuerza de trabajo para que las personas trabajadoras tengan derecho, no ya solo a un mínimo de tiempo de descanso reparador, sino a una cierta disposición sobre su tiempo de vida privada.

17 TOFFLER, Alvin. The Third Wave, cit., pp. 244-246, de donde proceden las frases entrecomilladas.

18 CES. El futuro del trabajo, cit., p. 89.

Partiendo de esa premisa básica y una vez contextualizado los efectos de la digitalización de la economía sobre el tiempo de trabajo, es hora ya de comprobar cómo vienen reaccionando los poderes públicos ante los envites de esta nueva oleada de cambios tecnológicos. Pero antes de ello, vamos a realizar varias precisiones conceptuales: a los efectos de este estudio nos acogeremos a la definición de "tiempo de trabajo" efectuada por el art. 2.1) de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a la ordenación de determinados aspectos del tiempo de trabajo, donde se entiende por tal "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 ahí que consideremos, por tanto, como tiempo privado o tiempo personal lo que el art. 2.2) de la citada Directica califica como "período de descanso", o sea: "todo período que no sea tiempo de trabajo", lo que incluye obviamente tanto los períodos de descanso diario y semanal como las vacaciones retribuidas. Asimismo, cuando hagamos referencia a la jornada máxima de trabajo estándar, estaremos aludiendo bien a la jornada diaria de trabajo de 8 horas o bien a la semana de 40 horas, tal como aparece fijado en los Convenios de la OIT ya mencionados.

2.- La economía de plataformas y su engañosa promesa de soberanía del tiempo de trabajo.

Desde la aparición en 2010, en la ciudad de San Francisco, de UberCab, una app diseñada para conectar a los pasajeros con los conductores de limusinas[19], el uso de aplicaciones informáticas en red como plataformas de intermediación virtual entre los usuarios de todo tipo de servicios y las personas que se ofrecen a prestarlo, ha experimentado un rápido crecimiento en todo el mundo que se ha visto favorecido por una política de absoluta permisividad que tiene por objeto tanto el fomento de la innovación tecnológica y el sector de la alta tecnología como el desarrollo de la denominada economía colaborativa (sharing economy), expresión con la que se hace referencia, según la Comisión Europea, a unos "modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares". La economía colaborativa implica, pues, "a tres categorías de agentes: i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias —pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»)[20].

Esa virtual identificación, bajo el paraguas del concepto de sharing economy, de plataformas netamente colaborativas que facilitan el intercambio entre particulares de bienes y servicios sin ánimo de lucro (como BlaBlaCar, por ejemplo, que permite compartir los

19 Vid., sobre ello, BERINS COLLIER, Ruth, DUBAL, V.B. y CARTER, Christopher. Labor Platforms and Gig Work: The Failure to Regulate. IRLE Working Paper. 2017, nº 100-17, pp. 1-29.

20 Comisión Europea. Una Agenda Europea para la economía colaborativa. Bruselas, Comunicación de la Comisión de 2 de junio de 2016 {COM (2016) 0356 final}, p. 3.

gastos de viaje) y las que se dedican a ofrecer servicios a título profesional con pingües beneficios económicos (como el caso de Uber)[21], no hace sino generar confusión en un emergente sector de actividad ya suficientemente confuso por la ausencia de regulación legal y el empleo de expresiones anglosajonas cuya proliferación no ayuda a clarificar el panorama. En cualquier caso, a estas alturas ya a casi nadie se le oculta que estas plataformas en línea, disfrazadas de economía colaborativa, estos nuevos modelos de negocio que han de recurrir a prestadores de servicios profesionales para lucrarse, se basan en un modus operandi consistente en "tomar una prestación de un servicio, tradicionalmente realizada por un trabajador, y descentralizarla hacia un indefinido y, normalmente, gran número de personas en forma de llamamiento o convocatoria"[22]. Así, frente a la tradicional relación bilateral entre trabajador y empleador, surge ahora una relación trilateral o triangular compuesta por una plataforma digital que, a modo de agencia de empleo electrónica, actúa como mediadora entre la persona que presta el servicio y el usuario del mismo. La novedad de esta economía de plataformas (platform economy) radica, pues, en el uso con fines lucrativos del gran potencial descentralizador derivado de la conjunción de la ciber-coordinación del mercado de trabajo propiciada por la revolución algorítmica y la difusión de los teléfonos inteligentes, que intensifica, acelera y expande la posibilidad de los trabajos a demanda (on demand work)[23] o por convocatoria (gig work)[24], en los que no queda bien definido el estatus laboral de la persona que presta el servicio y donde, obviamente, los límites legales en materia de tiempo de trabajo no tienen ninguna operatividad. No por casualidad, la expresión gig economy con la que también se conoce la nueva economía de plataformas tiene su origen en la llamada "economía del bolo" practicada por los músicos y actores californianos que, como en todas partes, sólo cobran por actuación en el momento en que esta tiene lugar[25]. O sea, que la economía de plataformas "is not so disruptive" como parece, puesto que viene a introducir una forma de trabajo a destajo en la que el tiempo de inactividad, como las pausas, el almuerzo, las vacaciones y las bajas por enfermedad, es "unpaid" (no retribuido), de ahí que, como viene advirtiendo la doctrina estadounidense, no se trate sino de un paso más, propiciado por las nuevas tecnologías de la información, en la ya larga historia de reestructuraciones empresariales que desde la década de los años setenta ha venido configurando un mercado de trabajo dual en el que junto a los trabajadores tradicionales, protegidos por el ordenamiento laboral, aparece un número cada vez más numeroso de trabajadores "alternate" que no tienen derechos sociales[26].

21 Para una correcta diferenciación entre las "fórmulas netamente colaborativas" y las plataformas profesionales, muchas de ellas "bajo sospecha de laboralidad", vid., la excelente obra de MERCADER UGUINA, Jesús R. El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica. Valencia: tirant lo Blanch, 2017, especialmente en pp. 99-111.

22 TODOLÍ SIGNES, Adrián. El impacto de la "Uber Economy" en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo. IUSLabor. 2015, 3, pp. 1-29. Así, en p. 3.

23 O sea, los que se contratan "en el momento en que se produce la demanda o solicitud del servicio", tal como indican GINÉS I FABRELLAS, Anna y GÁLVEZ DURÁN, Sergi. Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital. InDret. Revista para el Análisis del Derecho. 2016, 1, pp. 1-44. Así en p. 7.

24 BERINS COLLIER, Ruth, DUBAL, V.B. y CARTER, Christopher. Opus cit., pp. 3.

25 Vid., al respecto, https://elpais.com/economia/2019/07/10/actualidad/1562752608_806922.html.

26 BERINS COLLIER, Ruth, DUBAL, V.B. y CARTER, Christopher. Opus cit., pp. 3-5.

Para poder apreciar la situación de estos trabajadores suplentes a efectos de ordenación del tiempo de trabajo, conviene tener en cuenta que la variada gama de tareas que ofrece la gig economy, on demand economy o platform economy[27], puede ser agrupada, como hace el informe de la OIT sobre Tiempo de trabajo y el futuro del trabajo[28], en dos grandes tipos de actividades profesionales, normalmente encomendadas a personas que son tratadas como trabajadores autónomos o free lance: a) el crowdwork (trabajo en grupo o en multitud), consistente en micro-tareas que se realizan on line y que, por ello mismo, pueden ser organizados a escala global, como hacen Amazon Mechanical Turk y Crowdflower, entre otras plataformas; b) los denominados on demand services (trabajos o servicios a demanda), que son servicios manuales posibilitados por el sistema de empresas en línea que utilizan sitios web y aplicaciones móviles pero que requieren una ejecución a nivel local (offline), que es el tipo de trabajo que ofrecen empresas como Uber o Deliveroo.

Pues bien, la autonomía del tiempo de trabajo es, precisamente, uno de los principales estímulos que ofrecen las plataformas proveedoras de crowdwork y on demand work para que los potenciales prestadores de servicios profesionales se den de alta en sus aplicaciones digitales. Como se indica en el citado informe de la OIT, "los propios proveedores utilizan la promesa del equilibrio entre el trabajo y la vida privada como su principal herramienta para atraer mano de obra", promesa bajo la que subyace la suposición de que "los trabajadores pueden decidir por ellos mismos cuándo trabajar, dónde trabajar y qué trabajo aceptar". Esa sería también la impresión de los propios trabajadores a tenor de las encuestas realizadas en el seno de empresas como Amazon Mechanical Turk, Crowdflower y Uber, donde la autonomía del tiempo de trabajo o la posibilidad de contar con un "horario propio" aparecen como algunos de los factores motivadores dominantes para unirse a la aplicación de estas plataformas[29]. También a nivel institucional se viene elogiando frecuentemente a la gig economy por su potencial para permitir la conciliación "entre los sistemas de retribución de los asalariados y la vida personal", prevaleciendo en muchos estudios las expectativas positivas generales sobre cualquier otro tipo de consideraciones, como en el caso de un informe del Banco Mundial donde se concluye que los empleos en la gig economy permiten a las personas "cuidar mejor de sus familias, continuar estudiando o comenzar su propio negocio mientras trabajan y ganan un salario"[30]. Por su parte, la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo (Eurofound) afirma en un estudio reciente que "el mayor nivel de autonomía para elegir cuándo y dónde traba-

27 Un estudio bastante instructivo sobre las diversas fórmulas de trabajo y expresiones utilizadas en este ámbito, puede verse en LEÓN ORDÓÑEZ, Gisela C. Ausencia de regulación, desprotección y encubrimiento de las relaciones de trabajo, ante las nuevas tendencias de prestación de servicio derivada de la economía colaborativa. En: Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 105-126.

28 MESSENGER, Jon. Working time and the future of work, cit., p. 22. Idéntica clasificación realizan BERINS COLLIER, Ruth, DUBAL, V.B. y CARTER, Christopher. Opus cit., pp. 7.

29 Sobre todo ello, vid., el informe Working time and the future of work, cit., pp. 23-25.

30 KUEK, S.C.; PARADI-GUILFORD, C.; FAYOMI, T.; IMAIZUMI, S.; IPEIROTIS, P.; PINA, P.; y SINGH, M. The global opportunity in online outsourcing. Washington DC, World Bank, 2015, p. 4. Puede verse on line en http://documents.worldbank.org/curated/en/138371468000900555/The-global-opportunity-in-online-outsourcing.

jar, cuánto tiempo dedicar y qué trabajo realizar (lo que se traduce en un mejor equilibrio entre la vida laboral y personal y en la oportunidad de combinar varios empleos) se señala a menudo como la principal ventaja del crowd employment para los trabajadores[31].

Ahora bien, una cosa son las expectativas generadas por los agentes interesados en fomentar estos nuevos modelos de negocio y otra bien distinta sus consecuencias reales en materia de condiciones de trabajo, en general, y de tiempo de trabajo en particular. Para empezar, esas promesas no están casi nunca basadas en pruebas empíricas sólidas y las principales encuestas realizadas hasta el momento no incluyen cuestiones tan relevantes como los límites entre el tiempo de trabajo y la vida privada, por lo que se evita toda información sobre estos posibles efectos adversos de la gig economy[32]. En relación con los efectos del crowdwork, un reciente estudio de casos ha venido a poner de manifiesto que la autonomía del tiempo de trabajo depende de la existencia de una alta demanda de tareas y del hecho de que los ingresos del trabajador no provengan principalmente de la plataforma, por lo que si bien el trabajo ocasional o a tiempo parcial en una crowdwork platform podría ofrecer cierta autonomía temporal para quienes ya tienen un trabajo regular, para quienes tengan que trabajar exclusivamente como crowdworkers, en cambio, las micro-tareas conducen a una substancial eliminación de los límites entre el trabajo remunerado y la vida personal, porque se ven presionados a trabajar de noche, durante las vacaciones y los fines de semana, ya que deben estar siempre disponibles para no perderse las nuevas ofertas[33]. Como gráficamente ha indicado la doctrina española, ello ha supuesto que haya ya "dispersos por el mundo cientos de miles de «microworkers», pendientes en todo momento de si entra o no una petición de trabajo en la plataforma on-line en la que están registrados para realizar una milésima parte de la función o tarea en que antes consistía su trabajo y cobrar, por tanto, una milésima parte de un salario"[34].

Y el panorama no parece que sea mucho mejor en el segundo tipo de trabajo ofrecido por la gig economy, puesto que en otro estudio de casos realizado a los conductores de Uber (estudio no controlado por la plataforma), los resultados vienen a demostrar que en el trabajo a demanda también quedan en entredicho las promesas de soberanía del tiempo de trabajo y las expectativas de conciliación de la vida laboral y personal. De entrada, los conductores se ven obligados a aceptar a cualquier cliente una vez que han iniciado sesión en el sistema, porque una negativa por su parte puede dar lugar a la suspensión de la cuenta

31 Eurofound. New forms of employment. Luxemburgo, Publicaciones Oficiales de la Unión Europea. 2015. https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2015/working-conditions-labour-market/new-forms-of-employment. Así, en p. 115.

32 Working time and the future of work, cit., p. 24: "Moreover, the survey provides no information about potential adverse effects such as blurred boundaries between paid work and private life. Thus, the results of available large-scale surveys are limited in this regard".

33 LEHDONVIRTA, Vili. Flexibility in the gig economy: Managing time on three online piecework platforms". En: New Technology, Work and Employment. 2018, 33, pp. 13–29. El estudio ha sido realizado en tres de las más importantes crowdwork platforms del mundo: Amazon Mechanical Turk, MobileWorks y CloudFactory.

34 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz. Cásicos y nuevos desafíos del trabajo en la economía 4.0, cit., p. 290.

de conductor, lo que obviamente equivale a un despido, de ahí que los trabajadores vivan siempre con una constante incertidumbre sobre la paga y el tiempo de trabajo. Por otro lado, la plataforma utiliza un sistema de incentivos que solo ofrece salarios garantizados a los conductores que acepten un mayor compromiso de disponibilidad horaria, persuadiéndoles además a que se desconecten de la red en las zonas de mayor demanda, por lo que, en la práctica, la flexibilidad horaria prometida queda completamente incumplida, haciendo cada vez más difusos los límites de la vida laboral[35]. Así, como también ha advertido la doctrina española, esta intensificación del trabajo basado en un sistema de fijación salarial similar al ya jurídicamente repudiado salario a destajo, conduce a "la existencia de jornadas de trabajo por encima de los límites legales previstos en la legislación de cada país en el que Uber se encuentra implantado, como consecuencia precisamente de la libertad con la que aparentemente cuentan los trabajadores"[36].

La inexistencia de una auténtica soberanía del tiempo de trabajo ha sido, precisamente, una de las razones que los tribunales anglosajones, ante la ausencia de regulación legal, han venido esgrimiendo para rechazar la condición de trabajadores autónomos de los conductores de Uber. Tanto en el ya famoso caso O' Connor v. Uber Technologies de 11 de marzo de 2015, resuelto por el Tribunal de Distrito del Norte de California[37], como en la Sentencia del Employment Tribunal of London Aslam v. Uber, de 26 de octubre de 2016[38], los jueces determinaron que los conductores de la plataforma eran trabajadores por cuenta ajena, delimitando asimismo lo que debía computarse como tiempo de trabajo mediante la aplicación del test de las realidades económicas[39]. En el caso, en concreto, de la Sentencia del Employment Tribunal of London de 26 de octubre de 2016, Uber argumentaría que incluso existiendo una vinculación contractual con los conductores, estos no estarían trabajando hasta que llevaran a un pasajero, a lo que A.M. Nelson, el Juez ponente de la sentencia, respondería que eso suponía confundir el servicio que deseaba el pasajero con el trabajo que Uber exigía a sus conductores para la prestación de dicho servicio, puesto que era esencial para el negocio "mantener un pool de conductores que puedan ser llamados a medida que la demanda del servicio surge". Así, dado que para asegurar la prestación del servicio era necesario que al mismo tiempo alguno de los conductores estuvieran llevando

35 ROSENBLAT, Alex y STARK, Luke. Algorithmic labor and information asymmetries: A case study of Uber's drivers. En: International Journal of Communication. 2016, 10, pp. 3758–3784. Puede descargarse on line en: https://ijoc.org/index.php/ijoc/article/view/4892/1739.

36 TRILLO PÁRRAGA, Francisco. El trabajo en plataformas virtuales: a propósito del caso Uber. En: Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 223-244. La cita procede, en concreto, de la p. 239.

37 https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/14-16078/14-16078-2018-09-25.html

38 https://www.judiciary.uk/judgments/mr-y-aslam-mr-j-farrar-and-others-v-uber/

39 Vid, sobre el mismo, MERCADER UGUINA Jesús R. El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica, opus cit., pp. 101-107. Conocido también como "Borello test", ha permitido a la jurisprudencia americana determinar cuándo hay una relación laboral analizando cuestiones como la existencia de un horario predeterminado o la exigencia de una asistencia regular (vid., al respecto, GINÉS I FABRELLAS, Anna y GÁLVEZ DURÁN, Sergi. Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital, cit., pp. 21 y ss.

pasajeros y otros parados esperando ser llamados (estar libre y disponible es esencial al servicio que el conductor presta a Uber), el Juez acabaría considerando que "el tiempo de trabajo del conductor comienza tan pronto como está en su territorio, conecta la aplicación de Uber y está preparado y dispuesto para aceptar viajes, terminando tan pronto como una o varias de dichas condiciones dejen de aplicarse"[40]. Este mismo criterio seguiría el Employment Appeal Tribunal que resolvió la apelación UKEAT/0056/17/DA, de 10 de noviembre de 2017, al indicar que "no parece incorrecto entender que un conductor será trabajador en su tiempo de trabajo si está en su correspondiente territorio, con la App activada y dispuesto a aceptar servicios"[41].

La importancia de estas sentencias radica, sobre todo, en la calificación que da a los conductores como employes (trabajadores por cuenta ajena), cuestión ya clásica sobre la que, obviamente, no podemos detenernos aquí. En cualquier caso, los razonamientos esgrimidos en estos pronunciamientos judiciales para llegar a esa conclusión han sido ampliamente estudiadas por la doctrina española, a la que nos remitimos para su más completo análisis[42], por lo que nos limitaremos a resaltar que, a efectos de tiempo de trabajo, la consideración de asalariados de los prestadores de servicios profesionales de las plataformas que ofertan on demand services, implicará obviamente la aplicación de los límites de jornada de trabajo estándar legalmente establecidos, lo que en el caso de España supondría la sujeción a lo dispuesto en los artículos 34 (jornada) y 35 (horas extraordinarias) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Los tribunales españoles, sin embargo, aún no han tenido ocasión de pronunciarse sobre la condición o no de trabajadores por cuenta ajena de los conductores de plataformas como Uber o Cabify, puesto que la irrupción en nuestro país de este tipo de empresas ha

40 Parágrafo 122: "the Uber driver's working time starts as soon as he is within his territory, has the App switch on and is ready and willing to accept trips and end as soon as one or more of those conditions ceases to apply".

41 https://www.gov.uk/employment-appeal-tribunal-decisions/uber-b-v-and-others-v-mr-y-aslam-and-others-ukeat-0056-17-da. Este pronunciamiento en apelación es estudiado por MERCADER UGUINA, Jesús R. La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad. En: Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 155-176. El razonamiento del Tribunal continúa del siguiente modo, según la traducción efectuada por Jesús Mercader: "Si la realidad es que la cuota de mercado de Uber en Londres le lleva a que a sus conductores les es, en la práctica, imposible prestar servicios para otros operadores distintos de Uber, la conclusión es que, de hecho, están trabajando de disposición de Uber como miembros del pool de conductores a los que esta operadora requiere para estar disponibles en su territorio en todo momento".

42 Puede consultarse, entre otros, a TODOLÍ SIGNES, Adrián. El impacto de la "Uber Economy" en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo, cit.; GINÉS I FABRELLAS, Anna y GÁLVEZ DURÁN, Sergi. Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital, cit.; MERCADER UGUINA Jesús R. El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica, cit,; y TRILLO PÁRRAGA, Francisco. El trabajo en plataformas virtuales: a propósito del caso Uber. En: Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado.

estallado en forma de conflicto con el sector del taxi donde lo que se viene planteando a nivel jurídico es la legalidad de los requisitos exigidos para obtener una autorización administrativa de arrendamiento de vehículos con conductor (licencias VTC). Dichos requisitos quedaron establecidos en el art. 181 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (ROTT), que fue modificado por RD 1057/2015, de 20 de noviembre, con el objetivo básico de limitar el número de licencias VTC[43]. Sobre esas limitaciones se ha pronunciado la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo en Sentencia STS 921/2018, 4 de Junio de 2018, descartando la liberalización plena de las VTC al establecer como "ajustado a derecho y no discriminatorio" el ratio de una licencia de VTC por cada 30 taxis, a fin de garantizar el mantenimiento de este sector como un servicio de interés general[44]. La irrupción en España de estas plataformas también ha conducido a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, que fue resuelta por Sentencia del TJUE, de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-434/15, Asociación Profesional Élite Taxi versus Uber Systems Spain, SL). En dicha sentencia, aun evitando pronunciarse expresamente sobre la condición de asalariados de los conductores de Uber, el TJUE sí que se deja claro, en línea con la jurisprudencia anglosajona, que esta plataforma no es una empresa tecnológica sino una empresa de transporte, puesto que el "servicio de intermediación" en que basa su funcionamiento "forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte", de ahí que su actividad no responda, por tanto, a la "calificación de «servicio de la sociedad de la información»", tal como este aparece definido en la Directiva sobre el comercio electrónico[45], sino a la de "«servicio en el ámbito de los transportes», en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123"[46].

43 https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1990-24442. Reglamento que desarrolla lo dispuesto en el art. 43.1.d) de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, donde se indica que el otorgamiento de la autorización de transporte público estará condicionado a que la empresa solicitante acredite, entre otros requisitos, "disponer de uno o más vehículos matriculados en España conforme a lo que en cada caso resulte exigible de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, atendiendo a razones de interés general, los cuales deberán cumplir las condiciones que, en su caso, se establezcan, teniendo en cuenta principios de proporcionalidad y no discriminación" (tal como fue redactado por Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea). Así en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=-BOE-A-1987-17803&b=64&tn=1&p=20130705#a44.

44 España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera). Sentencia núm. 921/2018, de 4 de junio de 2018, ponente Sr. D. Eduardo Espín Templado. [en línea]. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/e8c657b6643b9299

45 Art. 2 a) de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, que se remite a lo dispuesto en el art. 1.2 de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, donde se considera como "servicio de la sociedad de la información" todo "servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios".

46 Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. El texto completo de la sentencia puede verse on

Sobre lo que sí vienen ya pronunciándose los Jueces españoles, no obstante, aunque todavía a nivel de instancia, es sobre la consideración de trabajadores por cuenta ajena de los prestadores de servicios profesionales de otras plataformas digitales que utilizan el sistema de contratación a demanda. Este es el caso, por ejemplo, de la Sentencia 53/2019 del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, de 11 de febrero de 2019[47], donde se desmontan las argumentaciones de GlovoApp 23, SL, una plataforma de intermediación que suministra productos y mercancías mediante repartidores, que niega las notas de ajenidad y dependencia alegando que la organización del trabajo les correspondía a los propios repartidores porque tenían plena libertad para determinar "los días y horas de prestación dentro de las franjas horarias que se le ponían a disposición", así como para elegir los días de descanso y vacaciones. A ello respondería el ponente de la Sentencia que esas "parcelas de libertad para decidir días y horas de trabajo y aceptación de servicios concretos no le proporcionan ninguna facultad o poder que pueda condicionar el desarrollo de la actividad empresarial ya que GLOVOAPP23 SL cuenta con tan amplio elenco de repartidores dispuestos a trabajar que la ausencia de unos es suplida automáticamente con la presencia de otros y también cuando el repartidor rehúsa atender algún servicio asignado".

Por su parte, en la Sentencia 193/2019 del Juzgado de lo Social nº 31 de Barcelona, de 11 de junio de 2019[48], el ponente se pronuncia también sobre la neta condición de asalariados de los repartidores de Roofoods Spain SL, marca comercial de Deliveroo en España, que es una plataforma dedicada a la comercialización, venta y entrega de comida preparada de restaurantes. Sumamente significativo resulta a nuestros efectos el razonamiento del Juez cuando indica que "la inserción en el ámbito organizativo de la empresa se manifiesta en toda su crudeza en el sistema de asignación de franjas horarias y en el hecho de que la pretendida libertad de elección es sólo aparente", llamando poderosamente la atención "que en ningún momento la empresa haya explicado ni menos aún acreditado, con detenimiento, el funcionamiento de su sistema de "posicionamiento" de los repartidores en el ranking de petición de franjas horarias". Una vez constatada esta "oscuridad en relación con la asignación de turnos", que la plataforma intenta disfrazar con la calificación de franjas horarias, y tras poner de manifiesto la "asepsia tecnológica que se pretende", el ponente sigue diciendo que "lo mínimo que deberían conocer los repartidores es el modo preciso y concreto en que se valora su servicio a efectos de acceder a turnos de la semana siguiente", sin que pueda considerarse como suficiente el mero hecho de "ofrecerles porcentajes de rechazos, disponibilidad en horas punta o tiempos de conexión (disponibilidad real)", puesto que los repartidores deberían conocer "qué peso tienen esos parámetros, y a qué tiempo (una semana, dos semanas, más tiempo) se refiere". Todo ello le lleva al ponente a estimar que en el proceso de asignación de franjas o turnos "la empresa tomaba una auténtica decisión organizativa, directiva, que afectaba al modo en que los demandantes prestaban servicios, determinando cuándo lo harían, cuántos servicios prestarían y, por ende, cuánta compensación económica recibirían por ello", por lo que cuando la empresa afirmaba la "libertad" de los repartidores para elegir si trabajar o no, se estaba obviando una realidad

line en: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-434/15&td=ALL.

47 SJSO 279/2019. ECLI: ES: JSO: 2019:279. Ponente: Jose Pablo Aramendi Sánchez.

48 SJSO 2253/2019. ECLI: ES: JSO: 2019:2253. Ponente: Raúl Uría Fernández.

notoria: que muchos repartidores prestaban servicios entre 20 y 30 horas semanales y que el resto del tiempo tenían otras dedicaciones, lo que implicaba que no podrían trabajar si el Departamento de Operaciones no decidía asignarle un horario compatible con esas otras dedicaciones, de ahí que "decir que los repartidores tenían libertad para elegir cuándo trabajar, o para rechazar pedidos es tanto como decir que un trabajador por cuenta ajena es libre para llegar cada día con 30 minutos de retraso: desde luego que física y materialmente puede hacerlo, pero conoce que pueden producirse consecuencias perjudiciales para él si lo hace".

Y en un tercer pronunciamiento, en fin, también relativo a Deliveroo, el ponente de la Sentencia 188/2019 del Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid, de 22 de julio de 2019[49], tras una riguroso análisis de las condiciones de ajenidad y dependencia del trabajo realizado por los riders, pormenorizadamente desveladas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, acaba concluyendo que "en la prestación de servicios de los repartidores afectados por el proceso, durante el período al que se refiere el acta de liquidación, prevalecieron las condiciones propias de la laboralidad", de ahí que se atienda la demanda efectuada por la TGSS.

Con estas resoluciones judiciales se pone de manifiesto el gran esfuerzo que vienen realizando tanto la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como los Juzgados de lo Social para desenmascarar a las plataformas virtuales, sacando a la luz tanto su disfraz tecnológico para eludir la legislación social como, en concreto, su falsa promesa de soberanía del tiempo de trabajo. Cabe esperar que este trabajo sea avalado por los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y por el Tribunal Supremo, pero lo que no admite ya demora alguna es una decidida intervención por parte del legislador que ponga fin a esta situación de anomia normativa, y ello no solo porque la realidad social así lo viene demandando, sino porque ya hay un mandato expreso en ese sentido establecido por la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

En efecto, en dicha Directiva, que tiene como fecha límite de transposición el día 1 de agosto de 2022, ha quedado establecido el derecho a una "previsibilidad mínima del trabajo" que es directamente aplicable tanto al crowdwork como a la contratación a demanda. Según lo establecido en el art. 10.1 de dicha norma, los Estados miembros de la UE deben garantizar que, cuando el patrón de trabajo sea "total o mayoritariamente imprevisible", como ocurre en el caso de las plataformas virtuales de intermediación, no se pueda obligar a trabajar a ninguna persona a menos que se cumplan dos condiciones básicas: a) que el trabajo tenga lugar "en unas horas y unos días de referencia predeterminados", en los que se llevará a cabo necesariamente el cumplimiento de la prestación laboral; y b) que el empleador informe a la persona trabajadora de la tarea asignada "con un preaviso razonable" de acuerdo con lo establecido en la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacional. El incumplimiento de cualquiera de esos requisitos dará lugar a que la persona trabajadora tenga derecho a "rechazar" la tarea asignada "sin que ello tenga consecuencias

49 SJSO 2952/2019 - ECLI: ES: JSO: 2019:2952.Ponente: Antonio Cervera Peláez – Campomanes.

desfavorables" (art. 10.2). Por otro lado, cuando se permita al empleador cancelar la tarea asignada sin indemnización, habrán de adoptarse las medidas necesarias para garantizar "que el trabajador tenga derecho a una indemnización si el empleador cancela, sin observar un plazo de preaviso determinado, la tarea asignada acordada previamente con el empleador" (art. 10.3).

La directiva contempla también en su art. 11 la posibilidad de que los Estados miembros autoricen "el uso de contratos de trabajo a demanda o similares", pero les exige que adopten algunas de las siguientes medidas "para evitar prácticas abusivas": a) limitaciones en el uso y la duración de los contratos a demanda o contratos laborales similares; b) el establecimiento de una "presunción refutable de la existencia de un contrato de trabajo con una cantidad mínima de horas pagadas sobre la base de la media de horas trabajadas durante un período determinado"; c) la adopción de otras medidas equivalentes que garanticen una prevención eficaz de las prácticas abusivas.

Se establece asimismo una obligación de "información" que también será aplicable principalmente a las plataformas virtuales. Así, cuando el patrón de trabajo sea total o mayoritariamente imprevisible, el empleador habrá de informar a la persona trabajadora sobre: a) el principio de que el calendario de trabajo es variable[50], la cantidad de horas pagadas que estarán garantizadas y la remuneración del trabajo que se realice fuera de las horas garantizadas; b) las horas y los días de referencia en los que se podrá exigir la prestación de servicios; c) el "período mínimo de preaviso" a que tiene derecho la persona trabajadora "antes del comienzo de la tarea", así como, en su caso, el "plazo de cancelación" durante el cual la persona trabajadora tendría derecho a indemnización en caso de ser cancelada la tarea por parte del empleador (art. 4.2 m).

El legislador comunitario ha establecido, en fin, un parámetro temporal de referencia que puede servir para delimitar cuándo estamos ante un trabajo marginal en el caso de los crowdworkers, puesto que en el art. 1.3 de esta Directiva se autoriza a los Estados miembros a no aplicar las obligaciones de la misma "a los trabajadores que tengan una relación laboral en la que el tiempo de trabajo predeterminado y real sea igual o inferior a una media de tres horas semanales en un período de referencia de cuatro semanas consecutivas". El legislador nacional podría considerar como trabajo marginal no sujeto al ordenamiento laboral, pues, las microtareas encargadas por una plataforma digital que no alcancen ese límite de las tres horas semanales de media en un período de cuatro semanas consecutivas, lo que implicaría, lógicamente, que todas las tareas de mayor duración tendrían que someterse a las obligaciones establecidas por la Directiva y causar alta en el sistema de Seguridad Social.

En líneas generales, no puede decirse, desde luego, que la Directiva sea en exceso garantista ni mucho menos, puesto que, además de no resultar extensible a los trabajadores autónomos[51], ni siquiera prohíbe expresamente los contratos de cero horas, que están

50 Entendiéndose por "calendario de trabajo", el "calendario que determina las horas y días en los que empieza y termina la realización del trabajo" (art. 2.a) de la Directiva (UE) 2019/1152).

51 Así se deduce de lo dispuesto en el art. 1.2 de la Directiva, donde se indica que los derechos mínimos establecidos en la misma solo resultan aplicables a "los trabajadores de la Unión que tengan

incluidos en la categoría de "contratos de trabajo a demanda o similares", tal como se reconoce en su exposición de motivos, donde el legislador comunitario se encarga de advertir con cierta prevención que esta Directiva "no debe servir de base para la introducción de contratos de ceros horas u otros contratos de trabajo similares". En cualquier caso, su adopción debería servir al menos para que los legisladores nacionales empiecen a poner coto a estas fórmulas de descentralización extrema que vienen practicando las plataformas digitales, estableciendo una adecuada ordenación del tiempo de trabajo que piense más en las necesidades de las personas trabajadoras y les proporcione una mayor soberanía sobre su tiempo de trabajo, tal como pide la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT en su informe del centenario, donde se insta a "garantizar la dignidad de las personas que trabajen «por llamada», de manera que realmente tengan opciones de flexibilidad y control sobre sus horarios", recomendando a tal fin que se establezca reglamentariamente "un número mínimo de horas garantizadas y previsibles", junto a otras medidas encaminadas a "compensar el horario variable con una prima por un trabajo que no esté garantizado y una remuneración por tiempo de espera para compensar los períodos en los que los trabajadores por hora están «de guardia»"[52]. Todo ello dependerá en última instancia de la previa calificación legal como trabajadores por cuenta ajena de los crowdworkers y de las personas contratadas a demanda por las plataformas digitales, lo que, tal como vienen poniendo de manifiesto los jueces y tribunales del orden social, es algo que salta a la vista con tan solo levantar el velo tecnológico con el que se intenta ocultar una realidad social que, de no remediarse a tiempo, podría reproducir unas condiciones de explotación laboral que nos retrotraerían al siglo XIX.

3.- El derecho de las personas teletrabajadoras a una ordenación decente del tiempo de trabajo.

Uno de los sectores de actividad que más se ha visto afectado por las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación ha sido, sin duda, el trabajo de oficina, puesto que la generalización de internet y el vertiginoso desarrollo de los dispositivos móviles de conexión han posibilitado que las actividades administrativas, de gestión, consultoría y asesoramiento, entre otras, puedan ser realizadas sin límites de tiempo y lugar. Esta especie de superación de los condicionamientos espacio-temporales que constreñían la realización del trabajo de oficina al horario de trabajo estándar y a las instalaciones del empleador, se inició ya en la década de 1970 en la industria de la información en California, cuando fue acuñado por Jack Nilles el concepto de telework o telecommuting (teletrabajo, trabajo remoto o trabajo a distancia). Los sucesivos avances tecnológicos producidos desde entonces han permitido el surgimiento de un auténtico trabajo móvil basado en las TICs que puede ser realizado no solo desde el hogar del trabajador sino prácticamente desde cualquier otro lugar imaginable donde haya conexión a internet, de ahí que se hable ya de la oficina virtual como fruto de la denominada tercera generación de teletrabajo, llegando a augurarse incluso que en un futuro no muy lejano todo el mundo podría llegar a trabajar a distancia[53].

un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en cada Estado miembro, tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia".

52 OIT. Trabajar para un futuro más prometedor-Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2019.

53 Sobre esa evolución del teletrabajo, vid: MESSENGER, Jon y GSCHWIND, L. Three ge-

Siendo esta una realidad incuestionable, resulta cuando menos sorprendente la casi total ausencia de investigaciones que analicen los efectos del telework sobre la ordenación del tiempo de trabajo, como se reconoce en un informe conjunto de Eurofound y la OIT, titulado Working anytime, anywhere: the effects on the world of work, donde se analizan los estudios nacionales de quince países y los datos de la Sexta Encuesta Europea sobre condiciones de trabajo de 2017 en relación con las implicaciones sociales de esta tercera generación de teletrabajo[54]. Se trata de un informe sumamente esclarecedor en el que se ponen de manifiesto, entre otras muchas cuestiones, tanto las ventajas como los posibles inconvenientes del telecommuting en materia de organización del tiempo de trabajo.

En un fiel de la balanza aparece como indudable efecto positivo el hecho de que las personas teletrabajadoras (teleworkers) disfruten de un grado de autonomía del tiempo de trabajo que es sustancialmente mayor que el de sus homólogos de oficina, lo que resulta de gran importancia sobre todo en materia de conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores, dado que estos pueden combinar mejor el trabajo y las tareas domésticas, pudiendo emplear el tiempo que ahorran en desplazamiento de ida y vuelta a la oficina para dedicarlo a su familia, a la realización de actividades personales o al mantenimiento de relaciones sociales[55]. Todo ello redunda a su vez en una mayor productividad de las personas teletrabajadoras, puesto que tienen menos interrupciones por parte de sus colegas o superiores, pasan menos tiempo respondiendo llamadas telefónicas o comunicándose vía email y no tienen que desplazarse al centro de trabajo, reduciéndose en consecuencia los costes de producción. A todo ello habría que unir los efectos benéficos que el teletrabajo tendría sobre la seguridad y salud laboral de los teleworkers, que evitarían las situaciones de estress derivadas de los atascos de tráfico y se verían favorecidos por la relación existente, según los propios estudios de Eurofound, entre soberanía del tiempo de trabajo, conciliación de la vida laboral y personal y un mayor nivel de bienestar. Como balance general podría afirmarse, pues, que el teletrabajo tiene unos efectos muy positivos en la vida laboral, debido principalmente a la reducción del tiempo de desplazamiento y a la autonomía que ofrece a las personas teletrabajadoras para organizar el tiempo de trabajo en función de sus necesidades individuales y de sus preferencias. Estos efectos positivos son mucho más destacables aun cuando se trata de empleados que trabajan regularmente en su casa usando las TICs (integrados en el grupo calificado como home-based telework) y cuando el teletrabajo aparece configurado como un trabajo que sustituye al realizado en la oficina o en las instalaciones del empleador.

Pero no todo son luces en relación con el tiempo de trabajo de los teleworkers, pues, como pone de manifiesto el informe que comentamos, los teletrabajadores tienen más probabilidades de trabajar por las tardes y durante los fines de semana que los trabajadores

nerations of telework: New ICT and the (r)evolution from home office to virtual office. New Technology, Work and Employment. 2016. 31-3, pp. 195-208.

54 EUROFOUND-ILO. Working anytime, anywhere: the effects on the world of work. Luxemburgo-Ginebra: Publications Office of the European Union and the International Labour Office, 2017. Puede verse on line en: https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2017/working-anytime-anywhere-the-effects-on-the-world-of-work, p. 21.

55 Todas las referencias que en lo sucesivo se hacen a dicho informe se han extraído de las pp. 21 a 43.

que siempre trabajan en la oficina o en las instalaciones del empleador, observándose de forma generalizada que el horario de trabajo de los teletrabajadores tiende a ser mucho más prolongado que el de los trabajadores tradicionales, y ello tanto en el caso del home-based telework como muy especialmente cuando se trata de personas que trabajan usando las TICs de forma regular en diversos lugares y con un alto grado de movilidad (que configuran el grupo denominado como high mobile T/ICTM). Y esa generalizada tendencia a sobrepasar los límites de jornada estándar es mucho más preocupante aun cuando las actividades profesionales realizadas fuera de las instalaciones del empleador aparecen configuradas no como un sustitutivo del trabajo regular sino como un suplemento del mismo, puesto que esta actividad suplementaria, al menos en los países con datos disponibles, encubre casi siempre un trabajo de carácter informal y no remunerado, lo que emborrona los límites entre el tiempo de trabajo y la vida privada de los teleworkers como consecuencia directa del aumento de la disponibilidad de estos para trabajar fuera del horario estándar de trabajo por medio de las TICs. En lo que respecta a la conciliación de la vida laboral y personal tampoco es oro todo lo que reluce, puesto que existe un evidente riesgo de solapamiento entre el trabajo y la vida privada, con frecuentes interferencias entre las obligaciones laborales y las responsabilidades familiares, entre el trabajo remunerado y las tareas del hogar, pudiendo generarse auténticas situaciones de conflicto entre el trabajo y la familia debido a la prolongación de la jornada de trabajo y a la difuminación de los límites entre el trabajo y la vida personal.

Como se deduce de lo expuesto, los efectos del teletrabajo en materia de tiempo de trabajo son sumamente ambiguos, cuando no contradictorios, hasta el punto de que un mismo teletrabajador puede percibir que tiene mayor autonomía sobre su tiempo de trabajo pero ve incrementada a la vez su jornada laboral y las interferencias con su vida personal y familiar. Para dar respuesta a esta ambivalente situación, y antes de adoptar medidas de fomento del teletrabajo, sería necesario una decidida actuación legislativa que minimizara su efectos negativos, contribuyendo así al establecimiento de un horario de trabajo decente que resaltara sus potenciales efectos positivos. Sería necesario, en concreto, que se aplicara al teletrabajo las limitaciones propias de la jornada laboral estándar, ya sea realizado de forma remota en su totalidad o combinado con tareas presenciales en las instalaciones del empleador, trazándose en paralelo una nítida separación entre tiempo de trabajo, lo que debería incluir tanto el tiempo de teletrabajo efectivo como el tiempo de disponibilidad en la que el teleworker ha de estar localizado y a disposición del empleador aunque no realice actividad real, y tiempo privado, que las personas teletrabajadoras podrán utilizar para lo que estimen conveniente, ya sea descansar, cumplir sus responsabilidades familiares o satisfacer sus necesidades de ocio y socialización.

Sin embargo, las actuaciones legislativas de ese tenor brillan por su ausencia, tanto a nivel internacional como por parte del legislador nacional. Así, si acudimos al acervo normativo de la OIT, tan útil a efectos de casi cualquier otra materia social, el resultado es francamente decepcionante, puesto que ni siquiera encontramos alguna indicación al respecto en el manifiestamente insuficiente Convenio núm. 177, sobre el trabajo a domicilio, de 20 de junio de 1996, cuya aplicabilidad efectiva ha sido puesta en tela de juicio por la

doctrina iuslaboralista[56]. Parece claro, de entrada, que dicho Convenio podría ser aplicado al teletrabajo[57], puesto que se entiende por "trabajo a domicilio" el que una persona realice, a cambio de una remuneración, tanto en su domicilio como "en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador", con el fin de "elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador" [art. 1. (a)]. Pero más allá de la genérica apelación de su art. 4.1 a la obligación de los poderes públicos de promover "la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores asalariados", el Convenio no contiene ninguna referencia expresa al tiempo de trabajo. Tan solo en la Recomendación núm. 184, una norma de soft law que complementa el Convenio núm. 177 sin imponer obligaciones jurídicas, se recoge alguna indicación sobre la necesidad de no privar al trabajador a domicilio "de la posibilidad de disfrutar de un tiempo de descanso diario y semanal comparable al que tienen los otros trabajadores", pidiéndose asimismo a la legislación nacional que fije las condiciones en las cuales los trabajadores a domicilio puedan disfrutar de días festivos retribuidos y vacaciones anuales remuneradas, "al igual que los otros trabajadores" (VIII, puntos 23 y 24).

El panorama normativo es mucho más insuficiente aún, si cabe, en el ámbito de la Unión Europea, donde ya en el año 1997 la Comisión consideró necesario crear un "marco adecuado" para "mejorar las condiciones de desarrollo del teletrabajo", dada la "gran variedad de posibles ventajas" que ofrecía tanto para las personas como para las empresas y la sociedad en general[58]. Pese a ese compromiso, todo lo más que se ha hecho hasta el momento es la adopción del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 16 de julio de 2002 (AMET), que no es un instrumento normativo propiamente dicho sino un "acuerdo europeo establecido por los propios interlocutores sociales sobre este tema"[59]. El AMET, que tiene como objetivo confeso la modernización de la organización del trabajo, prevé la concertación de acuerdos de teletrabajo "de carácter voluntario", tanto para el trabajador como para el empresario, que ofrezca a los trabajadores tanto la posibilidad de "reconciliar vida profesional y vida social" como la concesión de "una mayor autonomía en la realización de sus tareas", de ahí que en materia de tiempo de trabajo el AMET se limite a indicar que "el teletrabajador gestionará la organización de su tiempo de trabajo" en el marco de la legislación, los convenios colectivos y las normas de la empresa aplicables"[60]. Pero el AMET

56 USHAKOVA, Tatsiana. El derecho de la OIT para el trabajo a distancia: ¿una regulación superada o todavía aplicable? En: Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. 2015, 3-4, pp. 1-19.

57 En el mismo sentido, USHAKOVA, Tatsiana. Los modelos de la acción normativa de la OIT para regular el trabajo a distancia. En: El futuro del trabajo que queremos. Madrid: OIT-Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, pp. 447-459. Según dicha autora, "aunque el título del Convenio hace referencia al trabajo a domicilio, su contenido no resulta incompatible con otras modalidades de trabajo a distancia, incluido el teletrabajo" (p. 449).

58 Comunicación de la Comisión sobre "La dimensión social y del mercado de trabajo de la sociedad de la información. Prioridad para las personas; las próximas etapas". COM (97) 390, de 17 de julio de 1997.

59 QUINTANILLA NAVARRO, Yolanda. El teletrabajo: de la dispersión normativa presente a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura. En: El futuro del trabajo que queremos. Madrid: OIT-Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, pp. 109-122. Así, en p. 110.

60 Un sumario del mismo puede verse en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TX-

parece desconocer que esa "libertad de autoorganización", como ha sido calificada por la doctrina española[61], puede quedar completamente mediatizada por el poder de dirección del empleador, puesto que el teletrabajo es precisamente uno de los ámbitos en los que, a través de los sofisticados métodos de control digital con los que hoy cuenta el empresario, se pude llevar a cabo "un cómputo casi milimétrico de los tiempos de trabajo, de modo que cabe un control de todo punto preciso de la cuantía de la jornada de trabajo ejecutado", al tiempo que se "diluye notablemente las reglas sobre tiempo de descanso"[62]. Y ello puede ser especialmente problemático cuando lo que se pacte sea la obtención de un resultado, algo bastante común en el teletrabajo, puesto que en este caso a la empresa le puede resultar "irrelevante el tiempo de trabajo y, por mucho que tenga enormes facilidades en controlar y computar la jornada de trabajo, no le interesa en absoluto hacerlo, pretendiendo que las reglas relativas a los topes en los tiempo de trabajo no sean de aplicación para este tipo de trabajos"[63].

A ello debe unirse, como también ha advertido la doctrina española, que "la jornada, horario, descansos y otras interrupciones de la prestación de trabajo no cuentan con una normativa específica que atienda las peculiaridades o especialidades del teletrabajo"[64]. Eso ocurre, efectivamente, en el caso español, donde el precepto que resultaría directamente aplicable, el art. 13 ET, relativo al "trabajo a distancia"[65], no contiene ninguna especificación en materia de tiempo de trabajo, por lo que el principio constitucional, ex art. 40.2 CE, de "garantizar el descanso necesario" mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas, sólo podría canalizarse a través de la genérica remisión que el precepto hace, en línea con lo dispuesto en el Convenio núm. 177 OIT, a la necesidad de atribuir a las personas teletrabajadoras, en su condición de trabajadores a distancia, "los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa" (art. 13.3 ET). Conviene tener en cuenta que la redacción actual del art. 13 ET procede de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, fecha en que la que ya se habían puesto de manifiesto las carencias de la regulación precedente en materia de tiempo de trabajo, por lo que resulta llamativo que el legislador no hubiera aprovechado esa modificación legal para regular cuestiones tan esenciales como la determinación de los tiempos de descanso o la delimitación de la disponibilidad del trabajador a distancia.

T/?uri=LEGISSUM%3Ac10131. Para el texto completo, vid.: http://www2.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/54516/doc52811_Acuerdo_Marco_Europeo_sobre_Teletrabajo..pdf.

61 SIERRA BENITEZ, Esperanza Macarena. El contenido de la relación laboral en el teletrabajo. Sevilla: Consejo Económico y Social de Andalucía, 2011, p. 176.

62 CRUZ VILLALÓN, Jesús. Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía, cit., p. 29.

63 CRUZ VILLALÓN, Jesús. Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía, cit., p. 30.

64 SIERRA BENITEZ, Esperanza Macarena. El contenido de la relación laboral en el teletrabajo, cit., p. 177.

65 Puesto que se entiende como trabajo a distancia "aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa" (art. 31.1 ET), lo que obviamente incluye el teletrabajo.

Pese a la virtual inexistencia de un marco normativo estatal que regule toda la problemática que presenta el teletrabajo en materia de tiempo de trabajo, algunas Comunidades Autónomas no han dudado, sin embargo, en acometer la implantación de programas de teletrabajo dirigidos al personal al servicio de las administraciones públicas, abordando mediante normas autonómicas aspectos como la distribución de la jornada laboral en las que se fija, por ejemplo, la proporción de jornada que habrá de prestarse en la modalidad de teletrabajo y la que obligatoriamente tendrá carácter presencial, e incluso previendo la prestación a tiempo completo en la modalidad de teletrabajo[66]. Una de las disposiciones autonómicas más recientes, la adoptada por la Comunidad Autónoma de Murcia en virtud de la Orden de 3 de octubre de 2016, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se convoca un proyecto piloto experimental de teletrabajo en la Administración Pública Regional, resulta sumamente reveladora de hasta dónde puede resultar ilusoria esa aparente autonomía del tiempo de trabajo que el AMET pretende atribuir al telebrabajador. El art. 9.5 de esta norma autonómica se dedica a regular no ya el derecho a la desconexión de los teletrabajadores al servicio de la administración autonómica sino la posibilidad de fijar "periodos mínimos de interconexión" para realizar el trabajo, que podrían hacerse "coincidir con unas franjas horarias determinadas en las que las necesidades del servicio hacen necesaria la intercomunicación". Asimismo, a renglón seguido, su art. 10 determina "el control o evaluación de la persona teletrabajadora", que se efectuará, como era de esperar, "atendiendo al cumplimiento de objetivos o a la consecución de resultados", para lo cual la Jefatura del servicio o unidad administrativa a la que esté adscrito el trabajador podrá utilizar "los medios tecnológicos como instrumentos de control adicional para verificar el trabajo realizado".

Resulta evidente, por lo expuesto, que en las circunstancias actuales es la negociación colectiva la instancia reguladora que en mejor posición se encuentra para garantizar la igualdad de trato de los teletrabajadores en materia de tiempo de trabajo, con plena habilitación legal para buscar soluciones que han de pasar "inevitablemente" por una regulación convencional que "atienda a cada supuesto concreto"[67]. Sin embargo, como viene constatando la doctrina española, no hay muchos convenios colectivos que vengan ocupándose del teletrabajo, ya sea por la todavía escasa implantación en nuestro país de esta fórmula de prestación laboral o bien porque se viene optando por la negociación individual, lo que obviamente representa "un riesgo para la garantía de los derechos de los teletrabajadores"[68]. Para hacernos una idea de la escasa presencia de la regulación del teletrabajo en la negociación colectiva española puede bastar el siguiente dato: de los 218 convenios de empresa seleccionados aleatoriamente para el último muestreo objeto de estudio por parte del Observatorio de la Negociación Colectiva de CC.OO., tan solo ocho contienen alguna referencia al teletrabajo, y en seis de ellos solo se alude al mismo para ir ensayando el

66 Un estudio de las diversas iniciativas autonómicas adoptadas al respecto, en QUINTANILLA NAVARRO, Yolanda. El teletrabajo: de la dispersión normativa presente a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura, cit., pp. 113 a 117.

67 Así lo entiende, muy acertadamente a nuestro juicio, SIERRA BENITEZ, Esperanza Macarena. El contenido de la relación laboral en el teletrabajo, cit., p. 193.

68 Sobre todo ello, vid., QUINTANILLA NAVARRO, Yolanda. El teletrabajo: de la dispersión normativa presente a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura, cit., pp. 117 a 120.

uso de videoconferencias o como una medida a implantar en el futuro de cara a la conciliación de la vida laboral y familiar[69], sin que haya medidas concretas en materia de tiempo de trabajo.

Como ejemplo de buena praxis convencional cabría destacar, al menos, lo dispuesto en los dos convenios de la muestra que sí se ocupan de concretar algunas cuestiones relativas al "tiempo de teletrabajo". Así, el Convenio Colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España (que incluye Telefónica Móviles España y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones), incorpora como Anexo V un "Acuerdo para la implantación del teletrabajo" en el que, siguiendo los principios del AMET, se determina el número de días de teletrabajo a la semana (entre uno y cuatro), a fijar por acuerdo individual; se indica que el horario de teletrabajo "vendrá determinado por el horario general" de la unidad a la que pertenezca el teletrabajador, lo que se tomará como referencia para determinar, a su vez, "los derechos económicos que le corresponden"; se hace referencia al control de los días y horas de teletrabajo, que deberá efectuarse "partiendo del principio de que el trabajo debe realizarse como si se estuviera en la oficina, de tal forma que el teletrabajo no puede suponer una limitación a la adecuada y eficaz organización del trabajo" y se regula el "teletrabajo fuera del horario habitual", que solo podrá realizarse "a instancia del teletrabajador", por escrito, sin que pueda repercutir negativamente sobre el resto de compañeros, y respetando en todo caso "la legislación y normativa interna sobre duración de jornada, descanso entre jornada, duración máxima de la jornada diaria, pausas de descanso y descanso semanal". Por lo que respecta al Convenio Colectivo de la empresa Repsol Petróleo, S.A., su art. 19 establece un "acuerdo de teletrabajo", reproducido tam-

69 Hacen referencia al teletrabajo como medida de conciliación laboral y familiar, además de los convenios del Grupo Repsol, los siguientes convenios de empresa: art. 89 del Convenio Colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU (que considera de "común interés continuar progresando en su implantación" e incorpora un Anexo V donde se efectúa una "regulación común del telebrabajo"); art. 3.7 del Plan de Igualdad del Convenio Colectivo da empresa Ence Energía y Celulosa, S.A. (que pretende potenciar "el uso de la videoconferencia como vía para reducir la necesidad de los viajes de trabajo y facilitar una mejor conciliación de la vida personal y familiar"); art. 4.a) del Plan de Igualdad del Convenio Colectivo de la empresa BSH Electrodomésticos España, S.A. para el centro de trabajo de Esquiroz (que también pretende "potenciar" la videoconferencia para evitar viajes de trabajo); art. 117 del Convenio Colectivo para el personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid (que prevé la realización de "experiencias piloto" que permita la realización de "parte de la jornada laboral ordinaria en la modalidad de teletrabajo"); art. 27 del Convenio Colectivo de trabajo para el personal de la empresa GPEX, SAU (que también pretende implantar y regular el teletrabajo por considerarlo como "una de las formas innovadoras de organización y prestación flexible del trabajo en la Empresa" que "contribuye a la conciliación de la vida familiar, personal y laboral"; art. 13 del Convenio Colectivo de trabajo del Grupo Axa (donde se prevé la implantación de esta forma de organización del trabajo de acuerdo con los criterios rectores contenidos en la «Declaración relativa al teletrabajo» suscrita por los interlocutores sociales europeos del sector asegurador el 10 de febrero de 2015); art. 7 del Convenio Colectivo del Grupo Asegurador Reale (que también pretende implantar el teletrabajo "para aquellos puestos cuya naturaleza permita trabajar a distancia"). A nivel sectorial, también se hace referencia a la necesidad de promocionar el teletrabajo como medida de conciliación de la vida laboral y familiar en el art. 20 Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad.

bién en el Acuerdo Marco del Grupo Repsol, en el que se contemplan cinco modalidades de teletrabajo en función del número de días o porcentaje de jornada a la semana que se realizarán en régimen de teletrabajo, para lo cual será necesario firmar un "Acuerdo Individual de Teletrabajo (AIT) para la regularización a efectos laborales de su nueva situación antes de que ésta dé comienzo", que permitirá al interesado mantener todos sus derechos y obligaciones laborales, incluidos los relativos a jornada; con el fin de hacer efectivos estos derechos frente a los organismos de la Seguridad Social, el convenio contempla la emisión por parte de la empresa, "siempre que le sea requerida por la persona empleada o por sus representantes legales", una "certificación acreditativa del horario desempeñado en la situación de teletrabajo".

En cualquier caso, sin perjuicio del importante papel que corresponde jugar a la negociación colectiva, resulta evidente que la anómica situación actual no debería prolongarse indefinidamente, puesto que son muchas las lagunas existentes en materia de tiempo de trabajo, como ya hemos apuntado. Para colmar algunas de esas lagunas, especialmente la relativa a la delimitación del tiempo de disponibilidad, la doctrina ha venido defendiendo la aplicación al teletrabajo de la ya consolidada jurisprudencia comunitaria y nacional relativa a la consideración como tiempo de trabajo de los períodos de guardia del personal sanitario, u otros colectivos como bomberos, socorristas o educadores especializados, en los que, aun no realizándose actividad profesional alguna, el trabajador ha de estar localizable en caso de ser necesarios sus servicios[70]. En esa línea, la reciente Sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2018, asunto C 518-15 (Ville de Nivelles versus Rudy Matzak)[71], ha dado un paso más al considerar como tiempo de trabajo no solo las guardias realizadas en las instalaciones del empleador sino también las que se realicen en la vivienda del trabajador. En el caso en cuestión, se trataba de un bombero voluntario, integrado en el servicio de protección contra incendios del municipio de Nivelles, que tenía que estar localizable durante los tiempos de guardia, debiendo responder a las convocatorias de su empleador en el plazo de ocho minutos, pero con la particularidad de que este sistema de guardia localizada se llevaba a cabo en "el domicilio del Sr. Matzak y no (en) su lugar de trabajo", por lo que el TJUE acabaría considerando que "el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse «tiempo de trabajo»". Esta solución podía ser perfectamente extensible a todos aquellos períodos de tiempo en que el teletrabajador esté a disposición del empresario, ya sea en su domicilio o en cualquier otro lugar, pero sin realizar trabajo efectivo, e incluso podría servir de base para aplicar lo dispuesto en el art. 30 ET cuando el teletrabajador no pueda realizar la actividad convenida porque el empresario no haya facilitado los medios de interconexión necesarios, estos resulten defectuosos o falle la conexión a internet por causas no imputables al trabajador, sin que pueda exigírsele compensar el tiempo perdido durante el período de disponibilidad "con otro trabajo realizado en otro tiempo". Obviamente, también sería de aplicación al teletrabajo lo dispuesto en materia

70 Vid., al respecto, SIERRA BENITEZ, Esperanza Macarena. El contenido de la relación laboral en el teletrabajo, cit., pp. 189 a 197, donde se hace un completo estudio de esa jurisprudencia y de la doctrina que la ha venido interpretando.

71 http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=199508&doclang=ES.

de información y "previsibilidad mínima del trabajo" en la ya comentada Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

Pero resulta evidente que se trata de soluciones parciales, netamente insuficientes, que no pueden ocultar la imperiosa necesidad de una regulación legal del teletrabajo, tanto a nivel europeo, con una Directiva específica que intente armonizar el panorama normativo comunitario, como a nivel estatal, poniendo fin o atenuando al menos el estado de absoluta inseguridad jurídica actual[72]. Y particularmente necesaria resulta, como muy acertadamente ha pedido la doctrina española, una regulación de la disponibilidad del teletrabajador "que impida la invasión del tiempo de trabajo y de su vida privada", evitando "la disponibilidad total sin límites" y permitiendo "que el teletrabajador gestione, por regla general, la organización de su tiempo de trabajo atendiendo a las necesidades de la empresa y, en su caso de la clientela, de acuerdo con un horario normal, aunque flexible, que respete el derecho al descanso y a los días libres"[73]. Parece necesario, en definitiva, el establecimiento de un marco jurídico que garantice una ordenación decente del tiempo de trabajo.

4.- El derecho a una desconexión digital efectiva

Pese a la casi inagotable diversidad de ocupaciones, actividades y tareas sobre las que se proyectan, tanto el teletrabajo como la prestación de servicios profesionales a través de plataformas digitales tienen una característica común a efectos de tiempo de trabajo que consiste en la hiperconectividad de la persona trabajadora, en la posibilidad de estar localizable y a disposición del empleador en todo momento gracias a las TICs, lo que a la postre se traduce, si no se adoptan medidas legales correctoras, en una prolongación indefinida del tiempo de trabajo que constituiría una completa vulneración del derecho de "todo trabajador de la economía mundial" a una "duración máxima de su trabajo y (una) duración mínima de su descanso, independientemente del lugar en que haya nacido o de su residencia"[74].

Con independencia de su negativa repercusión sobre las necesidades de ocio, tiempo libre y conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, la prolongación excesiva de la jornada de trabajo entraña, ante todo, un serio problema de seguridad y salud laboral. Las pruebas empíricas realizadas al respecto no dejan lugar a dudas, como pone de manifiesto el informe de la OIT de 2018 titulado Working time and the future of work, donde se recoge un amplio abanico de investigaciones que así lo constatan. Por citar solo las consecuencias adversas más relevantes, resulta ya más que evidente que las jornadas de trabajo prolongadas (entendiendo por tales las jornadas de más de 48 o 50 horas semanales, dependiendo del estudio) provocan alteraciones del sueño, de los ritmos

72 Vid., en ese sentido, las propuestas de lege ferenda efectuadas por QUINTANILLA NAVARRO, Yolanda. El teletrabajo: de la dispersión normativa presente a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura, cit., pp. 120-121.

73 SIERRA BENITEZ, Esperanza Macarena. El contenido de la relación laboral en el teletrabajo, cit., p. 197.

74 Tal como se indica en el informe de la OIT sobre El tiempo de trabajo en el siglo XXI…, cit., donde se deja claro que aún "sigue siendo válido el principio de incorporar a la regulación de las horas de trabajo la perspectiva de los «derechos humanos»" (p. 11).

biológicos y de la vida familiar y social de las personas trabajadoras, lo que a su vez tiene efectos negativos sobre su nivel de fatiga, su estado de ánimo y, en última instancia, sobre su salud y seguridad. En relación con la salud, hay ya múltiples estudios que han constatado la existencia de reacciones agudas que implican respuestas fisiológicas como el aumento de los niveles de fatiga, el estrés y los trastornos del sueño, así como insalubres hábitos de vida tales como fumar, abusar del alcohol, una dieta irregular y la falta de ejercicio, lo que a largo plazo tiene como efecto una mayor incidencia de enfermedades cardiovasculares, infecciones crónicas, trastornos gastrointestinales y musculoesqueléticos, problemas mentales como ansiedad o depresión y unas tasas de mortalidad muy elevadas. Un reciente estudio efectuado en los Estados Unidos, en concreto, mostró claramente que trabajar regularmente muchas horas durante un largo período de tiempo está significativamente asociado con riesgos elevados de enfermedades cardíacas, cáncer no cutáneo, artritis y diabetes, siendo el riesgo observado mucho mayor entre las mujeres que entre los hombres. Además de estas implicaciones para la salud, también resulta palmario que los horarios de trabajo prolongados disminuyen la seguridad laboral, ya que el riesgo de lesiones derivadas de accidentes de trabajo crece exponencialmente con el aumento de la duración del horario de trabajo[75].

A todo ello hay que unir el surgimiento de los nuevos riesgos psicosociales derivados de la digitalización del proceso productivo, como la tecno-ansiedad, la multitasking madness, o locura multitarea que genera la imposibilidad de seguir el ritmo de las TICs, o el síndrome de fatiga informática, que provoca cansancio mental y cognitivo por sobrecarga de información. Como ha indicado la doctrina española, este "escenario de «super-agotamiento del yo» facilita la difusión de comportamientos asociales, insensibles y desviados; propicia la alienación y el extrañamiento, y allana el terreno para la activación de riesgos psíquicos, enfermedades mentales y depresivas"[76]. Hay que tener en cuenta además, que la hiperconectividad no solo afecta a los trabajadores más directamente relacionados con las TICs, puesto que en la actualidad "casi el total de la población trabajadora puede verse en la tesitura de que se le exija una conexión más o menos permanente que, unida a otros factores como el exceso de información, la adicción o la fobia a las nuevas tecnologías, puede tener efectos devastadores para la salud laboral"[77]. Ante este panorama, que empieza a convertirse en un verdadero problema de salud pública que excede con creces el ámbito laboral, nada tiene de extraño, pues, que en el reciente informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT se haya pedido a los gobiernos y a las organizaciones de empleadores y trabajadores el establecimiento del "derecho a la desconexión digital" como una de las fórmulas más idóneas para "aplicar de forma eficaz a nivel nacional determinados límites máximos de las horas de trabajo"[78].

75 Sobre todo ello, vid., MESSENGER, Jon. Working time and the future of work, cit., pp. 11-12.

76 ALEMÁN PAEZ, Francisco. El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail nº 2016-1088». En Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales. 2017, 30, pp. 12-33. Así, en p. 17.

77 IGARTÚA MIRÓ, María Teresa. El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. En Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF. 2019.432. pp. 61-87. Así, en p. 68.

78 OIT. Trabajar para un futuro más prometedor-Comisión Mundial sobre el Futuro del Tra-

Este derecho a la desconexión digital fue implantado ya de forma pionera en el ordenamiento jurídico francés a través de la Loi nº 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, â la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, que introdujo un modificación en el Code du Travail francés, visible hoy en su art. L.2242-17[79], según la cual "la negociación anual sobre igualdad profesional entre las mujeres y los hombres y la calidad de vida en el trabajo" incluiría también las "modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos reguladores del uso de utensilios digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de las vacaciones, así como de su vida personal y familiar". Cuando no haya acuerdo, será el propio empleador quien tenga que elaborar una "política de actuación" al respecto, previa audiencia del nuevo "comité social et économique" que a partir del 1 de enero de 2020 subsumirá a todos los representantes del personal en la empresa, fusionando así en un solo ente a los delegados de personal, al comité de empresa y al comité de higiene, seguridad y condiciones de trabajo[80]. Esta política empresarial de desconexión digital "definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección".

El precepto ha sido minuciosamente diseccionado por la doctrina[81], por lo que nos limitaremos aquí a resaltar los tres aspectos del mismo que, a efectos de nuestro estudio, resultan más significativos. Así, en relación con su naturaleza jurídica, resulta evidente, en primer lugar, que se trata de una mera norma de reconocimiento que ni siquiera se entretiene en definir el derecho que establece ni se ocupar de precisar su contenido y alcance, dejando su concreción en manos de la negociación colectiva o del propio empleador, en defecto de acuerdo. Esas lagunas, que podrían "lastrar la proyección institucional del nuevo derecho"[82], resulta cuando menos llamativa si tenemos en cuenta, como ha puesto de manifiesto la doctrina, que la norma no operaba en el vacío sino que venía precedida de varios acuerdos colectivos de empresa, e incluso sectoriales y de carácter interprofesional, que ya habían previsto mecanismos concretos de desconexión digital, tal como se indicaba en el propio Informe Mettling[83], que sirvió de base a esta norma francesa, donde se aludía, por

bajo, cit., p. 41.

79 A donde fue a parar el originario apartado 7 del art. L.2242-8 Code du Travail tras la reforma efectuada por Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=36FD1AD3A-872BA1AEC1C17DFBCB587CF.tplgfr29s_1?idSectionTA=LEGISCTA000035611818&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20190919.

80 Vid, sobre ello, https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F34474.

81 Vid., además de la obra ALEMÁN PAEZ, Francisco, ya citada, VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa. El derecho a la desconexión: ¿«novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF. 2017, 408, pp. 167-178; AGUILERA IZQUIERDO, Raquel y CRISTOBAL RONCERO, Rosario. Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica. En: El futuro del trabajo que queremos. Madrid: OIT-Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, pp. 331-341.

82 ALEMÁN PAEZ, Francisco, opus cit., p. 25.

83 Informe sobre "Transformación digital y vida laboral" que debe su nombre a Bruno Mett-

ejemplo, al sistema mail on holiday implantado por Mercedes Benz, "que reenvía automáticamente el mensaje a otros trabajadores en activo"[84]. Nada tiene de extraño, por tanto, que un sector de la doctrina llegara a considerar que la norma, pese a su aparente "esnobismo legal", no podía ser calificada sin más como una "mera ocurrencia legislativa" sino que su aspiración no podía ser otra, en realidad, que la de "generalizar las consideradas, en el mundo de la empresa y el trabajo, como «buenas prácticas»"[85]. Parece claro, pues, que el legislador francés contaba con suficientes referentes prácticos como para haber dotado al "derecho a la desconexión" que instauraba ex novo con las garantías de efectividad necesarias, tanto más necesarias, si cabe, "precisamente, en los momentos genéticos de formación de las instituciones"[86], lo que constituye una carencia originaria tan relevante que resulta legítimo dudar sobre la novedad de esta iniciativa, de ahí que un sector doctrinal haya considerado que el precepto se limitaba a explicitar un derecho al descanso que ya tenían reconocido los trabajadores[87].

Menos dudas plantea, en segundo lugar, la finalidad perseguida por el derecho a la desconexión digital. De entrada, el precepto aparece encuadrado sistemáticamente en el ámbito de la negociación anual sobre los planes de igualdad entre mujeres y hombres y sobre "la calidad de vida en el trabajo", de ahí que el objetivo último del precepto fuese, como se indica de forma expresa, "asegurar el respeto al tiempo de descanso y vacaciones" del trabajador, así como "su vida personal y familiar". No resulta difícil colegir de ahí que los bienes jurídicos protegidos por la norma son la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, pero, sobre todo, su seguridad y salud laboral, puesto que a ello se reconduce en última instancia, como hemos podido ver, tanto la calidad de vida en el trabajo como el derecho al descanso. De hecho, el propio Informe Mettling partía de un enfoque preventivo del derecho a la desconexión, advirtiendo que "la utilización de equipos informáticos por el trabajador fuera del horario laboral podría producir, en ocasiones, una sobrecarga de información y comunicación dañina para su vida privada por el riesgo de incumplir los tiempos de descanso diarios y semanales"[88].

El tercero de los aspectos a destacar de esta norma, aun siendo de carácter procedimental, va a jugar un papel decisivo en la concreción de las responsabilidades derivadas del derecho a la desconexión digital. La elusión por parte del legislador de su obligación de dar contenido efectivo a sus disposiciones jurídicas, hace recaer sobre la negociación colectiva

---

ling, Director General adjunto de Orange que lo redactó. Vid., en: https://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/154000646-transformation-numerique-et-vie-au-travail.

84 IGARTÚA MIRÓ, María Teresa. El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, cit., p. 83.

85 VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa. El derecho a la desconexión: ¿«novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso, cit., p. 173.

86 Como acertadamente señala ALEMÁN PAEZ, Francisco, opus cit., p. 31.

87 Vid., sobre ello, VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa. Opus cit., p. 172.

88 AGUILERA IZQUIERDO, Raquel y CRISTOBAL RONCERO, Rosario. Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica, cit., p. 335. En el mismo sentido, IGARTÚA MIRÓ, María Teresa, opus cit., para quien, en dicho informe, se engarzaba "indisolublemente el derecho con la tutela de la salud y de la vida del trabajador, que debe mantenerse separada de la vida profesional, impidiendo la total invasión de espacios por parte de la primera", pp. 73-74.

la labor de delimitar tanto "las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador" de su derecho a la desconexión, como la "puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación del uso de los dispositivos digitales". Eso implica, obviamente, la atribución a la negociación colectiva de un papel nuclear en la delimitación de este novedoso derecho digital, puesto que sin su intervención, sin la determinación convencional de los mecanismos de desconexión a implantar, no habría forma de hacer efectivo este nuevo derecho digital legalmente reconocido. En cualquier caso, la ausencia de regulación convencional "no frustra la existencia de una medida de acción empresarial", puesto que la empresa tiene el deber, previa consulta con el comité social y económico, de elaborar una "política de modernización tecnológica que incluya no solo sus usos productivos sino también los educativos en su buen uso, para que no lesione derechos personales de los trabajadores"[89]. Conviene advertir, por otro lado, que esa obligación empresarial de confeccionar una "política de actuación" en materia de desconexión digital que delimite sus modalidades de ejecución y prevea "la puesta en marcha de acciones de formación y sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales", no desaparece cuando haya negociación colectiva al respecto, puesto que el empresario, como acertadamente ha advertido la doctrina, en la medida en que es responsable de la seguridad y salud laboral de sus trabajadores, "debe ejercer un auténtico poder de control de su jornada de trabajo, tratando de evitar que los trabajadores hagan uso de los medios tecnológicos que les permiten estar conectados con la empresa fuera de sus horas de trabajo"[90].

Siguiendo el modelo francés, y en ocasiones casi reproduciendo literalmente algunos aspectos de su redacción, el legislador español también ha dado el paso de positivar el "derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral" a través de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD)[91]. Su art. 88.1 establece a tal fin que tanto los trabajadores como los empleados públicos "tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar", lo que se completa con la reiteración del reconocimiento formal de este derecho "digital" en el nuevo art. 20 bis ET y en la nueva letra j bis) del art. 14 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Si tenemos en cuenta que el resto del art. 88 LOPD se refiere a los aspectos procedimentales en los términos que luego veremos, resulta meridianamente claro que el legislador español tampoco se ha atrevido a definir el derecho a la desconexión digital ni a delimitar su conte-

89 Así lo entiende, acertadamente a nuestro juicio, VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa. Opus cit., p. 176.

90 AGUILERA IZQUIERDO, Raquel y CRISTOBAL RONCERO, Rosario. Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica, cit., p. 340.

91 https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-16673. Con esta norma, tal como se indica en su exposición de motivos, se adaptaba el ordenamiento español a las exigencias del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

nido, emulando así al legislador francés tanto en la redacción del precepto, que es idéntico al del art. L.2242-17 del Code du Travail, salvo en la referencia, obvia por lo demás, a que la desconexión se ha de producir fuera del tiempo de trabajo estándar[92], como a la hora de hacer caso omiso a las buenas prácticas empresariales y convencionales que ya en la fecha de adopción de la LOPD tenían que ser sobradamente conocidas por el legislador. Como ha hecho ver la doctrina, esas buenas prácticas incluían "herramientas" como "la prohibición de las comunicaciones fuera del horario, el sistema de redirección de correos electrónicos; la desconexión de servidores para controlar que los trabajadores acogidos al régimen de teletrabajo respetan su horario y que no se les pueda contactar fuera del mismo y, por último, el sistema de alertas para enviar avisos a aquellos trabajadores que realizan más de cinco conexiones laborales fuera de su horario para advertirles de la necesidad de desconectar"[93].

Así, como en el caso francés, la concreción de "las modalidades de ejercicio" del derecho a la desconexión digital acabará quedando sujeta "a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores", para lo cual se atenderá "a la naturaleza y objeto de la relación laboral" y se potenciará "el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar" (art. 88.2 LOPD). Por modalidades de ejercicio del derecho habrá que entender, como hace la doctrina, que se está haciendo referencia a la necesidad de acomodarlo a la diversidad de situaciones existentes, distinguiendo entre trabajadores presenciales, trabajadores a distancia y los que combinan ambas fórmulas de prestación laboral, así como teniendo en cuenta las diferencias existentes "en función de si el trabajador tiene un horario típico (regular, en su mayor parte), flexible o con capacidad de autogestión del tiempo de trabajo"[94]. Si damos esa interpretación extensiva a la expresión "modalidades de ejercicio" del derecho, la segunda consideración relativa a la necesidad de atender a la "naturaleza y objeto de la relación laboral" nos parece perfectamente prescindible porque no añade nada nuevo.

92 El art. 88.1 de la LOPD indica asimismo, a diferencia del precepto francés, que la desconexión también resultará operativa a efectos de "permisos", lo que extiende su campo de aplicación objetivo, de forma acertada a nuestro juicio, a una materia indirectamente relacionada con la ordenación del tiempo de trabajo.

93 Así lo resume muy certeramente PEREZ CAMPOS, Ana Isabel. La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral? En: Anuario Jurídico y Económico Escurialense. 2019, 2, pp. 101-124. El párrafo entrecomillado procede de la p. 116. Otro estudio bastante completo de los antecedentes del derecho a la desconexión digital en la negociación colectiva española, en IGARTÚA MIRÓ, María Teresa, opus cit., pp. 77 a 80. La doctrina suele hacer referencia incluso a algún precedente judicial como la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 1997, que declaró nulas las instrucciones establecidas por una empresa que obligaba a mantener una conexión ininterrumpida y en todo momento de sus teléfonos móviles con los de la empresa y los de todos sus clientes una vez acabada la jornada de trabajo; la Audiencia Nacional consideró que ello sobrepasaba las facultades de dirección y control que el empresario tenía reconocido ex art. 20 ET. Sobre dicha sentencia, vid., además del estudio de PEREZ CAMPOS, Ana Isabel, cit., pp. 117-118, el análisis jurisprudencial de MORENO GONZÁLEZ-ALLER, Ignacio. El derecho de los trabajadores a la desconexión tecnológica. En: Revista de Jurisprudencia. 2018. 2, pp. 16-20.

94 IGARTÚA MIRÓ, María Teresa, opus cit., p. 69.

Interesa resaltar de esta remisión legal a la negociación colectiva, que el art. 88.2 LOPD no da preferencia al convenio de empresa, lo que ha sido criticado por un sector doctrinal por entender que en determinados casos puede ser el más adecuado, y deja en un segundo plano al acuerdo de empresa, que sólo resultará operativo en defecto de convenio colectivo[95]. Con independencia de que nada garantiza que la negociación colectiva acabe asumiendo ese papel regulador que elude el legislador, puesto que no se impone "un deber de negociar ni se ha optado por incluir esta cuestión en el contenido necesario del convenio"[96], se trata, no obstante, de una medida necesaria a nuestro juicio en la medida en que ello podría contribuir a una más completa generalización de las herramientas de desconexión digital que acaben pactándose, lo que dotaría de una mayor efectividad al derecho a la desconexión. Conviene advertir, en cualquier caso, que este nuevo derecho digital es un "derecho subjetivo perfecto" que preexiste a la negociación colectiva, por lo que el trabajador podrá exigir su respeto "en la manera que estime más conveniente, aun en ausencia de pacto colectivo"[97].

Lo que sí queda mucho más claro en la versión española que en la francesa es la existencia en todo caso del deber empresarial de asegurar el derecho a la desconexión digital, haya sido este concretado o no por la negociación colectiva o el acuerdo de empresa, puesto que el art. 88.3 LOPD deja bien claro, sin hacer referencia a la falta de acuerdo colectivo, que el "empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas". Aparte de esta clara atribución de responsabilidad empresarial y del especial hincapié que se hace en el último párrafo a la necesidad de reforzar el derecho a la desconexión de los trabajadores digitales, el resto del art. 88.3 LOPD presenta los mismos problemas de hermenéutica jurídica que su homólogo francés. Así, resulta evidente que la expresión "política interna" de desconexión no es la más apropiada para tipificar un deber empresarial, puesto que "dilata excesivamente los márgenes de maniobra del empleador laboral" y acaba siendo un "textema" que "no puede ser más anfibológico y escurridizo para incardinar los códigos del derecho de desconexión"[98]. Por otro lado, el hecho de considerar como parte integrante de esa política de actuación empresarial la realización de acciones formativas y de "sensibilización sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas", además de ser "un desiderátum profiláctico de corto recorrido aplicativo, o lo que es igual,

95 Sobre todo ello y la doctrina que sí lo entiende, vid., IGARTÚA MIRÓ, María Teresa, opus cit., p. 76.

96 SERRANO ARGÜESO, Mariola. "Always on". Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0. En: Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. 2019. 7, pp. 163-191. Así, en p.183.

97 Tal como hace ver muy acertadamente IGARTÚA MIRÓ, María Teresa, opus cit., p. 76.

98 ALEMÁN PAEZ, Francisco. El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail nº 2016-1088», cit., p. 28.

una declaración de intenciones inserta deónticamente bajo el ámbito de los comportamientos socialmente deseables"[99], puede inducir a pensar, como advierte un sector doctrinal, que el derecho a la desconexión es una especie de "derecho-deber del trabajador", pues aun "reafirmando que la condición de garante recae exclusivamente sobre el empresario, resultará difícil satisfacer el derecho si no se cuenta con la colaboración del trabajador"[100]. En relación con esta última cuestión, conviene tener en cuenta, no obstante, que se trata probablemente de un dilema más aparente que real, puesto que, al consistir la prestación laboral en una obligación contractual de tracto sucesivo que compromete la entera personalidad psicofísica de la persona trabajadora, todo derecho laboral exige, en realidad, una cierta colaboración por parte de su titular para ser efectivo. Así ocurre, por ejemplo, con el derecho al salario, cuya percepción requiere que la prestación laboral sea ejecutada con el grado de rendimiento exigido, o con el derecho a la seguridad y salud laboral, que también conlleva una obligación de cooperación preventiva por parte del trabajador que incluso aparece contemplada en el art. 29 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).

Pero lo más preocupante de la forma en que aparece legalmente configurada la obligación empresarial de garantizar el derecho a la desconexión digital es que parece situarse fuera del marco de la seguridad y salud laboral. A eso parece conducir, desde luego, el hecho mismo de haber sido tipificada en el contexto de una norma como la LOPD, que tiene como objetivo básico garantizar el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar consagrado en el art. 18.1 CE; y tampoco contribuye a resaltar su conexión con las obligaciones preventivas del empleador la apelación que el art. 88.2 LOPD hace a la negociación colectiva para que, mediante el ejercicio del derecho a la desconexión digital, se potencie la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras. En cualquier caso, nada de eso constituye una razón suficiente para ignorar que, teniendo la desconexión digital como finalidad nuclear de respetar el derecho al descanso, como el propio precepto reconoce, sus principales efectos se despliegan y adquieren significación efectiva en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, de ahí que el art. 88.3 LOPD indique de forma expresa que la finalidad última de la política empresarial de desconexión no sea otra que la de evitar "el riesgo de fatiga informática". Conviene advertir al respecto que el derecho al descanso, así como todo lo relativo a vacaciones anuales, pausas y el establecimiento de límites máximos de jornada diaria y semanal, son cuestiones organizativas que caen en la órbita de la seguridad y salud laboral, tal como establece la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, en cuyo art. 1.1 se deja meridianamente claro que su objetivo es establecer "las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo".

La propia doctrina ha llegado a enfatizar con bastante acierto, en relación con el inadecuado marco regulador del derecho a la desconexión, que "resulta necesario un enfoque netamente preventivo del problema, a fin de paliar las nefastas consecuencias que la

99 Ibídem, p. 29.

100 IGARTÚA MIRÓ, María Teresa, opus cit., p. 70; en el mismo sentido, SERRANO ARGÜESO, Mariola, opus cit., p. 184.

conectividad permanente puede tener sobre la salud de los trabajadores"[101], por lo que el derecho a la desconexión digital, el derecho a no responder a las comunicaciones telefónicas o electrónicas fuera del horario laboral, vendría a ser en realidad una de las manifestaciones del genérico "derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo" establecido en el art. 14.1 LPRL. Y como todo derecho específico en este ámbito ha de tener su correlato obligacional, sobre el empresario recae un deber de abstención del uso de herramientas digitales para contactar o comunicarse con sus empleados en su tiempo privado, de ahí que el deber empresarial de desconexión represente una de las específicas obligaciones derivadas de la deuda general de seguridad, del genérico "deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales" que aparece contemplado en el segundo párrafo del art. 14.1 LPRL. En definitiva, la protección de la seguridad y salud laboral de las personas trabajadoras es, con independencia del carácter de la norma que instaura el derecho a la desconexión, el marco natural de actuación de este nuevo derecho digital, por lo que todo incumplimiento por parte del empleador de su deber de respetar ese derecho podría conducir a la aplicación de la variada gama de responsabilidades laborales, civiles, administrativas e incluso penales que lleva aparejada la vulneración de la obligación general de seguridad y salud laboral.

5.- Robotización del proceso productivo versus reparto del tiempo de trabajo.

La automatización del proceso productivo no es un fenómeno nuevo, puesto que sus antecedentes se remontan a la aparición del telar automático a comienzos del siglo XIX, pero resulta evidente que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación le han dado un impulso espectacular, puesto que el flujo de datos es fundamental para el desarrollo de la robótica y de los sistemas de inteligencia artificial, que han adquirido una asombrosa capacidad de recopilar y compartir información sensible, con autonomía integrada, facultad de autoaprendizaje e incluso posibilidad de automodificarse[102]. Y un nuevo salto cualitativo está ya gestándose con la aparición del denominado internet de las cosas, que facilitará las comunicaciones entre máquinas, aplicaciones y dispositivos que podrán relacionarse entre sí y con bases de datos sin la intervención de los seres humanos. El campo tradicional de expansión de la tecnología robótica ha sido el sector de la automoción y la industria electrónica, pero con su cada vez mayor versatilidad y autonomía, los robots y la inteligencia artificial también están empezando a desplegar sus efectos por otros ámbitos "como el transporte, la asistencia sanitaria, las operaciones de salvamento, la educación y la agricultura, permitiendo que los seres humanos dejen de exponerse a condiciones peligrosas, como, por ejemplo, las que entraña la limpieza de lugares contaminados con sustancias tóxicas", de ahí que, como se indica en la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica, este sector de importancia estratégica tenga "potencial

101 IGARTÚA MIRÓ, María Teresa, opus cit., p. 73.

102 PARLAMENTO EUROPEO. Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica. A8-0005/2017. 27 de enero de 2017, pp. 39-40 (Opinión de de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior). Puede verse on line en: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_ES.html.

para transformar el modo de vida y las formas de trabajo"[103]. Todo ello se ve reflejado en el rápido crecimiento de las ventas de robots durante la última década, con un incremento del 16% en 2016 respecto al año anterior, según los datos estadísticos de la Federación Internacional de Robótica (IFR), en cuyas estimaciones se prevé que más de 3 millones de robots industriales estarán en funcionamiento en 2020, lo que representa una tasa media de crecimiento anual del 14% entre 2017 y 2020[104].

De creer la información suministrada por la IFR, cuyas opiniones hay que tomarlas con cierta reserva por ser parte interesada, los efectos sobre el empleo de este vertiginoso desarrollo de la robótica no pueden ser más positivos. En su reciente informe sobre el impacto de la robótica en la productividad y el empleo, se afirma que los robots incrementan la productividad y la competitividad, lo que conduce a un aumento de la demanda y a la creación de nuevas oportunidades de empleo, sobre todo en relación con los trabajadores altamente cualificados, lo que a su vez tendría un impacto muy positivo sobre los salarios. Según los estudios que maneja la IFR, la calificación de job killers que se da a los robots no está justificada si tenemos en cuenta que menos del 10% de los trabajos son totalmente automatizables, lo que significa que los robots sustituyen las actividades laborales pero no los puestos de trabajo, de ahí que se concluya afirmando que el futuro será de robots y humanos trabajando juntos, contribuyendo la robótica así a complementar e incluso aumentar la mano de obra. La repercusión de ese idílico escenario sobre el tiempo de trabajo sería pues, como se ha indicado desde una perspectiva tecno-optimista, que el aumento de la productividad derivado de la robotización del proceso productiva permitiría trabajar menos, dado que los nuevos puestos de trabajo podrían "representar menos horas de trabajo por trabajador, recibiendo sin embargo una mayor remuneración en base al reparto de incrementos de la productividad"[105].

Pero también es posible que el panorama no sea tan halagüeño como el descrito a efectos de empleabilidad si tenemos en cuenta que "la sustitución de trabajadores por sistemas tecnológicos avanzados y robots cuenta con numerosos ejemplos en la doctrina de nuestros tribunales"[106], por lo que es bastante probable que, para los trabajadores menos cualificados, la robotización del proceso productivo sí que puede representar una seria amenaza para sus puestos de trabajo. Cada vez parece más evidente, sin necesidad de ser adivino, que es posible automatizar ya un gran número de tareas en sectores de actividad, como el trabajo de oficina o en cadenas de montaje, donde se ha venido concentrando

103 PARLAMENTO EUROPEO. Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica. P8_TA (2017) 0051. 16 de febrero de 2017. http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html.

104 IFR. The impact of Robots on Productivity, Employment and Jobs. A positioning paper by International Federation of Robotics. Frankfurt (Germany). Published by IFR. 2018. https://ifr.org/papers.

105 En ese sentido, CASTELLS, Manuel. Nuevas tecnologías, economía y sociedad. Madrid, UAM. 1988. Citado por MERCADER UGUINA, Jesús R. El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica, cit., p. 229.

106 MERCADER UGUINA, Jesús R. El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica, cit., p. 220.

gran parte de la población activa, y no faltan advertencias sumamente pesimistas cuyas cifras auguran un desempleo tecnológico masivo a corto y medio plazo[107]. La propia Resolución del Parlamento Europeo sobre Normas Civiles sobre robótica, aun situándose en un horizonte optimista, reconoce que "si bien es posible que el uso generalizado de robots no acarree automáticamente la sustitución de puestos de trabajo, sí que es probable que los empleos menos cualificados en sectores intensivos en mano de obra sean más vulnerables a la automatización".

Dado que existe un indudable riesgo de que los nuevos puestos de trabajo creados al albur de la progresiva robotización del proceso productivo no lleguen a compensar los puestos de trabajo humanos que elimine, produciéndose una pérdida neta de empleo, resulta lamentable que el Parlamento Europeo no haya incorporado en su Resolución sobre robótica las sugerencias de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, que pedía una evaluación de la posibilidad de "reducir el horario de trabajo semanal, anual y a lo largo de la vida laboral sin que ello redunde en una pérdida de ingresos" habida cuenta de que el proceso de robotización hará desaparecer muchos empleos, reduciendo también el tiempo de trabajo individual en numerosos sectores a la vez que el aumento de la productividad permitiría compensar la diferencia salarial. Conviene advertir al respecto que el reparto del tiempo de trabajo es, precisamente, una de las principales medidas que la OIT recomendó en su informe sobre El tiempo de trabajo en el siglo XXI porque los efectos de los "programas de trabajo compartido" implantados en algunos países permitía llegar a la conclusión de que "dichos programas reducen realmente los despidos al fomentar la reducción per cápita de las horas de trabajo"[108].

Resulta pues absolutamente necesario prever medidas legales sobre ordenación del tiempo de trabajo para cada uno de los dos posibles escenarios. Si la robotización conduce a un panorama como el descrito por la IFR, en el que humanos y robots trabajarán juntos sin una pérdida neta de empleo, el reparto del tiempo de trabajo será un hecho consumado, pero habrá que adoptar medidas para garantizar que el trabajo humano no vea reducido su valor, evitando un descenso de los niveles salariales y de las cotizaciones sociales derivadas de dichos salarios. Si vamos a un escenario de pérdida masiva de empleo, a una especie de sociedad del post-trabajo, el reparto del tiempo de trabajo sin disminución del salario será mucho más necesario aún, puesto que sólo ello permitiría alcanzar ese horizonte dibujado por la Resolución del Parlamento Europeo en el que "la automatización de los puestos de trabajo puede liberar a las personas de tareas monótonas y permitirles que se dediquen a otras más creativas y significativas". Tareas que, habría que añadir, no necesariamente tendrían que ser de índole productiva, puesto que la disminución de las horas de trabajo, al aumentar el tiempo privado de las personas trabajadoras, les permitiría poder dedicar más tiempo a las actividades sociales, culturales, deportivas o meramente recreativas, lo que, a su vez, podría ser la base de una futura industria del ocio que generara empleos difícilmente robotizables.

107 En la obra de MERCADER UGUINA citada en la nota anterior se ofrecen numerosos ejemplos de pronósticos "tecno-pesimistas", desde las famosas profecías de Jeremy Rifkind a la de los expertos de CaixaBank Research que pronostican que "un 43 % de los puestos de trabajo actuales en España tienen un riesgo elevado de ser automatizados a medio plazo" (p. 231).

108 OIT. El tiempo de trabajo en el siglo XXI. Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo, cit., p. 72.

6. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, Raquel y CRISTOBAL RONCERO, Rosario. Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica. En: El futuro del trabajo que queremos. Madrid: OIT-Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, pp. 331-341.

ALEMÁN PAEZ, Francisco. El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail nº 2016-1088». En Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales. 2017, 30, pp. 12-33.

BERINS COLLIER, Ruth, DUBAL, V.B. y CARTER, Christopher. Labor Platforms and Gig Work: The Failure to Regulate. IRLE Working Paper. 2017, 106-17, pp. 1-29.

CES. El futuro del trabajo. Madrid: Consejo Económico y Social de España, 2018.

COMISION EUROPEA La dimensión social y del mercado de trabajo en la sociedad de la información. Prioridad para las personas. Las próximas etapas. COM (97) 390, de 17 de julio de 1997.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía. Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social. 2017, 138, pp. 13-47

EUROFOUND. New forms of employment. Luxemburgo, Publicaciones Oficiales de la Unión Europea. 2015.

EUROFOUND-ILO. Working anytime, anywhere: the effects on the world of work. Luxemburgo-Ginebra: Publications Office of the European Union and the International Labour Office, 2017.

GINÉS I FABRELLAS, Anna y GÁLVEZ DURÁN, Sergi. Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital. InDret. Revista para el Análisis del Derecho. 2016, 1, pp. 1-44al. 2017, 138, pp. 13-47.

IFR. The impact of Robots on Productivity, Employment and Jobs. A positioning paper by International Federation of Robotics. Frankfurt (Germany). Published by IFR. 2018.

IGARTÚA MIRÓ, María Teresa. El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. En Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF. 2019.432. pp. 61-87.

KEYNES, John Maynard. Economic possibilities for our grandchildren. En: Essays in Persuasion. New York, Harcourt Brace, 1930. pp. 358–373.

LEHDONVIRTA, Vili. Flexibility in the gig economy: Managing time on three online piecework platforms. En: New Technology, Work and Employment. 2018, 33, pp. 13–29.

LEÓN ORDÓÑEZ, Gisela C. Ausencia de regulación, desprotección y encubrimiento de las relaciones de trabajo, ante las nuevas tendencias de prestación de servicio derivada de la economía colaborativa. En: Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 105-126.

LOZANO LARES, Francisco. El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral. Un análisis tipológico. Madrid: Cinca, 2014.

MERCADER UGUINA, Jesús R. El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

MERCADER UGUINA, Jesús R. La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad. En: Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 155-176.

MESSENGER, Jon. Working time and the future of work. Ginebra: OIT, 2018.

MESSENGER, Jon y GSCHWIND, L. Three generations of telework: New ICT and the (r)evolution from home office to virtual office. New Technology, Work and Employment. 2016. 31-3, pp. 195-208.

MORENO GONZÁLEZ-ALLER, Ignacio. El derecho de los trabajadores a la desconexión tecnológica. En: Revista de Jurisprudencia. 2018. 2, pp. 16-20.

OIT. El tiempo de trabajo en el siglo XXI. Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2011.

OIT. Trabajar para un futuro más prometedor-Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2019.

PARLAMENTO EUROPEO. Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica. P8_TA (2017) 0051. 16 de febrero de 2017.

PARLAMENTO EUROPEO. Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica. A8-0005/2017. 27 de enero de 2017.

PEREZ CAMPOS, Ana Isabel. La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral? En: Anuario Jurídico y Económico Escurialense. 2019, 2, pp. 101-124.

QUINTANILLA NAVARRO, Yolanda. El teletrabajo: de la dispersión normativa presente a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura. En: El futuro del trabajo que queremos. Madrid: OIT-Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, pp. 109-122.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz. Clásicos y nuevos desafíos del trabajo en la economía 4.0. En: El futuro del trabajo que queremos. Madrid: OIT-Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, pp. 273-295.

SERRANO ARGÜESO, Mariola. "Always on". Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0. En: Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. 2019. 7, pp. 163-191.

SIERRA BENITEZ, Esperanza Macarena. El contenido de la relación laboral en el teletrabajo. Sevilla: Consejo Económico y Social de Andalucía, 2011.

ROSENBLAT, Alex y STARK, Luke. Algorithmic labor and information asymmetries: A case study of Uber's drivers. En: International Journal of Communication. 2016, 10, pp. 3758–3784.

TODOLÍ SIGNES, Adrián. El impacto de la "Uber Economy" en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo. IUSLabor. 2015, 3, pp. 1-29.

TOFFLER, Alvin. The Third Wave. Barcelona (edición en castellano): Orbis, 1980.

TRILLO PÁRRAGA, Francisco. El trabajo en plataformas virtuales: a propósito del caso Uber. En: Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 223-244.

USHAKOVA, Tatsiana. El derecho de la OIT para el trabajo a distancia: ¿una regulación superada o todavía aplicable? En: Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. 2015, 3-4, pp. 1-19.

USHAKOVA, Tatsiana. Los modelos de la acción normativa de la OIT para regular el trabajo a distancia. En: El futuro del trabajo que queremos. Madrid: OIT-Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, pp. 445-459.

VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa. El derecho a la desconexión: ¿«novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF. 2017, 408, pp. 167-178.

ACUERDO DEL COMITÉ CIENTÍFICO DE LAS XXXVIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES.

En Sevilla, a 13 de diciembre de 2019, reunido el Comité Científico de las XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales.

Tras las correspondientes deliberaciones y análisis de los textos de las diversas ponencias específicas presentadas, que en la presente convocatoria han ascendido a 24, y teniendo en cuenta el interés y relevancia del tema abordado, la identificación de cuestiones significativas para el debate doctrinal, y la claridad argumental y expositiva,

A C U E R D A N

Otorgar el Premio a la mejor ponencia específica ex aequo, a:

- **Dª Rosa Martín Muñoz, por su trabajo "Tiempo de trabajo y desconexión digital"**

y a:

- **D. Francisco Vigo Serralvo, por su trabajo "Recusaciones dogmático jurídicas al tiempo de presencia"**

Otorgar 2 premios de accésit entre las ponencias específicas presentadas a:

- **Dª Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado, por su trabajo " El control de las personas trabajadoras a través de la tecnología portátil en la era digital: tiempo de trabajo y derecho a la intimidad "**

- **D. José Bascón Marín, por su trabajo "El cálculo de los periodos cotizados y la integración de lagunas en los trabajadores a tiempo parcial. Una regulación discriminatoria y desfavorable"**

PONENCIA ESPECÍFICA PREMIADA
TIEMPO DE TRABAJO Y DESCONEXIÓN DIGITAL
WORKING TIME AND DIGITAL DISCONNECTION

Mª ROSA MARTÍN MUÑOZ
Becaria de Investigación FPU. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

1. Introducción
2. Hiperconexión digital y su incidencia en la salud laboral de los trabajadores
3. El nuevo derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral
   3.1. Primeras manifestaciones legales del derecho a la desconexión digital en el entorno europeo
   3.2. Estado de la cuestión en España
      3.2.1. Derecho a la desconexión digital y su reflejo en la negociación colectiva
      3.2.2. El derecho a la desconexión digital y algunos pronunciamientos jurisprudenciales
      3.2.3. El derecho a la desconexión digital y su plasmación legal: artículo 88 de la LOPDP
4. Conclusiones
5. Referencias Bibliográficas

RESUMEN: Las continuos avances tecnológicos asociados al mundo digital están provocando importantes desafíos para el Derecho del Trabajo, entre otros, la delimitación de las fronteras espaciales y temporales entre la vida laboral y la vida privada. Actualmente, asistimos a un fenómeno de hiperconexión digital que hace que los límites entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso se estén diluyendo cada vez más, lo que supone una amenaza real para la salud de los trabajadores. Por todo ello, y tras un interesante debate sobre la necesidad de su regulación, recientemente se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la desconexión digital. A tal efecto, el presente trabajo pretende ofrecer un diagnóstico del nuevo derecho aportando soluciones jurídicas y sociales prácticas que permitan garantizar su plena efectividad.

Palabras clave: digitalización, tiempo de trabajo, salud laboral, conciliación, desconexión digital, negociación colectiva.

ABSTRACT: The continuous technological advances associated with the digital world are provoking important challenges for the Labour Law, among others, the delimitation of spatial and temporal borders between work and private life. Currently, we are witnessing a phenomenon of digital hyperconnection that causes the boundaries between working time and rest time to become increasingly blurred, posing a real threat to workers' health. For all these reasons, and following an interesting discussion on the need for regulation, the right to digital disconnection has recently been incorporated into our legal system. To this end, this paper aims to provide a diagnosis of the new right by providing practical legal and social solutions to ensure its full effectiveness.

Keywords: digitalization, working time, health at work, conciliation, digital disconnection, collective bargaining.

1. INTRODUCCIÓN

La irrupción de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante, NTIC) en el ámbito de las relaciones productivas ha revolucionado por completo la sociedad del trabajo, generando cambios sustanciales en la organización de las tareas, tiempo de trabajo, interrelaciones sociales y gestión empresarial[1].

No cabe duda de que las NTIC favorecen el trabajo flexible y mejoran la productividad y competitividad mediante una utilización eficiente de los recursos, pero también modifican los parámetros tradicionales del tiempo de trabajo impulsando la autogestión y la realización de la actividad laboral en cualquier momento y lugar (conectividad permanente), lo que hace que el trabajador no encuentre límites claros entre la separación de su esfera privada y su esfera profesional. Esto es, la digitalización facilita que el trabajador pueda disponer de un mayor grado de libertad para desarrollar su trabajo en la forma, tiempo y lugar que considere más oportuno, pero a la vez le coloca en una situación de conexión permanente que puede suponer un alargamiento de la jornada laboral más allá de la legalmente permitida, generando importantes riesgos para su salud, no sólo físicos sino también psicosociales[2].

En este contexto de hiperconexión digital surge el derecho a la desconexión digital, recientemente incorporado a nuestro ordenamiento jurídico través de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPDP), con el fin último de controlar los límites de la jornada laboral y garantizar un tiempo mínimo de descanso al trabajador.

Al hilo de lo expuesto, el presente trabajo pretende ofrecer un diagnóstico del nuevo derecho a la desconexión digital aportando soluciones jurídicas y sociales prácticas que permitan garantizar su plena efectividad.

2. HIPERCONEXIÓN DIGITAL Y SU INCIDENCIA EN LA SALUD LABORAL DE LOS TRABAJADORES

En los últimos tiempos, los avances tecnológicos están ocasionando que el trabajo ya no se desarrolle en un lugar y espacio de tiempo determinado. Debido a la fácil conectividad que proporciona el uso del correo electrónico, cloud computing o los dispositivos móviles, el trabajador puede realizar su labor desde cualquier lugar y a cualquier hora, siendo cada

1 González Cobaleda, E., "Nuevas tecnologías, tiempo de trabajo y la prevención de riesgos laborales", en García de la Torre, A. (Dir.) y Fernandez Avilés, J.A. (coord.), Anuario Internacional sobre Prevención de Riesgos Psicosociales y calidad de vida en el trabajo. Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación y Riesgos Psicosociales en el trabajo, Madrid, Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC, 2016, p. 264.

2 Aguilera Izquierdo, R., y Cristobal Roncero, R., "Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica" en AA.VV., El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019), vol. II, Madrid, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2017, p. 334.

vez menos necesaria su presencia física en el centro de trabajo. De modo que nos encontramos ante un entorno de trabajo que si bien incrementa exponencialmente la flexibilidad en la organización del tiempo y espacio laboral, en la práctica, también conlleva que los trabajadores estén permanentemente disponibles, poniendo en peligro las fronteras entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso[3].

Según se desprende de un informe elaborado por Infojobs-ESADE (2017)[4], el 51% de la población activa española reconoce responder e-mails y atender llamadas telefónicas relacionadas con el trabajo durante su periodo de vacaciones o fines de semana. Por nivel laboral, a más responsabilidad en el trabajo más crece ese porcentaje. Así, los trabajadores con cargo de empleados alcanzan un 45% de los casos, los mandos intermedios un 68%, mientras que para los directivos la cifra se dispara hasta el 84%.

Son varias las razones que hacen que esta situación tenga lugar. Conforme a los resultados del citado informe, el 36% de los encuestados asegura que lo hace porque se siente en la obligación de responder, el 34% porque el puesto de trabajo lo requiere y el 14% porque siente la necesidad de estar al día de todo lo que ocurre en el trabajo, aunque esté de vacaciones (ver gráfico nº 1). En el caso concreto de los mandos intermedios y directivos, el principal motivo es que su puesto de trabajo lo requiere con un 41% y un 56%, respectivamente.

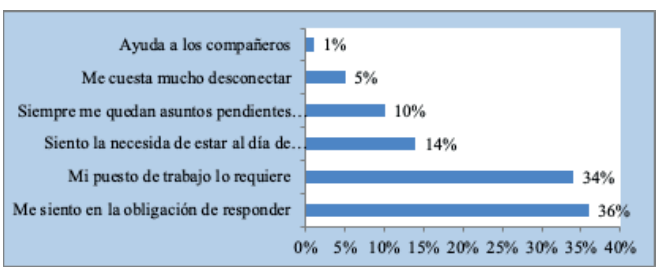

Gráfico nº 1: Motivos por los cuales se responden e-mails o atienden llamadas telefónicas relacionadas con el trabajo durante vacaciones (2017)
Fuente: Infojobs-ESADE (2017)

Otro dato significativo en relación al tema que nos ocupa es el que se deriva de un estudio llevado a cabo por la compañía Randstad en el año 2015[5] y es que España se encuentra en-

3 Argüeso, M., "Always on. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0", Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, vol. 7, núm. 2, 2019, p. 170.

4 Vid. la nota de prensa de 21 de julio de 2018 "La mitad de los trabajadores responden e-mails y llamadas de trabajo durante sus vacaciones". Disponible en: https://nosotros.infojobs.net/prensa/notas-prensa/la-mitad-de-los-trabajadores-responden-e-mails-y-llamadas-de-trabajo-durante-sus-vacaciones (última consulta, 25 de noviembre de 2019).

5 Vid. la nota de prensa de 27 de julio de 2015 "Análisis Randstad - Desconectar en vacaciones". Disponible en: https://www-randstad-es.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2016/07/el-28-por-ciento-de-los-trabajadores-espanoles-no-es-capaz-de-desconectar-del-trabajo-duran-

tre los países europeos con porcentajes más altos de trabajadores que más tiempo dedican al trabajo en vacaciones, por delante de Bélgica, Países Bajos y Francia que sobresalen por tener profesionales con mejor desconexión (ver gráfico nº2).

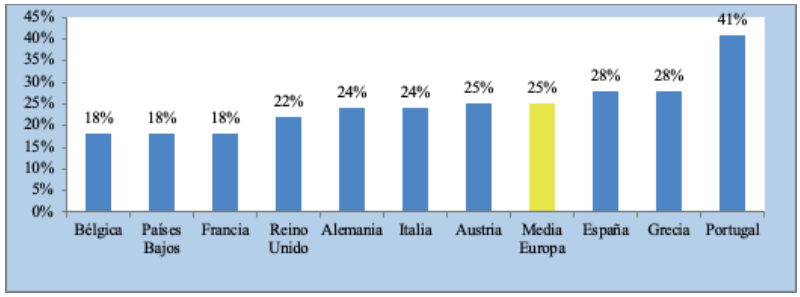

Gráfico nº 2: Porcentaje de trabajadores que no desconectan en vacaciones (2015)
Fuente: Randstad, 2015.

Desde luego, la realidad descrita supone un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo, en general, y para la Prevención de Riesgos Laborales, en particular, por cuanto que incorpora cambios en la concepción tradicional del espacio físico donde se desarrolla la actividad profesional y en los tiempos de trabajo, con el riesgo de que se prolongue la jornada laboral más allá de la permitida, generándose interferencias no deseables y desequilibrios entre la vida personal y laboral que afectan, en última instancia, a la salud de los trabajadores[6]. En este sentido, se ha señalado que entre las patologías o trastornos psicosociales más típicos que emergen de la permanente conexión al trabajo mediante dispositivos digitales se encuentra el síndrome burnout (o síndrome del quemado) y el tecnoestrés en sus diferentes variantes (tecnofatiga, tecnoansiedad, tecnoadicción, etc.). Los efectos negativos de estos trastornos sobre la salud son más que conocidos: agotamiento emocional, falta de motivación, disminución del rendimiento, insomnio, alteraciones fisiológicas (digestivas, endocrinas, respiratorias, cardiovasculares), cefaleas, depresión, irritabilidad, entre otros[7].

En clave propositiva, es de considerar que todas estas patologías psicosociales asociadas al trabajo con uso intensivo de NTIC son evitables y tratables, siendo necesario para ello integrar medias preventivas en el seno de las organizaciones. A título meramente ejemplificativo[8]:

te-sus-vacaciones.pdf (última consulta, 25 de noviembre de 2019).

6 Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo, "Las tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo", NTP 1122, 2018, p. 1. Disponible en: https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1122w.pdf/baa93260-6840-4b9b-9abb-b6980b7f8f71 (última consulta, 25 de noviembre de 2019).

7 En la misma línea, Fernández Avilés, J.A., "NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora", Diritto della Sicurezza sul Lavoro, núm.2, 2017, p. 89.

8 Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo, "Las tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo", NTP 1123, 2018, p. 5. Disponible en: https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1123.pdf/acb83bc7-e6d5-4ffa-ab7c-f05e68079ffb (última consulta, 25 de noviembre de 2019).

- Llevar a cabo acciones de formación y sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales para todos los trabajadores, mandos intermedios, directivos, etc.

- Impartir formación específica en gestión del tiempo y gestión del cambio tecnológico.

- Planificar el trabajo a realizar, la cantidad de trabajo previsible y el inesperado, así como el tiempo de dedicación previsible y el plazo de finalización.

- Establecer prioridades de actuación en caso de recibir tareas no esperadas para evitar prolongar el tiempo de trabajo y la multitarea.

- Diseñar un procedimiento para llevar a cabo interacciones con trabajadores remotos a fin de evitar la interacción una vez finalizada la jornada laboral.

- Implantar medidas de desconexión digital automática como por ejemplo, períodos de "siesta digital" o "toque de queda digital" bloqueando la recepción y envío de correos electrónicos o el acceso remoto al servidor de la empresa durante una franja horaria determinada una vez terminada la jornada laboral.

Sin duda alguna, estas medidas contribuirían a disminuir el número de trabajadores potencialmente expuestos a riesgos psicosociales a causa de la disponibilidad permanente que permiten las NTIC y mejorarían la calidad del tiempo de descanso del trabajador, previniendo la adicción al trabajo y otros tipos de patologías asociadas al uso abusivo de las herramientas o dispositivos electrónicos.

3. EL NUEVO DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL

Habiendo quedado demostrado los riesgos que la conexión permanente al trabajo mediante dispositivos digitales conlleva para la seguridad y salud de los trabajadores, algunos países europeos han comenzado a regular lo que se ha venido a denominar "derecho a la desconexión digital", entendido éste, como el derecho de los empleados a no conectarse a cualquier herramienta digital profesional (correo electrónico, teléfono inteligente, etc.) durante los periodos de descanso y vacaciones. Se persigue, en última instancia, controlar los límites de la jornada laboral y garantizar un tiempo mínimo de descanso en aras a mejorar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, así como optimizar la salud laboral del conjunto de los trabajadores.

3.1. Primeras manifestaciones legales del derecho a la desconexión digital en el entorno europeo

El primer país en establecer un marco legal sobre el derecho a la desconexión digital ha sido Francia a través de la Ley 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, relativa al trabajo, la

modernización del diálogo social y la seguridad de las carreras profesionales[9], cuyo artículo 55. I.2º, que incorpora un nuevo apartado 7 en el artículo 2242-8 del Código de Trabajo francés, estipula que la negociación anual sobre igualdad profesional entre las mujeres y los hombres y la calidad de vida en el trabajo incluirá: (apartado 7) "Las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar. A falta de acuerdo, el empleador, previa audiencia del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto. Esta política definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección».

Como puede comprobarse, la normativa francesa no define en ningún momento la nueva categoría jurídica instaurada, ni recoge sanción o consecuencia alguna en caso de incumplimiento empresarial. Tan solo hace una remisión a la negociación colectiva para que sea ésta quien regule la desconexión digital a fin de garantizar el respeto al tiempo de descanso y vacaciones de los trabajadores, así como a su vida personal y familiar. También prevé que, en caso de no haber acuerdo, sea el propio empresario, previa consulta con los representantes legales, el que elabore una política que preserve el derecho a la desconexión digital, contemplándose sus modalidades de ejercicio, así como la formación y sensibilización de trabajadores y directivos[10]. Desde luego, y como ya ha tenido ocasión de señalar algún sector doctrinal, la no fijación del derecho (delimitación de contenidos) y la no imposición de garantías (medidas o sanciones concretas para las empresas incumplidoras) hace que el valor práctico del derecho quede diluido, convertido más en un deseo que en una realidad[11]. Otra crítica que se le ha hecho a esta regulación es que no sea aplicable a todas las empresas, sino solo a aquellas que tengan un cierto volumen de plantilla (más de cin-

9 LOI n° 2016-1088 du 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032983213&categorieLien=id (última consulta, 13 de noviembre de 2019).

Resulta oportuno señalar que esta Ley tuvo como base el «Informe sobre transformación digital y vida laboral», elaborado por Bruno Mettling (Director General Adjunto de Orange) y encargado por el Ministro de Trabajo francés el 25 de marzo de 2015. En él ya se advertía que la utilización de equipos informáticos por parte del trabajador fuera del horario laboral podía producir, en ocasiones, una sobrecarga de información y comunicación dañina para su salud y vida privada por el riesgo de incumplir los tiempos de descanso diarios o semanales. Este informe puede consultase en: https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/154000646.pdf (última consulta 13 de noviembre de 2019).

10 Un análisis detallado de la regulación francesa puede verse en: Alemán Páez, F.: "El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la "Loi Travail No 2016-1088", Trabajo y Derecho, núm. 30, 2017, pp. 12-30.; Cialti, P.H., "El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?", Temas Laborales, núm. 137, 2017, pp. 163-181.

11 Fernández Avilés, J.A., "El derecho a la desconexión como medida preventiva frente a los nuevos riesgos psicosociales derivados del cambio tecnológico", Boletín Informativo. Observatorio de Riesgos Psicosociales UGT, núm. 28, 2018, p. 13.

cuenta trabajadores), pues ello conduce a privar a numerosos trabajadores de mecanismos de efectividad del derecho a la desconexión[12].

Cabe precisar que en Francia este derecho ya había sido previsto con anterioridad a su reconocimiento legal en algunos acuerdos colectivos. Muestra de ello es el acuerdo sobre tiempo de trabajo suscrito por SYNTEC y CINOV, del lado empresarial, y FIECI CFE-CGC y F3C CFDT, del lado sindical, el 1 de abril de 2014[13] en el que se recogía la obligación empresarial de adoptar las medidas necesarias para que el empleado tuviera la oportunidad de desconectarse de las herramientas de comunicación a distancia puestas a su disposición (artículo 4.8.1 del Acuerdo)[14].

De menor impacto, aunque no por ello menos importante, ha sido el reconocimiento realizado en la Ley italiana de 22 de mayo de 2017[15], la cual regula el denominado trabajo ágil, una forma de trabajo que puede acordarse entre trabajador y empresario y que consiste en combinar tiempos de presencia en la empresa con tiempos de trabajo fuera de ella, con la posibilidad de utilizar instrumentos tecnológicos para el desarrollo de la actividad laboral (una especie de teletrabajo a tiempo parcial)[16]. En concreto, su artículo 19.1, último inciso, dispone que "el acuerdo para dar paso a este trabajo ágil debe establecer los tiempos de descanso, así como las medidas técnicas y organizativas necesarias para asegurar la desconexión del trabajador de los instrumentos tecnológicos de trabajo".

Bélgica ha sido el siguiente país en secundar la iniciativa. La Ley de 26 de marzo de 2018, sobre el fortalecimiento del crecimiento económico y la cohesión social[17] establece que a fin de garantizar el respeto de los períodos de descanso y las vacaciones de los trabajadores, las empresas deben organizar consultas en el seno del Comité de Prevención y Protección en el Trabajo, a intervalos regulares y siempre que los representantes de los trabajadores así lo soliciten, sobre el tema de la desconexión del trabajo y la utilización de los medios de comunicación digitales (artículos 15 a 17).

12 Taléns Visconti, E.E., "La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva", www.aranzadidigital.es, 2018, pp. 7-8.

13 Vid., la noticia publicada el 6 de abril de 2014 en el Diario Económico Francés Les Echos: "Mails, SMS, téléphone: Syntec reconnaît le droit des cadres à la déconnexion" Disponible en: https://www.lesechos.fr/2014/04/mails-sms-telephone-syntec-reconnait-le-droit-des-cadres-a-la-deconnexion-300493 (última consulta, 13 de noviembre de 2019).

14 Vid., Avenant du 1er avril 2014 à l'accord du 22 juin 1999 relatif à la durée du travail. Disponible en: http://www.journal-officiel.gouv.fr/publications/bocc/pdf/2014/0021/boc_20140021_0000_0007.pdf (última consulta, 13 de noviembre de 2019).

15 Legge 22 maggio 2017, n. 81. Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato. Disponible en: https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Legge-22-maggio-2017-n81.pdf (última consulta, 14 de noviembre de 2019).

16 Purcalla Bonilla, M.A., "Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y prácticas", Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, vol. 5, p. 108.

17 Loi du 26 mars 2018 relative au renforcement de la croissance économique et de la cohésion sociale. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/107598/132521/F-1336702668/BEL-107598.pdf (última consulta, 14 de noviembre de 2019).

Otros países, como Alemania, aún no han adoptado medidas legislativas concretas para regular el derecho a la desconexión digital de los trabajadores, a pesar de ser un tema muy debatido desde hace varios años[18]. No obstante, existen iniciativas de autorregulación por parte de algunas empresas - destacan las del sector automovilístico - sobre el derecho a la desconexión y el uso de dispositivos móviles fuera del horario laboral[19].

Así, y a modo de ejemplo, la empresa Wolkswagen implantó, en 2012, un sistema que bloquea el acceso a comunicaciones corporativas vía móvil entre las 18.15 horas y las 07:00 horas de la mañana del día siguiente[20].

En 2014, el grupo BMW, tras llegar a un acuerdo con sus trabajadores[21], introdujo, por un lado, el concepto de "trabajo móvil" que permite a los empleados contabilizar como tiempo de trabajo las horas que trabajan con el móvil o la tableta en su tiempo libre (y compensarlo más adelante con días libres); y por otro, la posibilidad de que cada empleado pueda acordar con su superior jerárquico su derecho a la desconexión, es decir, unos márgenes temporales en los que la empresa no puede ponerse en contacto con él[22].

Ese mismo año, la empresa Daimler ofreció a sus trabajadores la posibilidad de acogerse al programa "Mail on Holiday": software que elimina automáticamente todos los correos electrónicos que reciben los empleados durante sus vacaciones, a la vez que ofrece al emisor el contacto de otro empleado que sí está disponible[23].

Asimismo, Porsche, tras considerar que sus empleados no tenían por qué recibir correos electrónicos fuera del horario laboral, en 2017 implantó un sistema que devuelve los e-mails a sus remitentes de forma automática cuando éstos llegan a sus trabajadores a horas intempestivas[24].

18 Aranguez Valenzuela, L., "El impacto de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en el tiempo de trabajo: una especial referencia a la desconexión digital en Miranda Boto, J.M. (Dir.), El derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones, Madrid, Cinca, 2018, p. 403; Pérez Campos, A.I., "La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, núm. 52, 2019, p. 113.

19 Purcalla Bonilla, M.A., "Control tecnológico…", op. cit., p. 108.

20 Vid, la noticia publicada el 8 de marzo de 2012 en la BBC News Technology: "Volkswagen turns off Blackberry email after work hours". Disponible en: https://www.bbc.com/news/technology-16314901 (última consulta, 14 de noviembre de 2019).

21 Vid., la noticia publicada el 16 de febrero de 2014 en el Diario Económico Español Cinco Días: "Adiós a las llamadas del jefe: el comité de BMW pide el derecho a ser inaccesible". Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2014/02/16/empresas/1392569862_943271.html (última consulta, 14 de noviembre de 2019).

22 Ministerio de Empleo y Seguridad Social, "Mercado de Trabajo. Empleo/Desempleo. Alemania", Actualidad Internacional Sociolaboral, núm. 217, 2017, pp. 84-105. Disponible en: http://www.mitramiss.gob.es/es/mundo/Revista/Revista217/REVISTA_217.pdf (última consulta, 14 de noviembre de 2019).

23 Vid., la noticia publicada el 15 de agosto de 2014 en la revista estadounidense Time: "Here's a Radical Way to End Vacation Email Overload". Disponible en: https://time.com/3116424/daimler-vacation-email-out-of-office/ (última consulta, 14 de noviembre de 2019).

24 Vid., la noticia publicada el 22 de diciembre de 2017 en el Diario Económico Español

3.2. Estado de la cuestión en España

En nuestro país, tras un interesante debate sobre la necesidad de regular el derecho a la desconexión digital, se ha optado, finalmente, por su reconocimiento legal a través de la LOPDP (artículo 88).

No obstante, cabe señalar que antes de su previsión normativa ya habían empezado a vislumbrarse en la negociación colectiva (si bien tímidamente) y en la jurisprudencia (solo a modo de aproximación) las primeras referencias al nuevo derecho.

3.2.1 Derecho a la desconexión digital y su reflejo en la negociación colectiva

En España, y siguiendo el ejemplo de la legislación francesa, es en la negociación colectiva donde pueden encontrarse las primeras manifestaciones expresas del derecho a la desconexión digital, si bien todavía de forma limitada. Lo cierto es que, hasta el momento, son escasos los convenios o acuerdos que han acometido de forma expresa el reconocimiento de este derecho. Y como veremos, los pocos que lo han hecho apenas han contemplado otra cosa que meras previsiones programáticas de las que difícilmente puede derivarse responsabilidad alguna[25].

Así, por ejemplo, el Convenio Colectivo del Grupo AXA[26] (pionero en reconocer de forma explícita el derecho a la desconexión digital en el ámbito de las relaciones laborales) estipula en su artículo 14, titulado "Derecho a la desconexión digital", lo siguiente:

"Los cambios tecnológicos producidos en las últimas décadas han provocado modificaciones estructurales en el ámbito de las relaciones laborales. Es innegable que hoy en día el fenómeno de la "interconectividad digital" está incidiendo en las formas de ejecución del trabajo mudando los escenarios de desenvolvimiento de las ocupaciones laborales hacia entornos externos a las clásicas unidades productivas: empresas, centros y puestos de trabajo.

En este contexto, el lugar de la prestación laboral y el tiempo de trabajo, como típicos elementos configuradores del marco en el que se desempeña la actividad laboral, están diluyéndose en favor de una realidad más compleja en la que impera la conectividad permanente afectando, sin duda, al ámbito personal y familiar de los trabajadores y trabajadoras. Es por ello que las partes firmantes de este Convenio coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral.

Consecuentemente, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo".

Expansión: "Porsche protegerá a sus empleados de correos electrónicos fuera de hora". Disponible en: https://www.expansion.com/emprendedores-empleo/desarrollo-carrera/2017/12/20/5a3a65b2e2704e7a278b4629.html (última consulta 14 de noviembre de 2019).

25 Barrios Baudor, G., "El derecho a la desconexión en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones", www.aranzadidigital.es, 2018, p. 3.

26 Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio olectivo del Grupo Axa («BOE» núm. 244, de 10 de octubre).

Como fácilmente puede deducirse, el precepto convencional transcrito reconoce el derecho de los trabajadores (o, si se prefiere, la no obligación) a no atender posibles exigencias laborales una vez concluida su jornada de trabajo, especialmente, cuando las mismas puedan vehiculizarse a través de medios digitales (correos electrónicos, aplicaciones de mensajería instantánea tipo Whatsapp, SMS, etc.).

No obstante, y pese a la loable intención de los firmantes del acuerdo, cabe señalar que el precepto queda, a la postre, vacío de contenido[27], pues no aporta solución alguna o medida concreta para hacer efectivo el derecho que nos ocupa: no incide en la obligación empresarial de abstenerse de contactar con el trabajador fuera del horario laboral, ni en las repercusiones o cauces de reacción frente a un posible incumplimiento[28]. Tampoco especifica con claridad los supuestos en los que la empresa puede, excepcionalmente, contactar con sus empleados fuera de las horas de trabajo (en ningún momento aclara qué se entiende por "fuerza mayor", ni por "circunstancias excepcionales")[29].

Por su parte, el Convenio Colectivo de la ONCE[30], en términos de declaración programática o de buenas intenciones, reconoce que en el ámbito laboral no resulta admisible alargar digitalmente las jornadas de trabajo de los trabajadores, como tampoco minorar sus derechos (legales o convencionales) al descanso (diario, semanal o anual) o a las licencias (legal o convencionalmente) previstas. En concreto, su Anexo Tercero (Plan de Igualdad), apartado B (Áreas de intervención para la consecución de los objetivos del plan), número 5 (Conciliación de la vida laboral con la personal y familiar), último párrafo, señala que:

"Las Partes valoran, como medida que promueve la efectiva conciliación de la vida personal, laboral y familiar, la denominada "desconexión digital" aplicada a herramientas de índole tecnológica e informática, como teléfonos y tablets con conexión de datos y ordenadores portátiles, compartiendo que su utilización no ha de ser motivo ni argumento para la extensión de la jornada laboral, ni para la interrupción de los tiempos de descanso o licencias de los trabajadores y trabajadoras".

También, el Acuerdo Banco Santander, Banco Popular y Banco Pastor, de 26 de junio de 2018[31], en su anexo IV, dedicado a los criterios para una ordenación racional del tiempo

27 Vid., al respecto, Rodríguez-Piñero Royo, M., "El papel de la negociación colectiva. Contenidos a afrontar, aparición de nuevas actividades y nuevas formas de trabajo". Trabajo presentado en XXX Jornada de estudio sobre negociación colectiva de la CCNCC, celebrada en Madrid el 26 de octubre de 2017, p. 30. Disponible en: http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/G_Noticias/Jornadas/2017_Miguel_RodriguezPinero.pdf (última consulta, 16 de noviembre de 2019).

28 Taléns Visconti, E.E., "La desconexión digital…", op. cit., p. 10.

29 Barrios Baudor, G., "El derecho a la desconexión…", op. cit, p. 11; Igartua Miró, M.T., El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, núm. 432, 2019, p. 78.

30 Resolución de 8 de enero de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XVI Convenio colectivo de la ONCE y su personal («BOE» núm. 16, de 18 de enero).

31 Disponible en: https://www.ccoo-servicios.es/archivos/santander/Acuerdo%20Homologaci%C3%B3n%2026%20de%20junio%20de%202018%20marca%20de%20agua.pdf (Última

de trabajo, consagra "el derecho de los profesionales para no responder a emails o mensajes profesionales fuera de sus horarios de trabajo, ni durante los tiempos de descanso, permisos, licencias o vacaciones, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales". En la misma línea se mueve el Acuerdo para la distribución de la jornada en Ikea Ibérica, de 27 de junio de 2018,[32] cuyo artículo 13 establece que "los trabajadores tienen derecho a no responder a cualquier tipo de comunicación por cualquier canal (correo electrónico, teléfono, WhatsApp, redes sociales, etc.) fuera de su horario de trabajo, salvo causa de fuerza mayor".

Como puede comprobarse ambas cláusulas convencionales se expresan en términos muy similares a los del Convenio Colectivo del Grupo AXA, por lo que resultan aquí de aplicación cuantas observaciones se efectuaron entonces (no se atiende al deber de abstención empresarial, ni a las posibles consecuencias en caso de incumplimiento; tampoco a la formación del trabajador en el uso razonable de los dispositivos electrónicos).

Otros convenios colectivos que han abordado el derecho a la desconexión digital, aunque solo de forma incidental, son el VII Convenio Colectivo de Repsol[33], cuyo artículo 14.9, titulado "Principios del derecho a la desconexión fuera del tiempo de trabajo", prescribe que "En el marco de una adecuada gestión del principio de conciliación de vida privada y vida profesional, la Mesa de Igualdad del acuerdo marco analizará en el seno de la empresa esta materia e identificará, en su caso, posibles buenas prácticas y recomendaciones acerca del uso de herramientas digitales de comunicación"; y el Convenio Colectivo del grupo Marítima Dávila[34] que, en materia de teletrabajo, señala su artículo 15 que «Sin perjuicio del respeto de los derechos de los trabajadores y su derecho a la desconexión, se pretende con esta regulación fomentar la productividad, la atención al cliente de la empresa y los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar de los trabajadores».

Algo más novedoso parece ser el Acuerdo Interprofesional de Cataluña (AIC)[35]. En él se establece que las organizaciones signatarias del AIC, conscientes del desarrollo tecnológico de las comunicaciones y de la necesidad de encontrar permanentemente nuevos equilibrios con el derecho a la conciliación de la vida laboral y personal, conscientes además, de las posibles distorsiones que el desarrollo de las comunicaciones provoca en el tiempo de trabajo y los usos sociales del tiempo, y de los riesgos para la salud de las personas y la obligación de prevenirlos, orientan al hecho que la negociación colectiva valore esta nueva realidad. Se propone, de esta forma, que los convenios colectivos puedan adoptar la cláusula siguiente:

consulta, 13 de noviembre de 2019).

32 Disponible en: https://www.ccoo-servicios.es/archivos/comercio/Acuerdo-horario-ikea.pdf (última consulta, 13 de noviembre de 2019).

33 Resolución de 6 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII Convenio Colectivo de Repsol, SA. («BOE» núm. 172, de 17 de julio).

34 Resolución de 27 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del grupo Marítima Davila, SA («BOE» núm. 246, de 11 de octubre).

35 Resolución TSF/2053/2018, de 4 de septiembre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 («DOGC» núm. 7702, de 7 de septiembre de 2018).

"Las personas trabajadoras tienen el derecho, a una vez concluida su jornada laboral, que se respete el tiempo de descanso y vacaciones, así como su vida familiar y personal, hecho que comporta no atender comunicaciones telefónicas, mensajes o correos electrónicos, valorando las diferentes casuísticas y tratamientos diferenciados que puedan existir. En el ámbito de la empresa, y de forma negociada con la representación legal de las personas trabajadoras, se podrá elaborar un protocolo que formalice este nuevo aspecto. Asimismo, se pondrá en marcha actuaciones de comunicación y sensibilización, dirigidas a las plantillas y los mandos intermedios, y a la misma dirección de la empresa, sobre las pautas de trabajo derivadas del protocolo, y sobre el uso razonable de las comunicaciones y medios digitales".

Si bien es cierto que este acuerdo sigue sin prestar atención al deber de abstención que recae sobre las empresas (únicamente se ciñe a mencionar el derecho a no atender comunicaciones telefónicas, mensajes o correos electrónicos una vez finalizada la jornada de trabajo) sí alude, aunque sea mínimamente, a que se respete el tiempo de descanso y vacaciones, así como la vida familiar y personal. También es de admirar que el Acuerdo conecte el derecho a la desconexión digital con la protección de la salud, una faceta a cuidar en los próximos años dada la reciente dependencia tecnológica en las sociedades y en el mundo laboral y sus posibles efectos adversos. Igualmente destacable es que el Acuerdo recomiende que se regule en el ámbito de la empresa el aspecto relativo a la sensibilización y formación de los trabajadores, lo que resulta crucial para la efectividad del derecho[36].

Más reciente es el Acuerdo suscrito entre el grupo Telefónica y CCOO y UGT, el 17 de julio de 2019[37] que tiene su origen en el anteriormente suscrito sobre declaración de intenciones, de 23 de noviembre de 2018[38].

De entrada, el Acuerdo establece que los trabajadores de Telefónica tienen "derecho a no responder a ninguna comunicación fuere cual fuere el medio utilizado (correo electrónico WhatsApp, teléfono, etc.) una vez finalizada la jornada laboral" (medida primera), salvo "en los casos en que concurran circunstancias de causa de fuerza mayor o que supongan un grave, inminente o evidente perjuicio empresarial o del negocio, cuya urgencia temporal necesita indubitadamente de una respuesta inmediata" (medida quinta). Prevé, asimismo, que en estos supuestos en los que la Compañía requiera una respuesta de la persona trabajadora una vez finalizada su jornada laboral, la comunicación se realizará "preferiblemente por teléfono", pudiendo calificarse el tiempo de trabajo así requerido como horas extraordinarias "de conformidad con lo establecido en cuanto a jornada y/o política de horas extraordinarias en el marco laboral de la empresa propia de la persona trabajadora" (medida quinta).

Es destacable que el Acuerdo reconozca junto al derecho de los trabajadores "a no responder", el deber de abstención que pesa sobre las empresas. En concreto, la medida

36 Igartua Miró, M.T., "El derecho a la desconexión…", op. cit., p. 80.

37 Disponible en: http://www2.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/17466/2448679-Acuerdo_sobre_desconexion_digital.pdf (última consulta, 13 de noviembre de 2019).

38 Vid., a tal efecto, la noticia publicada por Telefónica en su página web el mismo 23 de noviembre de 2019: "Telefónica reconoce el derecho a la desconexión digital de sus empleados". Disponible en: https://www.telefonica.es/es/rss/-/asset_publisher/a63imnAQHEIU/content/id/144278242 (última consulta, 16 de noviembre de 2019).

segunda estipula que quienes tengan responsabilidades jerárquicas sobre un equipo de personas tienen el deber de abstenerse de "requerir respuesta en las comunicaciones enviadas a las personas trabajadoras fuera de horario de trabajo o próximo a su finalización, siempre que pudieran suponer para los destinatarios de las mismas la realización de un trabajo efectivo que previsiblemente pueda prolongarse e invadir su tiempo de descanso", disponiendo, a tal efecto, que de enviarse una comunicación fuera del horario establecido, "el remitente asumirá expresamente que la respuesta podrá esperar a la jornada laboral siguiente".

También es de subrayar que el Acuerdo recoja la obligación empresarial de adoptar las medidas de formación y sensibilización necesarias entre el personal al objeto de explicar y garantizar el ejercicio del derecho a la desconexión, con expresa mención a quienes asumen cargos de responsabilidad en su obligación de fomentar la explicación y cómo puede ejercerse ese derecho entre las personas trabajadoras a su cargo (medida séptima), pues como ya se ha destacado esto es crucial para lograr la efectividad del derecho.

En esta misma dirección se mueve el Acuerdo BBVA sobre Registro de Jornada y Desconexión Digital, de 25 de septiembre de 2019[39], pues a la vez que reconoce el derecho de los trabajadores "a no responder a ninguna comunicación, fuere cual fuere el medio utilizado (correo electrónico, WhatsApp, teléfono, etc.), una vez finalizada su jornada laboral, salvo que concurran excepciones justificadas que supongan un grave o evidente perjuicio empresarial, cuya urgencia temporal necesite de una respuesta inmediata" (medida primera), consagra el deber empresarial de no enviar comunicaciones por cualquier medio desde las 19:00 horas hasta las 8:00 del día siguiente, ni durante los fines de semana, días de fiesta o vísperas de festivo (medida primera).

De igual modo, el Acuerdo recoge la obligación empresarial de llevar a cabo acciones de formación y sensibilización sobre la protección y respeto del derecho a la desconexión digital y sobre un uso razonable y adecuado de las TIC, dirigidas a todos los niveles de la organización (medida sexta).

Como se ha podido comprobar, la mayor parte de los convenios o acuerdos analizados se caracterizan por emplear fórmulas rituales y reiterativas que no recogen los instrumentos o herramientas concretas para hacer efectivo el derecho a la desconexión digital. La mayoría se limita a mencionar el derecho "a no responder", sin prestar atención al deber de abstención empresarial. Tan solo los Acuerdos de Telefónica y BBVA recogen ese deber abstención que pesa sobre las empresas. Hasta el momento los pocos convenios o acuerdos que han abordado la desconexión digital, lo han hecho desde la exclusiva perspectiva de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Tan solo el AIC y los Acuerdos de Telefónica y BBVA lo han conectado a la seguridad y salud en el trabajo, lo que implica trasladar el derecho en cuestión al plano de las obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales y no tanto al derecho de los trabajadores en materia de conciliación de la vida personal, laboral y familiar.

39 Disponible en: https://www.ccoo-servicios.es/archivos/bbva/20190925-ACUERDO-BBVA-REGISTRO-DE-JORNADA-DESCONEXION-DIGITAL.pdf (última consulta, 22 de noviembre de 2019).

3.2.2 El derecho a la desconexión digital y algunos pronunciamientos jurisprudenciales

Ciertamente, nuestro país carece de un desarrollo jurisprudencial sólido acerca de la existencia de un derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. No obstante, desde el año 1997 algunos pronunciamientos judiciales han venido a poner de relieve la necesidad de ordenar y escindir el tiempo de trabajo del descanso del trabajador.

A modo de precedente, y como primer pronunciamiento, cabe citar la SAN de 17 de julio de 1997[40] que declaró nulas las instrucciones establecidas por una empresa que obligaban a los trabajadores a mantener una conexión ininterrumpida y en todo momento de sus teléfonos móviles con los de la empresa y los de todos sus clientes una vez concluida la jornada laboral. El tribunal consideró que estas instrucciones sobrepasaban las facultades normales y regulares de la empresa, en los términos previstos por el artículo 20 del ET porque, en definitiva, obligaban a los empleados a desarrollar su actividad profesional o a estar pendientes de recibir instrucciones en todo momento, incluso en las horas no coincidentes con la jornada de trabajo asignada a cada uno de ellos.

El segundo pronunciamiento a destacar es la STS de 21 de septiembre de 2015[41]. En ella se analiza la validez de una clausula contenida en el contrato de trabajo que indicaba que el trabajador debía proporcionar voluntariamente a la empresa su teléfono móvil y/o su cuenta de correo electrónico para recibir mensajes fuera de su horario de trabajo. En este caso, el Alto Tribunal coincide con el Ministerio Fiscal en que se trata de una cláusula abusiva: «nos encontramos ante unos datos de carácter personal, cuyo conocimiento, uso y destino tiene que quedar bajo el control de su titular»; y la incorporación al contrato de una cláusula como la cuestionada «supone una conducta abusiva y no puede entenderse que el trabajador haya prestado su consentimiento de una manera libre y voluntaria». El TS considera que para que tales datos puedan ponerse a disposición de la empresa es necesario que el trabajador preste su consentimiento de forma libre y voluntaria, lo que no sucede en este caso, pues el trabajador, como parte más débil del contrato, se ve compelido a admitir la inclusión de dicha cláusula por el temor a no ser contratado. Pero lo cierto es que esta resolución judicial no puede considerarse como auténtica precursora del derecho a la desconexión digital, pues el litigio descansa sobre el hecho de que la cláusula contractual es contraria a las exigencias de protección de datos de datos de carácter personal y no en torno a un eventual derecho a no atender obligaciones laborales comunicadas mediante dispositivos electrónicos fuera del horario de trabajo[42].

También es de notable interés la sentencia del TSJ de Castilla y León de 3 de febrero de 2016[43], pues trata de clarificar el control empresarial de la jornada de trabajo en los

40 SAN (Sala de lo Social) núm. 94/1997, de 17 de julio (AS 1997\3370).

41 STS (Sala de lo Social, Sección1ª) de 21 septiembre 2015 (RJ 2015\4353).

42 En el mismo sentido, Charro Baena, P., "Cambios tecnológicos y tiempo de trabajo" en San Martín Mazzucconi, C. y Redinha, M.R. (Dirs.), Derechos fundamentales y tecnologías innovadoras. Actas del III Encuentro Internacional sobre Transformaciones del Derecho del Trabajo Ibérico, Universidad Rey Juan Carlos, 2017, p. 27.

43 Sentencia del TSJ de Castilla León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección1ª), de 3 febrero 2016 (AS 2016\99).

supuestos de teletrabajo. Se cuestiona en la Sentencia el concepto de hora extraordinaria en aquellos casos en los que el trabajador realiza una parte del trabajo en su domicilio en la modalidad de trabajo a distancia (artículo 13 del ET) y mediante el uso de medios informáticos (correos electrónicos, conferencias, realización de documentos e informes y remisión de reportes e informes por vía electrónica). En concreto, la empresa recurrente alega que el domicilio es un espacio protegido por el derecho a la intimidad y la empresa no puede efectuar un control sobre lo que hace el trabajador en el mismo, de manera que si realiza horas extraordinarias ello es exclusiva decisión y responsabilidad del trabajador, que no puede repercutir económicamente sobre la empresa exigiendo su pago. La Sentencia desestima el recurso de la empresa porque el tiempo de trabajo en el domicilio es tiempo de trabajo exactamente igual que el realizado fuera del mismo y el control del tiempo de trabajo es responsabilidad de la empresa, que debe igualmente registrar la jornada del trabajador día a día y totalizarla en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente (artículo 35.5 del ET). Recuerda la Sala que el respeto de los límites de jornada y descansos forma parte del derecho del trabajador a la protección de su seguridad y salud, que es responsabilidad del empresario, a partir de la obligada evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva. Aunque el trabajador preste su trabajo en su domicilio corresponde a la empresa establecer las pautas necesarias sobre tiempo de trabajo para garantizar el cumplimiento de los límites de jornada y descansos.

3.2.3 El derecho a la desconexión digital y su plasmación legal: artículo 88 de la LOPDP

El artículo 88 de la LOPDP - inspirado tanto en la normativa francesa como en las prácticas negociales de importantes empresas - ha venido a regular por primera vez en nuestro país el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. La redacción del precepto es la siguiente:

"1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas".

Sin perjuicio de un análisis más detallado, se constata a simple vista que el precepto en cuestión presenta notorias lagunas, entre las que destacan la ausencia de definición legal o delimitación del contenido del derecho, inexistencia de normas mínimas de aplicación en defecto de pacto, así como la no concreción de medidas o sanciones ante casos de incumplimiento empresarial. No obstante, sí es de resaltar el hecho de que la norma traiga a colación otros valores dignos de protección y tradicionales en el ordenamiento social, tales como el descanso, el respeto a la vida personal y familiar y, en menor medida, la calidad de vida en el trabajo. También es de subrayar la previsión de acciones de formación y sensibilización de los trabajadores sobre un uso razonable de los dispositivos digitales.

A. Ausencia de definición legal

Nuestro legislador, siguiendo el modelo francés, ha optado por no incluir una definición legal del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. Tan solo se ha limitado a establecer la finalidad que debe perseguir: garantizar, fuera del tiempo de trabajo, legal o convencionalmente establecido, el respeto al tiempo de descanso, permiso y vacaciones, así como a la intimidad personal y familiar del conjunto de los trabajadores.

Con carácter general, hay quien lo ha definido como aquel derecho que ostenta todo trabajador a no mantener contacto alguno con herramientas digitales relacionadas con el trabajo durante su tiempo de descanso y vacaciones[44].

Ahora bien, esta definición debería ser concretada con mayor precisión, pues habría que hacer hincapié en la doble faceta que ha de desplegar el nuevo derecho, de modo que incluya tanto el derecho del trabajador a no responder a cualquier tipo de comunicación por cualquier canal (correo electrónico, teléfono, WhatsApp, redes sociales, etc.) fuera de su horario laboral, como el deber de abstención empresarial de contactar con el trabajador fuera del tiempo de trabajo[45]. A mi entender, esta doble faceta resulta indisociable, pues de otra forma sería muy difícil que este derecho pudiera desplegar una efectividad plena. Esto es, si el derecho a la desconexión digital no comportara un deber de abstención empresarial, con toda seguridad la efectividad del derecho acabaría siendo, en la práctica, especialmente tenue, pues en tal caso la desconexión recaería exclusivamente sobre la voluntariedad del propio trabajador y, por consiguiente, se correría el riesgo de que no fuera "capaz" de abstenerse de responder.

B. Falta de delimitación del contenido del derecho

El legislador tampoco ha delimitado de forma concreta y específica el contenido del derecho a la desconexión digital. Por un lado, remite su ejercicio, atendiendo a la naturaleza y objeto de la relación aboral, a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a

44 Cialti, P.H., "El derecho a la desconexión…", op. cit., p. 165.

45 En el mismo sentido, Igartua Miró, M.T., "El derecho a la desconexión…", op. cit., p. 66; Molina Navarrete, C., "Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital, garantía del derecho al descanso", Temas Laborales, núm. 138, 2017, p. 270; Taléns Visconti, E.E., "La desconexión digital…", op. cit., pp. 5-6.

lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Y por otro, impone al empresario la obligación de elaborar una política interna que preserve el derecho a la desconexión digital de sus trabajadores y que ha de incluir dos elementos esenciales: las modalidades de su ejercicio y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática[46].

Con el término "modalidades de ejercicio" el legislador parece dar cabida tanto a las herramientas concretas dirigidas a garantizar la efectividad del derecho (tal y como se encuentra redactado el precepto, se entiende que la norma no exige el empleo por parte del empresario de sistemas tecnológicos agresivos capaces de impedir o restringir el acceso a los trabajadores a los dispositivos puestos a su disposición fuera de las horas de trabajo), como a la previsión de distintas fórmulas en función de si se trata de trabajadores presenciales, teletrabajadores, trabajadores con horario regular, trabajadores con horario flexible, directivos, mandos intermedios, y así sucesivamente[47].

C. Sujetos protegidos

Como no podía ser de otra manera, el derecho a la desconexión digital tiene una proyección universal (se reconoce a todos los trabajadores y empleados públicos). Es lógico que el legislador haya optado por un reconocimiento genérico, pues hay que tener presente que, a día de hoy, prácticamente toda la población trabajadora puede encontrarse en la tesitura de que se le exija una conexión más o menos permanente, con los efectos perjudiciales que ello conlleva para la salud laboral y conciliación.

Sin ser necesario, dado el carácter universal del derecho, pero probablemente útil a efectos didácticos, la norma hace una referencia especial a que la política interna de la empresa vaya dirigida a los directivos, normalmente más hiperconectados y con mayores dificultades para la desconexión, bien por su propio rol, bien por la asunción de determinadas responsabilidades[48].

La norma también subraya la necesidad de preservar el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. Esto es comprensible, pues una persona que realiza su trabajo en su domicilio o en cualquier otro lugar alejado del entorno físico de la empresa por medio de dispositivos digitales tiene aún más posibilidades de contraer fatiga informática, ya sea por no autoimponerse ningún límite en su afán de terminar el trabajo, ya sea por la propia indicación del empresario.

46 Se entiende por fatiga informática "el cansancio en el trabajo producido por el uso continuado de dispositivos digitales" (Fernández Orrico, F.J., "Protección de la intimidad del trabajador frente a dispositivos digitales: análisis de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre", www.aranzadidigital.es, 2019, p. 24).

47 En esta misma línea, Igartua Miró, M.T., "El derecho a la desconexión…", op. cit., p. 67; Serrano Argüeso, M., "Always on…", op. cit., p. 185; Serrano Argüeso, M., "Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral", IUSLabor, núm. 2, 2019, p. 23.

48 Igartua Miró, M.T., "El derecho a la desconexión…", op. cit., p. 69.

D. Desconexión digital ¿derecho o derecho-deber del trabajador?

La norma española, siguiendo de nuevo al modelo francés, no exige nada al trabajador en orden a la desconexión, prevista únicamente en términos de derecho, con referencia a las modalidades de ejercicio y a la formación y sensibilización del personal. Esto ha llevado a debatir, entre la doctrina, si realmente estamos ante un derecho o ante derecho-deber del trabajador.

Cabe señalar, en relación a este punto, que el Informe Mettling si bien optaba por configurar la desconexión como un derecho-deber del trabajador, las dificultades inherentes a su exigencia y cumplimiento, lo llevaron a reconocer, aunque de manera implícita, "que la capacidad del trabajador y la realidad de su deber de desconexión quedan a merced de otros elementos que impiden creer en su libre disposición y en su total capacidad de manejar tales situaciones"[49]. Esto fue lo que llevó a la normativa francesa (y muy probablemente a la nuestra) a desechar este planteamiento y en especial, la posible penalización al trabajador por incumplimiento de sus deberes relativos a la desconexión. No obstante, y sin llegar a cuestionar esa debilidad inherente al trabajador, lo cierto es que va a resultar difícil satisfacer el derecho si no se cuenta con la responsabilidad/colaboración del trabajador[50].

E. Carencia de sanciones específicas ante la falta de cumplimiento por parte de las empresas

El legislador español, siguiendo también aquí el ejemplo francés, ha optado por no establecer las medidas o sanciones concretas para las empresas que incumplan su obligación de elaborar las correspondientes políticas internas dirigidas preservar el ejercicio del derecho a la desconexión, lo que podría poner en duda la efectividad práctica del mismo (recordemos que este aspecto ya fue muy criticado en el país vecino).

No obstante, cabe señalar, que tal incumplimiento empresarial sí podría encontrar encaje sancionador al albur de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS)[51]. Así, no sería muy descabellado acudir al artículo 7.5 (relativo a la transgresión del tiempo de trabajo), artículo 12.1 (referente a la evaluación de riesgos o la realización de las actividades de prevención que hicieran necesario los resultados de las evaluaciones) y para las conductas más graves, al artículo 8.11 (que tipifica como muy graves los actos de empresario contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida la dignidad de los trabajadores)[52].

F. El enfoque preventivo del derecho a la desconexión digital

Caben pocas dudas de que la hiperconexión digital acarrea importantes efectos nocivos en la salud de los trabajadores (tecnoestrés, síndrome burnout, síndrome visual informático,

49 Cialti, P.H., "El derecho a la desconexión…", op. cit., p. 172.

50 Igartua Miró, M.T., "El derecho a la desconexión…", op. cit., p. 70; Serrano Argüeso, M., "Always on…", op. cit., p. 184; Serrano Argüeso, M., "Digitalización…", op. cit., p. 21.

51 Zamora, S., "Desconexión digital ¿novedad o anécdota?, www.laleydigital.es, 2019, p.2.

52 Igartua Miró, M.T., "El derecho a la desconexión…", op. cit., p. 84.

entre otros muchos)[53]. Es por ello por lo que se hace preciso abordar esta problemática desde un enfoque claramente preventivo.

Si bien el legislador está pensando en materia de prevención cuando en el apartado tercero del artículo 88 resalta la necesidad de evitar la fatiga informática (término ligado al cansancio en el trabajo producido por el uso continuado de herramientas digitales), lo cierto es que no ha introducido las medidas concretas para evitar tal fatiga en la LPRL.

No obstante, partiendo de la idea de que la desconexión digital está íntimamente vinculada a la tutela del trabajador frente a los riesgos psicosociales, no sería desacertado acudir al artículo 14 de la LPRL que impone al empresario el deber de velar por la seguridad y salud laboral, así como a los artículos 15.1 d) de la LPRL y 36.5 del ET en los que se reconoce el principio de adaptación del trabajo a la persona. Sin duda alguna, el deber empresarial comprende la obligación de evaluar los riesgos laborales (artículo 16 de la LPRL), así como la obligación de formar a sus trabajadores (artículo 19 de la LPRL).

G. La negociación colectiva como instrumento clave en la forma de aplicación de la desconexión digital

Nuestro legislador, siguiendo nuevamente la estela del ordenamiento jurídico francés, ha otorgado un importante papel a la negociación colectiva en la materia que nos ocupa, pues, como ya se ha visto, es la que tiene que precisar el alcance del derecho a la desconexión digital.

A tal efecto, lo primero que habría que plantearse es si la efectividad del nuevo derecho podría quedar condicionada a la previsión convencional. Si bien es cierto que la norma hace una llamada a la negociación colectiva, lo que resulta lógico habida cuenta de que es el ámbito más idóneo para la fijación de instrumentos o herramientas concretas de garantía para la efectividad del derecho, ello no debería hacer dudar sobre el reconocimiento de un derecho subjetivo perfecto por parte de la norma, pudiendo, en consecuencia, el trabajador exigir el respeto a su derecho al descanso en la manera que considere más oportuna, aun no existiendo pacto colectivo alguno[54].

53 A tal efecto, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 3613/2013, de 23 de mayo (AS 2013\2445) señala que la instalación de acelerómetros (elementos electromecánicos que permiten convertir fenómenos físicos en señales, esto es, microcomponentes que se encargan de captar el movimiento o la ausencia del mismo) en los teléfonos móviles de los trabajadores invade la esfera personal y familiar; genera tensión, preocupación y estrés en el trabajador; y excede los márgenes del poder de dirección y organización empresarial. También, la SAN (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 115/2019, de 10 de octubre de 2019 (AS 2019\2239) dispone que el personal que trabaja en pantallas de visualización de datos tiene derecho a una pausa de cinco minutos por cada hora de trabajo efectivo, y ello con independencia de que esta se desarrolle en régimen de jornada continuada o de jornada partida. Teniendo en cuenta este último pronunciamiento resulta fundamental revisar la norma sobre pantallas de visualización (RD 488/1997, de 14 de abril), pues es evidente que ha quedado superada por los cambios tecnológicos de los últimos veinte años.

54 Igartua Miró, M.T., "El derecho a la desconexión…", op. cit., p. 76. También, Baylos Grau,

Dadas las dificultades que pueden derivarse de la abstención por parte de los instrumentos colectivos, hubiera sido muy recomendable la fijación de unas normas mínimas, pudiendo ser aplicadas, incluso, de forma subsidiaria.

H. Un nuevo artículo 20 bis en el Estatuto de los Trabajadores

Resulta llamativo que la disposición final demicotercera de la LOPDP haya incorporado un nuevo artículo 20 bis en el ET en el que se dispone que "los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales". Precepto que se ubica justo después del artículo dedicado a la dirección y control de la actividad laboral.

Lo cierto es que hubiera sido más acertado incluir tal previsión en el artículo 34 del ET (jornada de trabajo) o incluso en el artículo 19 del ET (seguridad y salud en el trabajo), por estar más vinculados a los valores que persigue proteger el nuevo derecho[55].

4. CONCLUSIONES

El uso prolongado o mal uso de las NTIC en el ámbito productivo está provocando un alargamiento de la jornada de trabajo más allá de la legalmente permitida, ocasionando interferencias entre la vida privada y laboral de las personas trabajadoras, con la consiguiente disolución de fronteras, invasión de espacios y repercusión en los derechos de conciliación y salud laboral.

A la luz de la misma flexibilidad que proporcionan los dispositivos electrónicos y su extensión a un mayor número de trabajadores, nuestro legislador ha optado por reconocer el derecho a la desconexión digital a través de la LOPDP. Aunque pueda ser bien recibida la plasmación del derecho en la citada Ley, se ha de cuestionar, en primer lugar, la ubicación sistemática del derecho en su seno, pues ello ha limitado su contenido el cual gravita sobre la intimidad y no sobre otras dimensiones, quizá, más pertinentes (tiempo de trabajo y prevención de riesgos laborales). A ello se suma la tibia reforma del ET, que si bien constituye una buena iniciativa, lo cierto es que debería haber ido más allá con una configuración más protectora para el trabajador. Desde luego, el legislador ha optado por la vía más fácil y rápida. Hubiera sido más oportuno acometer una reforma más global y actualizada que enmarcara el nuevo derecho en una ordenación del tiempo de trabajo adaptada a las nuevas exigencias tecnológicas, empresariales y laborales.

También son notorias, por otro lado, las lagunas de la norma en cuestión, pues como ya se ha destacado, no define ni delimita el contenido del derecho, ni concreta las medidas o sanciones ante casos de incumplimiento empresarial. A tal efecto, y a mi parecer, sería

A., "El papel de la negociación colectiva en la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España", Labour & Law Issues, vol. 5, núm. 1, 2019, p. 12.

55 En el mismo sentido, Igartua Miró, M.T., "El derecho a la desconexión…", op. cit., p. 72.

deseable ampliar el desarrollo normativo de la desconexión digital, incluyendo formas que garanticen su cumplimiento y clarificando como debe ser la política interna empresarial en la que se regulen las condiciones de su ejercicio. Una regulación que no descargue, únicamente, sobre el trabajador la decisión de conectarse o no fuera del tiempo de trabajo, sino que incida, de igual forma, en la obligación empresarial de respetar los tiempos de descanso preestablecidos.

Ciertamente, el derecho a la desconexión digital, como parte del derecho al descanso, ya existía en nuestro país mucho antes de que se aprobara la LOPDP. Recordemos, en este sentido, que la SAN de 17 de julio de 1997 ya declaró nulas unas ordenes empresariales que obligaban a los trabajadores a mantener la conexión en todo momento, a través de sus teléfonos móviles, con la empresa y los clientes una vez concluida la jornada laboral, al entender que esas órdenes excedían las facultades normales y regulares de la empresa por estar asignadas en horas no coincidentes con la jornada de trabajo preestablecida.

El problema, por tanto, no está en la existencia del derecho, que es algo que resulta innegable, sino en lograr su plena efectividad y ejercicio. Y es aquí donde la negociación colectiva ha de jugar un papel destacado.

Desde luego, la regulación convencional debe ser consciente de que el simple reconocimiento del derecho no es suficiente para hacerlo efectivo, algo que aún no ha asumido, pues hasta el momento la mayoría de los convenios o acuerdos que han abordado de manera expresa la desconexión digital se han limitado a utilizar fórmulas rituales y reiterativas y alejadas de recoger los instrumentos o herramientas concretas para su garantía.

La negociación colectiva debe concretar y adaptar el derecho a las circunstancias de los trabajadores afectados y a las características específicas de la actividad laboral desempeñada, huyendo de fórmulas tipo y de soluciones que no permitan alcanzar su eficacia práctica. Para alcanzar esa garantía efectiva, las normas convencionales deben abordar el problema no solo desde la perspectiva de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sino también desde el prisma de la prevención de riesgos laborales. Esto es, conectar el derecho a la desconexión digital con la tutela de la seguridad y salud dentro de una política preventiva. También han de poner el acento en el deber de abstención empresarial y, por supuesto, en las medidas oportunas que garanticen y faciliten su ejercicio, pues de lo contrario no estarían aportando nada nuevo al genérico derecho que cabe extraer de las normas ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, los convenios y acuerdos han de hacer hincapié en las acciones de formación y sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, a fin de educar a todos los trabajadores en el uso de las NTIC y sus riesgos. De esta forma, los trabajadores, adquiriendo una mayor consciencia de los perjuicios que conlleva la hiperconectividad y las ventajas que implica una desconexión efectiva en periodos de descanso semanal y vacaciones, contribuirían a lograr la efectividad del derecho. Las medidas más extremas como los periodos de siesta digital o toque de queda digital, sin descartar su eficacia, deberían ser subsidiarias y ser utilizadas ante el fracaso del deber de colaboración del trabajador.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILERA IZQUIERDO, R., Y CRISTOBAL RONCERO, R., "Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica" en AA.VV., El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019), vol. II, Madrid, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2017.

ALEMÁN PÁEZ, F.: "El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la "Loi Travail No 2016-1088", Trabajo y Derecho, núm. 30, 2017, pp. 12-30.

ARANGUEZ VALENZUELA, L., "El impacto de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en el tiempo de trabajo: una especial referencia a la desconexión digital en Miranda Boto, J.M. (Dir.), El derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones, Madrid, Cinca, 2018.

BARRIOS BAUDOR, G., "El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones", www.aranzadidigital.es, 2019, p. 1-15.

BAYLOS GRAU, A., "El papel de la negociación colectiva en la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España", Labour & Law Issues, vol. 5, núm. 1, 2019, pp. 1-14.

CIALTI, P.H., "El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?", Temas Laborales, núm. 137, 2017, pp. 163-181.

CHARRO BAENA, P., "Cambios tecnológicos y tiempo de trabajo" en San Martín Mazzucconi, C. y Redinha, M.R. (Dirs.), Derechos fundamentales y tecnologías innovadoras. Actas del III Encuentro Internacional sobre Transformaciones del Derecho del Trabajo Ibérico, Universidad Rey Juan Carlos, 2017.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., "El derecho a la desconexión como medida preventiva frente a los nuevos riesgos psicosociales derivados del cambio tecnológico", Boletín Informativo. Observatorio de Riesgos Psicosociales UGT, núm. 28, 2018, pp. 8-15.

"NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora", Diritto della Sicurezza sul Lavoro, núm.2, 2017, pp. 69-101.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., "Protección de la intimidad del trabajador frente a dispositivos digitales: análisis de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre", www.aranzadidigital.es, 2019, pp. 1-31.

GONZÁLEZ COBALEDA, E., "Nuevas tecnologías, tiempo de trabajo y la prevención de riesgos laborales", en García de la Torre, A. (Dir.) y Fernandez Avilés, J.A. (coord.), Anuario

Internacional sobre Prevención de Riesgos Psicosociales y calidad de vida en el trabajo. Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación y Riesgos Psicosociales en el trabajo, Madrid, Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC, 2016.

HERNÁNDEZ GRACIA, J.F., AVENDAÑO HERNÁNDEZ, V. Y BUITRÓN RAMÍREZ, H.A., "Las tecnologías de la Información y Comunicación y la Brecha Digital: Una nueva forma de exclusión social", Boletín Científico de la Escuela Superior de Atotonilco de Tula, núm. 11, 2019, pp. 32-36.

IGARTUA MIRÓ, M.T., El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, núm. 432, 2019, pp. 63-87.

INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD, SALUD Y BIENESTAR EN EL TRABAJO, "Las tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo", NTP 1123, 2018, pp. 1-8. Disponible en: https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1123.pdf/acb83bc7-e6d5-4ffa-ab7c-f05e68079ffb (última consulta, 25 de noviembre de 2019).

"Las tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo", NTP 1122, 2018, pp. 1-4. Disponible en: https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1122w.pdf/baa93260-6840-4b9b-9abb-b6980b7f8f71 (última consulta, 25 de noviembre de 2019).

METTLING, B., «Informe sobre transformación digital y vida laboral», 2015. Disponible en: https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/154000646.pdf (última consulta 13 de noviembre de 2019).

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, "Mercado de Trabajo. Empleo/Desempleo. Alemania", Actualidad Internacional Sociolaboral, núm. 217, 2017, pp. 84-105.
Disponible en:
http://www.mitramiss.gob.es/es/mundo/Revista/Revista217/REVISTA_217.pdf (última consulta, 14 de noviembre de 2019).

MERCADER UGUINA, J., Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales, Madrid, Ed. Francis Lefebvre, 3ª ed., 2019.

MOLINA NAVARRETE, C., "Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital, garantía del derecho al descanso", Temas Laborales, núm. 138, 2017, pp. 249-283.

MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, Granada, Ed. Comares, 2017.

La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Ed. Comares, 2012.

PÉREZ CAMPOS, A.I., "La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, núm. 52, 2019, pp. 101-124.

PURCALLA BONILLA, M.A., "Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y prácticas", Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, vol. 5, pp. 95-110.

SERRANO ARGÜESO, M., "Always on. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0", Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, vol. 7, núm. 2, 2019, pp. 164-189.

"Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral", IUSLabor, núm. 2, 2019, pp. 8-31.

TALÉS VISCONTI, E.E., "La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva", www.aranzadi-digital.es, 2018, pp. 1-12.

ZAMORA, S., "Desconexión digital ¿novedad o anécdota?, www.laleydigital.es, 2019, pp. 1-2.

PONENCIA ESPECÍFICA PREMIADA
Recusaciones dogmático-jurídicas al tiempo de presencia

FRANCISCO VIGO SERRALVO
Profesor Interino, Dpto. de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Universidad de Málaga

Introducción
1. Aproximación al régimen jurídico del tiempo de presencia. Ámbitos materiales de vigencia
2. Algunos rasgos caracterizadores del tiempo de presencia
3. Déficits de justicia, iniquidades y disfuncionalidades jurídicas de la actual regulación de los tiempos de presencia
    1. Los tiempos de presencia como transgresión del objetivo fundacional del Derecho laboral, la garantía de tiempos suficientes de desapego a la subordinación laboral
    2. Sobre la discriminación interprofesional propiciada por la actual regulación de los tiempos de presencia
    3. Sobre la incongruencia de la regulación nacional del tiempo de presencia y la normativa comunitaria rectora del tiempo de trabajo
    4. La aporía del tiempo de presencia en el debate sobre la distribución del tiempo de trabajo
    5. Sobre el amplio margen conferido al desarrollo reglamentario y la negociación colectiva
    6. La imprecisión conceptual del tiempo de presencia y la consecuente proliferación litigiosa
4. Proposiciones de lege ferenda

Bibliografía

"La vida de quienes preparan con un gran esfuerzo lo que poseerán con un esfuerzo mayor es desgraciadísima, y no solo muy breve. Con gran trabajo consiguen las cosas que quieren, con ansiedad mantienen las que han conseguido, entretanto, no hay ningún cálculo del tiempo, de ese que no va a tornar nunca más". Lucius Annaeus Seneca, De la brevedad de la vida, 59 d.C.

"En la relación establecida entre el obrero y el capitalista, el obrero cede en un tiempo determinado su capacidad de trabajo, y la cede en el sentido más riguroso de la palabra. Es decir, que durante un tiempo determinado su subjetividad, su trabajo, ya no le pertenecen". Karl Marx, Trabajo asalariado y capital, 1849.

INTRODUCCIÓN

Permítasenos que comencemos afirmando algo que en realidad es público y notorio: uno de los objetivos primigenios y tradicionales del derecho laboral es la limitación del tiempo de trabajo. Si acudimos a las primeras disposiciones normativas integrables en esta rama del ordenamiento, comprobaremos que estas perseguían institucionalizar un máximo al número de horas de prestación de servicios que el operario podría comprometer a su empleador. Este límite perseguía un doble objetivo, en primer lugar, uno vinculado a la salubridad, tal y como era evitar la extenuación y el marasmo psíquico y fisiológico del operario; pero existía también otro objetivo -llamémosle así- humanista, al tratar de garantizar al proletario un determinado tiempo de libre disposición, allende cualquier vínculo jurídico de subordinación, que podría ser dedicado, bajo su libre albedrío, a su vida familiar, a su ocio o a su acendramiento intelectual y espiritual. Se asumía, con base en la experiencia empírica brindada por la primera industrialización, que una libertad irrestricta de contratación llevaría al establecimiento de una jornada laboral draconiana, a la que el trabajador aportaba todo el tiempo potencialmente empleable, enajenándolo de otras facetas vitales no profesionalizadas. A partir de esta concienciación, se inicia una contienda política y social que, con diferentes episodios, culminó -o entró en un apaciguamiento que se mantiene hasta la fecha- con la institucionalización a nivel internacional de la jornada máxima de 48 horas en el año 1919.

Hechas estas apreciaciones, con ellas solo queríamos justificar el interés que como laboralista nos suscita el denominado tiempo de presencia. Sin perjuicio de una mayor concreción, valga por ahora definir esta figura como un exceso en el límite máximo de jornada de trabajo, durante el cual el vínculo contractual entre empresario y trabajador permanece latente, imponiendo sobre este último una serie de obligaciones que, si bien no derivan en la prestación de actividades laboriosas, sí conllevan limitaciones sobre su libertad decisoria y ambulatoria. Así entendida, esta figura, el tiempo de presencia, colisionaría con los objetivos que se perseguían con la restricción legal de jornada, especialmente con el segundo de ellos -el que llamábamos humanista-, al detraer un periodo de tiempo de la libre disposición del trabajador que no podrá ser empleado en la promoción de cualesquiera de las facetas no profesionalizadas de su proyecto existencial. Esta contradicción con el espíritu original del derecho laboral nos resulta a mayor abundamiento relevante desde el momento en que, como se verá, tales periodos de presencia solo están previstos para determinados sectores profesionales -principalmente, aunque no de manera exclusiva, trabajos domésticos, marítimos o los vinculados al transporte-, produciéndose así un diferente trato que, a nuestro juicio y según trataremos de razonar, carece de cualquier fundamentación.

Desde estas consideraciones liminares quizás pueda justificase el intitulo escogido para este estudio. Cuando allí anunciábamos una crítica al tiempo de presencia desde una perspectiva dogmática no utilizábamos esta expresión de manera ampulosa o pretenciosa; la empleamos en la sexta de sus acepciones reconocidas por la RAE, id est, como lo relativo al "conjunto de dogmas o principios de una doctrina". Lo que aquí queremos efectuar es una crítica a la institución del tiempo de presencia desde los propios principios estructurales del isulaboralismo, en el entendimiento de que precisamente en estos es posible encon-

trar argumentos con los que reprobar la legitimidad de dicha figura o, cuanto menos, con los que postular una reforma legislativa que reconfigure su actual regulación normativa. Para alcanzar tal conclusión el iter expositivo seguido en esta contribución comenzará por una breve alusión al régimen jurídico -o, mejor dicho, regímenes jurídicos- del tiempo de presencia en nuestro país; seguidamente trataremos de compendiar los principales rasgos distintivos de esta figura para, a partir de las mismas y a renglón seguido, relacionar las principales censuras que le planteamos. Finalmente, incorporamos un apartado propositivo en el que enunciaremos algunas líneas de actuación por las que podría transitar la acción legislativa para corregir o paliar algunos de los vacíos de justicia que, siempre desde nuestra particular opinión, cabe imputarle a la actual regulación del tiempo de presencia.

1. Aproximación al régimen jurídico del tiempo de presencia. Ámbitos materiales de vigencia

Para tratar de circunscribir con alguna precisión el objeto de nuestra investigación, diremos que cuando aquí aludimos al tiempo de presencia nos estamos refiriendo todos aquellos lapsus de tiempo, allende los límites de la jornada ordinaria de trabajo, en los que el operario permanece, de alguna manera u otra, con mayor o menor intensidad, ligado a su actividad profesional bajo un, aun tenue, vínculo de subordinación. En otras palabras brindadas por doctrina más autorizada, podríamos definir estos periodos de presencia como aquellos "en los que el trabajador se compromete durante un determinado tiempo a estar a disposición del empresario para entrar a realizar sus funciones si así fuera necesario, esta disponibilidad se puede limitar a exigir al trabajador estar localizable o puede ir acompañada de la obligación de encontrarse en un determinado lugar, el centro de trabajo, en cuyo caso se trata de una disponibilidad presencial"[1].

Esta aclaración definitoria resulta pertinente desde el momento en que esta realidad sustantiva, u otras análogas, se presenta en nuestro Derecho positivo bajo nomenclaturas diferentes -v.gr., horas de presencia, guardias de localización, tiempos de espera, etc.-. Y es que -anunciando desde un comienzo cual será uno de nuestros principales reproches a la configuración legal de esta figura- no encontraremos en nuestro ordenamiento jurídico una definición unívoca y de alcance general de los tiempos de presencia. Esta será, quizás, la principal dificultad analítica que encontrará quien se acerque a esta figura, la ausencia de una definición legal y omnicomprensiva de la realidad sustantiva cubierta por la misma. Por el contrario, esta institución encuentra una caracterización diferente en cada uno de los sectores profesionales en los que adquiere operatividad. En atención a ello, estimamos que la forma más diligente de abordar esta institución es identificar cada uno de estos ámbitos para, seguidamente, tratar de compendiar algunos rasgos comunes de cada uno de ellos.

Ante este objetivo puede comenzarse diciendo que el hábitat natural y tradicional de las horas de presencia se ha encontrado en el sector del transporte -por carretera, fe-

1 Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: "La regulación de los tiempos de disponibilidad (presencia y localización) del trabajador en el Derecho comunitario y en el Derecho Interno", Revista de Justicia Laboral núm. 41/2010 (Versión digital en la base de datos Westlaw con la signatura BIB 2013\51297).

rroviario o aeronáutico- y los trabajos en el mar. En efecto, si acudimos al Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (en lo que sigue, RDJET) comprobaremos cómo las alusiones que en esta norma se hacen al tiempo de presencia aparecen ubicadas en su sección cuarta, "transportes y trabajo en el mar". Más concretamente, será en el art. 8.1 sobre disposiciones comunes a estas diferentes actividades donde encontramos la principal definición de esta categoría brindada por nuestro ordenamiento, presentándola como aquel periodo de tiempo "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". Puede decirse, de añadidura, que la asociación de los tiempos de presencia al sector del transporte no es una particularidad patria, sino que es coherente con las disposiciones transnacionales de regulación del tiempo de trabajo, como las emanadas de la O.I.T., que en su C067 - Convenio sobre las horas de trabajo y el descanso (transporte por carretera), 1939 (núm. 67), bajo la expresión de periodos de simple presencia, engloba los "períodos durante los cuales una persona permanece en su puesto únicamente para atender a posibles llamadas o para reanudar su actividad en el momento fijado por el horario" (art. 4.d). También en el ámbito europeo, la Directiva 2002/15, de 11 de marzo, sobre ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera, se refiere al "tiempo de disponibilidad" para aludir a "los períodos distintos de los períodos de pausa o de descanso durante los que el trabajador móvil no está obligado a permanecer en su lugar de trabajo, pero tiene que estar disponible para responder a posibles instrucciones que le ordenen emprender o reanudar la conducción o realizar otros trabajos". Aludiendo a estas normas transnacionales hacemos una aclaración pertinente, el tiempo de presencia no es una figura autóctona del Derecho español, sino que ha encontrado arraigo en otros ordenamientos, entre ellos el supranacional, por lo que parte de la crítica que aquí efectuamos no debe entenderse, no al menos en exclusividad, como un reproche al Legislador patrio.

Algunas de las disposiciones comunes de este tiempo de presencia en las distintas actividades donde el RDJET le reconoce operatividad se refieren a su remuneración y su límite máximo. En cuanto al primero de estos elementos, queda al albur de las partes, sin que pueda rebajar, en ningún caso, el valor salarial correspondiente a las horas ordinarias. En lo que se refiere a su límite cuantitativo, se estipula en 20 horas semanales, salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, en cuyo caso la norma no incorpora ninguna limitación.

Más allá de esta definición y estas líneas comunes, no encontraremos en esta norma ningún aditamento que abunde en el significado de las horas de presencia. En la regulación específica que hace de esta institución para sector del transporte por carretera sí incorpora una relación ejemplificativa de actividades o servicios que podrían ser desplegados por los operarios durante estos periodos de tiempo y que no se considerarían, por ende, prestación efectiva de trabajo (art. 10.4); enunciación la cual quizás pueda clarificar el significado de la figura que analizamos. Según dicho listado, computarían como tiempo de presencia, entre otros, los períodos durante los cuales el trabajador acompañe a un veículo transportado en transbordador o tren, los períodos de espera en fronteras o los causados por las

prohibiciones de circular o las dos primeras horas de cada período de espera de carga o de descarga. Es una lista ampliable o concretizable por la negociación colectiva, ya que en el art. 8.1 in fine -de alcance general, no circunscrito al transporte por carretera- se encomienda a los agentes sociales determinar "en cada caso los supuestos concretos conceptuables como tiempo de presencia"[2]. Por lo demás, cabe decir que para que esos periodos tengan la consideración jurídica de tiempo de presencia se requiere, además, que se conozca de antemano su existencia y duración (art. 10.3); lo cual acontece, según se encarga de precisar la norma, cuando sean esperas propias de un trayecto ya transitado con anterioridad o cuando, por ejemplo, el corte de la circulación haya sido previamente anunciado por las autoridades públicas. A contrario sensu, cuando este conocimiento previo no acontezca, la calificación que debe tener tales periodos será la de tiempo efectivo de trabajo, con las consecuencias que de ello se siguen a los efectos de determinar el máximo de jornada u horas extraordinarias.

El resto de los sectores en los que el RDJET prevé el sometimiento al tiempo de presencia no incorpora ninguna aclaración reseñable, se hace una mera remisión a las normas comunes de remuneración y tope máximo de horas permitidas. Así ocurre en el transporte ferroviario (art. 13.2) y el transporte y trabajos aéreos (art. 14.3)[3]. Es curioso constar que la regulación específica del trabajo marítimo (arts. 16 y 17) no hace ninguna referencia al tiempo de presencia, ni siquiera remite de manera expresa a la regulación del art. 8.1, sin embargo, es dable entender que, conteniendo este último precepto disposiciones comunes a todas las actividades incluidas en la sección de transportes y trabajo en el mar, resulta en este último ámbito plenamente aplicable el régimen que en el mismo se establece.

Extramuros ya del RDJET el tiempo de presencia es mencionado en dos disposiciones normativas que regulan sendas relaciones laborales de carácter especial, la de estiba y desestiba de buques y la de empleo doméstico. 1) Con respecto a la primera de ellas, el Real Decreto 371/1987, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto-ley 2/1986, de 23 de mayo de 1986, de estiba y desestiba de buques, indica en su artículo 20 que la jornada de los estibadores portuarios estará integrada por tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia. No incorpora el precepto ningún aditamento sobre el régimen jurídico de este tipo de presencia, sobre su remuneración o sobre su límite máximo; solo cabría inferir, a través de una lectura a sensu contrario del mismo, que dichos periodos de presencia no computan a los efectos del límite máximo de jornada

2 Al menos a nivel estatal la negociación colectiva no ha efectuado una relación más extensiva de supuestos. Si acudimos a la norma paccionada del sector de ámbito nacional, la Resolución de 13 de marzo de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo general para las empresas de transporte de mercancías por carretera, encontraremos en su art. 28.3 un catálogo casuísticas incardinables dentro de la categoría de tiempo de presencia que recoge los mismos supuestos previstos en la norma reglamentaria.

3 Si bien aquí con notables matices, ya que aquí el real decreto establece un número máximo de horas de trabajo anuales, 2.000, y dentro de este incluye las actividades de presencia. Es decir, la regulación en este concreto ámbito no pasa por imponer un límite semanal a las horas de presencia, sino por incluirlas dentro del límite anual de jornada permitido y comprensivo del tiempo efectivo de trabajo y del tiempo de presencia.

de trabajo y de horas de extraordinarias. 2) Con similar indolencia descriptiva se expresó en su día el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar, que permitía a las partes acordar tiempos de presencia que excedían de la jornada máxima de 40 horas (art. 7.1) y durante los cuales los trabajadores estaban obligados a permanecer en el domicilio familiar (art. 7.1 párrafo segundo, a contrario sensu). Esta referencia lacónica dejaba en la más profunda incertidumbre aspectos tan relevantes como el número máximo de horas de presencia que podrían acordar las partes, su remuneración, o el tipo de actuación que puede exigirse al trabajador durante las mismas. Estas omisiones resultan aquí reforzadamente criticables si tenemos en cuenta que nos encontramos en un ámbito en el que la negociación colectiva no tiene ningún margen para la regulación de las condiciones de trabajo, por lo que la labor de complementación que a través de esta se hizo en el sector de transporte por carretera resulta inoperante. En cualquier caso, sí que aportó algo de claridad, aunque con todo, tenue, la regulación actual de esta prestación de servicios y que se contiene en el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. Esta norma, en efecto, afirma la necesidad de que el régimen de estas horas conste por escrito en el contrato de trabajo (art. 5.4.b); establece un límite máximo, no pudiendo exceder las veinte horas semanales de promedio salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido (art. 9.2); y se remunerarán con un estipendio no inferior al correspondiente a las horas ordinarias (art. 9.2). Sin embargo, sigue dejando en el limbo cualquier concreción, aun ejemplificativa, de las esperas o pausas que integrarían el tiempo de presencia en este ámbito.

Más allá de estas referencias explícitas o literales al tiempo de presencia, ya decíamos líneas atrás que la realidad sustantiva que subyace bajo ese calificativo es regulada normativamente recurriendo a otras nomenclaturas. Así ocurrió en el R.D. 1331/2006 de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos. Según dispone esta norma en su artículo 14.1, "no se computará a efectos de la duración máxima de la jornada de trabajo, sin perjuicio de su compensación económica, el tiempo que empleen los abogados en los desplazamientos o esperas, salvo que durante los mismos realicen actividades propias de su profesión". De esta suerte, se excluye potencialmente del tiempo efectivo de trabajo una variada gama de sucesos que reducen el tiempo de libre disposición del trabajador por causas absolutamente ajenas a su voluntad. Valga puntualizar que la inconcreción de la norma fue denunciada por la doctrina[4] y aunque es cierto que el precepto, in fine, hace un llamado a la negociación colectiva, mediante la cual se "determinarán los supuestos concretos de desplazamientos y esperas que no se computarán a efectos de la duración máxima de la jornada", la norma no hacía ninguna precisión sobre su régimen jurídico. Precisamente esta imprecisión fue uno de los motivos que llevó a nuestro Tribunal Supremo a anular el tercer párrafo del art. 14.1 en la STS, Sala Tercera, de 16 de diciembre de 2008 (RJ 2008/5991), que acogió la tesis del sindicato accionante -la Asociación de Abogados

4 Aragón Gómez, C.: "La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo y la aportación que, al respecto, ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", Revista de Información Laboral núm. 9/2018 (signatura Westlaw BIB 2018\12748).

Laboralistas de Trabajadores de la Comunidad de Madrid- según la cual el establecimiento de este pseudo tiempo de espera conculcaría las disposiciones de la Directiva 2003/88 de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo[5]. Aunque volveremos más adelante sobre ello, ya anunciamos que el criterio de esta sentencia es sumamente sugerente, pues, según lo estimamos, resulta válido, mutatis mutandi, para cuestionar la legitimidad de las distintas manifestaciones de los tiempos de presencia, y no solo del que se previó para el colectivo de abogados[6].

Otra referencia implícita o indirecta al tiempo de presencia lo encontramos en la Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, cuando en su art. 7.2, relativo a la remuneración, delega a la negación colectiva "el tratamiento retributivo de aquellos tiempos en los que, sin estar comprendidos en la noción de jornada de trabajo […], el trabajador se encuentre en situación de disponibilidad respecto del empresario". Se trata, nuevamente de una afirmación totalmente imprecisa que deja en el limbo el tiempo de actividades remunerables por esta vía, el límite temporal máximo de las mismas e, incluso, su remuneración, para cuya determinación concede una libertad absoluta a los agentes sociales. Algo similar ocurre, sin ánimo de exhaustividad, en el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, cuyo art. 9.3 excluye del tiempo de trabajo "los tiempos de concentración previos a la celebración de competiciones o actuaciones deportivas, ni los empleados en los desplazamientos hasta el lugar de la celebración de las mismas".

Para cerrar este primer apartado, debe necesariamente aludirse a otra figura afín al tiempo de presencia y que, es quizás, el caso más paradigmático de tiempo a disposición del empleador sin prestación efectiva de servicios: nos referimos a las guardias de los profesionales sanitarios u otros servicios de atención urgente, como bomberos, protección civil o policía. Y es que, como se ha encargado de advertir nuestra mejor doctrina, "ontológicamente nos encontramos con una especialidad de los tiempos de presencia, en la medida en que durante la realización de guardias, y con independencia de la existencia de prestaciones materiales efectivas, la jornada de trabajo durante las mismas está caracterizada esencialmente por la necesidad del personal facultativo de encontrarse disponible (presencia física o localizada) ante cualquier requerimiento de asistencia sanitaria"[7]. La propia juris-

5 Monreal Bringsvaerd, E: "El cómputo del tiempo de trabajo. A propósito de la STS (3.a) de 16 de diciembre de 2008 sobre la duración de la jornada de los abogados", Diario La Ley, núm. 7149/2009, págs. 6 y ss.

6 Valga añadir que la Directiva Comunitaria 2003/88/CE, que los Sindicatos invocaron para defender la ilegalidad del art. 14.1 párrafo 3º del Real Decreto 1331/2006, fue utilizada con anterioridad por el Consejo de Estado en su Dictamen 2206/2006 para mantener la tesis contraria, id est, que es plenamente conforme la consideración de tiempo de trabajo como tiempo «efectivo» de trabajo, y no la mera presencia en el puesto de trabajo. Vid. Areta Martínez, María y Sempere Navarro, Antonio V.: "Control judicial del Reglamento regulador de la relación laboral especial de abogacía (Comentario a la STS, Contencioso, de 16 diciembre 2008)", Repertorio de Jurisprudencia núm. 30/2008, (RJ 2008, 5991).

7 Gómez Muñoz, J.M.: Las jornadas especiales de trabajo, Pamplona, Aranzadi, 1999, pág.

prudencia ha definido el tiempo dedicado a estas labores de guardia como "horas de mera presencia física y ausencia localizable"[8]. Estas guardias tienen una regulación específica en cada una de las profesiones para las que se prevé, por lo que su abordamiento abigarraría de manera indeseable el contenido de este pliego. En consecuencia, solo nos referiremos a estas guardias de manera puntual, sobre todo lo haremos más adelante cuando aludamos a algún reciente pronunciamiento sobre el particular del TJUE que incorpora sugerentes reflexiones para la cuestión que nos ocupa. Por incorporar aquí meramente una definición aproximada a la figura, citaremos la que nos proporciona el art. 46.2.d) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, donde define la guardia de localización como el periodo durante el cual "el personal se encuentra en situación de disponibilidad que haga posible su localización y presencia inmediata para la prestación de un trabajo o servicio efectivo cuando fuera llamado para atender las necesidades asistenciales que eventualmente se puedan producir". Este mismo texto normativo se encarga de aclarar, en su art. 48.2, que estos períodos no serán tomados en consideración para la duración máxima de la jornada "salvo que el interesado sea requerido para la prestación de un trabajo o servicio efectivo, caso en que se computará como jornada tanto la duración del trabajo desarrollado como los tiempos de desplazamiento".

2. Algunos rasgos caracterizadores del tiempo de presencia

Si en el apartado anterior hemos aludido a la configuración fragmentaria o sectorial del tiempo de presencia, ahora nos proponemos bocetar una definición omnicomprensiva de esta figura a través de los rasgos comunes que pueden predicarse de las distintas modalidades de tiempo de presencia previstas en nuestro ordenamiento normativo. La existencia de estos rasgos comunes, entendemos, nos permiten además afirmar la sustantividad propia de la figura que analizamos, con independencia de su plurivocidad y su dispersa regulación. La enumeración de estos rasgos, no necesariamente exhaustiva, pueda quedar como sigue:

a) No se trata de tiempo de trabajo ni de tiempo de descanso. De esta forma, escapa de la clásica dicotomía que caracteriza la regulación ortodoxa del tiempo de trabajo. Algunos exponentes de la doctrina lo identifican con un tertium genus entre sendas categorías[9]; otros hablan de "el nacimiento de un nuevo tiempo contractual"[10].

b) En cuanto a su computo dentro de la jornada y su remuneración, recuperando un pronunciamiento remoto, pero plenamente vigente, del profesor García Ninet, cabría destacar las siguientes notas: 1) No se computan como horas de trabajo efectivo, ni, por ello,

128.

8 STS, Sala Cuarta, de 14 de marzo de 1985 (RJ, 1985, 1339).

9 Gorelli Hernández, J: "Tiempo de Trabajo y Jornada. Regulación y Tratamiento en la Negociación Colectiva", en A.A.V.V.: Tiempo de trabajo. XXIX jornada de studio sobre negociación coelctiva, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016, págs. 63-186, pág. 155. En idéntico sentido, Rodríguez Sanz de Galdeano, R.: "La regulación de los tiempos de disponibilidad (…)", op. cit.

10 Rodríguez Sanz de Galdeano, B: "La regulación de los tiempos de disponibilidad…op.cit.

no inciden en el límite de horas extraordinarias. 2) Deben ser estipendiadas, como mínimo, por el mismo importe previsto para el trabajo efectivo[11].

c) Se trata de una figura limitadora los derechos de los trabajadores[12]. Esta apreciación, que puede tacharse de indolente, es de la mayor importancia. Desde el momento en que dichos tiempos de presencia son remunerados, al menos con el importe previsto para la hora ordinaria, pudiera atribuírsele a la figura un impacto neutral en el equilibrio sinalagmático del contrato de trabajo. Huelga aclarar que, aunque la limitación de la jornada máxima suponga, en parte, una restricción a la libertad contractual del trabajador, se concibe en realidad como una garantía para este, que impide la competencia desleal entre operarios y que los patronos puedan exigir el sometimiento a jornadas excesivas para la incorporación a un puesto remunerado. Admitiendo así que los tiempos de presencia comportan un perjuicio para el operario, puede sostenerse que se trata de una opción excepcional que debe ser contemplada con carácter restrictivo, en palabras nuevamente de García Ninet, "dado que se trata de una excepción que contempla una importante rebaja de derecho del trabajador en concepto de tiempo de trabajo, deberá interpretarse restrictivamente"[13].

d) Otra cuestión de alusión necesaria pasará por resolver si nos encontramos ante una figura de alcance general, que pueda ser aplicada en el común de las relaciones laborales, o si, por el contrario, solo resulta de aplicación en aquellos sectores o ramos de actividad designados de manera explícita por el Legislador -o el Ejecutivo en el ejercicio de su potestad reglamentaria-. En otras palabras, determinar si resulta preceptivo una habilitación legal para la operatividad de los tiempos de presencia en una relación laboral determinada o si, por el contrario, las partes -ora a nivel colectivo, ora a nivel individual- cuentan con autonomía para pactar el sometimiento a este régimen horario con independencia de la actividad profesional ejecutada. Entendemos que es la primera opción la que encuentra un mejor acomodo en nuestro sistema jurídico y la que ha avalado nuestra doctrina científica al afirmar que los tiempos de presencia "constituyen una «especialidad» dentro de la ordenación general del tiempo de trabajo, y por eso han sido previstos únicamente para determinados ámbitos"[14]. Y es que solo desde este carácter excepcional podría afirmarse la coherencia de los tiempos de presencia con los preceptos comunitarios de ordenación del tiempo de trabajo contemplados en la Directiva 2003/88. Si efectuamos una lectura superficial de la misma comprobaremos que esta no contempla tiempos de presencia, tampoco tiempos de espera, disponibilidad u otra figura análoga. Todas sus disposiciones orbitan sobre el más ortodoxo binomio tiempo de trabajo-tiempo de descanso, por lo que, en todas las relaciones laborales que queden dentro del ámbito de vigencia de dicha norma solo podrá articularse en esos términos maniqueos[15]. Dicho lo anterior, debe decirse que existen

11 García Ninet, J.I.: "Las jornadas especiales de trabajo", en A.A.V.V. (coord. De la Villa Gil, Luís Enrique): Estudios sobre la jornada de trabajo, Madrid, ACARL, 1991, págs. 225-360; págs. 334 y 334.

12 Ibid., pág. 333.

13 Ibid.

14 Martínez Yáñez, N.M.: "El tiempo de presencia en el sector de los transportes" (BIB 2011\5519), en Martínez Yáñez, N.M. y Cabeza Pereiro, J: El régimen jurídico de la disponibilidad horaria, Cizur Menor, Aranzadi, 2011 (BIB 2011\204)

15 De hecho, este y no otro fue el argumento principal con el que el Tribunal Supremo revocó la

una serie de ámbitos excluidos de la vigencia de esta norma, tal y como se anuncia en el primero de sus artículos, concretizándose el régimen de exclusiones en los arts. 14, 15, 17 y 18. El artículo 14 concede prioridad sobre la Directiva general a las directivas específicas que para concretos sectores de actividad se puedan aprobar. Por su parte, el artículo 17 permite a los Estados miembros establecer excepciones al régimen general sobre descansos, duración de la jornada máxima y duración del trabajo nocturno en determinadas actividades que no tengan una duración medida. Por último, el artículo 20 de la Directiva aclara que lo dispuesto en los artículos 3, 4, 5 y 8 en materia de descanso diario, pausas intrajornada, descanso semanal y trabajo nocturno, no se aplicará a los trabajadores móviles ni tampoco a los trabajadores off-shore. Lo mismo establece el artículo 21 para los trabajadores que presten su actividad en buques de pesca marítima. De la lectura conjunta de estos preceptos cabría deducir que los tiempos de presencia solo adquirirían legitimidad en algunas de estas actividades excluidas de la precitada norma, pero no en las que, por defecto, quedan dentro de su ámbito de vigencia. En realidad, una exégesis más atenta de la norma nos permitiría mantener una postura más restrictiva, como la que ha efectuado parte de la doctrina para afirmar que "a la luz de este elenco de excepciones, se puede concluir que sólo es posible el establecimiento del tiempo de presencia, como categoría diferente dentro de la ordenación del tiempo de trabajo, si existe una normativa comunitaria específica que así lo recoja"[16]. Y es que, como se ha visto, los artículos 15, 17, 18, 20 y 21 de la directiva, que son los que autorizan la existencia de ordenaciones diferentes del tiempo de trabajo para determinados sectores de actividad, se limitan al establecimiento de regímenes diferentes en materia de descanso diario o semanal, pausas, etc. Así las cosas, "con base en estos artículos, no es posible, por tanto, introducir una nueva categoría de tiempo de trabajo como la del tiempo de presencia[17]". Es decir, al no admitir la norma comunitaria que regula el tiempo de trabajo con carácter general los periodos de presencia, estos solo tendrán cabidas cuando otra norma del mismo rango y de mayor especificidad la haya admitido de forma explícita, tal como ha ocurrido, por ejemplo, en materia de transporte por carretera a través de la Directiva 2002/15 anteriormente aludida.

e) Sobre el cauce normativo pertinente para su regulación, ya hemos visto que con carácter principal encuentra su desarrollo en el nivel reglamentario, como sabemos, en el RDJET. Este real decreto encuentra su razón de ser en las delegaciones contempladas en el Estatuto de los Trabajadores. En efecto, el artículo 34.7 ET, teniendo en cuenta "aquellos sectores y trabajos que, por sus particularidades así lo requieran", autoriza al Gobierno a "establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de descanso". Igualmente, el apartado 1 del artículo 36 y el apartado 1 del artículo 37 de la precitada norma confieren al Gobierno idéntica facultad en relación con la duración de la jornada de trabajo de los trabajadores nocturnos y con el descanso semanal, así como para la fijación de regímenes de descanso alternativos para actividades concretas. Estos preceptos fueron invocados por el titular de la potestad reglamentaria para justificar

disposición que preveía los tiempos de presencia en el colectivo de abogados, al traste de una categoría jurídica indeterminada que no tenía ninguna cabida en la norma comunitaria. Vid. La ya aludida STS, Sala Tercera, de 16 de diciembre de 2008 (RJ 2008/5991).

16 Rodríguez Sanz de Galdeano, B: "La regulación de los tiempos de disponibilidad…op.cit.

17 Ibid.

la aprobación del RDJET a través del cual se regulaban las horas de presencia en determinados sectores profesionales, confeccionado, en palabras del profesor Alarcón Caracuel, "un traje a medida de las diversas necesidades"[18]. Aunque pudiera tratarse de una opción discutible[19], desde el momento en que se trata de imponer por vía reglamentaria un trato más gravoso que el admitido por la ley laboral, ha sido validada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección7ª), cuando se cuestionó la legitimidad formal del Decreto 2001/83 de 28 de julio -precedente normativo del RDJET- en su sentencia de 31 enero 1990 (RJ 1990\574), admitiendo que no o hay una reserva de ley absoluta en materia de regulación de las condiciones de trabajo[20]. Con no menos importancia, y con mayores dudas en cuanto a su corrección jurídica, encontramos el margen de autonomía que el RDJET y otras normas -como el R.D. 1435/1985 que se regula la relación laboral especial de los artistas - confieren a la autonomía colectiva para la determinación de los supuestos incardinables dentro del tiempo de presencia. Dejamos meramente señalada tal facultad sin perjuicio de que en el siguiente de los apartados evacuemos una crítica al respecto.

f) Otro rasgo diferenciador del tiempo de presencia es su carácter obligatorio, en la medida que puede ser impuesto unilateralmente por la empresa o supeditarse al acontecimiento de una situación objetiva determinada. A diferencia de las horas extraordinarias -el exceso en la jornada que puede darse en el común de los trabajadores-, el sometimiento del trabajador al tiempo de presencia no requiere el concurso de voluntades de las partes contratantes, solo requieren de la aparición de un elemento objetivo accionante como puede ser, por ejemplo, una avería, la carga y descarga del vehículo o una retención aduadanera. Ocurrido cualquiera de estos incidentes, el sometimiento al tiempo de presencia resulta preceptivo, sin ningún margen de elección para el trabajador, que, salvo disposición en contrario del convenio colectivo o el contrato individual, ni tan siquiera podrá escoger entre la remuneración de dicho tiempo de presencia o su permuta por un descanso equivalente. Debe decirse, en aras del rigor, que alguna normativa específica, como la rectora del empleo doméstico, exige para la habilitación de las horas de presencia el acuerdo explícito del empleado y el empleador, sin embargo, aun en este caso no debe hablarse de horas de libre aceptación por el trabajador en la medida que dicho acuerdo se produce en el momento genético del contrato de trabajo, cuando, como es extensamente asumido, la libre autonomía del trabajador aparece menguada por la necesidad de acceder a una ocupación remunerada, id est, un medio de sustento.

18 Alarcón Caracuel, M.R.: prólogo a Gómez Muñoz, J.M: Las jornadas especiales de trabajo… op.cit., pág. 17.

19 Sobre la discusión en torno a la legitimidad del cauce reglamentario vid Gómez Muñoz, J.M: Las jornadas especiales de trabajo… op.cit. págs. 33 y ss.

20 Mejor opinión nos merece el voto particular emitido por el magistrado Conde Martín de Hijas, para quien las cuestiones relativas al tiempo de trabajo si deben gozar de reserva de ley. "Tal conclusión -se lee en el voto particular- viene además impuesta por el art. 53.1 del propio texto constitucional, en que se formula la reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I, que es el marco sistemático en el que se encuadra el art. 35.2". Dicho lo anterior, el magistrado no se separará del voto mayoritario nada más que en la argumentación, pues entiende que, asentada esta reserva de ley, esta es salvada por la delegación expresa que el Legislador incluyó en el Estatuto de los Trabajadores, por lo que no discrepará del fallo de la sentencia.

g) Por último, para una mejor comprensión de la crítica que acometemos en el siguiente apartado, debe decirse que estas horas de presencia no tienen carácter extraordinario. Más allá del tope semanal de 20 horas fijado por el RDJET o el RD 1620/2011, y más allá de los límites que indirectamente impone el régimen de descansos obligatorios, no se establece ninguna limitación al uso continuado de las horas de presencia. La normativa no introduce un máximo mensual, trimestral o anual de horas de presencia ni sanciona su utilización recurrente, lo que equivale a decir que sería permisible una prestación de servicios en la que, de ordinario y sin solución de continuidad, además del máximo de jornada ordinaria de trabajo, se alcancen también las 20 horas de presencia[21].

3. Déficits de justicia, iniquidades y disfuncionalidades jurídicas de la actual regulación de los tiempos de presencia

Hasta ahora hemos pretendido mantener una exposición meramente descriptiva, ajena a toda consideración crítica. Con todo, en mérito de lo expuesto en el epígrafe anterior ya podrán intuirse, en parte, las líneas por las que discurrirá nuestra invectiva al tiempo de presencia. Estos motivos serán de dos tipos, en primer lugar, algunos de carácter ontológico, que cuestionan la legitimidad material de las horas de presencia en nuestro acervo político y social; y otros, de índole jurídico-positiva, que descansan en la deficiente articulación normativa operada por el Legislador para la regulación de esta figura.

1. Los tiempos de presencia como transgresión del objetivo fundacional del Derecho laboral, la garantía de tiempos suficientes de desapego a la subordinación laboral

Como decíamos en trámite introductorio, no sería impropio afirmar que las primeras normas históricas subsumibles en la disciplina iuslaboral fueron aquellas que trataron de imponer un tope temporal máximo a la exposición del operario al trabajo. Estas primeras normas, ya se ha dicho, "estaban guiadas no solo por un deseo de humanizar las condiciones de trabajo, sino también por el deseo de que, al recortarse horas de trabajo, fuera factible escolarizar adecuadamente a los menores e instruir a los adultos"[22]. Sugestivamente, la primera norma documentada que establecía restricciones horarias a las partes contratantes, la Fabric Act aprobada por el Parlamento de Reino Unido en 1802, recibía el nombre Ley de Salud y Moral de los Aprendices. En el ámbito patrio, esta misma finalidad se persiguió a través de la Ley Benot de 24 de julio de 1873, cuya exposición de motivos anunciaba que a través de la misma "el Gobierno de la República cumple el grato deber someter a las Cortes Constituyentes una ley de humanidad, que favorezca el desarrollo de la generación obrera

21 Por ejemplo, la OIT, en alguna recomendación específica, como la Recomendación sobre el personal de enfermería, 1977 (núm. 157), ha pautado "recurrir lo menos posible al servicio de guardia", para lo cual, añade "deberían adoptarse medidas apropiadas en el campo de la organización del trabajo, la determinación y la utilización del personal y de la planificación de los horarios", sin embargo, tal pauta no ha cristalizado en ninguna disposición vinculante de este organismo.

22 Martínez Peñas, L: "Los inicios de la legislación laboral española: La ley Benot", Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones; Volumen 1, págs. 25-70, pág. 35.

tanto en lo físico como en lo intelectual y moral"[23]. En el ámbito supranacional a raíz del sistema de Tratados de la Paz de Versalles de 1919, se funda la Organización Internacional del Trabajo, entre cuyos objetivos fundacionales, cuya consecución se consideraba urgente para garantizar la paz social, se encontraba "la reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo"[24].

Este objetivo seminal del derecho laboral, que a veces se difumina, sigue hoy resultando incuestionablemente pertinente[25]. A pesar de ello, a través de los tiempos de presencia, según nosotros los entendeos aquí, se ha articulado un subterfugio jurídico que permite la enajenación al trabajador de parte de su tiempo de libre disposición, extendiendo la jornada máxima durante unos periodos en los cuales permanece vigente -de manera más o menos latente- el vínculo de subordinación para con el empresario, imponiendo, las más de las veces, la obligación de permanecer expectante en una determinada localización y persistiendo durante el mismo las facultades patronales de fiscalización y disciplina. Ello permite la revitalización de jornadas laborales decimonónicas en las que el trabajador dispone de un tiempo nulo para el desarrollo de su vida desprofesionalizada.

Permítasenos ilustrar este planteamiento con un ejemplo casuístico que, con ser rudimentario, ayuda a expresar los motivos de nuestra discrepancia: imagínese un trabajador del transporte por carretera que asume una ruta diaria de reparto entre Málaga y Ciudad Real, regresando cada noche a su domicilio. Dentro de su jornada, ocho horas diarias pueden ser dedicadas de ordinario al trabajo efectivo y otras cuatro horas -en un horario de lunes a viernes- a la mera presencia o espera durante los periodos de carga y descarga de la mercancía. Imaginando que el trabajador no realice además horas extraordinarias -que sería perfectamente legítimo, no impedido por la norma, al menos hasta el límite permitido por el régimen de descansos- este trabajador contará cada día con unas doce horas alejadas del ámbito profesional[26]. Si aceptamos que en torno a ocho horas -según los estándares pautados por la OMS[27]- las empleará al sueño, este trabajador dispondrá de un total de

23 "Proyecto de ley, presentado por el Sr. Ministro de Fomento, regularizando el trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros de ambos sexos". Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española, Volumen 1, Tomo 1, Apéndice al número 23. Madrid, 1874. Añadía este preámbulo de la norma que "Para que un país ocupe puestos de honor en el gran concierto de las Naciones civilizadas, es preciso que produzca hombres, no solo criados para las faenas de la acuicultura, los trabajos de la industria y las agitaciones del comercio, sino educados también para las luchas de la inteligencia".

24 Preámbulo Constitución de la OIT.

25 OIT: El tiempo de trabajo en el siglo XXI: Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo, 17-21 de octubre de 2011, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2011.

26 Según la cuantificación efectuada por Gómez Muñoz, esta limitación podría ser mayor, llegando hasta las 68 horas y 15 minutos, disgregadas en 47 horas efectivas de conducción, 12 horas y media de presencia, y 8 horas y 45 minutos en concepto de horas extras. Vid. Gómez Muñoz, J.M: Jornadas especiales…op.cit., pág. 147.

27 Martínez Martínez, M.A: "¿Cuánto hay que dormir para un sueño saludable?. Sueño saludable: evidencias y guías de actuación. Documento oficial de la Sociedad Española de Sueño", Revista de Neurología, Vol. 63, Supl. 2, Octubre 2016, págs. 7-10; pág. 7.

cuatro horas diarias para su asueto, su dedicación familiar y doméstica y demás quehaceres de la vida diaria. Ello, valga puntualizar, en el más benevolente de los casos en el que este trabajador reside junto al lugar de partida de la ruta. En otro caso, a estas cuatro horas de libre disposición, habrá que restarle el tiempo empleado en el desplazamiento hacía dicho emplazamiento base. Así las cosas, la dimensión más elevada del ser humano, promocionada a través de actividades que se alejan del trabajo y la satisfacción de las necesidades fisiológicas elementales, quedará confinada, al menos en este supuesto, al fin de semana, las vacaciones y los festivos.

2. Sobre la discriminación interprofesional propiciada por la actual regulación de los tiempos de presencia

En base a lo anterior, la institucionalización de los tiempos de presencia no nos parece solo inecuánime sino, además, sumamente discriminatoria. Y ello en la medida que esta mayor severidad horaria solo opera sobre determinados colectivos profesionales determinados por el Legislador -cuando no por el Ejecutivo vía delegación normativa-. Mientras el común de los trabajadores admite de ordinario un tiempo máximo de subordinación de ocho horas diarias -sobre una semana laboral de cinco días-, algunas ocupaciones concretas podrán ver este límite incrementado en un 50%. La determinación de profesiones afectadas por este incremento es, además, sumamente arbitraria. Cierto es que en las profesiones en las que se aplica el tiempo de presencia encontraremos algunos elementos objetivos con los que justificarlo, pero no es menos ciertos que existen otras muchas profesiones a las que también les son consustanciales tiempos de espera, sin ocupación efectiva, o de mera disposición, a las que no se les habilita dicho régimen jurídico. Así, a vuela pluma, se nos ocurre el ejemplo de los repartidores a domicilios de cadenas de hostelería, en los tiempos entre servicio y servicio, o los teleoperadores ocupados en la atención al usuario. Afirmando esto no estamos sosteniendo la bondad de una proposición de lege ferenda que extienda la habilitación de los tiempos de presencia a todos los sectores profesionales, pero sí sostenemos que este diferente trato acaba por distorsionar el concepto dogmático-jurídico del trabajo, en la medida que tareas esencialmente iguales -como por ejemplo la inactividad transitoria por la avería de un bien de equipo- acaba adquiriendo una denominación y un tratamiento diferenciados según un criterio subjetivo como es la actividad profesional desempeñada.

Permítasenos justificar ello a través de dos ejemplos. Desde tiempos remotos el TJUE asentó que el tiempo de pernocta en el que un trabajador permanece en el centro de trabajo, a disposición de atender los eventuales avisos de urgencia que puedan darse, debe calificarse a todos los efectos como tiempo de trabajo[28]. En tiempos más recientes, matizando su doctrina anterior y estableciendo un criterio más proclive a los intereses de los trabajadores, ha dictaminado que inclusive el tiempo durante el cual un trabajador se halla pernoctando en su propio domicilio, pero sin libertad ambulatoria plena y a disposición

28 SSTJUE 3 de octubre de 2000 (C-303/98), Simap; 9 de septiembre 2003 (C-151/02), Jaeger; 1 de diciembre 2005 (C-14/04), Dellas y otros; y 10 de septiembre 2015 (C-266/14), Tyco; y Autos 11 de enero 2007 (C-437/05), Vorel; y 4 de marzo de 2011 (C-258/10) Grigore.

de atender urgencias en un breve lapso temporal, también debe tener la consideración de tiempo de trabajo[29]. Así las cosas, nos preguntamos entonces desde qué perspectiva de justicia material y equidad cabe excluir del tiempo de trabajo el periodo que los empleados domésticos permanecen en el domicilio del cabeza de familia, expectantes para atender las necesidades médicas de este o de alguno de sus familiares, tal y como hace el art. 9.1 del R.D. 1620/2011 al considerarlo como tiempo de presencia[30]. Otro ejemplo de esta arbitrariedad legislativa, esta vez censurado por las instancias judiciales, es la exclusión del tiempo de trabajo de los desplazamientos y esperas en los que incurriese el colectivo de abogados asalariados por ministerio del art. 14.1 del R.D. 1331/2006. Esta opción legislativa no se extendía a otros operadores jurídicos excluidos del ámbito subjetivo de dicha norma, como por ejemplo los graduados sociales. Durante la vigencia de este precepto podría haberse dado el absurdo de que para un graduado social y un letrado que se encuentran esperando la celebración de un mismo juicio, la normativa suministrase un diferente trato: para el primero dicha espera se computaría como tiempo de trabajo mientras que para el segundo se contabilizaría como tiempo de presencia y, por ende, se traduciría en excesos obligatorios sobre el tiempo máximo de la jornada laboral.

3. Sobre la incongruencia de la regulación nacional del tiempo de presencia y la normativa comunitaria rectora del tiempo de trabajo

El carácter heteróclito de los periodos de presencia se confirma si acudimos a la normativa comunitaria reguladora del tiempo de trabajo, concretamente la Directiva 2003/88/CE sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y la interpretación de la misma efectuada por el TJUE. Si acudimos a estas dos fuentes, constataremos que, en relación con la actividad profesional del trabajador, solo cabe una lectura dicotómica del tiempo según la cual una determinada situación podrá calificarse, ora como tiempo de trabajo, ora como tiempo de descanso, sin lugar a una tercera opción miscelánea o híbrida entre estas dos categorías[31]. Según el TJUE, haciendo una interpretación flexible del art. 2 de la mentada directiva, bastaría la concurrencia de dos factores para calificar una situación como tiempo de trabajo: La presencia en el lugar de trabajo y la disponibilidad para atneder o reanudar el proceso productivo[32]. Convendremos por lo demás en que sendos elementos concurren en los tiempos de presencia tal y como aparecen configurados en nuestro ordenamiento interno. Con base en este criterio es como se justifica la ya consolidada jurisprudencia del TJUE que venía calificando las guardias con presencia física como tiempo de trabajo, y que más recientemente se ha extendido a aquellas guardias de

29 STJUE, de fecha 21 de febrero 2018, C-518/15 (asunto Matzak).

30 De hecho, alguna sentencia reciente, con invocación de la doctrina comunitaria, ha sorteado las disposiciones del R.D. 1620/2011 para entender que el tiempo presencial en casa aunque no haya actuación directa, es plenamente equiparable a la situación de estar de guardia localizada en el domicilio pendiente de llamada por lo que se considera como tiempo de trabajo ya que existe obligación de atención; acordando su retribución como horas extraordinarias. STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia de 8 octubre 2018 (AS 2019\1882).

31 Por todas, STJUE 1 de diciembre 2005, C-14/04 (asunto Dellas).

32 Ibid.

localización en las que el trabajador permanece en su domicilio, pero se le exige un periodo de respuesta breve, debe ser calificado como tiempo efectivo de trabajo -novedoso criterio que, dicho sea de paso, se aparta del mantenido por nuestro Tribunal Supremo[33] en ocasiones precedentes-. La ratio decidendi de estas resoluciones descansa en la limitación de la libertad del trabajador que tal régimen de guardias ocasiona[34], lo que toca preguntarse es si estas restricciones no se dan en mayor grado en los tiempos de presencia reconocidos por nuestra normativa y, en caso afirmativo, cuál es la legitimación material de un diferente trato jurídico y su exclusión del concepto de tiempo de trabajo.

4. La aporía del tiempo de presencia en el debate sobre la distribución del tiempo de trabajo

Por otro lado, la legitimidad del exceso de jornada que representa el tiempo de presencia también puede cuestionarse desde los dogmas contemporáneos de la política de empleo, ámbito en el cual se ha acogido con convicción el planteamiento del reparto del tiempo de trabajo, bien sea como forma de afrontar la crisis del fin del empleo, bien lo sea como una distribución social más equitativa de los beneficios derivados de la mayor productividad tecnológica. Ciertamente, de un tiempo a esta parte ha aflorado abundante literatura social propugnando el reparto del tiempo de trabajo y la reducción del jornada laboral[35], y son numerosos los informes que muestran una relación positiva entre la reducción del tiempo del trabajo y el mantenimiento del empleo[36]. En lo que a nosotros nos resulta más relevante, este planteamiento es acogido por las instituciones competentes de la ordenación de las relaciones de trabajo, como la O.I.T., que define el ajuste del tiempo de trabajo como "una política clave para responder a la crisis mundial del empleo"[37]. El mantenimiento del tiempo de presencia, sin embargo, se contrapone a esta tendencia; si los tiempos de presencia que se dan en determinadas relaciones laborales computasen a los efectos de la jornada máxima, es obvio que los empresarios se verían en la necesidad de incrementar el número de empleados para cubrir estas horas de exceso, promoviéndose así un reparto más extensi-

33 Y, de hecho, así lo entendió también nuestro Tribunal Supremo que apuntó que la mera situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa no implica, por sí sola, el desarrollo de ningún trabajo y, por ende, está claramente fuera de la jornada laboral y no puede ser calificada como tiempo de trabajo. Con todo, cabe decir que este criterio no necesariamente es contrapuesto al mantenido por el TJUE en el asunto Matzak, pues como ya concluyó el TJUE en aquella ocasión, habrá de estarse a la casuística concreta, considerando, entre otros factores, la brevedad del tiempo de respuesta exigido.

34 STJUE, de fecha 21 de febrero 2018, C-518/15 (asunto Matzak).

35 Por todos, y limitándonos a autores nacionales, Medina Castillo, J.E.: Crisis de la sociedad salarial y reparto del trabajo, Comares, Granada, 1999; Jáuregui, R, Egea, F., De la Puerta, J: El tiempo que vivimos y el reparto del trabajo: la gran transformación del trabajo, la jornada laboral y el tiempo libre, Barcelona, Paidós, 1998; Ferrer Sais, A: "El tiempo de trabajo y el reparto del empleo", Temas para el debate, núm. 280 (marzo), 2018, págs. 38-42.

36 Vid. OIT: El tiempo de trabajo en el siglo XXI: Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo, 17-21 de octubre de 2011, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2011.

37 Ibid.

vo del tiempo de trabajo. Esta aporía fue advertida por el profesor Gómez Muñoz cuando comentaba que "nadie sabe adónde conduce el sendero de la reducción de jornada, ni por qué razones concretas dicho trecho ha de ser transitado. Mientras tanto puede decirse alto y claro […] que los camioneros siguen jugándosela con rutas de hasta 70 horas, y la gente del mar, cuando trabaja, lo que es un logro, sigue volviendo a casa con síndrome de agotamiento por falta de descansos efectivos"[38]. No desconoce esta parte que una distribución del trabajo por la vía de la supresión del tiempo de presencia entrañaría dificultades organizativas para las empresas -y económicas, aunque en menor proporción-, pero creemos que es una dificultad inherente al riesgo empresarial, o por lo menos, defenderemos que esta mayor dificultad en la gestión del proceso productivo no puede salvarse mermando el derecho al tiempo libre de los trabajadores.

5. Sobre el amplio margen conferido al desarrollo reglamentario y la negociación colectiva

Ya habíamos afirmado en el apartado anterior que la determinación de la categoría del tiempo de presencia se había efectuado en ocasiones a través de normas de rango reglamentario. Y ello con cobijo en la delegación contenida en los arts. 34, 36 y 37 del ET, lo cual, valga añadir ahora, ha sido censurado por la doctrina científica[39]. Adhiriéndonos a ese parecer crítico, creemos que dos aspectos son reprochables. Con carácter más estructural o político, la propia bondad de la delegación efectuada por el Legislador, que ha sustraído del debate parlamentario un aspecto de las relaciones laborales tan relevante como la organización del tiempo de trabajo. Se trata de una delegación por otra parte amplísima, una suerte de patente de corso que no llega, ni tan siquiera, a delimitar sobre que colectivos pudiera extenderse esta regulación específica de la jornada laboral ni hasta que límite. En segundo lugar, puede reprobarse el uso que de esta facultad delegada ha hecho el Gobierno. Repárese en que la delegación introducida en el Estatuto de los Trabajadores no se refiere de manera explícita a la ampliación del tiempo de subordinación laboral, no faculta, por así decirlo, la introducción de los tiempos de presencia. Si hemos concluido que esta figura se sitúa allende del tiempo de trabajo, que no participa de tal condición, expresamos nuestras dudas de que esta figura pueda entenderse incluida en el tenor literal de los arts. 34.7 y 37.1 ET, y ello aun a sabiendas, como hemos expuesto, de que la integridad de la regulación reglamentaria en esta materia ha sido convalidada por el Tribunal Supremo[40].

Más dudas planteará la legitimidad de delegar -o redelegar, si se nos permite la expresión- a la negociación colectiva la concreción de las actividades subsumibles bajo la categoría del tiempo de presencia. El real decreto de las jornadas especiales de trabajo,

38 Gómez Muñoz, J.M.: Jornadas especiales…op.cit., pág. 23.

39 Gómez Muñoz, J.M.: Jornadas especiales…op.cit., pág. 36, Martín Valverde, A.: "El reglamento sobre jornadas especiales de trabajo de 1995", Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica núm. 2/1995, págs. 398-413, pág. 403.

40 Según dijimos supra, en la Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección7ª), cuando se cuestionó la legitimidad formal del Decreto 2001/83 de 28 de julio -precedente normativo del RDJET- en su sentencia de 31 enero 1990 (RJ 1990\574)

como vimos, preveía que "en los convenios colectivos se determinarán en cada caso los supuestos concretos conceptubales como tiempo de presencia". Esta delegación a la norma paccionada debe enmarcarse en el contexto de una tendencia legislativa que ampliaba, en otros muchos aspectos, el ámbito de la negociación colectiva frente a la norma[41]. Pues bien, como se dijo, ello ya fue criticado por el Tribunal Supremo cuando enjuició la remisión de este tipo que se hacía en el art. 14.1 del RD. 1220/2006. Concluía el Alto Tribunal que "no hay que olvidar, que las normas en materia de jornada de trabajo lo que han de hacer es clarificar y dar las pautas exigidas y no introducir confusiones o dudas y esperar que las mismas sean resueltas por lo convenios colectivos"[42]. No obstante lo anterior, no queda claro si ese pronunciamiento fue parte determinante de su ratio decidendi o si, por el contrario, fue un obiter dictum, un alegato a mayor abundamiento con el que reforzar el verdadero motivo de anulación que fue, recordemos, la contrariedad con las disposiciones comunitarias sobre el tiempo de trabajo. En cualquiera de los casos, por escapar del asunto litigioso, este pronunciamiento dejó imprejuzgada la validez de otras disposiciones de nuestro Derecho positivo que encomiendan a los agentes sociales la concreción de los supuestos tipificables como tiempo de presencia, tal y como ocurre en el RDJET. Si se nos admite nuestro parecer propio, no apreciamos ninguna bondad ni, cabría decir, corrección jurídica, en esta delegación. Si hemos sostenido ut supra que los tiempos de presencia suponen un recorte en los derechos de los trabajadores, no podría ser instaurado por la norma convencional, que está llamada a establecer mejoras en los mínimos no dispositivos previstos en la norma legal o reglamentaria. Creemos que el papel en esta materia de la negociación colectiva solo podría pasar por imponer una lectura restrictiva de los supuestos de tiempos de presencia que -siguiendo con el ejemplo en el sector transportes- se enuncian en el art. 10 del RDJET, pero en ningún caso podría ampliar esta panoplia de supuestos o introducirla ex novo en aquellos sectores profesionales en los que la norma haya hecho omisión de cualquier enumeración enunciativa. En caso contrario, la situación desigualitaria que antes denunciábamos podría verse agravada si dentro de una misma actividad profesional determinadas conductas se califican o no como tiempos de trabajo en función de la empresa o el lugar geográfico donde se desempeñe.

6. La imprecisión conceptual del tiempo de presencia y la consecuente proliferación litigiosa

Otra de los motivos que sustentan nuestra disconformidad con la regulación del tiempo de presencia es la deficiente precisión definitoria conseguida por el ejecutivo. Ello permite la aparición de muchas zonas grises entre la laboralidad y la mera presencia que genera una inseguridad jurídica reprobable. En efecto, lo difuso de los límites entre el tiempo de trabajo y tiempo de presencia ha sido advertido por nuestra doctrina[43] y es una conclusión que se corrobora si acudimos a los abundantes pronunciamientos judiciales recaídos sobre el particular. Así, por ejemplo, ha generado cierta litigiosidad la determinación de la natu-

41 Gómez Muñoz, J.M.: Jornadas especiales…op.cit., págs. 53 y 54.

42 F.Jº., Quinto, párrafo cuarto, in fine.

43 Aragón Gómez, C.: "La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo…op.cit.; Gómez Muñoz, J.M.: Jornadas especiales…op.cit., pág. 144.

raleza del llamado tiempo de "toma y deje", es decir, los periodos ubicados en los confines de la jornada en los que el trabajador recoge y devuelve el vehículo de trabajo a la base de operaciones[44], o el tiempo en el que han de permanecer los conductores-controladores en el vehículo para expender, controlar o picar los billetes de los pasajeros[45].

Además, la parca regulación de la figura deja en el aire otras cuestiones adyacentes. A vuela pluma puede referirse la que se refiere al carácter sustancial o no de este elemento del contrato de trabajo a los efectos de su sujeción a las previsiones del art. 41 ET para la alteración de su régimen o su duración. Para el caso de que esta sea unilateralmente decidida por el empresario, la norma no aclara si este debe seguir los trámites previstos en la norma estatutaria para las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo. La relación ejemplificativa de elementos esenciales que se hace en el apartado primero del precitado artículo, en efecto, se refiere a la jornada de trabajo y el horario y distribución del tiempo de trabajo. La singular naturaleza de la figura que analizamos, a caballo entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, nos genera ciertas dudas sobre si tendría cabida en estas categorías. De hecho, aunque no compartimos íntegramente la decisión, en alguna ocasión se ha descartado el carácter de modificación sustancial de las condiciones de trabajo la alteración operada unilateralmente por la empresa sobre la distribución de los tiempos de presencia. Según se leía en el F.Jº. Quinto de la STSJ de Cataluña de fecha 9 de octubre de 2014, número 6600/2014: "no podemos sino reconocer que la hora y media a la que se refiere el órgano judicial de instancia […] es y debe ser considerado y tratado, materialmente y a todos los efectos legales, incluidos los previstos en el artículo 20 de la norma colectiva, como tiempo de presencia. Y si ello es así la decisión de la empresa de configurarlo expresa y formalmente como tal no debe ser tachada o considerada como modificación sustancial de condiciones de trabajo en cuanto que, y materialmente, y como decimos, ninguna modificación en términos de jornada u horario se ha realmente producido". Este criterio nos lleva nuevamente a comprobar lo pernicioso que resulta el régimen de las horas de presencia para los trabajadores, desde el momento que inclusive se permite su alteración por parte del empresario sin sujeción al cauce garantista que se contempla en el art. 41 ET.

Otro interrogante que creemos que no queda satisfactoriamente resuelto por la normativa vigente en la materia, es la que se refiere al calificativo, común o profesional, que debe atribuírsele al siniestro acontecido durante estos periodos. Obviamente, cuando sea derivado de cualquier agente externo, será fácil establecer la conexión con el trabajo que requiere el art. 156.1 LGSS. ¿Qué ocurre sin embargo con la presunción de laboralidad que se contiene en el apartado tres de este mismo artículo, según el cual "se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo"?. A través de esta cláusula se ha resuelto la etiología profesional de aquellos episodios morbosos internos, como el infarto de miocardio o el ictus cerebral, que se manifiestan súbitamente durante la prestación de

44 Calificándose ya pacíficamente como tiempo de presencia por las STS 2 octubre 2007. Rec 30/2007 (RJ 2007, 8887), STSJ Andalucía (Granada) de 20 de octubre de 2016 (JUR 2018, 41959) o STSJ Galicia, en su STSJ Galicia 23 mayo 2017, Rec 1135/2017 (AS 2017, 1035)

45 STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección1ª), núm. 3445/2011 de 15 diciembre. AS 2011\3144

servicios. ¿Qué ocurrirá si alguno de estos episodios sobreviene durante los tiempos de presencia? Desde una interpretación literal de la norma cabría descartar que en ese caso sea de aplicación la precitada presunción, aunque tenemos nuestras dudas si lo afrontamos desde una interpretación sistemática o teleología del precepto. De hecho, el Tribunal Supremo, cuando se ha enfrentado a la cuestión, ha resuelto extender la presunción de laboralidad a las horas de presencia "porque durante ellas el trabajador está a disposición del empresario, razón por la que con respecto a las patologías que se presenten durante las horas de presencia juega la presunción de laboralidad que establece el artículo 115-3 de la L.P.L. [sic]"[46].

En cualquiera de los casos, expresando estas incertidumbres solo queríamos advertir las zonas grises propiciadas por la actual regulación de los tiempos de presencia que genera una indeseable situación de inseguridad jurídica, y ello a pesar de que, como se ha dicho, la relevancia de esta cuestión es notable "debido a la repercusión que el tiempo de trabajo tiene no sólo sobre el salario, sino también sobre el derecho al descanso y su incidencia en la salud, en la vida personal, familiar y social del trabajador"[47].

4. PROPOSICIONES DE LEGE FERENDA

En base a todas las consideraciones efectuadas esperamos que haya quedado justificada nuestra discrepancia hacia el tiempo de presencia y su actual configuración normativa; al menos, llegados a este punto, deseamos que la misma, aunque no sea compartida por quien leyere, no se considere arbitraria o infundada. Por lo demás estimamos que todo pronunciamiento crítico debe ir acompañado de una propuesta reformista so riesgo de incurrir en una crítica indolente o derrotista. Desde este parecer, cerraremos este estudio incorporando algunas propuestas de lege ferenda que, en nuestro modesto entendimiento, podrían superar, subsanar o, al menos, paliar, las iniquidades que genera la actual regulación de los tiempos de presencia. Las proposiciones que seguidamente se relacionan son, en algunos casos subsidiarias o alternativas entre sí, y en otros casos complementarias. De cualquier forma, aquí serán ordenadas en orden descendente en relación con el grado de transformación de nuestro ordenamiento que requeriría su implementación.

Así, según este criterio de ordenación, la primera alteración normativa que propondremos será la más subversiva o maximalista: la supresión del tiempo de presencia o cualquier otra figura análoga que extienda el vínculo de subordinación -aun latente- más allá del máximo temporal previsto para la jornada legal ordinaria. Esta proposición, somos plenamente consciente, no solo afectaría al ordenamiento nacional, sino también al transnacional que, sobre un ámbito material más concreto, ha dado cabida a esta modalidad sui generis de subordinación. Como ya ha anunciado, este posicionamiento descansa en el escaso margen de libertad ostentado por el trabajador bajo este régimen, y las perniciosas derivadas, físicas, psíquicas y morales, que de ello se siguen. Como otros motivos concu-

46 STS (Sala de lo Social, Sección1ª) de 19 julio 2010 (RJ 2010\4886), F.J. 2ª. Seguido entre otras, por la STSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 3760/2012 de 18 junio. AS 2012\2702 y por la STSJ de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 2055/2013 de 3 octubre (JUR 2013\372081)

47 Aragón Gómez, C.: "La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo…op.cit.

rrentes se encuentra la discriminación o segregación entre sectores profesionales que esta figura genera, y la transgresión del objetivo del reparto del trabajo que hoy día se promueve. Por lo demás, asumimos que esta posición es contraria a parte de la doctrina que ha abogado por la introducción de figuras intermedias entre le tiempo de trabajo y el descanso como fórmula de flexibilización de las relaciones de trabajo[48]. Aunque somos conscientes de que suprimir los tiempos de presencia acarreará, de suyo, problemas organizativos a las empresas, creemos mismamente que ello forma parte del riesgo patronal asumido, y que una mayor facilidad organizativa de estas nunca debería lograrse a través de la devaluación de derechos laborales históricos, como el de la jornada laboral máxima de trabajo, que, reiteramos ya por última vez, perseguía limitar el tiempo de actividad física pero también garantizar un tiempo de libre disposición suficiente para el desarrollo personal y familiar del trabajador, objetivo el cual queda afectado negativamente por estos tiempos de presencia.

La segunda proposición, enteramente subsidiaria de la anterior, pasaría por introducir normativamente una definición precisa y generalizable del tiempo de presencia referido a situaciones objetivas determinadas y no a la pertenecía a uno u otro sector profesional. En otras palabras, lo que promovemos es que, si el tiempo de presencia no puede ser erradicado, se regule de manera igualitaria para todas las profesiones en las que la situación material accionante acontezca. Sabemos que con ello estamos planteando una ampliación en el alcance de esta figura, que se haría extensible en realidad a todos los sectores profesionales, pero ello no es del todo aporético con respecto a todo lo que hemos expresado con anterioridad. La existencia de esta figura es tan injusta como su imposición a determinados colectivos sin ningún criterio material, si la pervivencia de la figura no pudiera discutirse, creemos que debería afrontarse esta segunda injusticia y suprimir los agravios comparativos que actualmente se generan, y ello pasa por ligar la habilitación de los tiempos de presencia a una situación de hecho previamente tipificada. En caso contrario, cualquier intento de obtener un significado dogmático del tiempo de trabajo se desvanece si idénticas situaciones fácticas adquieren una u otra calificación jurídica según el criterio subjetivo de la pertenencia profesional y según la discrecionalidad libérrima del Legislador o el Ejecutivo.

Con menor alcance transformador, otra proposición reformista que postularemos -en la medida que ya ha sido reclamada por parte de la doctrina- es una más perfecta armonización entre la normativa nacional y la normativa comunitaria. En este sentido, se ha

48 "Se ha optado por una regulación bipolar del tiempo de trabajo que sólo diferencia entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia y no contempla el establecimiento de otras categorías intermedias, como los tiempos de presencia o de disponibilidad, bien dentro o bien fuera del lugar. Esta división un tanto simplista de los tiempos en la relación de trabajo entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de descanso, multiplica los problemas a la hora de dar respuesta a cuestiones ya de por sí complicadas". Pérez de los Cobos Orihuel, F. Y Monreal Bringsvaerd, E.J.: "La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 58/2005, págs. 57-78, pág. 58. En este mismo sentido, Rodríguez Sanz de Galdeano, B: "La regulación de los tiempos de disponibilidad…op.cit.: "La interpretación comunitaria simplifica tanto la ordenación del tiempo de trabajo que, a la postre, impide tener en cuenta la riqueza de matices que se dan en la práctica y no da respuesta a las cuestiones que las nuevas formas de organización del trabajo plantean".

dicho que el Legislador español ha efectuado una transposición imperfecta de la norma comunitaria[49], instaurando una configuración más gravosa para los trabajadores, al calificar como tiempo de presencia algunas actividades que en la norma comunitaria se integra, decididamente, en la categoría del tiempo efectivo de trabajo. Por ejemplo, la directiva europea rectora del tiempo de trabajo en el transporte terrestre incorpora una acepción estrecha del tiempo de presencia limitada a "los períodos distintos de los períodos de pausa o de descanso durante los que el trabajador móvil no está obligado a permanecer en su lugar de trabajo, pero tiene que estar disponible para responder a posibles instrucciones que le ordenen emprender o reanudar la conducción o realizar otros trabajos" (art. 2 b), sin embargo el RDJET califica también como tiempos de presencia aquellos en los que el operario necesariamente debe permanecer en el lugar de trabajo, como las averías o las retenciones de tráfico. También, el Legislador español incurre en una grave incongruencia con la normativa europea al habilitar tiempos de presencia sobre colectivos que quedan integrados en el ámbito subjetivo de la Directiva 2003/88 -v.gr. artistas, estibadores o deportistas- lo cual, como dijimos (vid. supra apartado 3.d), contraviene abiertamente las disposiciones de la misma. Entendemos, en consecuencia, que debería suprimirse la habilitación de los tiempos de presencia sobre todos aquellos colectivos que no encuentran en el ámbito comunitario una regulación específica; y ello no ya por una disconformidad con la justicia material de esta figura, sino por la vulneración del Derecho de la UE en la que se incurriría -y se incurre- en caso contrario.

Otra alternativa reformista, que implicaría una remodelación parcial de la actual normativa, podría ser la compensación obligatoria en tiempos de descanso. Y es que no negamos que, en determinados sectores, como el de transporte, pueden darse multitud de situaciones que incrementan la jornada prevista para un determinado día, y que en este concreto sector resulta sumamente difícil reemplazar al trabajador durante la ruta para que aquel se ajuste a un máximo legal establecido. Pues bien, nada de ello empece a que, en término mensual o anual este trabajador del transporte se someta a una jornada equiparable a la del resto de los trabajadores, bastaría con compensar de manera preceptiva los tiempos de presencia acometidos por un descanso proporcional o equivalente. Esta medida cabría enmarcarla dentro de las proposiciones de la O.I.T., cuando abogaba por el "logro de una flexibilidad equilibrada del tiempo de trabajo"[50] y las ventajas que ofrecería superar el periodo semanal como referente para la articulación del tiempo de trabajo.

Por último, de forma más concisa y sin alterar notablemente el actual régimen jurídico de las horas de presencia, otras medidas que lo harían más equitativo o indulgente podrían pasar por limitar o desincentivar su uso continuado -v.gr. a través de un precio hora progresivo-; mejorar la definición incorporada a cada una de las regulaciones sectoriales, tratando de incrementar la seguridad jurídica; restar protagonismo regulador al Gobierno, atribuyendo todas las cuestiones derivadas de excesos demorada al Legislador ordinario; o limitar más rigurosamente el papel de la negociación colectiva a través de mínimos no dispositivos previstos normativamente.

49 Cabeza Pereiro, J.: "¿Para cuándo la transposición de la Directiva de ordenación del tiempo de trabajo en los transportes por carretera?", Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 15/2004 (BIB 2004/103)

50 OIT: El tiempo de trabajo en el siglo XXI…op.cit., págs. 71 y 72.

Bibliografía

A.A.V.V. (coord. De la Villa Gil, L.E.): Estudios sobre la jornada de trabajo, Madrid, ACARL, 1991.

A.A.V.V.: Empleo y tiempo de trabajo: el reto de fin de siglo, Conferencia Internacional de Donostia (1996. San Sebastian); País Vasco, Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, Vitoria-Gasteiz, Departamento de Justicia, Economia, Trabajo y Seguridad Social, 1997.

ARETA MARTÍNEZ, M. Y SEMPERE NAVARRO, A. V.: "Control judicial del Reglamento regulador de la relación laboral especial de abogacía (Comentario a la STS, Contencioso, de 16 diciembre 2008", Repertorio de Jurisprudencia núm. 30/2008, (RJ 2008, 5991).

ARAGÓN GÓMEZ, C.: "La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo y la aportación que, al respecto, ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", Revista de Información Laboral núm. 9/2018 (signatura Westlaw BIB 2018\12748).

BASTERRA HERNÁNDEZ, M: Tiempo de trabajo y tiempo de descanso, Valencia, Tirant lo Blanch, 2107.

CABEZA PEREIRO, J: "¿Para cuándo la transposición de la Directiva de ordenación del tiempo de trabajo en los transportes por carretera?", Revista Doctrinal Aranzadi Social num. 15/2004 (Versión digital en la base de datos Westlaw con la signatura BIB 204/102).

FERRER SAIS, A: "El tiempo de trabajo y el reparto del empleo", Temas para el debate, núm. 280 (marzo), 2018, págs. 38-42.

GALLEGO MOYA, F.: "Singularidades de la relación laboral de carácter especial de los abogados en despachos en materia de jornada y descansos, y de derechos y deberes derivados del contrato de trabajo (comentario a los Capítulos V y VI del Real Decreto 1331/2006)", en AAVV: Relaciones Laborales Especiales: relación laboral especial de los penados y de los abogados, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pags. 391-399.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, S: Tiempo de trabajo y vida privada, Granada, Comares, 2016.

GORELLI HERNÁNDEZ, J: "Tiempo de Trabajo y Jornada. Regulación y Tratamiento en la Negociación Colectiva", en A.A.V.V.: Tiempo de trabajo. XXIX jornada de studio sobre negociación coelctiva, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016, págs. 63-186.

JÁUREGUI, R, EGEA, F., DE LA PUERTA, J: El tiempo que vivimos y el reparto del trabajo: la gran transformación del trabajo, la jornada laboral y el tiempo libre, Barcelona, Paidós, 1998.

MARTÍN VALVERDE, A.: "El reglamento sobre jornadas especiales de trabajo de 1995", Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica núm. 2/1995, págs. 398-413.
Martínez Martínez, M.A: "¿Cuánto hay que dormir para un sueño saludable?. Sueño saludable: evidencias y guías de actuación. Documento oficial de la Sociedad Española de Sueño", Revista de Neurología, Vol. 63, Supl. 2, Octubre 2016, págs. 7-10.

MARTÍNEZ PEÑAS, L: "Los inicios de la legislación laboral española: La ley Benot", Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones; Volumen 1, págs. 25-70

MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M. Y CABEZA PEREIRO, J: El régimen jurídico de la disponibilidad horaria, Cizur Menor, Aranzadi, 2011 (Versión digital en la base de datos Westlaw con la signatura BIB 2011\204).

MEDINA CASTILLO, J.E.: Crisis de la sociedad salarial y reparto del trabajo, Comares, Granada, 1999.

MONREAL BRINGSVAERD, E: "El cómputo del tiempo de trabajo. A propósito de la STS (3.a) de 16 de diciembre de 2008 sobre la duración de la jornada de los abogados", Diario La Ley, núm. 7149/2009.

OIT: El tiempo de trabajo en el siglo XXI: Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo, 17-21 de octubre de 2011, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2011.

OIT: Trabajo decente para los trabajadores domésticos, Informe, Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2010.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. Y MONREAL BRINGSVAERD, E.J.: "La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 58/2005, págs. 57-78.

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B: "La regulación de los tiempos de disponibilidad (presencia y localización) del trabajador en el Derecho comunitario y en el Derecho Interno", Revista de Justicia Laboral núm. 41/2010. (Versión digital en la base de datos westlaw con la signatura BIB 2013\51297).

PONENCIA ESPECÍFICA PREMIADA
EL CONTROL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS A TRAVÉS DE LA TECNOLOGÍA PORTÁTIL EN LA ERA DIGITAL: TIEMPO DE TRABAJO Y DERECHO A LA INTIMIDAD

DRA. PEPA BURRIEL RODRÍGUEZ DIOSDADO
Profesora Agregada (Acreditada a Titular)
Derecho del Trabajo y de la Seguridad social, Universidad de Barcelona

I. Planteamiento del tema
II. La tecnología portátil aplicada al trabajo: del GPS a las biomejoras.
  II.1. La geolocalización de las personas trabajadoras.
  II.2. Los datos biométricos y las biomejoras
III. Condicionantes y riesgos de la implementación de las tecnologías portátiles desde el prisma de las relaciones laborales.
  III.1. El poder de dirección de la empresa y la nueva normativa en materia de protección de datos.
  III.2 Incidencia sobre el control de la actividad y de las personas trabajadoras
  III.3. Tecnologías portátiles en el trabajo y los derechos fundamentales a la intimidad y a la integridad física y psíquica: prolongación fuera de la esfera laboral
IV. Conclusiones muy breves
V. Bibliografía

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

La frontera líquida entre lo personal y lo laboral ya no es debida, exclusivamente, a la utilización por parte de la empresa de medios de control tradicionales, sino a la mejora de las tecnologías y al desarrollo de nuevas aplicaciones, intensificando la capacidad del/la empleador/a de impartir órdenes e instrucciones, permitiendo, por ejemplo, que las personas puedan trabajar desde cualquier lugar y estén permanente localizadas y controladas, lo que viene denominándose empleado 3.0[1].

Hasta el momento, con los medios tecnológicos de que disponíamos en el siglo XX, los problemas más frecuentes que se han generado en este ámbito de manera previa a la introducción de la nueva normativa de protección de datos (Reglamento europeo y nueva Ley Orgánica de Protección de Datos) han sido los relevantes al uso y control de los medios informáticos de la empresa, el control a través del sistema Global Position System (en adelante, GPS) y el uso de la empresa de los datos personales del/la trabajador/a; los problemas se han planteado, no tanto por la incorporación de tales tecnologías como, por la conectividad de las mismas[2].

Pero, están surgiendo nuevas problemáticas en este futuro del trabajo que ya está aquí, que nos deben llevar a profundizar en la normativa interna e internacional, en especial en materia de tiempo de trabajo, su control y el derecho a la intimidad de la persona trabajadora, con objeto de comprobar si la nueva normativa puede adaptarse a ellos o resulta insuficiente, en cuyo caso, debemos realizar nuevos planteamientos legales con urgencia. Porque no olvidemos, como señala Montoya Melgar que "(…) todo el Derecho del Trabajo no es otra cosa que un sistema de progresiva contención del poder empresarial"[3] y, creemos, que debe seguir siéndolo para el libre desarrollo de la dignidad humana, como derecho universal de las personas.

II. LA TECNOLOGÍA PORTÁTIL APLICADA AL TRABAJO: DEL GPS A LAS BIOMEJORAS.

II.1. La geolocalización de las personas trabajadoras.

Una de las tecnologías portátiles que resultan más problemáticas es el GPS, ideado para fines militares por el Departamento de Defensa de los EEUU y utilizado por primera vez

1 En un sentido similar, Sánchez-Rodas Navarro, C., "Poderes directivos y nuevas tecnologías", Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, núm. 138/2017, pág. 173 afirma que: "(…) las TICs permiten la presencia virtual del trabajador y su integración en la organización empresarial independientemente de dónde y cuándo realicen su prestación laboral (…)".

2 En este sentido, se expresa Falguera Barò, M.A., "Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual", Trabajo y Derecho 19-20/2016, pág. 2, entre otras.

3 Montoya Melgar, A., "Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las Relaciones laborales", dentro de, Sánchez-Trigueros, C. y González Díaz, A. (dtores.), Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 33.

en el transcurso de la Guerra del Golfo en la década de los 90. La masificación del uso civil del GPS se produjo posteriormente, con el denominado «Proyecto Galileo».

Con la utilización de este sistema en el ámbito laboral (dentro de un vehículo, de un teléfono móvil o de una tableta u ordenador portátil, también denominados GMS), se sabe en cada momento donde está el/la trabajador/a y además se puede construir un plan de ruta del mismo; por tanto, permite un conocimiento minuto a minuto del/la trabajador/a, dentro y fuera de la empresa, y dentro y fuera de su horario laboral si está "conectado". En palabras de algún autor[4], una forma evolucionada de la videovigilancia para actividades que no se realizan de manera estática en un solo lugar de trabajo.

En este sentido, debemos tener en cuenta que ya hay pruebas empíricas que demuestran que no es necesario activar el sistema GPS, estar "conectado", para que nuestra localización sea emitida, como las investigaciones realizadas por la Universidad de Northeastern en EEUU[5]; incluso, en España en el mes de octubre de 2019 el Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE) anunciaba la realización de un estudio para obtener matrices de movilidad a través de los movimientos que realizamos cuando nos desplazamos por las distintas ciudades del territorio, utilizando los datos de posicionamiento de los teléfonos móviles (particulares o no) proporcionados por algunas de las compañías que operan en nuestro país[6].

Los sistemas de geolocalización son una realidad que ha llegado a las relaciones laborales, al parecer para quedarse. Cada vez son más numerosos no solo los GPS tradicionales, sino también los denominados "wearables", tales como relojes inteligentes, pulseras o, incluso, las gafas "google glass 2.0" que se venden a precios asequibles (unos 20 euros). Estos dispositivos han sido creados no solo para emitir la localización exacta de la persona que los lleva, sino que, incluso, algunos llevan incorporado tecnologías para la emisión de datos biométricos. A continuación, analizamos los dispositivos más relevantes que se están utilizando en el mundo del trabajo.

En primer lugar, en el deporte profesional (destacamos fundamentalmente algunos clubs de fútbol, como el Almería, Avilés, Barcelona, Celta, Deportivo, o UD Las Palmas)[7],

4 Así se expresa, por ejemplo, Pérez del Prado, D., "Instrumentos GPS y poder de control del empresario", RCE núm. 107-2009, pág. 54.

5 Khoury College of Computer Sciencescollege en: https://www.khoury.northeastern.edu/event/network-science-institute-network-gps-how-information-travels-in-complex-networks/ [última consulta, 27 de junio 2019].

6 En concreto, con Movistar, Orange y Vodafone. Así puede leerse en subdirección General de Estadísticas Sociodemográficas, INE, "Estadística Piloto sobre Movilidad a partir del posicionamiento de teléfonos móviles (Censos de Población y viviendas 2021)", Disponible en: https://www.ine.es/censos2021/movilidad_proyecto.pdf [última consulta, 27 de noviembre 2019].

7 Esta tecnología apareció en el panorama del futbol profesional español en el año 2010, con un coste aproximado de 1800-2000 €: Braña, Mario D., "Tecnología en el fútbol: así funcionan los chalecos GPS", La Nueva España, Oviedo, 29-05-2018, Accesible en: https://www.lne.es/deportes/2018/05/29/futbol-ciencia/2294104.html [última consulta, 27-06-2019]. También, en 2018, se ha comenzado a utilizar en el Mundial de motociclismo y en el CAR de Sant Cugat.

están utilizando, en entrenamientos y en competiciones oficiales, GPS pegados al cuerpo bajo las camisetas de sus jugadores/as, o en forma de chalecos, que permiten ofrecer no solo datos fisiológicos del/la deportista (frecuencia cardíaca, nivel de oxígeno o fatiga por ejemplo), sino también aspectos cinemáticos (distancia recorrida, velocidad o aceleración) o tácticos (mapas de calor y zonas de influencia). Esta tecnología se vio mejorado por la combinación del GPS clásico con la tecnología UWB de banda ultra ancha que ofrece hasta 20.000 datos por segundo[8] y su generalización se debe, tanto a la implantación por la FIFA (Fédération Internationale de Football Association) de una normativa para dispositivos EPTS (Electronic Performance and Tracking Systems), como porque el primer dispositivo de esta clase, el Wimu Pro haya recibido el sello oficial IMS (International Match Standard).

El sistema trabaja con datos en tiempo real y en modo de grabación desde los sensores hasta otros dispositivos virtuales como ordenadores o tablets; pero, además, el sistema incorpora una nube de datos para visualizar y analizar la información en cualquier momento.

La utilidad de estos dispositivos es extraordinaria, por una parte, sobre las características del/la deportista profesional en la práctica del deporte, que se pueden comparar con datos de otras sesiones y, otra parte, pueden ser reveladoras sobre el estado de salud del mismo, sirviendo como medidas de prevención de riesgos laborales. Sin embargo, una de las cuestiones problemáticas desde mi punto de vista, pivota sobre el rendimiento, por ejemplo, si existiesen diferencias entre entrenamientos y competiciones, cómo tales datos puede influir sobre las condiciones laborales o, tarde o temprano, sobre el despido disciplinario del/la trabajador/a por disminución voluntaria y continuada del rendimiento (art. 54.2 e) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET) o sobre la disminución de determinados complementos salariales.

En el mismo sentido, otra de las utilidades que tal sistema puede tener, es que facilita la verificación del/la empresario/a de la salud del/la deportista profesional, pudiendo devenir innecesaria la facultad empresarial de control del estado de enfermedad o accidente del/la trabajador/a que sea alegado para justificar sus faltas de asistencia al trabajo (art. 20.4 ET).

En segundo lugar, en el ámbito de la limpieza urbana algunas ciudades han comenzado a utilizar sistemas de GPS para controlar la ejecución del trabajo y los recorridos (en el carrito o en un teléfono móvil entregado por las empresas), como por ejemplo en Vitoria-Gasteiz, Málaga, Girona, Santa Coloma de Gramanet, Madrid, Palencia o La Pobla de Vallbona[9].

8 En este sentido, puede leerse: Callejas, A., "El GPS, la tecnología que revoluciona el fútbol", La Vanguardia, 12-12-2018. Accesible en: https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20181212/453512779642/gps-recnologia-que-revoluciona-futbol-brl.html [última consulta, 27-06-2019].

9 Residuos Profesional, "El Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz controlará la limpieza de la ciu-

La utilidad que cada ciudad le ha dado a estos sistemas puede variar, aunque en muchas ocasiones, el principal motivo de su implantación ha sido controlar la eficacia del sistema de limpieza urbana y el de sus trabajadores/as. Las señales que emiten estos dispositivos van directamente a la aplicación informática correspondiente y permiten obtener una información fidedigna de las zonas de la ciudad por donde se ha pasado, los recorridos y el tiempo invertido de cada trabajador/a, o gestionar mejores rutas.

Las problemáticas de estos sistemas en el ámbito de la limpieza municipal dependen del dónde y qué tipo de dispositivo se haya instalado o si se ha combinado con otros o sensores de pesaje o volumétricos o sirven para identificar los controles (RFID, GPRS o WIFI). Si se trata de teléfonos inteligentes con activación de GPS o dispositivos instalados en los carros de limpieza, son los/las trabajadores/as finalmente quienes los llevan. Asimismo, cabe destacar, en este sentido, como en algunas poblaciones, la tecnología instalada ha permitido: primero, la accesibilidad por parte de todas las personas del municipio de los movimientos reales y al instante, del personal de limpieza; segundo, comprobar si una zona ha sido ya limpiada o no[10], lo que nos genera grandes dudas sobre la legalidad de esa invasión en el derecho a la intimidad de los/las trabajadores de la limpieza urbana, confrontada con el derecho de la empresa a controlar su actividad.

En tercer lugar, como una nueva forma de geolocalización mejorada, en febrero de 2018 se publicaba la noticia sobre el reciente invento de la compañía Amazon: una pulsera ultrasónica para uso en los almacenes, que localiza al trabajador/a en la búsqueda de los productos correspondientes y emite vibraciones (sistema de alertas hápticas) cuando se acerca al objeto a recoger, permitiendo hacer un seguimiento del proceso y del tiempo utilizado por el/la empleado/a en esa tarea[11]. La finalidad de tal medida, según la propia

dad con tecnología GPS", 2 de noviembre de 2015, accesible en: https://www.residuosprofesional.com/vitoria-gasteiz-control-limpieza-gps/ [última consulta, 27-06-2019]; Hinojosa, J., "Limasa prevé colocar más de un millar de GPS a sus empleados para controlar si cumplen con su trabajo", DiarioSur, 26-07-2018, accesible en: https://www.diariosur.es/malaga-capital/limasa-preve-colocar-20180726215514-nt.html, [último acceso, 27-06-2019]; ACN, Girona, "Girona implanta un seguimiento por GPS de sus barrenderos", La Vanguardia, 28-12-2017, accesible en: https://www.lavanguardia.com/local/girona/20171228/433925742723/girona-implanta-seguimiento-gps-barrenderos.html, [último acceso, 27-06-2019]; Q.F. "Santa Coloma controlará por GPS el servicio de limpieza viaria", El Periódico, 22-10-2014, accesible en: https://www.elperiodico.com/es/santa-coloma/20141022/santa-coloma-controlara-por-gps-el-servicio-de-limpieza-viaria-3623183, [último acceso, 27-06-2019]; Gutiérrez, M.C., "Los barrenderos de Madrid comienzan a llevar GPS", Madridiario (MDO), 10-02-2016, accesible en: https://www.madridiario.es/430558/gps-barrenderos-limpieza-viaria, [último acceso, 27-06-2019]; La Vanguardia, "Urbaser monitoriza recogida de basura y limpieza Palencia con una aplicación", La Vanguardia, 26-06-2018, accesible en: https://www.lavanguardia.com/politica/20180626/45419266558/urbaser-monitoriza-recogida-de-basura-y-limpieza-palencia-con-una-aplicacion.html [último acceso, 27-06-2019]; A.P., "La Pobla de Vallbona controlará por GPS la limpieza de calles y la recogida de la basura", 04-04-2019, Levante, accesible en: https://www.levante-emv.com/comunitat-valenciana/camp-de-turia/2019/04/04/pobla-vallbona-controlara-gps-limpieza/1858074.html, [último acceso, 27-06-2019].

10 En este sentido, puede leerse la tecnología empleada por la empresa GRSU, a través de su software Cleantec: http://www.cleantecsoftware.com/grsu.

11 En el mismo sentido, la cadena de supermercados Tesco hace que parte de los empleados se

compañía, era optimizar los recursos, reducir al máximo los errores y el tiempo perdido cuando los/las trabajadores/as del almacén se disponen a recoger un producto de la estantería, para poder seguir manteniendo los precios de venta competitivos. Pero ¿qué hará Amazon con toda esa información disponible? Es decir, ¿se establecerán tiempos medios de recogida? y si los/las empleados/as tardan más, ¿cuáles serán las medidas que adoptará la compañía? ¿Despedir a los más lentos/as?[12].

En cuarto lugar, la compañía de seguros Aetna utiliza desde 2016[13] dispositivos portátiles similares que se sincronizan con una plataforma de la empresa sobre bienestar, y registran las pautas de sueño de sus trabajadores/as, premiando a aquellos que duerman toda la noche, ejerciendo un control sobre actividades propiamente personales que se desarrollan fuera del marco temporal y espacial de la empresa. También empresas como BP, eBay o Coca-Cola están impulsando el uso de pulseras que permite conocer, entre otras cosas, la actividad física de la plantilla, sin que conste cual es el uso que le darán a tales informaciones, ni, por supuesto, cómo, cuándo y porqué ha manifestado la persona trabajadora estar conforme con tales medidas.

La picaresca contra estos sistemas de geolocalización en el mundo del trabajo ya ha aparecido: un electricista en Australia, aprovechó sus conocimientos técnicos para bloquear la PDA entregada por la empresa con sistema de GPS, creando un escudo electromagnético temporal, usando bolsas de bocadillos como "Faraday cage" hasta en 140 ocasiones, para emplear su tiempo en cuestiones no laborales. Un Tribunal australiano de trabajo consideró que el despido del trabajador por ello era justificado en la Sentencia de 16 de noviembre de 2017[14].

II.2. Los datos biométricos y las biomejoras

Junto con la evolución de los sistemas de tecnología portátil, el crecimiento de la tecnología nos lleva a detenernos en otra forma, por qué no "portátil" de tecnología y de la que también se derivan formas de control empresarial inusitado de las personas trabajadoras: nos referimos a los datos biométricos y a las biomejoras o transformaciones del ser humano.

II.2.a) Los datos biométricos

Con respecto a los datos biométricos, partimos de la definición que el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (en adelante, RAE) realiza de la palabra "biometría",

pongan brazaletes que monitorizan dónde van de forma que se les puedan asignar tareas específicas en base a su localización.

12 Es fácil encontrar testimonios de trabajadores/as, por ejemplo, un exempleado de la compañía que trabajó durante años en uno de sus almacenes reconocía en el New York Times haberse sentido cosificado "como un robot", incluso, un día cayó desmayado por agotamiento, terminando años más tarde su periplo en la compañía cuando decidió dejarla por cuestiones de salud al sentirse "quemado".

13 Esta información, puede leerse en su página web: https://es.aetna.com/employers-organizations.html.

14 La Sentencia del Tribunal (FairWork Commision) puede leerse en https://www.fwc.gov.au/documents/decisionssigned/html/pdf/2017fwc5533.pdf

esto es el "Estudio mensurativo o estadístico de los fenómenos o procesos biológicos"; esta palabra, proviene del griego bio (vida) y metron (medida), y la característica fundamental de los datos que utiliza es que son únicos en cada persona, y pueden estar basados en rasgos físicos intrínsecos o conductuales y combinar varios de ellos.

Algunos de los ejemplos más habituales de datos biométricos son la huella digital, la palma de la mano, las venas de la mano, el iris, la retina o la córnea, la voz, la morfología del rostro, la firma, la forma de caminar o, incluso, de teclear en un ordenador. La importancia de estos parámetros es que las características biométricas de una persona son intransferibles a otra.

Para que el dato biométrico sirva como sistema de reconocimiento existen diferentes posibilidades y combinaciones con otras tecnologías[15]; en un sistema de biometría típico, que son los más extendidos a nivel mundial, las características de las personas se registran y son procesadas en un algoritmo numérico que se puede almacenar en diferentes formatos, desde un chip hasta una base de datos, y cuando la persona intenta identificarse, solo se producirá el "match" cuando la concordancia sea total[16].

Los datos biométricos se suelen clasificar atendiendo a su fiabilidad, su facilidad de uso, o a la seguridad como dato identificativo de la persona. De los ejemplos mencionados, mientras que las huellas dactilares, la vascular del dedo o de la mano[17], la geometría de la misma o la cara en 3D reflejan los indicadores más altos, la voz se considera un sistema menos seguro y los datos obtenidos a través del iris o la retina, pese a que se señalan que pueden ser muy fiables, son sistemas más complejos en cuanto a su uso.

Podríamos decir que, casi a diario, usamos, sin ser del todo conscientes de ello, sistemas que nos exigen datos biométricos. Pensemos por un momento en nuestro DNI o pasaporte cuando viajamos, o en nuestros teléfonos móviles inteligentes que para desbloquear nos piden desde la huella dactilar, al reconocimiento del rostro o de la voz, sin que nos hayamos parado a pensar si realmente, queríamos que estos datos tuvieran esa finalidad o si teníamos otra opción. También en el mundo laboral, en la última década, se han multiplicado los espacios y lugares donde los datos biométricos son una práctica habitual, no solo como requisito de acceso a un determinado centro de trabajo sino que también, a través

15 Sobre la tipología de los sistemas de reconocimiento, puede leerse Escajedo San Epifanio, L., "Análisis operativo de los sistemas de reconocimiento biométrico. Estudio de casos en diferentes escenarios", dentro del libro de la misma autora Tecnologías biométricas, identidad y Derechos fundamentales, editorial Arazandi, enero 2017, BIB 2017/4668, págs. 3-5, entre otras.

16 A nivel mundial el principal organismo que coordina las actividades de estandarización biométrica es el Sub-Comité 17 (SC17) del Joint Technical Committee on Information Technology (ISO/IEC JTC1), del International Organization for Standardization (ISO) y el International Electrotechnical Commission (IEC).

17 En la biometría vascular se extrae el patrón biométrico a partir de la geometría del árbol de venas del dedo. A diferencia de la huella dactilar el patrón biométrico es interno, por esta razón no deja rastro y solo se puede conseguir en presencia de la persona. Es por tanto muy difícil el robo de identidad.

de los mismos, se puede obtener información relativa a la salud (ritmo cardíaco, nivel de glucosa en sangre o influencia de la luz ambiental, entre otras); todo ello, puede conllevar que las empresas determinen las condiciones de las personas trabajadoras en función de los resultados obtenidos a través de signos vitales, lo que es ciertamente cuestionable desde el punto de vista legal, pero también moral.

II.2.b) Las Biomejoras

Con el término "biomejora", nos referimos a cualquier modificación técnica que altere nuestras capacidades físicas e intelectuales suponiendo una transformación, evidente o no, y haciéndonos, supuestamente, más avanzados en algún campo. Los medios de comunicación se hacían eco recientemente (marzo 2019)[18] de la implantación de un microchip en una persona en España, siendo ya cuatro en nuestro país los que lo han hecho, con el objeto de realizar pagos como si de una tarjeta bancaria se tratase o bien abrir puertas que, si bien puede causarnos sorpresa, no es algo tan novedoso; ya en el año 2015, empresas de Suecia y EEUU solicitaban empleados/as voluntarios para ello[19]. Las utilidades que se le atribuyen son, junto con las indicadas en el caso español, entrar en la oficina, en el gimnasio o en el transporte público. En Suecia en 2018 eran ya 3000[20] personas las que se habían implantado tal tecnología y en Alemania cuando salieron a la venta, desaparecieron del mercado en pocas horas. Evidentemente, este tipo de sistemas es una evolución de la tecnología clásica de los microchips, en concreto hablamos del chip NFC (Near Field Communication, por sus siglas en inglés).

En este sentido, ya se escuchan voces a cerca de las biomejoras que podrá realizar una persona sobre sí misma para ser mejor empleado/a, mejorando sus resultados, por ejemplo, en memoria y en rapidez; ello se podrá producir a través de implantes inteligentes, prótesis de alto rendimiento y lo que se denominan componentes y «wearables», todo ello ¿con qué objeto?

El Sr. Elon Musk, empresario de la compañía Space-X, respondía a esta cuestión en este año, considerando que "si los seres humanos desean seguir aportando valor a la economía, deberán aumentar sus capacidades mediante una fusión de inteligencia biológica e inteligencia mecánica"[21], sin ningún tipo de planteamiento ético por su parte, abogando porque así sea, lo que nos evoca, con cierta inquietud la técnica genética del transhumanis-

18 Molins Renter, A., De Lorenzo, J., "Vivir con un chip implantado al cuerpo", La Vanguardia, 31 de marzo de 2019, accesible en: https://www.lavanguardia.com/vida/20190331/461312602339/pau-adelantado-implante-chip-nfc-biohacking.html, [último acceso, 17-06-2019].

19 Jiménez Cano, R., "¿El empleado biónico?", El País, 9 de agosto de 2017, accesible en: https://elpais.com/tecnologia/2017/08/08/actualidad/1502216186_647020.html, [último acceso, 17-06-2019].

20 Davies, P., "Miles de suecos se instalan microchips bajo la piel voluntariamente", Euronews, 04/06/2018, accesible en: https://es.euronews.com/2018/05/31/los-microchips-se-estan-metiendo-bajo-la-piel-de-miles-de-suecos, [último acceso, 17-06-2019].

21 Así puede leerse en la página de la consultora Michael Page:
https://www.michaelpage.es/prensa-estudios/estudios/fw-el-futuro-del-empleo/biohacking-ser-mas-que-humanos.

mo (sic.) -adoptada en Inglaterra- consistente en la aplicación de procedimientos científicos para aumentar las capacidades físicas, intelectuales y emocionales de los seres humanos[22].

Más allá de los microchips, también la evolución nos ha llevado a otros sistemas, tales como el denominado BioStamp, un tatuaje digital desarrollado por la empresa estadounidense MC10 capaz de registrar una amplia gama de datos. Se estampa directamente en la piel y recoge datos sobre temperatura corporal, niveles de hidratación o exposición a los rayos UVA, y se está evolucionando hacia una conexión entre el tatuaje y un dispositivo portátil de almacenamiento y cuantificación de los datos.

Esta combinación de tecnologías y técnicas (genética y robótica, entre otras) ha hecho que se haya acuñado la expresión "más que humanos" o en su terminología anglosajona "biohacking", algo que nos parecía impensable hace tres décadas pero que, como tuve ocasión de señalar en otra ocasión, refleja la inversión que se ha producido entre el ser humano y la técnica "(...) donde la situación de subordinación del ser humano a la técnica puede implicar la creación de trabajadores perfectos, para hacer frente a la evolución de la tecnología creada por ellos mismos, olvidando el derecho a la personalidad única e irrepetible y, por supuesto, los derechos humanos"[23].

III. Condicionantes y riesgos de la implementación de las tecnologías portátiles desde el prisma de las relaciones laborales.

III.1. El poder de dirección de la empresa y la nueva normativa en materia de protección de datos.

El ordenamiento jurídico español no contempla una prohibición de la utilización de estos mecanismos que, como hemos señalado en el punto anterior, dan lugar a una extensión extra-muros físicos y geográficos del poder de dirección de la empresa. Si bien es cierto, que el art. 20.3 ET contempla la posibilidad del/la empresario/a de adoptar cuantas medidas estime oportunas para el control y vigilancia de la actividad laboral, esta extensión debida a las nuevas tecnologías ya existentes (y a las que están por venir) supone una injerencia en los derechos más fundamentales de la persona trabajadora, controlando y accediendo a todo lo que sucede en la vida privada del/la trabajador/a. Algo que hasta hace poco podía parecernos ciencia ficción, y que ya fue puesto de manifiesto en la película "The Circle"[24], donde la empresa empleadora conoce y usa todo tipo de información de sus trabajadores,

22 En este sentido, puede leerse Dimond, R., "Social and ethical issues in mitochondrial donation", British Medical Bulletin, 115, 1, 2015. También disponible en versión digital: http://bmb.oxfordjournals.org/content/115/1/173.ful, págs. 173-182.

23 Burriel Rodríguez-Diosdado, P., "El desnudo integral genético en el mundo laboral: Revolución industrial 4.0", Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, volumen 6, núm. 1, enero-marzo 2018, pág. 90.

24 Película, de 2017, del director J. Ponsoldt, basada en una novela de 2013 del mismo título, de D. Eggers; no podemos olvidar al precursor de estas historias, G. Orwell, con su fantástica novela 1984, publicada en 1949.

hasta la información más privada y personal, amparándose en la transparencia y en cómo la falta de ella, implica "la mentira".

Es necesario analizar este control, sus condicionantes y riesgos, tomando como punto central las relaciones laborales y los derechos fundamentales, pero diferenciando cómo afecta en su aplicación e intervención en la propia actividad laboral y los efectos colaterales en la vida personal de los/las trabajadores/as.

Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no son absolutos como no lo es ningún derecho. Dada la continua interacción de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, el Tribunal Constitucional ha manifestado en frecuentes ocasiones (por ejemplo, en STC 88/1995, de 19 julio) que "la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano"; no obstante, añade el TC, estos derechos en el ámbito del trabajo deben matizarse y la limitación será legítima si cumple con el denominado juicio de proporcionalidad[25].

En el ámbito de los denominados "derechos digitales", el panorama legislativo ha cambiado considerablemente, teniendo en cuenta la entrada en aplicación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, Reglamento Europeo), que ha obligado a modificar nuestra normativa interna, siendo ahora nuestra referencia tanto el citado Reglamento como la LO 3/2018, de 5 diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (que ha introducido el art. 20 bis ET, "Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión").

En este marco, el derecho a la protección de datos supone una clara manifestación de los derechos denominados de "cuarta generación", generado por las nuevas tecnologías; el art. 8.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea expresa los principios de la protección de datos, al señalar que estos "(…) se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación". En este sentido, el/la trabajador/a debe prestar su consentimiento expreso y la solicitud del/la empresario/a, que debe ser adecuada y proporcional, requiere una justificación razonable o de interés general y debe recopilarse con carácter previo a la implantación de tales mecanismos de control. El tratamiento de datos personales con fines distintos de aquellos para los que hayan sido recogidos inicialmente solo debe permitirse cuando sea compatible con los fines de su recogida inicial.

Sin lugar a dudas, los datos recopilados a través de estos dispositivos, son de carácter personal y no olvidemos que el/la empresario/a deberá realizar un uso limitado de los datos automatizados personales del/la trabajador/a, según establece la LO 3/2018 teniendo

25 Entre otras muchas, SSTC 98/2000, de 10 de abril, 170/2013 de 7 octubre y 39/2016, de 3 de marzo.

en cuenta que dentro de los datos que se recopilen pueden encontrarse "datos especialmente sensibles", como los referidos al estado de salud de los y las trabajadores/as. Además, la LO 3/2018 ha establecido en el art. 87 al respecto que: 1) los/las trabajadores/as tienen derecho a la protección de su intimidad, también en el uso de los dispositivos digitales que el/la empresario/a pone a su disposición; 2) el/la trabajador/a deberá ser informado de los criterios de utilización de esos medios informáticos o digitales; 3) el/la empresario/a podrá acceder a los contenidos derivados del uso de estos medios digitales que le son propios (básicamente, el ordenador y el back-up) para controlar el cumplimiento de las obligaciones de los/las trabajadores/as y garantizar la integridad de dichos dispositivos; 4) los/las empresarios/as deben establecer criterios de utilización de estos dispositivos, de manera conjunta con los representantes de los/las trabajadores/as. En esos criterios deben respetarse la protección de la intimidad de los/las trabajadores/as, conforme no solo a los derechos legales y constitucionales, sino también a los usos sociales; 5) si el/la empresario/a ha admitido el uso privado de esos dispositivos digitales, el acceso al contenido de los mismos será lícito, pero requerirá que se hayan especificado de modo preciso qué usos estaban autorizados, en qué periodos y cuáles son las garantías, para preservar la intimidad de los/las trabajadores/as en ese control.

III.2 Incidencia sobre el control de la actividad y de las personas trabajadoras

Conforme a la OIT, el 36,1% de la mano de obra mundial trabaja demasiadas horas, más de 48 horas/semana, lo que provoca graves trastornos, en particular la dificultad para la conciliación de la vida laboral, familiar y personal; situación que puede verse agravada por el uso de las nuevas tecnologías, expresando la necesidad por parte del organismo internacional de reducir el número de horas de trabajo hasta ajustarse al máximo legal[26]. Ya, en el año 2016 el Foro Económico Mundial ponía de manifiesto que nuestro país se situaba muy por encima de la media de los países desarrollados en cuanto a lo que se refiere a horas trabajadas, con unas 38 a la semana[27], al menos las registradas.

Pese a toda la regulación exhaustiva que disponemos en materia de tiempo de trabajo, la jornada laboral en España es una de las más largas y dilatadas del continente europeo, lo que hace que García Ninet se plantee si realmente cumplimos con el límite de las 48 horas de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, tiempo de trabajo y tiempo de descanso[28].

---

26 Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, OIT, Trabajar para un futuro más prometedor, 1ª edición, OIT: Ginebra, 2019, págs. 41 y 42.

27 Luxto, E., The World Economic Forum, "Which European countries work the longest hours?", 1 junio 2016, accessible en: https://www.weforum.org/agenda/2016/06/which-european-countries-work-the-longest-hours.

28 Véase, García Ninet, J.I., "El tiempo de la prestación de trabajo (I)", dentro del Libro García Ninet, J.I. (dtor.) y Vicente Palacio, A. (coord.), Derecho del Trabajo, 10ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2018, págs. 717-718.

El Estatuto de los Trabajadores, en el art. 34.5 en un intento clarificador del tiempo de trabajo efectivo, con poco éxito desde mi punto de vista, establece que el tiempo de trabajo "se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo"; concepto que hoy en día, y debido al avance imparable de la tecnología, no permite abarcar los supuestos que se plantean. En este sentido, ya en el año 2010 manifesté[29], que el criterio del ET implicaba la presencia del/la trabajador/a durante toda la jornada de trabajo, con la exclusión, conforme a los convenios colectivos y a la jurisprudencia y doctrina judicial, de determinados tiempos tanto al principio como al final que no se consideran incluidos en el concepto. Pero el panorama cambia radicalmente cuando de la presencia física pasamos a la presencia virtual, casi permanente de la persona trabajadora, desvirtuándose no solo los contornos del tiempo de trabajo, efectivo o no, sino de la propia esfera personal de la persona trabajadora, incrementándose exponencialmente los poderes directivos de las empresas dentro y fuera del lugar y tiempo de trabajo.

De acuerdo a la Directiva 2003/88/CE tiempo de trabajo y tiempo de descanso son conceptos cuya definición se tiene que realizar en términos objetivos sobre la base del sistema y la finalidad de la Directiva y no en función de las normativas de los diferentes Estados miembros[30]. El art. 2 de la Directiva considera tiempo de trabajo "(…) todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales". Al respecto, el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, matizado al cabo de los años, incorpora como tiempo de trabajo efectivo no solo el ejercicio propio de la actividad profesional pactada, sino también aquellas actividades auxiliares, anejas y necesarias para la realización de la actividad principal[31].

Desde mi punto de vista, lo fundamental es la falta de disponibilidad del trabajador sobre ese tiempo, cuestión que puede servirnos, incluso hoy, con el avance del control a través de las nuevas tecnológicas para determinar el kit (sic.) del problema.

La regla general del poder de dirección y el correlativo deber de obediencia del/la trabajador/a se predica durante la jornada laboral y no debe afectar a la vida privada fuera del tiempo de trabajo, puesto que el poder de dirección se refiere al trabajo convenido, pese a que haya sido admitido la posibilidad que tiene el empresario de realizar advertencias al trabajador cuando su conducta extra-laboral sea susceptible de dañar los intereses de la empresa e incluso la potestad empresarial de despedir al trabajador/a cuando este daño sea patente (consideración aparte merecen las empresas de tendencia ideológica).

El/la trabajador/a puede desobedecer órdenes de la empresa cuando se refieran a aspectos de su vida privada[32], pero ¿y si no tiene posibilidad de conocer esa interferencia o

29 Burriel Rodríguez-Diosdado, P., "Volvemos al tiempo de trabajo efectivo", Tribuna Social núm. 231, 2010, pág. 57.

30 STJUE de 9 diciembre de 2003, Asunto Jaeger y STJUE de 1 de diciembre de 2005, Asunto Dellas.

31 STJCE 18 enero de 2001, 3 de octubre de 2000 o 9 de septiembre de 2003.

32 STC 99/1994, de 11 abril.

no es consciente de ella porque está controlado a través de un chip o cualquier otro sistema colocado en su cuerpo?

Como se ha señalado por parte de la doctrina, las tecnologías aplicadas al trabajo, o las nuevas tecnologías fundamentalmente, tienen la potencialidad de incrementar, exponencialmente el tiempo de trabajo y, por tanto, de distribuir la jornada de una manera irregular; como señala Molina Navarrete "(…) el paradigma de profesional "más valioso" se identifica con el "más disponible" (además del más transparente, por su conexión en redes)"[33].

Por ello, la aplicación en la empresa de las nuevas tecnologías nos sitúa de nuevo, en uno de los problemas clásicos de nuestra disciplina: controlar el exceso de horas de trabajo y garantizar el descanso necesario. Toda dedicación al trabajo fuera de la jornada debe considerarse como tiempo de trabajo y, por lo tanto, retribuirse[34]. Pero, ¿cuál es el sistema más apropiado para controlar el trabajo?

De las nuevas tecnologías portátiles o portables, tanto los sistemas de geolocalización como los datos biométricos se han alzado como uno de los sistemas más utilizados y que, por el momento, mayores incidencias han causado en el ámbito jurisdiccional.

Tanto nuestros tribunales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han tenido ocasión de manifestarse sobre la utilización de sistemas de geolocalización, tanto dentro como fuera del ámbito laboral. En el caso del TEDH el acento se pone, como no podía ser de otra manera, en el concepto de expectativa razonable de intimidad (art. 8.1 de la Carta Europea de Derechos Humanos), en el tratamiento de esos datos obtenidos y, en el hecho de que los sistemas de GPS son menos invasivos del derecho al respecto a la vida privada que otros[35]. Por lo que respecta a los Tribunales españoles, los pronunciamientos más recientes que se han producido se centran en la finalidad de la medida empresarial y en el conocimiento previo del/la trabajador/a sobre la instalación o puesta en marcha del sistema de geolocalización[36], declarando la ilicitud de cualquier prueba que se haya obte-

33 Molina Navarrete, C., "Jornada Laboral y tecnologías de la información: "Desconexión Digital", Garantía del derecho al descanso", Temas Laborales núm. 138/2017, pág. 255.

34 En este sentido, la STJUE de 28.02.2018, C-518/15, Asunto Matzak.

35 De manera más reciente, destacamos las SSTEDH 8 de febrero 2018, Caso Ben Faiza c. Francia o de 13 de septiembre 2018, Caso Brother Watch y otros c. Reino Unido.

36 A modo de ejemplo, las siguientes: STS 5259/2012, de 21 junio 2012, Rcud. 2194/2011, P: Aurelio Desdentado Bonete, considera nulo el despido de un trabajador, por actividades incompatibles durante su baja laboral, dado que el conocimiento de tales hechos se debía a la instalación de un sistema GPS por arte de un detective privado en el vehículo privado del trabajador. En la STSJ Madrid 260/2014, de 21 de marzo, Rec. 1952/2013, Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Andrés Torres, la finalidad del sistema de geolocalización era distinta a la que la empresa había anunciado, pero además el conductor del vehículo que lo llevaba instalado no tenía conocimiento del mismo. Sobre este mismo aspecto se ha pronunciado la STSJ Asturias de 3 octubre 2017, Rec. núm. 1908/2017, Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús María Martín Morillo, pero en este caso, el trabajador era conocedor de la instalación del sistema a través de la Tablet entregada por la empresa a sus trabajadores. Nos encontramos dos Sentencias de misma fecha y mismo Tribunal, SSTSJ Andalucía (Sevilla), de 28 de

nido sin el conocimiento de la persona trabajadora; pero solamente una Sentencia –la más reciente- entra a analizar la existencia de otras medidas menos invasivas para el mismo fin; nos referimos a la SAN de 6 febrero de 2019, recurso núm. 318/2018[37], que determina la nulidad de la implantación del sistema de previsto por la empresa, para geolocalizar a sus trabajadores/as, repartidores, por considerar que invade el derecho de los trabajadores a la intimidad, y esta restricción no encuentra acomodo en el juicio de proporcionalidad.

En este sentido, el criterio de la Agencia Española de Protección de Datos sobre el seguimiento de las personas trabajadoras a través de sistemas de geolocalización, de una manera prácticamente automática, solo se ha centrado en la necesidad de la empleadora de informar de estas circunstancias al/la afectado/a[38].

Más interesante en este ámbito, son los trabajos realizados por el Grupo de Trabajo de la UE del Artículo 29[39]; por ejemplo, en su Dictamen 13/2011 sobre los servicios de geolocalización en los dispositivos móviles inteligentes, insistía en evitar el seguimiento continuo, en buscar medios alternativos por parte de la empresa y en elegir un sistema "(…) que envíe una alerta cuando un empleado cruce una frontera virtual preestablecida. El empleado deberá poder desactivar cualquier dispositivo de vigilancia fuera de las horas de trabajo y deberá instruírsele sobre cómo hacerlo".

A propósito de la lucha contra el fraude en materia de tiempo de trabajo y, por ende, en Seguridad social (intensificado con la aparición y entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2019 de 8 de marzo) el debate sobre el uso y aplicación de los controles biométricos en las empresas ronda a la doctrina desde hace una década. Algunos autores se han planteado al respecto, si los sistemas biométricos pueden convertirse en una vía para alcanzar el registro de jornada[40], cuestionándose eso sí, si estos sistemas serían conformes a la Constitución (art. 18.1 y 4 CE); otros[41], consideran que es la mejor manera de evitar fraudes en el acceso a las instalaciones de un centro de trabajo, porque ofrecen una mayor fiabilidad en la identificación y son intransferibles.

El avance de la AEPD ha sido el de considerar que, para la implantación de estas medidas, tanto en el ámbito laboral como fuera, debe aplicarse el principio de minimiza-

noviembre de 2018, recurso núm. 2655/2017 y recurso núm. 3627/2017, ponente: Ilmo. Sr. D. Emilio Palomo Balda, en que la geolocalización instalada en el vehículo facilitado por la empresa había sido informada al trabajador y mostrado su consentimiento.

37 Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Gallo Llanos.

38 Por todas, se destacan el Informe de la AEPD 193/2008 o el Expediente AP/00044/2015.

39 El Grupo del art. 29 es un organismo de la UE creado para contribuir a la aplicación uniforme de las Directicas en materia de datos de los Estados miembros y funciona como órgano consultivo. Ahora es denominado Comité Europeo de Autoridades de Protección de Datos.

40 En este sentido, García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J.R., "El control biométrico de los trabajadores", Revista de Información Laboral núm. 3/2017.

41 Selma Penalva, A., "El control de accesos por medio de huella digital y sus repercusiones prácticas sobre el derecho a la intimidad de los trabajadores", Revista Doctrinal Arazandi Social paraf. Núm. 9/20103/2010, Presentación.

ción, es decir, solamente cuando sea necesario y, manifestando cómo sería más conveniente que los datos biométricos se incorporasen a una tarjeta (chip) y no se almacenaran en un sistema central[42].

Hasta el momento, tanto la jurisdicción contencioso-administrativa como la social han sido, en cierta medida, contradictorias tanto en cuanto a si los datos biométricos –en concreto la huella dactilar- eran un dato personal[43], como en relación a si era preciso o no el consentimiento específico de la persona afectada, en base a los arts. 5 y, fundamentalmente 6 de la ya derogada Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD-1999)[44].

Desde mi punto de vista, en cuanto a la utilización de estos datos biométricos en el ámbito de la empresa, la línea a seguir antes de la entrada en vigor del Reglamento Europeo era la de la Recomendación CM/Rec. (2015) 5, 1 de abril de 2015, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa al tratamiento de datos personales en el ámbito laboral y en relación a los datos biométricos. En ella se establecía que no debería realizarse ni la recogida ni el tratamiento de los mismos, salvo en los casos en que fuera necesario para la protección de los intereses legítimos de los/las trabajadores/as, de la empresa o de terceros, con las debidas garantías en cuanto a su tratamiento; y solo cuando no fuera posible utilizar otros sistemas menos intrusivos de la vida privada. Esta es la senda que ya anunciada el Grupo del Art. 29 de la UE en sus informes y que nuestros Tribunales no acababan de visualizar[45].

42 En los Informes 1332/1994, 1999/0000, afirmaba la posibilidad del tratamiento de la huella dactilar aún sin consentimiento de la persona trabajadora; pero en el Informe 0368/2006, sobre un centro escolar, considera que es posible usar un medio menos intrusivo.

43 Consideró que son datos de carácter personal la huella dactilar para control de puntualidad y presencia del personal laboral, la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia de 4 marzo 2010, Recurso contencioso-administrativo 234/2008. Ponente: Excma. Sra. Mª Luz Lourdes Sanz Calvo, pero, sin embargo, no consideraba el consentimiento necesario en base al art. 6 LOPD-1999; consentimiento que tampoco consideró necesario, la STSJ de Murcia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 47/2010 de 25 enero, Recurso de Suplicación 1071/2009, Ponente: Ilmo. Sr. D. Rubén Antonio Jiménez Fernández, ante la instalación de un nuevo sistema de control de acceso a las instalaciones basado en parámetros de la huella dactilar. Por el contrario, la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia de 21 junio 2013, Recurso contencioso-administrativo 483/2011. Ponente: Excmo. Sr. Juan Pedro Quintana Carretero, consideró que era necesaria una concreta y específica información sobre la utilización de un sistema de lectura de huellas digitales como sistema de control de presencia de los trabajadores. En otro orden de cosas, de manera interesante, el control de acceso a través de huella dactilar ha sido determinante como prueba para la determinación de un exceso de horas realizadas por los trabajadores y, en consecuencia, su retribución, así en la STSJ, de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 23 febrero 2018. Recurso de Suplicación 3954/2017. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Mariño Cotelo.

44 En esta cuestión, Goñi Sein, J.L., "Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016", RDS 78, considera que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han suavizado la exigencia de información previa en materia de expectativa de confidencialidad, lo que afecta directamente, a nuestro modo de ver, a todo tipo de nuevas tecnologías, págs. 12-15.

45 Curiosamente, la Agencia catalana de Protección de Datos en su Dictamen CNS 63/2018,

De manera reciente, la Audiencia Nacional se ha pronunciado en una interesante Sentencia sobre el uso de datos biométricos como sistema de entrada de un cliente a un gimnasio. Nos referimos a la SAN, sala de lo contencioso-administrativo, de 19 septiembre 2019, recurso número 774/2018[46]. Traigo a colación esta Sentencia, pues, aunque se refiera al ámbito contencioso administrativo trata de manera bien diferenciada, desde mi punto de vista, el uso de datos biométricos, en concreto la huella dactilar como único sistema de validación de entrada al mismo para un gimnasio. En el recurso se da la razón a la Empresa, pero se destacan dos cuestiones: 1) la afirmación del Tribunal de que la huella dactilar sí es un dato personal[47], aplicando la LOPD-1999, cuestión que el orden social seguía todavía sin acabar de definir, al igual que nuestra normativa interna, pese a la entrada en aplicación del Reglamento europeo; y 2) la utilización del informe de la AEPD condenatorio de la Empresa en el presente caso que insiste en la necesidad de buscar sistemas menos invasivos para la finalidad en cuestión, pese a que esta pueda considerarse legítima.

Conforme al Reglamento europeo ya no hay ninguna duda legal: los datos biométricos son datos personales, sensibles y cuyo tratamiento con carácter general está prohibido (art. 9). Ahora bien, la excepción que contempla el art.9.2 b) y, que debe ser interpretada en sentido estricto, autoriza el tratamiento solo cuando este sea necesario para el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos específicos en nuestro ámbito, en la medida en que lo autorice el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros, que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del/la interesado/a. Esa "necesidad" que extraemos del literal del texto debe ponerse en línea con la doctrina de TEDH sobre la limitación de derechos fundamentales y, por supuesto, ser sometida al juicio de proporcionalidad en su más amplio sentido; como señala Preciado Domenech se debe excluir la conveniencia, la comodidad o el capricho para implantar sistemas de control horario a través de sistemas biométricos, como la huella dactilar[48].

Un último apunte por lo que respecta a las restantes tipologías de tecnología portátil o portable analizadas en el punto II. No existe en estos aspectos ni normativa específica

de 14 de febrero de 2019, a propósito de la consulta de un colegio profesional sobre sistemas de control de horario de trabajadores/as por huella dactilar, manifestaba que no se puede afirmar sin más la justificación de dicha medida, pese a haberse realizado el impacto de la misma.

46 Ponente: Ilma. Sra. Dña. Lourdes Sanz Calvo.

47 Con respecto a esta cuestión, dado que los hechos que se enjuician se realizaron bajo la vigencia de la anterior normativa de protección, es a esta a la que recurre el Tribunal; y pese a que la huella captada en el presente caso no se guarde ni almacene según hechos probados y se convierta en un algoritmo matemático (que no puede ser descodificado fácilmente), conforme a la definición de "datos personales" del art. 2.a) de la Directiva 95/46 traspuesto en el art. 3.a) LOPD, y con el inciso del art. 5.1.f) del Real Decreto 1720/2007 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, afirma que "(…) los datos biométricos pueden considerarse como "información sobre una persona física" ya que afectan a datos que proporcionan, por su propia naturaleza, información sobre una persona determinada" (FJ tercero).

48 Preciado Domènech, C.H., "Monitorización: GPS, Wereables y especial referencia a los controles biométricos para el registro horario. Aspectos procesales", 2019, conferencia facilitada por el autor, pág. 13.

ni, todavía, salvo error u omisión por nuestra parte, pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales, pero consideramos que cuando su utilización sea para la geolocalización, se les aplicará lo establecido en materia de GPS en el art. 90 de la nueva Ley, si son cámaras colocadas en el cuerpo, por la de videocámaras, art. 89, y si son dispositivos digitales por el art. 87; si tratan datos de salud y biométricos con fines relacionados con el contrato de trabajo, es necesario conforme al Reglamento Europeo realizar una "evaluación de impacto relativa a la protección de datos"[49]. Normativa que, nos parece no ser suficiente para el avance de los sistemas de control descritos y que, alteran, considerablemente los equilibrios entre las partes de una relación laboral.

III.3. Tecnologías portátiles en el trabajo y los derechos fundamentales a la intimidad y a la integridad física y psíquica: prolongación fuera de la esfera laboral

El extraordinario poder que adquiere la empresa con la utilización de las nuevas tecnologías se expande más allá de la propia relación laboral y sus tiempos de trabajo, definidos o no. De tal manera que, junto con la necesaria delimitación del tiempo de trabajo y su respeto, como veíamos en las páginas anteriores, se proyectan también dos problemáticas, que extienden sus efectos fuera de la relación laboral, como son el respecto a los derechos fundamentales a la intimidad y a la integridad física y psíquica, en definitiva, a la salud de las personas trabajadoras; advertimos, eso sí, que no hablaremos en esta ocasión del derecho a la desconexión digital[50], o en palabras de algunos autores de "(…) la garantía de efectividad de un derecho social fundamental clásico, el derecho al descanso"[51].

III.3. a) El derecho a la intimidad. A modo de reflexión.

El derecho a la intimidad goza de tutela tanto en el ámbito personal como en el familiar, permitiendo disfrutar de un ámbito privado, libre de intromisiones ilegítimas, incluidas las que provienen de la empresa[52].

En este sentido, el derecho fundamental a la intimidad constituye una derivación de la dignidad de la persona e implica un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, algo necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana[53]; la aparición de las nuevas tecnologías ha puesto

49 En el mismo sentido, se expresa Domenech Preciado, óp. Cit., pág. 11, entre otras.

50 Nos remitimos a: Burriel Rodríguez-Diosdado, P., "Será útil regular la desconexión digital?", Cinco Días: solo versión papel, 9-10-2018.

51 Tomado de Molina Navarrete, C., óp. Cit., pág. 249.

52 En este sentido, el Tribunal Constitucional ya manifestó en Sentencia de 8 de mayo de 2003, que el derecho a la intimidad integra "(…) el secreto sobre nuestra propia esfera personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada"; así también, en otros pronunciamientos posteriores como las SSTC de 7 noviembre de 2007 y 23 de marzo de 2009.

53 En este sentido, se expresa, Díez-Picazo Giménez, L.M., Sistema de Derechos Fundamentales, 4ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2013, pág. 288.

de manifiesto que este derecho fundamental se ha convertido en una de las más esenciales manifestaciones de la dignidad, con la misma importancia que otros derechos de mayor valor para la persona[54].

El concepto legal de derecho a la intimidad no existe, por lo que nos encontramos con diferencias si se trata de personas con cargo público o proyección pública y personas que nada tienen que ver con la vida pública, destacándose que, al contrario del derecho al honor, la intimidad está limitada a la persona física. A pesar de esta carencia conceptual, dentro del derecho a la intimidad, debemos incluir la denominada "intimidad corpórea", pues como bien señala Díez-Picazo[55] se encuentran incluidos la protección a los registros corporales e informaciones relativas a la salud y a las vicisitudes médico-sanitarias de las personas; así ha quedado reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en numerosas Sentencias, entre ellas, la de 16 de diciembre de 1996, 24 julio de 2000 y 2 de julio de 2001. Sin embargo, es necesario destacar que como advierte el Tribunal Constitucional en Sentencia de 28 de febrero de 1994, la intimidad corporal protegida por la Constitución "(…) no es una entidad física, sino cultural, y en consecuencia determinada por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal; de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona".

Pues bien, ¿forma parte del recato la no transmisión de datos biométricos a la empresa? Podríamos afirmar que no, puesto que la doctrina del Tribunal Constitucional no está preparada para ofrecer una respuesta firme a esta cuestión, al igual que tampoco lo hace nuestra legislación. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, ya se manifestó al respecto en el Auto núm. 57/2007 de 26 febrero[56], con respecto a la lectura biométrica de la huella dactilar, que una empresa utilizaba como sistema de control de sus trabajadores. En concreto, en FJ 4, afirmaba que "(…) no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona (STC 57/1994, de 28 de febrero , F. 5, entre otras resoluciones)"; añadiéndose en FJ 6 que "En el sistema de control que el recurrente impugna los datos biométricos de su mano no están protegidos por el derecho a la intimidad corporal, pues no existe colisión con la noción socialmente arraigada de recato en lo que respecta a esa parte del cuerpo, ni por el más extenso derecho a la intimidad personal, puesto que aquéllos no desvelan un ámbito reservado del recurrente."[57]

54 En un sentido similar, se expresa Piñar Mañas, J.L., "Consideraciones introductorias sobre el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal", Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 35, 3ª época, vol. I, febrero, 2007, pág. 14.

55 Díez-Picazo Giménez, L.M., Óp. Cit, págs. 290 y ss.

56 Recurso de Amparo 4243/2003.

57 En un sentido similar, la STSJ de Murcia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 47/2010 de 25 enero, ya mencionada, afirmaba con la implantación de un sistema de control de acceso a los trabajadores a través de huella dactilar que no existe constancia de la obtención de esos datos comporte riesgo alguno para la integridad física de los trabajadores; y que no reviste caracteres

A pesar, de la construcción técnica del argumento del Tribunal, consideramos que, aunque pueda ser aceptable que la mano no es un lugar donde resida el derecho a la intimidad corpórea, lo que suscita, realmente, un problema del derecho a la intimidad no es precisamente el objeto corpóreo, sino todo lo que a través de él se puede conocer, esto es, la identificación total de una persona a través de esos parámetros únicos: a nadie se le ocurre llevar escrito en su rostro o en su mano el pin que le da acceso al trabajo[58]; y, es ahí, donde reside la posible vulneración del derecho a la intimidad en su más amplio sentido, pues es la cesión constante de datos la que implica un riesgo para la privacidad, y "(…) lo que adquiere valor es la privacidad en sentido amplio, entendido como concepto que permite a la persona conocer cómo y con qué fines se están utilizando sus datos y decidir en consecuencia con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo de su derecho a la dignidad"[59].

III.3. b) Derecho a la integridad física y psíquica. El derecho a la salud.
Más allá de los riesgos de las nuevas tecnologías asociadas a la intimidad o al tratamiento de los datos personales, ese control excesivo por parte de la empresa implica afectaciones a la salud de las personas trabajadoras, y a sus derechos a la integridad física y moral. Como hemos tenido ocasión de analizar con anterioridad, conforme a la doctrina judicial y a la del Tribunal Supremo, la utilización de sistemas tecnológicos basados en datos biométricos no vulnera, el derecho a la integridad física; pero, aunque no estemos de acuerdo con este criterio, por la ya señalado, lo cierto es que la propia utilización de la tecnología dentro y fuera del trabajo, implica el crecimiento de riesgos para la salud de las personas trabajadoras.

La salud es definida por la Organización Mundial de la Salud, como "un estado de completo bienestar físico, mental, social y no meramente la ausencia de enfermedad o debilidad", siendo la salud un hecho social, producto de una circunstancia socio-política, económica y cultural, que se da en una población en determinado tiempo y lugar. Esta concepción psicosocial de la salud conecta con la estrategia europea de mainstreaming de género en las políticas públicas.

Junto con el reconocimiento de múltiples pactos internacionales[60], el derecho a protección de la salud aparece reconocido en el art. 43 CE, como un derecho de los ciudadanos y uno de los principios rectores de la política social y económica; pero, dada la ubicación de precepto, solo si lo reconducimos a los derechos a la vida, a la integridad física y moral

---

de intromisión ilegítima en la esfera de la intimidad, tanto por la parte del cuerpo utilizada, ni por las condiciones en que se usa. En la misma línea, ya se expresó la Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única) Sentencia de 10 enero 2003, Recurso contencioso-administrativo 517/2002, Ponente: Ilmo. Sr. D. César Tolosa Tribiño.

58 Escajedo San Epifanio, L., óp. Cit., pág. 20.

59 Goñi Sein, óp. Cit., pág. 8.

60 A modo de ejemplo, algunas de las más importantes consideraciones respecto al derecho a la salud se encuentran en la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 3, 12 y 25.1), o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12) que incide, para hacer efectivo el derecho a la salud, en el mejoramiento de la higiene del trabajo y del medio ambiente, y en la prevención y tratamiento, de entre otras, las enfermedades profesionales; o el Convenio número 155 sobre la seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, de 22 junio de 1981.

(art. 15 CE) se obtienen las máximas garantías de protección que ofrece nuestro sistema jurídico. También el ET (arts. 4.2.d) y 19) y, la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos laborales, de 8 de noviembre (en adelante, LPRL) establecen, de manera significativa, el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 14 LPRL). Si bien, no se especifica la protección frente a los riesgos generados por las nuevas tecnologías, deben quedar incluidos dada la amplitud del deber empresarial de protección y de las propias definiciones que se contienen de: "riesgo laboral", de "daños derivados del trabajo", o de "equipo de trabajo" (art. 4. 2º, 3º y 6º LPRL, entre otros)[61].

Según numerosos estudios el uso de las tecnologías y la digitalización, en general, ha provocado la aparición de nuevos peligros para la salud junto con la vulneración de otros derechos fundamentales, como ya hemos analizado previamente. De entre las múltiples estadísticas elaboradas, baste la siguiente para comprobar la magnitud de la cuestión[62]: cada minuto en internet se envían en el mundo 38 millones de mensajes de WhatsApp y 187 millones de correos electrónicos, un incremento considerable respecto a años precedentes.

Los nuevos riesgos son múltiples y reciben diversas denominaciones, pero pueden quedar englobados dentro de las "tecnoadicciones", concepto que incluiría todos los problemas de abuso de las nuevas tecnologías con dos denominadores comunes, la falta de control y una dependencia técnica, en sentido positivo o negativo. Así, podemos hablar, entre otras, de la sobrecarga digital, dentro y fuera de la empresa y del lugar de trabajo, también denominada info-obesidad o infoxicación (sobrecarga informativa)[63]; del tecnoestrés que "se genera cuando el trabajador percibe subjetivamente una falta de correspondencia entre las altas demandas exigidas y los escasos recursos personales disponibles para el adecuado uso de las nuevas herramientas tecnológicas en el trabajo"[64]; de la tecnofobia, como "una actitud personal de resistencia a hablar o usar la nueva tecnología, en cuanto al sentimiento que la misma genera en la persona es de miedo, odio y agresividad"[65]; del workaholism[66], como una necesidad continua e incontrolable de trabajar que también sucede durante los periodos de descanso o vacaciones (workvacation); del síndrome FOMO (fear of missing out), como el miedo a perderse cualquier información que se encuentre en la red; o del efecto blurring, o efecto "difuso", que supone una imposibilidad de separar la vida privada de la vida laboral, con todas las implicaciones que eso conlleva, por ejemplo, para el derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

61 Téngase en cuenta que la Directiva 89/654/CEE, que traspone la LPRL, establece en el art. 5.1 que el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores "en todos los aspectos relacionados con el trabajo".

62 Romero, S., "¿Cuántos WhatsApp se envían cada minuto?", BBVA, 1 junio de 2018, Accesible en: https://www.bbva.com/es/cuantos-whatsapp-envian-minuto/, [último acceso 25-10-2019].

63 Es el concepto de sobrecarga que en su día acuñó el científico y pensador Alvin Toffler, autor de "El shock del futuro", en 1970: puede consultarse la sexta edición, Plaza y Janes, Barcelona, 1973.

64 Mella Méndez, L., "Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y salud de los trabajadores (I), Trabajo y Derecho 16/2016 (abril), págs. 2-3.

65 Mella Méndez. L., óp. Cit., pág. 3. También sobre los nuevos riesgos puede leerse, Serrano Argüeso, M., "Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral", IusLabor 2/2019, pág. 13.

66 Este término fue introducido por Oates, W. (1971). Confessions of a Workaholic: The Facts about Work Addiction, World Publishing Co., 1971, New York, para definir su propia relación con el trabajo con el paralelismo de la relación de los alcohólicos con la bebida.

A estos denominados nuevos riesgos, que clasificamos como "riesgos psicosociales" y que son los más significativos por la extensión del control empresarial fuera del lugar de trabajo, pueden unírsele también por el uso de las tecnologías otros riesgos físicos y psíquicos como son dolores posturales (cabeza, cuello, espalda, extremidades y articulaciones), fatiga ocular, trastornos del sueño, ansiedad, estrés generalizado o síndrome de burn-out.

La protección eficaz frente a los riesgos laborales incluye los riesgos psicosociales[67], lo que implica la obligación de evaluación y de reconocimiento de todo factor estresante. Y es, en este ámbito, donde a nivel europeo destacamos el Marco estratégico europeo de seguridad y salud en el trabajo 2014-2020, que insta a evaluar los cambios en la organización de trabajo derivados de la evolución de las tecnologías; y, en el ámbito interno las NTP núms. 1.122 y 1.123, ambas de 2018.

Respecto a estas dos últimas, la primera, analiza el impacto psicosocial del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en el ámbito laboral, destacando aspectos potencialmente positivos y negativos de su uso. De entre los primeros, los positivos, se incluyen la flexibilidad laboral, la deslocalización, la ruptura de la concepción tradicional de realización del tiempo de trabajo, la mayor autonomía del trabajador debida a la autogestión de su tiempo para el cumplimiento de objetivos. Directamente relacionados están los aspectos negativos que la NTP 1.122 incorpora, como el incremento del ritmo de trabajo, la prolongación de la jornada laboral interfiriendo con vida familiar y tiempo de ocio y usando los tiempos muertos por ejemplo de viaje para trabajar, sin que se contabilicen esos tiempos, la constante monitorización de la persona trabajadora, la sobrecarga e información o su dificultad de la recuperación física y mental de la persona trabajadora. Todo ello, no hace sino reflejar las dos caras de una misma moneda que supone la tecnología en el ámbito de las relaciones laborales.

Por su parte, la segunda, la NTP 1123 recoge un listado no exhaustivo de factores de riesgo psicosocial y de medidas preventivas, agrupadas en categorías[68] y que coinciden con los que enumerábamos anteriormente, como la conectividad permanente, la difusión de las barreras vida personal y trabajo, la sobrecarga del trabajo cognitiva o la multitarea, la sobrecarga informativa, la disminución de los tiempos de descanso mental y físico o la ansiedad generada por la dependencia tecnológica.

Ello nos obliga a plantearnos dentro de estas nuevas formas de control empresarial que afectan a la salud de las personas trabajadoras fuera del lugar y tiempo de trabajo, cuál es la implicación o responsabilidad de los/as trabajadores/as, si es que la tienen, en el crecimiento de estos riesgos tecnológicos; o si prefieren, intentemos contestar a la siguiente

67 Como se refleja de la normativa nacional e internacional aplicable y también ha destacado la jurisprudencia europea y española, por ejemplo, en STJCE 15 noviembre 2001, C- 49/2000 y la STS 101/2016, de 16 febrero, recurso núm. 250/2016, Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto.

68 Las categorías que usa la NTP son: tiempo de trabajo, autonomía, sobrecarga de trabajo cuantitativa, carga de trabajo cualitativa, demandas psicológicas, variedad/contenido, participación/supervisión, interés por el trabajador/compensación, desempeño de rol, relaciones y apoyo social, conciliación, equipos de trabajo/medio ambiente.

interrogante: ¿Alguna vez se han preguntado por qué responden un correo electrónico profesional fuera de las horas laborales? Seguro que sí. Normalmente porque tenemos el más absoluto convencimiento (sea la cuestión concreta urgente o no) que es lo que se espera de nosotros/as, uniendo el temor a consecuencias negativas, sanciones o represalias, si no lo hacemos; es así, como prolongamos nuestro tiempo de trabajo o nos sentimos obligados a prolongarlo con consecuencias negativas no solo para nuestra integridad física y moral sino, también para nuestro bolsillo, porque no veremos compensación económica alguna por hacerlo. Incluso esta inercia digital en la que nos encontramos hace que nosotros y nosotras exijamos a los demás (ya sea a nivel profesional o personal) una respuesta inmediata, enfadándonos incluso si no la obtenemos.

Sería necesario un plan de educación digital para todas las personas, no solo en el ámbito profesional sino también en el personal, que condiciona directamente el primero. Tenemos que aprender a no dejarnos dominar por la tecnología, y esto no solo puede venir de la mano de un derecho a la desconexión digital, cuyo contenido es difuso e inconcreto. La utilidad de las Normas Técnicas de Prevención 1122 y 1123 es indudable, por lo que su incorporación con carácter obligatorio a la legislación puede ser un buen punto de partida para paliar las graves consecuencias que se han descrito previamente.

Asimismo, es necesario establecer una mejor definición de la protección de la salud en el trabajo[69] y del control empresarial más allá de la propia relación laboral y de sus tiempos de trabajo. Ha quedado patente no solo la prolongación de la jornada laboral más allá de lo legal –y, porque no, moral-, sino también cómo la deslocalización de la actividad laboral implica una dificultad manifiesta de cumplimiento de la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras; no estamos ante situaciones de teletrabajo, contempladas en nuestro acervo normativo, sino de trabajadores flexibles, movibles, que desempeñan su trabajo en cualquier lugar, pudiendo, además, ser desde lugares variados sin que exista una regulación nacional e internacional que contemple los problemas para la salud que se están generando.

Por ello, desde la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA), se está llevando a cabo un Proyecto titulado "Previsión de riesgos nuevos y emergentes en materia de seguridad y salud en el trabajo relacionados con las TIC y la ubicación del trabajo hasta 2025"[70], que esperemos que ayude a los países miembros de la Unión, al menos a España, a adoptar medidas al respecto.

IV. CONCLUSIONES MUY BREVES

Junto con todas las cuestiones que se han ido desarrollando y replanteando en este texto, se añaden dos más a modo de reflexión final.

69 Vega Ruiz, Mª. L., "Revolución digital, trabajo y derechos: el gran reto para el futuro del trabajo", IusLabor 2/2019, pág. 164.

70 European Agency for Safety and Health at Work, Foresight on new and emerging occupational safety and health risks associated with digitalisation by 2025, European Risk Observatory, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018. En especial con respecto al tema analizado pueden leerse las págs. 10-12.

1ª) El Tribunal Constitucional en STC 192/2003, de 27 octubre afirmaba que vincular el tiempo libre del trabajo a la empresa es inconstitucional por reducir a la persona a un mero factor productivo y es lo que está sucediendo con el control empresarial a través de las nuevas tecnologías portátiles.

2ª) En los estudios del centenario de la OIT dedicados al futuro del trabajo, ya citados, se pronuncian sobre la denominada "Garantía laboral universal"[71], recomendándose el establecimiento de dicha garantía para todos los/las trabajadores/as con independencia de situación laboral o contractual, con la finalidad de reforzar la relación de trabajo pero, también, ampliar el alcance de la protección más allá de la relación de trabajo. ¿En qué consiste dicha garantía universal? Identificada con el denominado piso mínimo de protección social, mejorable a través de la legislación interna de cada país o la negociación colectiva, esta garantía debe comprender, entre otras, cuestiones fundamentales como el derecho de los/las trabajadores/as a la libertad sindical "(…) b) un conjunto de condiciones de trabajo básicas: i) «salario vital adecuado»; ii) limitación de las horas de trabajo [como ya aparecía en la Constitución de la OIT de 1919 y señala la Directiva 2003/88]; y iii) mayor seguridad e higiene en los lugares de trabajo [recogida en el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155), de la OIT] "[72].

Uno de los principales expertos en globalización del mundo, Baldwin, explica que el crecimiento exponencial en las capacidades de computación (Ley Moore), transmisión y almacenamiento, también está creando una nueva forma de globalización «virtual» que podría socavar los cimientos de la prosperidad de la clase media en el mundo occidental[73]; nos corresponde como expertos en el mundo del Derecho del Trabajo y de las relaciones laborales procurar que, finalmente, no sea así, teniendo que focalizar nuestros esfuerzos urgentes en conseguir, como ha señalado la OIT en la Declaración del Centenario en la 108ª Conferencia de la OIT para el futuro del trabajo, un futuro del trabajo centrado en las personas, sin merma de la conquista de derechos como el descanso, la limitación de la jornada o la intimidad, para la consecución, de una manera definitiva y real, de un trabajo decente.

V. Bibliografía

BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P., "Será útil regular la desconexión digital?", Cinco Días: solo versión papel, 9-10-2018.

- "El desnudo integral genético en el mundo laboral: Revolución industrial 4.0", Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, volumen 6, núm. 1, enero-marzo 2018.

71 Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, OIT, óp. Cit., pág. 12.

72 Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, OIT, óp. Cit., págs. 39-40.

73 Baldwin, R.E., The Globotics Upheaval: Globalization, Robotics, and the Future of Work, Weidenfeld and Nicolson, University of Oxford, UK, 2019. Las ideas principales de su libro pueden entender en esta Conferencia impartida sobre el mismo en la Universidad de Oxford: https://www.youtube.com/watch?v=g-A11h4qVlY.

- "Volvemos al tiempo de trabajo efectivo", Tribuna Social núm. 231, 2010.
Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, OIT, Trabajar para un futuro más prometedor, 1ª edición, OIT: Ginebra, 2019.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., Sistema de Derechos Fundamentales, 4ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2013.

DIMOND, R., "Social and ethical issues in mitochondrial donation", British Medical Bulletin, 115, 1, 2015.

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., "Análisis operativo de los sistemas de reconocimiento biométrico. Estudio de casos en diferentes escenarios", dentro del libro de la misma autora Tecnologías biométricas, identidad y Derechos fundamentales, editorial Arazandi, enero 2017, BIB 2017/4668,

European Agency for Safety and Health at Work, Foresight on new and emerging occupational safety and health risks associated with digitalisation by 2025, European Risk Observatory, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018
Falguera Barò, M.A., "Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual", Trabajo y Derecho 19-20/2016.

GARCÍA NINET, J.I., "El tiempo de la prestación de trabajo (I)", dentro del Libro García Ninet, J.I. (dtor.) y Vicente Palacio, A. (coord.), Derecho del Trabajo, 10ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2018.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., Y MERCADER UGUINA, J.R., "El control biométrico de los trabajadores", Revista de Información Laboral núm. 3/2017.

GOÑI SEIN, J.L., "Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016", RDS 78.

MELLA MÉNDEZ, L., "Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y salud de los trabajadores (I), Trabajo y Derecho 16/2016 (abril).

MOLINA NAVARRETE, C., "Jornada Laboral y tecnologías de la información: "Desconexión Digital", Garantía del derecho al descanso", Temas Laborales núm. 138/2017.

MONTOYA MELGAR, A., "Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las Relaciones laborales", dentro de, Sánchez-Trigueros, C. y González Díaz, A. (dtores.), Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2011.

PÉREZ DEL PRADO, D., "Instrumentos GPS y poder de control del empresario", RCE núm. 107-2009.

PIÑAR MAÑAS, J.L., "Consideraciones introductorias sobre el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal", Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 35, 3ª época, vol. I, febrero, 2007.

PRECIADO DOMÈNECH, C.H., "Monitorización: GPS, Wereables y especial referencia a los controles biométricos para el registro horario. Aspectos procesales", 2019, conferencia facilitada por el autor.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., "Poderes directivos y nuevas tecnologías", Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, núm. 138/2017.

SELMA PENALVA, A., "El control de accesos por medio de huella digital y sus repercusiones prácticas sobre el derecho a la intimidad de los trabajadores", Revista Doctrinal Arazandi Social paraf. Núm. 9/20103/2010, Presentación.

SERRANO ARGÜESO, M., "Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral", IusLabor 2/2019.

PONENCIA ESPECÍFICA PREMIADA: EL CÁLCULO DE LOS PERIODOS COTIZADOS Y LA INTEGRACIÓN DE LAGUNAS EN LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL. UNA REGULACIÓN DISCRIMINATORIA Y DESFAVORABLE

JOSÉ BASCÓN MARÍN
Contratado Pre-Doctoral a través del Plan propio de Investigación de la Universidad de Córdoba, España
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

RESUMEN: La protección que ha venido ofreciendo y que ofrece nuestro sistema de Seguridad Social a los trabajadores a tiempo parcial para determinadas prestaciones como la incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, y la jubilación, está generando situaciones desfavorecedoras y desigualdad entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, sobre todo en dos cuestiones concretas: el sistema de cómputo de los periodos cotizados y el sistema de integración de lagunas cuando el periodo inmediatamente anterior a la integración de la laguna se llevó a cabo mediante un contrato de trabajo a tiempo parcial. Esta cuestión alcanza notas de verdadera vulnerabilidad cuando, por el estudio de los datos que ofrece el mercado de trabajo, se constata que la mayor usuaria del contrato de trabajo a tiempo parcial es la mujer, convirtiéndose la cuestión en una posible discriminación (indirecta) por razón de sexo, art. 14 de nuestra Constitución.

1. Introducción
2. El derecho a la igualdad de trato ante la ley y el principio de no discriminación en el ámbito de la seguridad social
3. El sistema de cómputo de los periodos cotizados en los trabajadores a tiempo parcial
   3.1. La evolución normativa y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.
   3.2. La regulación actual sobre el cómputo de los periodos de cotización.
   3.3. El pronunciamiento del TJUE en su sentencia de 8 de mayo de 2019, asunto Villar Láiz.
   3.4 STC 91/2019, de 3 de julio (BOE nº 192, de 12 de agosto)
4. La integración de lagunas en los trabajadores a tiempo parcial
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La globalización de los mercados económicos ha posibilitado que los consumidores puedan disponer de todo tipo de productos, bienes e incluso servicios provenientes de cualquier parte del mundo a precios de mercado. Sin embargo, para ello, ha sido necesario cambiar los antiguos modelos de producción y de organización del trabajo[1], pasando de unos, donde una predicción más o menos acertada de futuro posibilitaba una cierta estabilidad laboral, a otros donde, los continuos cambios y adaptaciones a la demanda global, obligan al diseño de normas flexibilizadoras de la ordenación de las relaciones laborales, para poder adquirir el nivel de competitividad efectivo que exigen los mercados globalizados.

Como potencia internacional de primer orden, la Unión Europea se ha visto afectada por dicho fenómeno y en su intento de adaptación a las nuevas exigencias mercantiles plantea un cambio en su modelo de relaciones laborales. Este nuevo modelo se está construyendo sobre el concepto de flexiguridad[2], donde el contrato a tiempo parcial se presenta como un instrumento de flexibilidad de entrada (e incluso de flexibilización interna) y cuya promoción se ha visto aumentada a partir de la década de los años noventa[3].

La pérdida de puestos de trabajo se ha manifestado como uno de los efectos más devastadores de la citada globalización. En contextos de desempleo, la reducción del tiempo de trabajo, mediante el contrato a tiempo parcial, se convierte en un instrumento que posibilita una mayor distribución del empleo[4], permitiendo, por otra parte, a sus usuarios la compatibilización de varios trabajos abriendo, con ello, diferentes posibilidades de inserción laboral.

Sin embargo, este carácter positivo no ha logrado ser plasmado, por el legislador español, en el ordenamiento jurídico laboral. Por el contrario, esta figura contractual se ha visto envuelta en un efecto pernicioso de precariedad laboral y de vulneración de los de-

1 SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M. Y. (2013). "Readaptación del trabajo a tiempo parcial a los principios configuradores del sistema de Seguridad Social". Documentación Laboral. Vol. III. N.º 99, pág. 108.

2 Véase Libro Blanco de 1993, Comunicación de la Comisión a las Comunidades Europeas Crecimiento, competitividad, empleo, retos y pistas para entrar en el siglo XXI (Boletín de las Comunidades Europeas. Suplemento 6/93, 1993); Libro Verde de 2006, Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI. COM (2006) 708 final; Comunicación de la Comisión de 27 de junio de 2007, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Hacia los principios comunes de la Flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad. COM (2007) 359 final; Decisión del Consejo Europeo relativas a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros para 2015. Decisión (UE) 2015/1848 del Consejo, de 5 de octubre de 2015; Decisión (UE) 2016/1838 del Consejo, de 13 de octubre de 2016; Propuesta de proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales. COM (2017) 251 final.

3 Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (2008). "Para una crítica del modelo de flexiseguridad liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social (Segunda y última parte)". Tribuna social: Revista de Seguridad Social y Laboral. N.º 208.

4 GARCÍA VALVERDE, M.D. y KHURTSIDZE, N. (2018). "Contrato a tiempo parcial: ¿qué ha pasado?". e-Revista Internacional de la protección social. Vol. 3. N.º 1, pág. 258.

rechos laborales de sus usuarios. Y ello porque la avalancha de reformas laborales que se han venido produciendo en las últimas décadas, como herramienta principal utilizada por los gobiernos para hacer frente a crisis económicas, en muchos casos provocadas por decisiones políticas totalmente ajenas a los mercados de trabajo, han transgredido el concepto europeo de flexiguridad, centrándose en proporcionar grandes dosis de flexibilidad en pos de salvaguardar la viabilidad empresarial y relegando la protección debida del trabajador a meras declaraciones de intencionalidad[5].

Por otro lado, como consecuencia de los cambios en los modelos de producción, se producen cambios sociales. Así, el modelo tradicional de familia, donde el varón, cabeza de la unidad familiar, trabaja mientras la mujer asume el rol de ama de casa desarrollando, lo que se ha venido llamando, el trabajo reproductivo, queda superado[6] desde el momento en que aparece la necesidad de participación, de ambos progenitores, en el mercado de trabajo, dando lugar a la incorporación masiva de la mujer al mercado laboral, realidad típica de las sociedades modernas[7].

Sin embargo, dicha superación del modelo tradicional no se ha logrado completar en su totalidad ya que la mujer sigue aun soportando la mayor carga del trabajo doméstico, por lo que su incorporación al mercado de trabajo se realiza, en la mayoría de los casos, de manera parcial para poder compaginar la vida familiar y laboral[8]. Además, desde el ámbito empresarial, existen prejuicios y reticencias empresariales a la contratación a tiempo completo de la mujer, debido a la multitud de circunstancias que van a interrumpir la relación laboral, unas propias de la condición de mujer como la maternidad, lactancia, riesgo durante el embarazo, etc., y otras derivadas del cuidado de hijos o familiares, como consecuencia del rol tradicional familiar que todavía asume la mujer en la práctica[9]. En este sentido, la figura del contrato a tiempo parcial se presenta idónea al posibilitar compaginar trabajo con dedicación a la vida familiar.

Al analizar los datos que arrojan las dos últimas décadas sobre el uso que del contrato a tiempo parcial ha venido haciendo tanto hombres como mujeres, podemos observar un promedio a lo largo de la serie del 76,39% a favor de la mujer frente al 23,61% de los hombres, llegando a alcanzar, en los años inmediatamente anteriores de la crisis económica de 2008, tasas cercanas al 80%. El de servicios es el sector económico que viene utilizando,

5 Véase esta cuestión en ARCE, J.C. (2013). Derecho del trabajo y crisis económica. La invención del porvenir. Thomsom Reuters Aranzadi.

6 CEBRIÁN, I y MORENO, G. (2013). "Mujeres, hogares y mercado de trabajo en la obra de Luis Toharia". Revista de Economía Laboral. Vol. 10, N.º 1, pág. 105. RODRIGO ROJO, C. (2006). "La situación de las mujeres españolas en el mercado de trabajo ¿diferencia o discriminación?". Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales. N.º 17, pág. 21.

7 SABATER FERNÁNDEZ, M.C. (2014). "La interacción trabajo-familia. La mujer y la dificultad de la conciliación familiar". Lan harremanak: Revista de relaciones laborales. N.º 30, págs. 165 y 166.

8 CEBRIÁN, I y MORENO, G. (2013). "Mujeres, hogares..." Óp. Cit., pág. 105.

9 RODRIGO ROJO, C. (2006). "La situación de las mujeres..." Óp. Cit., pág. 23. GARCÍA VALVERDE, M.D. y KHURTSIDZE, N. (2018). "Contrato a tiempo parcial...". Óp. Cit., pág. 255.

con mayor frecuencia, esta figura contractual en actividades como salud, hostelería, educación, servicio doméstico y comercio, en las que se puede constatar una mayor participación femenina. Sin embargo, se comprueba una menor utilización del contrato a tiempo parcial en actividades como la industria, la manufactura o el sector primario, donde la participación de la mujer es mucho menor[10].

2. EL DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO ANTE LA LEY Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Nuestro sistema de Seguridad Social se basa en una serie de principios básicos como son la equidad, la solidaridad, la proporcionalidad y la contributividad, a los que hay que añadir el principio de igualdad de trato y no discriminación como principios fundamentales de la persona[11]. Sin embargo, la escasa adaptación, a las situaciones atípicas que va a provocar la figura del contrato a tiempo parcial, de un sistema de seguridad social diseñado para regular las relaciones de trabajo a tiempo completo va a generar una serie de problemas y de perjuicios a los trabajadores a tiempo parcial, produciéndose con ello un trato desigual y discriminatorio como veremos, por razón de sexo, en los trabajadores a tiempo parcial, en su mayoría mujeres[12].

La Directiva 76/207/CEE estableció el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al acceso al empleo, a la formación y promoción profesional y a las condiciones de trabajo[13]. Tres años más tarde, la Directiva 79/7/CEE[14] propuso aplicar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito de la seguridad social (art. 1). En su segundo considerando planteaba el deber de asegurar, por parte de los regímenes legales, las coberturas sociales que podían provocar ciertos riesgos como la invalidez y la vejez [también art. 3.1 a)]. Su art. 4.1 establecía que el principio de igualdad debía suponer la ausencia total de toda discriminación, haciendo especial hincapié en "el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos" y "en el cálculo de las prestaciones", entre otros. Además, disponía a los países miembros, un mandato de tomar las medidas necesarias para la supresión de cualquier tipo de disposición normativa que pudiera contradecir el principio de igualdad de trato (art. 5).

10 Datos consultados el 17 de septiembre de 2019 en: https://www.ine.es/. Véase también CABEZA PEREIRO, J. (2013). El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español. Bomarzo. Albacete, págs. 13 y 14.

11 SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M. Y. (2013). "Readaptación del trabajo...". Óp. Cit., pág. 109.

12 Este trato desfavorable vamos a analizarlo en el desarrollo del punto siguiente.

13 DIRECTIVA 76/207/CEE DEL CONSEJO, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DOCE de 14 de febrero de 1976, N.º L 39/40).

14 DIRECTIVA 79/7/CEE DEL CONSEJO, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (DOCE de 10 de enero de 1979, N.º L 6/24.

El Acuerdo Marco de 1997 sobre el trabajo a tiempo parcial, reflejado en la Directiva 97/81/CE,[15] establecía en su preámbulo una clara intención de evitar situaciones discriminatorias sobre los usuarios del contrato a tiempo parcial y planteaba estímulos para su mayor utilización tanto por trabajadores como por empresarios. Las partes firmantes adoptaron el Acuerdo partiendo de la Declaración sobre el Empleo que realizó el Consejo Europeo en Dublín en diciembre de 1996[16], donde afirmó que los sistemas de protección social tenían que enfocarse hacia la creación de empleo, desarrollando así, nuevas fórmulas legales que permitieran adaptarse a los nuevos modelos de trabajo[17]. Por tanto, el Acuerdo garantizaba "la supresión de las discriminaciones contra los trabajadores a tiempo parcial y mejorar la calidad del trabajo a tiempo parcial" (cláusula 1). En la cláusula 4, el Acuerdo pretendió establecer el principio de no discriminación para los trabajadores a tiempo parcial, sin embargo, al abordar el tema, el Acuerdo solo hablaba de las condiciones de empleo y no de la protección social.

En última instancia tenemos la Directiva 2006/54/CE[18] donde, en su capítulo 2, promueve la igualdad de trato en los regímenes profesionales de la seguridad social, dejando claro en su art. 5, la prohibición de discriminación, tanto directa como indirecta, por razón de sexo, en el ámbito de aplicación de los propios regímenes, en sus condiciones de acceso, en lo que se refiere a la obligación de cotizar, en el cálculo de las cotizaciones y en el cálculo de las pensiones, su duración y mantenimiento.

A nivel nacional, nuestra Constitución también establece reglas para procurar la igualdad entre los individuos. Así, el art. 9.2 CE establece un mandato a los poderes públicos para promover la libertad de los individuos y de los grupos. El art. 14 CE, establece la igualdad ante la Ley de los españoles, y la prohibición de discriminación, entre otras causas, por razón de sexo.

3. EL SISTEMA DE CÓMPUTO DE LOS PERIODOS COTIZADOS EN LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL

El cálculo de los periodos cotizados suele ser necesario para optar a la cobertura social de la mayoría de las prestaciones contributivas que recoge nuestro sistema de seguridad social. Sin embargo, el estudio lo vamos a centrar sobre las prestaciones de incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, y de jubilación, que, por sus dilatados periodos de carencia, han dado pie a una mayor controversia jurisprudencial.

---

15 DIRECTIVA 97/81/CE DEL CONSEJO, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES. DOCE L 14/9.

16 Conclusiones de la presidencia, consultado el día 15 de marzo de 2019 en: https://www.consilium.europa.eu/es/european-council/conclusions/1993-2003/

17 Preámbulo del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial de 1997.

18 DIRECTIVA 2006/54/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). DOUE, de 26 de julio de 2006, L 204/23.

La importancia que asume el sistema de cómputo de los periodos cotizados en los trabajadores a tiempo parcial, no solo afecta a la consecución del periodo de carencia como requisito sine qua non para lograr el acceso al derecho, sino que, por otra parte, afecta de manera decisiva a la cuantía de la pensión. En el caso de la incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, para el cálculo de la base reguladora, será determinante la aplicación de un porcentaje en función de los años de cotización del solicitante, conforme a la escala prevista en el art. 210.1 RD Legislativo 8/2015[19] [art. 197.1 b) RD Legislativo 8/2015]. En el caso de la jubilación, la cuantía de la pensión se va a calcular aplicando un porcentaje a la base reguladora, en función de los años cotizados (art. 210 RD Legislativo 8/2015).

3.1. La evolución normativa y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional

El art. 12 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores[20], que reguló la contratación a tiempo parcial en su aspecto laboral y también en su dimensión de seguridad social, establecía que la cotización de los trabajadores a tiempo parcial, se llevase a cabo en función "de las horas o citas realmente trabajadas". Sin embargo, no se decía absolutamente nada sobre el modo de computar esas horas o días cotizados[21], por lo que el criterio que se vino aplicando fue el de día trabajado, día cotizado, con independencia de la duración de la jornada laboral[22].

En 1982, la Resolución de la Subsecretaría General de la Seguridad Social, de 1 de febrero, por la que se dictan normas en materia de afiliación y prestaciones económicas de Seguridad Social a los trabajadores contratados, a tiempo parcial[23], introdujo por primera vez, en su artículo tercero, el cómputo de los periodos mínimos de cotización necesarios para acceder al derecho. Esta norma cambió el criterio que se venía aplicando sobre el cómputo del periodo cotizado, estableciendo, ahora, que se computasen solo "las horas o los días efectivamente trabajados". Para convertir las horas en "días teóricos computables", planteaba dividir el total de horas trabajadas por el número de horas que constituyesen la jornada completa habitual de trabajo, dependiendo de la actividad en cuestión. Sin embargo, frente a esta regulación, el Tribunal Supremo estableció que el criterio de una Resolución de una Secretaría General no podía tener eficacia normativa para modificar el régimen jurídico establecido en los arts. 12 y 128 del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley General de la Seguridad Social, respectivamente, vigentes en el momento, y sus normas de desarrollo[24].

19 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE n.º 261, de 31 de octubre de 2015).

20 Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE n.º 64, de 14 de marzo de 1980).

21 BARCELÓN COBEDO, S. (2013). Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social (con las reformas introducidas por el RDL 11/2013). Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 88.

22 LÓPEZ GANDÍA, J y TOSCANI GIMÉNEZ, D. (2014). La protección social de los trabajadores, a tiempo parcial, y fijos discontinuos. Bomarzo. Albacete, pág. 25.

23 BOE n.º 31, de 5 de febrero de 1982.

24 STS 3401/1993, de 26 de mayo de 1993, (FJ1).

Por lo tanto, el legislador promulga el RD 2319/1993, de 29 de diciembre, sobre revalorización de pensiones del Sistema de Seguridad Social y de otras prestaciones de protección social pública para 1994[25], donde en su DA9ª, apartado primero, reproduce la regla de la Resolución anterior, elevando así el rango de la disposición normativa, que fue aceptado por la jurisprudencia del TS, precisando que dicha regla se aplicaría a las prestaciones causadas a partir del 1 de enero de 1994, fecha de entrada en vigor del RD 2319/1993. Este criterio logró mantenerse en el art. 12.3[26] del nuevo Estatuto de los Trabajadores de 1995[27] (en adelante LET). Más tarde, dicho artículo fue modificado por el art. 1.3 del RD-Ley 8/1997, de 16 de mayo[28], manteniendo el mismo criterio de cómputo, ahora en el apartado 4 del art. 12.

Precisamente, esta norma fue declarada inconstitucional por la STC 253/2004[29](en concreto el párrafo segundo). El caso en cuestión se suscitó a raíz de una denegación de una pensión de incapacidad permanente total, derivada de enfermedad común, por no reunir el periodo de carencia, debido a que el número de horas efectivamente trabajadas por la actora (Dª RFR)resultaban insuficientes para computarel número mínimo de días exigibles cotizados.

El Juzgado de lo Social fue quién cuestionó la posible inconstitucionalidad del art. 12.4 2º párrafo LET por violación del art. 14 CE, en base a dos motivos. Por una parte, el Juzgado se planteaba si el citado artículo rompía el principio de proporcionalidad[30] ya que entendía que dicho principio quedaba suficientemente satisfecho con el establecimiento de una pensión menor en comparación a la de un trabajador a tiempo completo comparable. Por lo tanto, influir negativamente en el cómputo del periodo cotizado impidiendo el acceso a la prestación resultaba excesivo produciéndose por tanto una doble penalización para la trabajadora. El Juzgado entendía que, de prevalecer esta regla, una trabajadora a tiempo parcial iba a necesitar trabajar durante mucho más tiempo que un trabajador a jornada completa solo para poder cubrir el periodo mínimo de carencia exigido. Por otro lado, y en base a los datos estadísticos que se aportaron en autos y que ponían de manifiesto que las mujeres constituían, de manera mayoritaria, el colectivo destinatario de los contratos a tiempo parcial, se planteaba la posibilidad de que se estuviese produciendo una discri-

25 BOE n.º 313, de 31 de diciembre de 1993.

26 Este artículo resultaba de la refundición del art. 4.3 de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, según la redacción dada por el art. 40 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre.

27 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE n.º 75, de 29 de marzo, de 1995).

28 Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida (BOE n.º 118, de 17 de mayo, de 1997).

29 BOE n.º 18, de 21 de enero de 2005. Véanse los análisis de dicha sentencia realizados por CAVAS MARTÍNEZ, F. (2005). "La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: historia de un desagravio". Aranzadi Social. N.º 5, págs. 315 y ss.; LOUSADA AROCHENA, J.F. (2005). "El contrato de trabajo a tiempo parcial y la Seguridad Social: puntos críticos". Aranzadi Social. N.º 5, págs. 1305 y ss.

30 Uno de los aspectos principales del principio de igualdad establecido por la STC 177/1993, de 31 de mayo (FJ3).

minación indirecta por razón de sexo, sin que se encontrase una justificación objetiva al impacto negativo que producía el sistema de cómputo de los días cotizados del art. 12.4 2º párrafo LET.

El TC consideró, en su FJ6, que el art. 12.4 2º párrafo LET se mostraba demasiado estricto y desproporcionado ya que desde la perspectiva del derecho a la igualdad, la aplicación del criterio de proporcionalidad, a efectos del cómputo del periodo de carencia, dificultaba de manera injusta el acceso a la prestación de incapacidad permanente total al exigir unos periodos muchos más extensos de actividad laboral que los exigibles a los trabajadores a tiempo completo y ello porque obligaba a reunir las horas necesarias para computar una día cotizado a tiempo completo, comparable, necesitando varios días cotizados a tiempo parcial. Además, dejó claro que la línea normativa propuesta por el legislador resultaba mucho más gravosa y excesiva en situaciones donde apareciesen extensos lapsos de vida laboral a tiempo parcial y en los casos de prestaciones con periodos de carencia amplios.

Con respecto a una posible discriminación indirecta por razón de sexo, el TC interpretó que el legislador había establecido un trato diferente entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social, y que resultaba arbitrario y conducente a un resultado desproporcionado, situación que afectaba predominantemente a las mujeres (FJ8)[31]. Por lo tanto y bajo esta premisa, el TC concluyó que el art. 12.4 2º párrafo LET vulneraba el art. 14 CE al provocar un trato no igualitario entre ambos tipos de trabajadores y, en base a una afectación mayoritaria al colectivo de mujeres, una discriminación indirecta por razón de sexo(FJ9).

Lo curioso de este pronunciamiento fue que se produjo 8 años después de que el art. 12.4, 2º párrafo LET, hubiese sido modificado por el RD-Ley 15/1998[32], llevando la regulación del cómputo de los días cotizados a la Disposición Adicional 7ª.1, regla segunda del RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS)[33], lo que a efectos de modificación de la norma, el pronunciamiento, no tuvo consecuencias reales.

Sin embargo, la declaración de inconstitucionalidad tuvo su efecto en las SSTC posteriores 49/2005 y 50/2005[34], concediendo el amparo solicitado por sus recurrentes, mujeres.

31 Conclusión a la que llegaba el TC tras poner de manifiesto la jurisprudencia mantenida en las SSTC 22/1994, de 27 de enero (FJ4) y 198/1996 (FJ2); En el mismo sentido SSTJCE, de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio de 1992, asunto Bötel; de 19 de octubre de 1995, asunto The Queen v. Secretary of State for Health; 11 de septiembre de 2003, asunto Steinicke).

32 RD-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad (BOE n.º 285, de 28 de noviembre de 1998). Dicha norma pretendía acomodarse a los compromisos establecidos en el Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial recogido en la Directiva 97/81/CE.

33 BOE n.º 154, de 29 de junio de 1994.

34 Ambas, BOE n.º 93, de 19 de abril de 2005.

La regla segunda de la DA7ª.1 TRLGSS mantuvo el mismo criterio que su antecesor en cuanto al sistema de cómputo del periodo cotizado, con lo que no se evitaba los parámetros de inconstitucionalidad marcados por la STC 253/2004. Sin embargo, introdujo una modificación en cuanto al cálculo de los días teóricos de cotización al dividir por cinco (equivalente diario del cómputo de 1.826 horas anuales, es decir, la jornada máxima laboral) el número de horas efectivamente trabajadas [apartado a)], con lo que se originaba desigualdad en cuanto a que la jornada completa habitual de la actividad concurrente podría requerir menos horas que la jornada máxima legal. En el apartado b) de la regla segunda introdujo una novedad con respecto a la regulación anterior que consistió en aplicar una regla correctora del estricto criterio de proporcionalidad, estableciendo un coeficiente multiplicador del 1,5 sobre el número de días teóricos de cotización[35]. Con exclusividad de aplicación sobre las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, esta segunda medida suponía el reconocimiento de medio día cotizado más por cada día teórico de cotización. En ningún caso, se podría computar un número superior de días cotizados al que hubiese correspondido de haberse realizado la prestación laboral, a tiempo completo.

Tras los cambios legislativos, la STC 61/2013[36]volvía a resolver una nueva cuestión de inconstitucionalidad, planteada 10 años antes por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, sobre el inciso inicial de la letra a) de la regla segunda del apartado 1 de la DA7ª del TRLGSS, en su redacción dada por el RD-Ley 15/1998.

La argumentación de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia se producía en los mismos términos en los que se expresó el Juzgado de lo Social n.º1 de Pontevedra, al plantear su cuestión de inconstitucionalidad, resuelta por STC 253/2004: la estricta proporcionalidad provocada por una doble penalización y una discriminación indirecta por razón de sexo en base a la evidencia de los datos estadísticos donde el trabajo a tiempo parcial era realizado, mayoritariamente, por mujeres y cuyo impacto adverso no resultaba suficientemente justificado.

Efectivamente, al pronunciarse el TC sobre el nuevo concepto de "días teóricos de cotización", estableció que no se trataba de una corrección de la aplicación de un principio de proporcionalidad estricto, sino que lo que se había conseguido lograr fue un cálculo más preciso de los días cotizados donde, los trabajadores a tiempo completo, acreditarían la totalidad de los días trabajados mientras que los trabajadores a tiempo parcial seguirían acreditando un número de días inferior a los trabajados, lo que demostraba que la norma seguía perjudicando doblemente a los trabajadores a tiempo parcial (FJ6).

En cuanto a la aplicación del coeficiente corrector, el TC lo consideró como un elemento limitado, estableciendo que un plus de medio día cotizado por cada día teórico de cotización solo podría facilitar el acceso a las pensiones a aquellos trabajadores, a tiempo parcial, con jornadas de trabajo de duración elevada o a aquellos en que los periodos de

35 Su desarrollo reglamentario se produjo a través del RD 144/1999, de 29 de enero (BOE n.º 40, de 16 de febrero de 1999), que desarrollaba al Real Decreto-Ley 15/1998.

36 BOE n.º 86, de 10 de abril de 2013.

trabajo, a tiempo parcial, no fuese la tónica constante en su vida laboral, representando una pequeña proporción. En otro caso, la aplicación del criterio de proporcionalidad seguirá constituyendo una barrera para lograr el acceso a las pensiones (FJ6).

Con respecto a la posible discriminación indirecta por razón de sexo, el TC, al igual que ya lo hiciera en su STC 253/2004, no encontraba justificación alguna a la diferencia de trato entre ambos tipos de trabajadores, diferenciación que encontraba arbitraria y desproporcionada (FJ6). Por tanto, la sentencia declaró que la DA7ª vulneraba el art. 14 CE tanto por lesionar el derecho a la igualdad como por provocar discriminación indirecta por razón de sexo[37].

Un año antes al pronunciamiento del TC, se produjo el del Tribunal de Justicia Europeo en su STJUE, de 22 de noviembre de 2012, asunto Elbal Moreno[38]. A este respecto, nuestro TC dio por bueno, en su FJ5, lo sentado por el TJUE en cuanto que la DA7ª perjudicaba a los trabajadores a tiempo parcial ya que el sistema de cómputo de los días cotizados impedía la posibilidad de obtener la pensión correspondiente (apartados 30 y 38) y, por lo tanto, se oponía al art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

En sentencias posteriores como fueron SSTC 71/2013, 72/2013,116/2013 y 117/2013, el TC mantuvo el criterio señalado en el análisis de las sentencias precedentes.

3.2. La regulación actual sobre el cómputo de los periodos de cotización[39]

Tras el pronunciamiento del TJUE en el asunto Elbal Moreno y de la STC 61/2013 sobre la regulación propuesta por el legislador sobre el sistema de cómputo de los periodos cotizados en los trabajadores, a tiempo parcial, tanto Gobierno como interlocutores sociales, decidieron alcanzar un acuerdo[40] para revisar, con carácter de urgencia, la DA7ª TRLGSS[41], con el objeto de dictar una norma que rellenase el vacío legal provocado por ambos pronunciamientos. Fruto de ello nace el RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la

37 El TC declaró inconstitucional tanto el apartado a) como el b) de la regla segunda del apartado 1 de la DA7ª TRLGSS.

38 Dicha Sentencia resolvía una cuestión prejudicial planteada sobre la 2ª regla del apartado 1 de la DA7ª del TRLGSS.

39 Véase CALLAU DALMAU, P. (2017). "Implicaciones de la última reforma legislativa en materia de protección social del trabajo a tiempo parcial: Condiciones de acceso y efectos de su aplicación. Acciones e Investigaciones Sociales. N.º 37. CABEZA PEREIRO, J y LOUSADA AROCHENA, J.F. (2018). "El trabajo a tiempo parcial: algunos comentarios valorativos". Derecho de las Relaciones Laborales. N.º 4.

40 El 31 de julio de 2013, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social junto con CEOE, CEPYME, CCOO y UGT firman el Acuerdo para la mejora de las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial. Consultado en:http://www.ccoo.cat/pdf_documents/baix%20llobregat/Acuerdo%20130731%20Nueva%20regulaci%F3n%20cotizaci%F3n%20Tiempo%20Parcial.pdf.

41 Así se establecía en la exposición de motivos del RD-Ley 11/2013.

protección de los trabajadores, a tiempo parcial, y otras medidas urgentes en el orden económico y social[42], donde su art. 5, va a introducir una modificación de la regla segunda de la DA7ª.1, a través de la cual, el legislador va a establecer una nueva fórmula de cómputo de los días cotizados. Esta nueva regulación se va a mantener tras la nueva refundición de la Ley General de la Seguridad Social en el actual art. 247 del RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, quién asume la tutela reguladora del cómputo de los periodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial, en los mismos términos que los establecidos por el art. 5 del RD-Ley 11/2013.

La nueva normativa se presenta como una especie de solución personalizada del problema, consistente en una flexibilización del periodo de carencia con el objeto de adaptarlo al periodo cotizado de cada trabajador, aplicando dos instrumentos novedosos: el coeficiente de parcialidad (CP) y el coeficiente global de parcialidad (CGP).

El CP representa el porcentaje que supone la jornada de trabajo realizada a tiempo parcial con respecto a una jornada, a tiempo completo comparable. Dicho porcentaje se aplicará sobre los periodos en alta con contrato a tiempo parcial[43] para tratar de calcular los días efectivamente cotizados en cada periodo [art. 247 a) RD Legislativo 8/2015]. Ejemplo: en un periodo de trabajo de 365 días con jornada laboral al 30%, daría un total de 110 días[44] efectivamente trabajados y por tanto cotizados. Esta operación se repetiría con todos los periodos trabajados, a tiempo parcial, para el periodo correspondiente.

En nuestra opinión, cuando la disposición establece "periodos de alta con contrato a tiempo parcial" entendemos que habría que incluir aquellos periodos en los que el contrato de trabajo, aunque en vigor, quedase en suspenso, debido a situaciones de IT [art. 45.1 c) RD Legislativo 2/2015[45] y art. 169 RDL 8/2015], de maternidad, paternidad, acogimiento, adopción, guarda con fines de adopción, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia [art. 45.1 d) y e) RDL 2/2015 y arts. 177, 181, 183, 186, 188 RDL 8/2015], de excedencia forzosa [art. 45.1 k) RDL 2/2015 y art. 166.3 RDL 8/2015] o durante las situaciones de huelga o cierre patronal [art. 45.1 l) y m) RDL 2/2015], entre otras. Sin

42 BOE n.º 185, de 3 de agosto de 2013.

43 Puntualizamos que sobre lo que disponen los arts. 12.5 i) y 35.3 del RD Legislativo 2/2015, la jornada a tiempo parcial comprenderá el cómputo de horas ordinarias y complementarias trabajadas, no así las horas extraordinarias derivadas de fuerza mayor. Véase, en este sentido, FERNÁNDEZ PROL, F. (2013). "Trabajadores a tiempo parcial y protección social: novedades en materia de cotización y reformulación de las reglas de cómputo de los periodos carenciales". Revista de Derecho Social. N.º 64, pág. 100-101 y LOUSADA AROCHENA, J.F. (2013). "Protección social del trabajo a tiempo parcial según el RDLEY 11/2013, de 2 de agosto". Aranzadi Social. Revista Doctrinal. Vol. 6, N.º 7, pág. 98.

44 El resultado real es de 109,5 días (365 x 30%). A este respecto, la norma tampoco dice nada sobre la decisión de elegir el número entero cuando al aplicar el CP al número de días trabajados, a jornada parcial, el resultado es un número decimal. Podríamos entender que una decisión lógica sería optar por el número siguiente en los casos en que la primera cifra decimal sea 5 o superior y, el número anterior, en caso de ser menor de 5.

45 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE n.º 255, de 24 de octubre de 2015).

embargo, al no llevarse a cabo de manera efectiva la prestación laboral, se genera la duda de si se debiera aplicar un CP correspondiente a la duración de la jornada que genera la situación de suspensión, o se debería considerar como periodo a día completo trabajado.

Al resultado obtenido por la aplicación del CP a todos los periodos trabajados, a tiempo parcial, se le sumarían la totalidad de "los días cotizados a tiempo completo", obteniendo el total de días cotizados computables para el acceso a la prestación [art. 247 a), tercer párrafo RD Legislativo 8/2015]. Sin embargo, ante esta afirmación, nos vuelven a surgir serias dudas con la expresión "días cotizados a tiempo completo"[46]. Nos preguntamos si el legislador se refiere exclusivamente a los días en alta con un contrato de trabajo a tiempo completo o, además, cabría computar otras situaciones donde los periodos se consideran como efectivamente cotizados, a efectos de las prestaciones de incapacidad permanente y jubilación, pero en las que no existe un alta con contrato de trabajo a tiempo completo. Nos referimos a situaciones como la excedencia por el cuidado de cada hijo o menor, a contar desde la fecha del nacimiento o desde la resolución judicial o administrativa en los casos de adopción, con un máximo de 3 años (arts. 46.3 RDL 2/2015 y 237.1 RDL 8/2015) o al primer año de excedencia por cuidado de familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismo y no desempeñen actividad retribuida (arts. 46.3 RDL 2/2015 y 237.2 RDL 8/2015); a las situaciones asimiladas a las de alta en las que se cotiza pero no se lleva a cabo una prestación laboral, como la situación legal de desempleo (arts. 166.1, 262 y ss. RDL 8/2015), las vacaciones anuales no disfrutadas y retribuidas tras la finalización del contrato de trabajo (arts. 147.1 y 166.2 RDL 8/2015) o las situaciones en las que se firma un Convenio Especial con la Administración General de la Seguridad Social (art. 166.3 RDL 8/2015 y Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social[47]). También nos encontramos con otras situaciones que podríamos denominar de cotización ficticia como ocurre con los periodos de cotización asimilados al parto en favor de las trabajadoras (112 días completos de cotización por cada parto de 1 solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, en caso de parto múltiple, salvo que, se hubiera cotizado durante las 16 semanas o el periodo correspondiente, en caso de parto múltiple, art. 235 y DT14ª RDL 8/2015)[48]. La justificación de incluir todas estas situaciones para el cómputo de los periodos cotizados la encontramos en la falta de una regulación concreta en contra de incluirlas, y en los propios desarrollos de las normas planteadas[49].

46 Recordemos que las cantidades aportadas tanto por empresa como por el propio trabajador al sistema de seguridad social en concepto de cotizaciones no se van a efectuar en base al tiempo de trabajo desarrollado por el trabajador, sino en base a la cantidad percibida por éste en concepto de contraprestaciones salariales o extrasalariales, al aplicarles los correspondientes tipos.

47 BOE n.º 250, de 18 de octubre de 2010.

48 También plantea estas dudas SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M.Y. (2013). "Readaptación del trabajo...". Óp. Cit., pág. 120.

49 En este sentido, mostramos las expresiones establecidas en los artículos del RD Legislativo 8/2015 que regulan las situaciones controvertidas: art. 165.1 ["Para causar derecho a las prestaciones del Régimen General, las personas incluidas en su campo de aplicación habrán de cumplir, (…), el requisito general de estar afiliadas y en alta (…) o en situación asimilada a la de alta (…)"]; art. 235

En cuanto al CGP, nació con el objeto de equiparar los requisitos de acceso a las prestaciones de Seguridad Social, de los trabajadores a tiempo parcial con respecto a los trabajadores a tiempo completo, obteniendo así un porcentaje resultante de dividir el número de días trabajados y acreditados como cotizados entre "el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador", y que se aplicaría sobre el periodo de carencia (tanto general como específica) con el objeto de reducirla, en la proporción establecida por dicho CGP [art. 247 b) RD Legislativo 8/2015].

De nuevo con la expresión "días en alta" nos vuelven a surgir dudas, pareciendo que el legislador no tuvo intención de incluir los días cotizados o considerados como efectivamente cotizados, cabiendo solo computar aquellos días en el que el trabajador estuvo en situación de alta con contrato de trabajo en vigor o en situaciones de asimilada al alta, por lo que situaciones como la excedencia voluntaria o los periodos de cotización ficticia, que se producen fuera de una relación contractual laboral, no formarían parte de la totalidad de los periodos de alta a lo largo de la vida profesional del trabajador. Su no inclusión en el divisor de la operación para el cálculo del CGP conllevaría un perjuicio para el solicitante de la prestación ya que dichos periodos, en teoría, se han tenido en cuenta para computar el total de días efectivamente cotizados (dividendo), por lo que su inclusión debería tenerse en cuenta a la hora de totalizar su vida laboral.De lo contrario, el resultado daría un porcentaje mayor y, por tanto, un aumento del periodo de carencia exigible[50].

Esta serie de incertidumbres han quedado reflejadas en asuntos como el resuelto por la STSJ de Asturias, de 12 de junio de 2018 (Rec.: 795/2018), que estimaba el correspondiente recurso de suplicación interpuesto por Dª T. El día 9 de junio de 2016, la recurrente, durante su prestación laboral, había iniciado un proceso de IT, derivada de enfermedad común. El día 20 de junio, la empresa extinguió el contrato de trabajo, siéndole reconocida, a partir de ese momento, una prestación de IT-desempleo. Transcurridos 365 días en IT, sin obtener recuperación alguna, la demandante solicitó la prestación por IP, en grado de absoluta, derivada de enfermedad común. El INSS, aunque reunía la carencia general, desestimó la solicitud por falta de carencia específica (un quinto del periodo de cotización exigible, necesariamente comprendido en los diez años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, art. 195.3 y DA1ª RDL 8/2015).

Para el cómputo de los periodos cotizados, el INSS aplicó ciertos criterios. Por un lado, no computó el periodo superpuesto de 112 días que le correspondían a la trabajadora por parto, sin embargo, este hecho no fue motivo de recurso debido a que no afectó a la no consecución de la carencia específica. Por otro lado, durante el periodo que duró el contrato de trabajo, aplicó un CP del 60%, conforme disponía el contrato. En tercer lugar, consideró como asimilado a cotizado, el periodo de incapacidad temporal, una vez finali-

["A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de ciento doce días completos de cotización (…)"]; art. 237.2 ["De igual modo, se considerarán efectivamente cotizado (…), el primer año del periodo de excedencia (…)"].

50 También plantea el siguiente dilema FERNÁNDEZ PROL, F. (2013). "Trabajadores a tiempo parcial...". Óp. Cit., pág. 103.

zado el contrato de trabajo, aplicando nuevamente un CP del 60%, siendo este criterio el que impidió reunir el requisito de la carencia específica. Dicho criterio fue ratificado por la sentencia de instancia[51], por lo que la recurrente recurrió en suplicación, exponiendo que, tanto INSS como el Juzgado de lo Social, ignoraron la jurisprudencia del TC provocando, con ello, una falta de equiparación y de igualdad entre trabajadores, a tiempo parcial, y trabajadores, a tiempo completo.

La cuestión a dilucidar fue el cómo computar los días cotizados durante tres situaciones diferentes: un alta laboral derivada de la formalización de un contrato a tiempo parcial pactado al 60% de una jornada a tiempo completo comparable; una situación de incapacidad temporal que se inicia durante la vigencia del contrato; una situación de incapacidad temporal que se prolonga una vez extinguido el contrato de trabajo.

El TSJ de Asturias resolvió diciendo que el CP del 60% sería de aplicación durante la situación con contrato de trabajo en alta a tiempo parcial, pero no una vez extinguido dicho contrato. Sin embargo, este último periodo habría de computarse a efectos de causar derecho a la prestación por incapacidad permanente (FD4). Por lo tanto, el periodo cotizado durante la situación de desempleo debió computarse como jornada de trabajo a tiempo completo. También estableció que se debía tomar en cuenta, tanto el periodo máximo de 365 como la prórroga legalmente establecida de 180[52] días, pero sin aplicarle el CP del 60%.

Otra sentencia, la STSJ de Andalucía, de 29 de marzo de 2017 (Rec.: 2205/2016) resolvía un recurso de suplicación en el que la controversia se basaba en la no acreditación del periodo de carencia específico que impedía, al solicitante, el acceso a la pensión de jubilación. Esta falta de acreditación venía provocada por la aplicación, por parte de la entidad gestora, de un CP del 50% a un periodo de cotización correspondiente al percibo de una prestación por desempleo. El Magistrado en la instancia resolvió diciendo que no debía ser aplicable ningún CP a dicho periodo. El TSJ de Andalucía confirma la resolución de la instancia, interpretando que aplicar un CP de un periodo de trabajo a tiempo parcial a un periodo en el que se percibe una prestación por desempleo, una vez finalizada su anterior relación laboral, es totalmente injusto. Sin embargo, en este caso, el Tribunal Superior de Justicia va un paso más allá que la STSJ de Asturias, estableciendo que el cómputo de los días durante el percibimiento de una prestación por desempleo se hará en función del CP aplicable al periodo computado para el cálculo de la base reguladora. Es decir, en este caso, la base reguladora se había calculado promediando los 6 meses inmediatamente anteriores

51 Sentencia del Juzgado de lo Social, n.º 3 de Oviedo, dictada el 5 de febrero de 2018.

52 Dicha apreciación se basa en la aplicación del art. 4.4 del RD 1799/1985, de 2 de octubre, para la aplicación de la Ley 26/1985, de 31 de julio, en materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente: En el caso de trabajadores que, encontrándose en situación de incapacidad temporal o de prórroga de sus efectos, no hayan llegado a agotar el período máximo de duración de la misma, incluida su prórroga, establecido en el párrafo a), apartado 1, del art. 128 de la Ley General de la Seguridad Social, los días que falten para agotar dicho período máximo se asimilarán a días cotizados a efectos del cómputo del período mínimo de cotización exigido para causar derecho a la pensión de incapacidad permanente.

al hecho causante. De estos 180 días tenidos en cuenta, 103 se trabajaron a razón de un coeficiente del 50% y 77 a razón de un coeficiente del 100%. Así, decía el Tribunal, "el porcentaje a aplicar durante las cotizaciones por desempleo se deberá ponderar en atención a dicha circunstancia". Los 103 días, se convierten en 56,5 (50%) y suponen con respecto a la base reguladora el 31,39% (56,5 x 100 / 180); los 77 días (100%) suponen un 42,78% de la base reguladora (77 x 100 / 180). Sumando ambos porcentajes se obtiene un 74,17% que aplicado sobre los 242 días que duró la prestación por desempleo arrojan un total de 180 días a efectos de días efectivamente cotizados.

Por lo tanto, vemos como la nueva legislación no solo presenta insuficiencias legislativas, provocando variados criterios jurisprudenciales para situaciones similares, sino que sigue perjudicando a los trabajadores a tiempo parcial, en su mayoría mujeres.

3.3. STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto Villar Láiz

El pasado 8 de mayo de 2019 sale a la luz la STJUE, que vuelve a poner en evidencia el sistema español de cómputo de los periodos de cotización en los trabajadores, a tiempo parcial. La señora Villar Láiz solicitó pensión de jubilación al INSS cuya resolución favorable arrojó una cuantía resultado de aplicar un coeficiente del 53%, en concepto de vida laboral cotizada, a la base reguladora. Al existir periodos de trabajo a tiempo parcial, el cómputo de los periodos de cotización se realizó en base al art. 247 a) del RD Legislativo 8/2015. La solicitante reclamó un coeficiente del 80,04%, con el que conseguiría un aumento de la cuantía de la pensión, al considerar que los periodos trabajados, a tiempo parcial, deberían haberse computado de igual manera que si se hubiesen trabajado a tiempo completo.

Tras desestimarse la reclamación administrativa y la posterior demanda ante el Juzgado de lo Social n.º 4 de Valladolid, el caso llega en suplicación ante el TSJ de Castilla y León quién, a su vez interpela al Tribunal de Justicia Europeo para que resuelva las cuestiones prejudiciales planteadas sobre si los arts. 247 a) y 248.3 del RDL 8/2015 son contrarios al art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE donde se postula el principio de igualdad de trato y la ausencia de cualquier discriminación por razón de sexo, directa o indirecta, en este caso, en lo referente al cálculo de las prestaciones en materia de seguridad social.

El TJUE se pronunció, principalmente, sobre dos aspectos: la posible existencia de actos discriminatorios por razón de sexo(posible vulneración del art. 4.1 Directiva 79/7/CEE) por perjudicar la normativa cuestionada alas mujeres como principales usuarias del contrato de trabajo a tiempo parcial y el posible tratamiento desfavorable sobre los trabajadores a tiempo parcial, a la hora de calcular el periodo total cotizado afectando, como consecuencia, a la cuantía de la pensión [art. 247 a) y art. 248.3 RDL 8/2015].

En cuanto a la existencia de discriminación directa por razón de sexo, el TJUE considera que no existe (ap. 36), ya que la norma trata del mismo modo a hombres que a mujeres. Sin embargo, se posiciona a favor de una manifiesta discriminación indirecta por razón de sexo que pudiera quedar demostrada con los datos estadísticos presentados en el

litigio nacional, estableciendo que deberá ser el tribunal nacional a quién corresponda la valoración de dichos datos para su consideración, es decir, "si no constituyen la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si, de manera general, resultan significativos" (aps. 37 y ss.). Por lo tanto, la consideración de que la norma en cuestión sea contraria al art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE, va a depender de los datos estadísticos, los cuáles, como vimos al principio del trabajo llevan décadas arrojando unos resultados sobradamente concluyentes en los que la mujer aparece como la principal destinataria y usuaria del contrato de trabajo a tiempo parcial

Sin embargo, el terremoto jurídico lo provoca la consideración de que la reducción de una pensión de jubilación, en una proporción mayor a la que debiera corresponderle por el hecho de trabajar a tiempo parcial no tiene justificación objetiva suficiente (ap. 51). Por tanto, el TJUE cuestiona al sistema de cálculo español del coeficiente de parcialidad y lo considera injusto, que perjudica doblemente a los trabajadores, a tiempo parcial. Y ello porque la base reguladora de la pensión de jubilación ya se calcula en función de las horas trabajadas (una menor retribución), lo que supone una menor base para los trabajadores a tiempo parcial con respecto a los trabajadores, a tiempo completo comparable, permitiendo con ello cumplir con el principio de contributividad que informa el sistema de seguridad social. Si, además, a dicha base se le aplica un porcentaje en función de los días cotizados, calculados éstos en función de un coeficiente de parcialidad, dicha aplicación "va más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo", representando para los trabajadores que han realizado gran parte de su vida laboral a tiempo parcial "una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo pro rata temporis" (aps. 52 y ss.).

3.4. STC 91/2019, de3 de julio (BOE n.º 192, de 12 de agosto)

El pronunciamiento del TJUE ha tenido un reflejo inmediato en la STC 91/2019, de 3 de julio, que resuelve una cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por la Sala Segunda del propio TC ante el Pleno sobre la letra c), de la regla tercera de la DA7ª.1 del TRLGSS y que venía causada por la interposición de un recurso de amparo admitido a trámite por la Sección Cuarta de dicho Tribunal, a raíz de un caso muy parecido al resuelto por la STJUE en el asunto Villar Láiz.

En este caso, el TC ha considerado que la forma de calcular la cuantía de la pensión de jubilación, en los trabajadores a tiempo parcial, resulta contraria al art. 14 CE. Sin embargo, a pesar de los argumentos esbozados por el TC para justificar su postura sobre que el método de cálculo de los periodos cotizados impide que el periodo cotizado de un trabajador a tiempo parcial se corresponda con el que de manera natural deriva de los meses y los años materialmente cotizados, a diferencia de lo que sucede con los trabajadores a tiempo completo, derivándose de ello, no solo una diferencia de trato entre ambos tipos de trabajadores sino que además, dicho método castiga en mayor medida a aquellos trabajadores con menor porcentaje de parcialidad a lo largo de su vida laboral que son los que conforman el eslabón más débil del mercado de trabajo (FJ9), lo que anula la Sentencia es el inciso "de

jubilación y" que aparece en el párrafo primero, del apartado c), de la regla tercera, de la DA7ª TRLGSS (FJ12), cuya afectación se producirá sobre su equivalente en el art. 248.3 del RD Legislativo 8/2015, y cuya razón, nos dice el TC, se encuentra en el propio objeto de la cuestión de inconstitucionalidad: "la adecuación constitucional de la determinación de la cuantía dela pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial"(FJ3).

Esto significa que los efectos que va a producir la STC 91/2019 solo afectará al cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación. Es decir, cada día que se haya estado en alta en seguridad social, se considerará cotizado con independencia del número de horas trabajadas, por lo que el cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación no se verá reducido por la aplicación del CP. Sin embargo, en lo que respecta a la acreditación de los periodos de carencia, la STC no establece nada al respecto cuando el sistema de cómputo del periodo cotizado es el mismo y ello porque entiende el Tribunal que la penalización que pueden sufrir los trabajadores a tiempo parcial con el sistema de cálculo del CP se compensa con el efecto modulador que va a producir la aplicación del CGP.

4. LA INTEGRACIÓN DE LAGUNAS EN LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL

La regulación actual sobre la integración de lagunas en los trabajadores a tiempo parcial, la lleva a cabo el art. 248.2 del RD Legislativo 8/2015, manteniendo la literalidad del apartado b), de la regla tercera, de la DA7ªTRLGSS, cuya redacción fue introducida por el RD-Ley 15/1998[53]. Dicha regulación establece que, la integración de lagunas para el cálculo de la base reguladora a efectos de las pensiones de IP, derivada de enfermedad común, y jubilación, se llevaría "a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondientes al número de horas contratadas en último término".

Es decir, la propuesta legislativa trata de llevar a cabo una proyección ficticia, sobre toda la laguna, a partir de la presunción de que el trabajador hubiera continuado trabajando con la misma reducción de jornada que tenía en el momento de iniciarse el período de inactividad. Lo que en principio parece un criterio razonable y no falto de objetividad, en nuestra opinión pensamos que el legislador puede haber pecado de arbitrariedad al haber diseñado una norma, basada en criterios alejados de la equidad, resultando menos favorecedores para los trabajadores que utilicen el contrato a tiempo parcial, en su mayoría, mujeres, poniéndose en tela de juicio de nuevo la vulneración del art. 14 CE.

La STC 156/2014, de 25 de septiembre de 2014[54] resolvía una cuestión de inconstitucional promovida por la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo, en relación al apartado b), de la regla tercera, de la DA7ª.1 TRLGSS, por posible vulneración de los arts. 9.3 y 14 CE. En este caso, el TS albergaba dudas sobre si la norma podría ser contraria al principio de igualdad y a la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo, por afectar de

53 Versión modificada por el art. 2.2 del RD-Ley 15/1998. Esta regla tercera de la DA7ª surtiría efectos según lo indicado en la DF2ª del RD-Ley 15/1998.

54 BOE n. º 262, de 29 de octubre de 2014.

manera especial a las mujeres (art. 14 CE) y al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).Para el TS, llevar a cabo la ficción de proyectar hacia el futuro la situación anterior a la integración de lagunas resultaba doblemente perjudicial para el trabajador que en último término hubiese contratado a jornada parcial de tal suerte que, por un lado, la aceptación de un contrato a tiempo parcialexcluye la posibilidad de la integración de lagunas con la base correspondiente a un contrato a tiempo completo y, por otro lado, la proyección de ese contrato a tiempo parcial va a alargar esa cotización parcial, con lo que la consecuencia de ambos efectos sería una reducción importante de la base reguladora, introduciendo con ello un trato desigual, arbitrario y peyorativo, para estos trabajadores, vulnerándose con ello el art. 14 CE. También argumentaba que la reducción sufrida en la base reguladora no guarda relación con la carrera de seguro del trabajador, en aras del principio contributivo. Ante esta situación, decía, un trabajador que hubiese permanecido en activo a tiempo completo durante la mayor parte de su carrera profesional, optaría por la inactividad laboral frente a la actividad a tiempo parcial, con lo que el empleo a tiempo parcial se desincentivaría. Incluso en el caso contrario, donde un trabajador hubiese tenido un periodo amplio de contrataciones a tiempo parcial, seguido de un breve periodo de contratación a tiempo completo, se produciría un beneficio igualmente desproporcionado.

También el TS se cuestionó la posible vulnerabilidad del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del art. 9.3 CE, en la medida que la norma adolecía "de una explicación racional suficiente", apareciendo como una "medida inconsecuente o incoherente susceptible de crear tratamientos desiguales". Afirmaba que la presunción resultaba innecesaria ya que, al proceder al cálculo de la base reguladora, la carrera de seguro del trabajador ya había finalizado, lo que conlleva poder obtener "conclusiones exactas de la misma, sin necesidad de presunciones".

En cuanto a una posible discriminación indirecta por razón de sexo, el TS, con base en la STC 253/2004, indicaba que la norma cuestionada podría, "situar a las mujeres en una posición de desventaja a la hora de la determinación del importe de sus pensiones" por ser, el contrato a tiempo parcial, una institución utilizada preferentemente por el sexo femenino.

El TC, como consecuencia de que el recurrente resultó ser varón, decidió no entrar a valorar la posible discriminación indirecta por razón de sexo (FJ2)[55].En cuanto a la cuestión de la interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE, el TC, por un lado, transmite la respetuosidad que debe de ofrecer, ante las diferentes opciones que puede manejar el legislador. Así, reconocía que podían existir otras opciones y criterios bajo los cuáles se podría haber llevado a cabo la integración de lagunas. Sin embargo, el legislador había elegido la opción de tener en cuenta las cotizaciones aportadas en el instante inmediatamente ante-

55 De conformidad con el art. 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que exige que la norma con rango de ley de la que tenga dudas un Juez o Tribunal debe ser "aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo", el TC consideró que dicha cuestión no resultaba relevante para resolver el caso a "quo" e iba a suponer "un control abstracto" de la cuestión de inconstitucionalidad y también "una desconexión con el litigio a quo".

rior a la laguna, por lo que dicha opción respondía a criterios de contributividad (FJ5).Así, no consideró que la norma cuestionada produjese diferencia de trato entre trabajadores, a tiempo completo, y trabajadores, a tiempo parcial, ni que la regla pudiera considerarse "irrazonable o falta de justificación" (FJ6) "ya que se inserta en un sistema de Seguridad Social en el que la distribución de medios escasos requiere ponderar cuidadosamente las situaciones de necesidad, estableciéndose los requisitos". En definitiva, el TC no apreció vulneración del art. 14 CE.

La STC 110/2015, de 28 de mayo de 2015[56] resuelve de nuevo una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social de la Coruña en orden a determinar si los apartados a) y b) de la regla tercera de la DA7ª TRLGSS, en la redacción dada por el RD-Ley 15/1998, vulneraban el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

En este caso Dª GLR había estado durante prácticamente toda su carrera profesional contratada a jornada completa, sin embargo, en el último periodo de su carrera, lo había hecho con un contrato a tiempo parcial, en un porcentaje del 12,8% con respecto a un contrato de trabajo a tiempo completo comparable. A partir de este último contrato a tiempo parcial ya no volvió la obligación de cotizar. El Juzgado remitente de la cuestión no encontraba justificado que mientras a un trabajador que desarrollase su prestación laboral a tiempo completo se le integrasen lagunas de cotización con las bases mínimas establecidas para cada momento, al trabajador a tiempo parcial se le computasen las "bases reales"[57] durante el trabajo a tiempo parcial (sobre todo, si las bases reales del trabajador a tiempo parcial resultaban inferiores a las bases mínimas)[58]. Entendía el Juzgado que no resultaba justificado que dos trabajadores con un mismo número de días cotizados a lo largo de su carrera profesional pudieran corresponderle distintas bases reguladoras por el mero hecho de haber realizado un trabajo a tiempo parcial, en un momento, inmediatamente anterior, a la integración de lagunas. Por último, esgrimía la posibilidad de una vulneración del art. 14 CE por discriminación por razón de sexo, en la medida de que dicho trato desfavorable iba a recaer de manera mayoritaria en las mujeres, al ser el colectivo más representativo del contrato a tiempo parcial.

El TC estableció una nueva argumentación diciendo que las dos categorías de personas entre las que se proponía el juicio de igualdad no eran ni "homogéneas ni equiparables", ya que mientras un grupo realizaba un trabajo, obtenía un salario y cotizaba en proporción a su salario (trabajadores a tiempo parcial) el otro grupo se encontraba en una posición muy distinta al no desempeñar ningún trabajo, con lo que no recibe ningún sala-

56 BOE n. º 159, de 4 de julio de 2015.

57 Para los trabajadores a tiempo parcial, se toman las bases mínimas reducidas en el porcentaje de parcialidad, a diferencia de los trabajadores a tiempo completo para los que se toma las bases mínimas, sin reducción.

58 La duda del Juzgado de lo Social no estaba exenta de razón si advertimos que pueden darse situaciones desproporcionadas tanto si la base real del trabajador a tiempo parcial es mayor como si es inferior a la base mínima de cotización que se establezca en cada momento.

rio y por el que no cotiza, aun habiendo desempeñado un trabajo a tiempo completo en el periodo inmediatamente anterior al periodo de integración de lagunas. Por lo tanto, el TC resolvió diciendo "que la categoría de personas que se ofrecían al contraste no era un término de comparación válido para realizar un juicio de igualdad, lo que determinaba la falta del primer requisito de los exigidos por la doctrina constitucional, para que se pudiera apreciar que una ley vulneraba la cláusula de igualdad del art. 14 CE", desestimando así, la cuestión de inconstitucionalidad (FJ4).

En cuanto a la interdicción de la arbitrariedad, el TC estableció que para que se produjese tal situación, debería existir bien discriminación (porque en toda discriminación hay una arbitrariedad) o bien una carencia total de explicación racional (lo que evidentemente también supondría arbitrariedad) (FJ5). En el caso, la disposición se justificaba racionalmente, basándose en que tanto la base reguladora como la cuantía de la pensión encontraban apoyo en el principio de contributividad. Además, consideró que este criterio se racionalizaba, en virtud del cual quién no cotizó durante un cierto periodo veía reconocida, en virtud de una ficción legal, una base reguladora que podía llegar a ser superior a la de quien sí cotizó a tiempo parcial. Para justificar su decisión, el TC se respaldó en el art. 41 CE donde en materia de Seguridad Social permite al legislador disponer de un amplio margen de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a las circunstancias económicas y sociales, lo que supone, en un contexto de recursos escasos, ponderar las situaciones de necesidad que han de ser protegidas[59]. Por lo tanto, el TC concluyó que el precepto cuestionado obedecía a criterios racionales y admitidos en la materia no viendo vulnerado el principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE(FJ5).

En cuanto a la posible discriminación por razón de sexo, el TC concluyó que la cuestión a tratar no era si las mujeres, de un modo predominante, seguían desarrollando su carrera profesional en régimen de tiempo parcial, sino si resultaba acreditado que fuesen las mujeres quienes se encontrasen, más a menudo, en una situación de trabajo a tiempo parcial en el momento inmediatamente anterior a la integración de lagunas, circunstancia que no es idéntica ni consecuencia inexorable de la primera (FJ11)[60].Así, en base a las razones expuestas, el TC rechazó la cuestión de constitucionalidad propuesta por el Juzgado de lo Social.

5. CONCLUSIONES:

La introducción en las relaciones laborales del contrato de trabajo a tiempo parcial, siendo su principal destinataria la mujer, ha venido provocada por las transformaciones de los mercados económicos globales. Partiendo de la constatación de que esta figura con-

59 Doctrina constitucional reiterada (STC 156/2014).

60 El TC encontró respaldo en la STJUE de 14 de abril de 2015, asunto Cachaldora Fernández, donde el Tribunal no apreció discriminación indirecta en base a que la disposición controvertida solo se aplicaba a aquellos trabajadores en los que el trabajo a tiempo parcial se producía inmediatamente anterior a la integración de lagunas y que la norma podía favorecer o perjudicar dependiendo de si en el momento inmediatamente anterior a la interrupción de sus cotizaciones se hubiese cotizado a tiempo parcial o a tiempo completo con independencia de cuál hubiese sido la modalidad contractual predominante a lo largo de la vida profesional. Por lo tanto, la norma no podía calificarse de medida indirectamente discriminatoria en el sentido del art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE.

tractual permite, por una parte, adaptar la demanda de recursos humanos a las necesidades poco estables de los mercados y, por otra, compaginar la vida familiar con la laboral, debería haberse conformado, además de como instrumento motivo de incentivación para las empresas, como objeto de especial protección por parte del legislador para evitar situaciones de precariedad laboral (cumpliendo con el concepto europeísta de flexiguridad).Sin embargo, dos han sido los aspectos analizados en este trabajo cuya legislación viene perjudicando a los trabajadores a tiempo parcial: a) el sistema de cómputo de los días cotizados a efectos de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente, derivada de enfermedad común; b) el criterio adoptado para la integración de lagunas, cuando el periodo inmediatamente anterior a la laguna ha sido trabajado bajo la modalidad del contrato a tiempo parcial.

En lo que respecta al sistema de cómputo de los periodos cotizados de los trabajadores a tiempo parcial, nuestro TC se ha venido pronunciando repetidas veces sobre la inconstitucionalidad de sus normas reguladoras, basadas en las horas efectivamente trabajadas, computándose así, un número menor de días cotizados, impidiendo en muchos casos, acceder a la pensión por no poder reunir el periodo de carencia, cuando ya se venía cumpliendo de manera sobrada con el principio contributivo al percibir una menor pensión derivada de una menor base de cotización, en comparación con un trabajador a tiempo completo comparable. Por tanto, el TC estableció que la norma provocaba un doble perjuicio desproporcionado, estricto, gravoso e injustificado. También el TC admitió la discriminación indirecta por razón de sexo en base a que la mujer resultaba afectada, de manera mayoritaria, por ser la principal usuaria del contrato a tiempo parcial.

La nueva regulación surgida tras la STC 61/2013,lejos de considerar, simplemente la jornada a tiempo parcial al mismo nivel que la jornada a tiempo completo, arquitecta un complejo sistema de cómputo del periodo cotizado mediante el cálculo de un CP y de un CGP, cuyo aspecto modulador, de este último, podría verse adecuado, si no fuese por la falta de claridad con que la norma trata una serie de situaciones, y que están generando diferentes opciones interpretativas por parte de los tribunales españoles, como ha sucedido con la situación de desempleo, frente a la distinta posición interpretativa que asume el órgano gestor de la prestación. En nuestra opinión, este hecho viene a poner en cuestión, de manera clara, la función moduladora que el legislador ha intentado atribuir al cálculo del CGP.

La STJUE, de 8 de mayo, asunto Villar Láiz, vuelve a arremeter contra el sistema español de cómputo del periodo cotizado de los trabajadores a tiempo parcial, en especial con la aplicación del CP, a la hora de calcular la cuantía de la pensión de jubilación, considerándola contraria al art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE, al aplicar, a la base reguladora, un porcentaje que representa la totalidad del periodo cotizado y al que se le aplica un coeficiente de parcialidad, "equivalente a la relación existente entre la formada a tiempo parcial efectivamente trabajada y la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable", incrementado por un coeficiente de 1,5 (FJ56). En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional hace una interpretación equivalente al criterio utilizado por el TJUE en su STC 91/2019.

En cuanto a la integración de lagunas, el legislador ha logrado establecer un criterio que, lejos de procurar justicia social, adolece de desigualdad y genera situaciones de desprotección social. Hasta el propio TC, aunque acepta la inexistencia de criterios de inconstitucionalidad en la norma cuestionada, pone en duda que el criterio elegido por el legislador haya sido el más justo. En este sentido, tendría sentido cuando el criterio de la proyección ficticia de la situación laboral inmediatamente anterior a la laguna, generase efectos favorables hacia los trabajadores afectados, y no al contrario[61]. Por lo tanto, entendemos que, cuando una norma no genera situaciones de justicia o de equidad legal, puede desembocar en situaciones de desigualdad social desde el momento en que un grupo social (los trabajadores a tiempo parcial y, por tanto, las mujeres) quede más perjudicado que otros, en este caso, los trabajadores a tiempo completo.

Partiendo de esta idea, el legislador debería incorporar otros criterios a la hora de cubrir la laguna, como, por ejemplo, establecer una cantidad igual para todos los trabajadores, reconociendo así el carácter asistencial y no contributivo de la ficción legal, dado que el trabajador no está cotizando al sistema o incluso, en atención al principio contributivo, la utilización de cantidades representativas de periodos cotizados como el seleccionado para el cálculo de la base reguladora de la prestación correspondiente o, incluso también se ha puesto de manifiesto por algunos autores, que la cantidad que se integre en la laguna sea representativa de la cotización llevada a cabo por el trabajador a lo largo de su carrera profesional.

En nuestra opinión, encontramos no justificado suponer una proyección del contrato de trabajo con el que justificar el principio contributivo, puesto que la situación de no cotización quedaría ligada a la situación última cotizada, cuando ambas situaciones son distintas y la segunda no es causa de la primera. La integración de lagunas debe ser un procedimiento que no afecte de manera distinta a ningún tipo de trabajador, dando un mismo valor o, en su caso, un valor equitativo a la situación de no cotización con independencia de las situaciones de cotización que los trabajadores hayan tenido con anterioridad a la laguna.

6. BIBLIOGRAFÍA

ACUERDO PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DE ACCESO A LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL, 31 de julio de 2013, http://www.ccoo.cat/pdf_documents/baix%20llobregat/Acuerdo%20130731%20Nueva%20regulaci%F3n%20cotizaci%F3n%20Tiempo%20Parcial.pdf

ACUERDO SOBRE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL Y FOMENTO DE SU ESTABILIDAD, 13 de noviembre de 1998, http://www.fudepa.org/BibliotecaTrabajo/mostrarFicha.aspx?controlNumber=BUF20070000466.

61 Nos referimos, evidentemente, al perjuicio causado a los trabajadores que, en el periodo inmediatamente anterior a la integración de la laguna, estuvieron desempeñando un trabajo a tiempo parcial.

ARCE, J.C. (2013). Derecho del trabajo y crisis económica. La invención del porvenir. Thomsom Reuters Aranzadi.

BARCELÓN COBEDO, S. (2013). Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social (con las reformas introducidas por el RDL 11/2013). Valencia, Tirant lo Blanch.

CABEZA PEREIRO, J. (2013). El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español. Bomarzo, Albacete.

CABEZA PEREIRO, J y LOUSADA AROCHENA, J.F. (2018). "El trabajo a tiempo parcial: algunos comentarios valorativos". Derecho de las Relaciones Laborales. Nº 4.

CALLAU DALMAU, P. (2017). "Implicaciones de la última reforma legislativa en materia de protección social del trabajo a tiempo parcial: Condiciones de acceso y efectos de su aplicación. Acciones e Investigaciones Sociales. Nº 37.

CAVAS MARTÍNEZ, F. (2005). "La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: historia de un desagravio". Aranzadi Social. Nº 5.

CEBRIÁN, I y MORENO, G. (2013). "Mujeres, hogares y mercado de trabajo en la obra de Luis Toharia". Revista de Economía Laboral. Vol. 10, Nº 1.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN A LAS COMUNIDADES EUROPEAS Crecimiento, competitividad, empleo, retos y pistas para entrar en el siglo XXI (Boletín de las Comunidades Europeas. Suplemento 6/93, 1993).

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES Hacia los principios comunes de la Flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad. COM (2007) 359 final.

CONSEJO EUROPEO DE DUBLÍN. Conclusiones de la presidencia, celebrado los días 13 y 14 de diciembre de 1996. https://www.consilium.europa.eu/es/european-council/conclusions/1993-2003/

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA (BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978).

DECISIÓN (UE) 2015/1848 DEL CONSEJO, de 5 de octubre de 2015, relativas a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros para 2015. DOUE L 268/28.

DECISIÓN (UE) 2016/1838 DEL CONSEJO, de 13 de octubre de 2016, relativas a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros para 2016. DOUE L 280/30.

DIRECTIVA 76/207/CEE DEL CONSEJO, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. DOCE, de 14 de febrero de 1976, L 39/40.

DIRECTIVA 79/7/CEE DEL CONSEJO, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. DOCE, de 10 de enero de 1979, Nº L 6/24.

DIRECTIVA 97/81/CE DEL CONSEJO, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES. DOCE, de 20 de enero de 1998, L 14/9.

DIRECTIVA 2006/54/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). DOUE, de 26 de julio de 2006, L 204/23.

FERNÁNDEZ PROL, F. (2013). "Trabajadores a tiempo parcial y protección social: novedades en materia de cotización y reformulación de las reglas de cómputo de los periodos carenciales". Revista de Derecho Social. Nº 64.

GARCÍA VALVERDE, M.D. y KHURTSIDZE, N. (2018). "Contrato a tiempo parcial: ¿qué ha pasado?". e-Revista Internacional de la protección social. Vol. 3. Nº 1.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, https://www.ine.es/

LEY 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE nº 64, de 14 de marzo de 1980).

LEY 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación (BOE nº 122, de 23 de mayo de 1994).

LEY 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1994).

LIBRO VERDE DE 2006, Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI. COM (2006) 708 final.

LÓPEZ GANDÍA, J y TOSCANI GIMÉNEZ, D. (2014). La protección social de los trabajadores, a tiempo parcial, y fijos discontinuos. Bomarzo, Albacete. 2ª Ed.

LOUSADA AROCHENA, J.F. (2005). "El contrato de trabajo a tiempo parcial y la Seguridad Social: puntos críticos". Aranzadi Social. Nº 5.

LOUSADA AROCHENA, J.F. (2013). "Protección social del trabajo a tiempo parcial según el RDLEY 11/2013, de 2 de agosto". Aranzadi Social. Revista Doctrinal. Vol. 6, Nº 7.

MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (2008). "Para una crítica del modelo de flexiseguridad liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social (Segunda y última parte)". Tribuna social: Revista de Seguridad Social y Laboral. Nº 208.

ORDEN TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social (BOE nº 250, de 18 de octubre de 2010).

REAL DECRETO 1799/1985, de 2 de octubre, para la aplicación de la Ley 26/1985, de 31 de julio, en la materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente (BOE nº de 5 de octubre de 1985).

REAL DECRETO 2319/1993, de 29 de diciembre, sobre revalorización de pensiones del Sistema de Seguridad Social y de otras prestaciones de protección social pública para 1994 (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1993).

REAL DECRETO 144/1999, de 29 de enero que desarrollaba al Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre (BOE nº 40, de 16 de febrero de 1999).

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE nº 154, de 29 de junio de 1994).

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE nº 75, de 29 de marzo, de 1995).

REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE nº 255, de 24 de octubre de 2015).

REAL DECRETO LEGISLATIVO 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE nº 261, de 31 de octubre de 2015).

REAL DECRETO-LEY 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida (BOE nº 118, de 17 de mayo, de 1997).

REAL DECRETO-LEY 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad (BOE nº 40, de 16 de febrero de 1999).

REAL DECRETO-LEY 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores

a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE nº 185, de 3 de agosto de 2013).

RESOLUCIÓN DE LA SUBSECRETARÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, de 1 de febrero, por la que se dictan normas en materia de afiliación y prestaciones económicas de Seguridad Social a los trabajadores contratados, a tiempo parcial (BOE nº 31, de 5 de febrero de 1982).

RODRIGO ROJO, C. (2006). "La situación de las mujeres españolas en el mercado de trabajo ¿diferencia o discriminación?". Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales. Nº 17.

SABATER FERNÁNDEZ, M.C. (2014). "La interacción trabajo-familia. La mujer y la dificultad de la conciliación familiar". Lanharremanak: Revista de relaciones laborales. Nº 30.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M. Y. (2013). "Readaptación del trabajo a tiempo parcial a los principios configuradores del sistema de Seguridad Social". Documentación Laboral. Vol. III. Nº 99.

SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO SOCIAL N.º 3, de Oviedo, dictada el 5 de febrero de 2018.

STC 177/1993, de 31 de mayo (BOE nº159 de 5, de julio de 1993).
STC 22/1994, de 27 de enero (BOE nº 52, de 2 de marzo de 1994).
STC 198/1996, de 3 de diciembre (BOE nº 3, de 3 de enero de 1997).
STC 253/2004, de 22 de diciembre (BOE nº 18, de 21 de enero de 2005).
STC 49/2005, de 14 de marzo (BOE nº 93, de 19 de abril de 2005).
STC 50/2005, de 14 de marzo (BOE nº 93, de 19 de abril de 2005).
STC 61/2013, de 14 de marzo (BOE nº 86, de 10 de abril de 2013).
STC 71/2013, de 8 de abril (BOE nº 112, de 10 de mayo de 2013).
STC 72/2013, de 8 de abril (BOE nº 112, de 10 de mayo de 2013).
STC 116/2013, de 20 de mayo (BOE nº 145, de 18 de junio de 2013).
STC 117/2013, de 20 de mayo (BOE nº 145, de 18 de junio de 2013).
STC 156/2014, de 25 de septiembre (BOE nº262, de 29 de octubre de 2014).
STC 110/2015, de 28 de mayo (BOE nº 154, de 4 de julio de 2015).
STC 91/2019, de 3 de julio (BOE n.º 192, de 12 de agosto).

STJCE, de 31 de marzo de 1981, asunto 96/80, Jenkins.
STJCE, de 27 de junio de 1990, asunto C-33/89, Kowalska.
STJCE, de 7 de febrero de 1991, asunto C-184/89, Nimz.
STJCE, de 4 de junio de 1992, asunto C-360/90, Bötel.
STJCE, de 19 de octubre de 1995, asuntos acumulados C-154/04 y C-155/04, The Queen v. Secretary of State for Health.
STJCE, de11 de septiembre de 2003, asunto C-77/02, Steinicke.

STJUE, de 22 de noviembre de 2012, asunto C-385/11, Elbal Moreno.
STJUE, de 14 de abril de 2015, asunto C-527/13, Cachaldora Fernández.
STJUE, de 8 de mayo de 2019, asunto C-161/18, Villar Láiz.

STS 3401/1993, de 26 de mayo de 1993 (Nº Rec.: 2739/1992).

STSJ de Asturias, de 12 de junio de 2018 (Rec.: 795/2018).
STSJ de Andalucía, de 29 de marzo de 2017 (Rec.: 2205/2016).

ÍNDICE DE LA TARJETA DE MEMORIA

PRÓLOGO X
Santiago González Ortega

ACUERDO DE COMITÉ CIENTÍFICO DE LAS XXXVIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE RELACIONES LABORALES X

PONENCIA GENERAL PRIMERA:

LAS FUENTES REGULADORAS DEL TIEMPO DE TRABAJO X
Juan Escribano Gutiérrez

TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO X
Miguel Ángel Almendros González

TIEMPOS DE TRABAJO Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO.
Antonio José Valverde Asensio

PONENCIAS ESPECÍFICAS:

RECUSACIONES DOGMÁTICO-JURÍDICAS AL TIEMPO DE PRESENCIA (Premio a la Mejor Ponencia) X
Francisco Vigo Serralvo

ZERO HOURS CONTRACTS: LA FLEXIBILIDAD ABSOLUTA DEL TRABAJO EN LA ERA DIGITAL.
Amparo Esteve-Segarra

EL CONTROL DEL CÓMPUTO DE
LA DISTRIBUCIÓNIRRREGULAR DE LA JORNADA EN
EL SECTOR DE LA FABRICACIÓN DEL AUTOMÓVIL X
Jesús de Val Arnal

EL CONCEPTO DE DISPONIBILIDAD Y SU CONSIDERACIÓN
COMO TIEMPO DE TRABAJO: DELIMITACIÓN X
Pierre-Henri Cialti

EL INFARTO DE MIOCARDIO DERIVADO DE LA ORGANIZACIÓN
DEL TIEMPO DE TRABAJO X
María del Carmen Macías García

LOS AVANCES TECNOLÓGICOS Y SUS PRINCIPALES
IMPLICACIONES SOBRE EL TIEMPO DE TRABAJO, EL EMPLEO
ATÍPICO Y LAS NUEVAS FORMAS DE TRABAJO X
Miguel Ángel Gómez Salado

TELETRABAJO: CRITERIOS FORMATIVOS PARA UNA
ORGANIZACIÓN ERGONÓMICA DEL TIEMPO DE TRABAJO X
Julio Miño Terrancle

EL CONCEPTO DE TIEMPO DE TRABAJO Y SU DELIMITACIÓN
COMO TRABAJO EFECTIVO POR LA JURISPRUDENCIA X
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

NUEVAS FORMAS DE TRABAJO EN LA ERA DIGITAL
TIEMPO DE TRABAJO: LOS CASOS SINGULARES DE UBER,
GLOVO Y SANDEMAN'S ..... X.
Alejandro Zalvide Bassadone

PONENCIA GENERAL SEGUNDA:

TIEMPO DE TRABAJO Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL,
FAMILIAR Y PERSONAL X
Juan Gorelli Hernández

EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL:
ASPECTOS JURÍDICOS LABORALES X
Carmen Ferradans Caramés

EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL DESDE LA PERSPECTIVA
DE LA SEGURIDAD SOCIAL X
Julia Muñoz Molina

PONENCIAS ESPECÍFICAS:

EL CÁLCULO DE LOS PERÍODOS COTIZADOS Y
LA INTEGRACIÓN DE LAGUNAS EN LOS TRABAJADORES
A TIEMPO PARCIAL. UNA REGULACIÓN DISCRIMINATORIA
Y DESFAVORABLE (Premio a la Mejor Ponencia ex aequo) X
José Bascón Marín

CONCILIACIÓN, CONEXIÓN DIGITAL Y TRABAJO
A TIEMPO COMPLETO: UN TRIÁNGULO CUASI PERFECTO X
Olga García Coca

LA ANOMALÍA DE LA ACUMULACIÓN DE LA JORNADA
DEL JUBILADO PARCIAL: ALGUNAS MANIFESTACIONES EN
SEGURIDAD SOCIAL X
Margarita Arenas Viruez

EL DERECHO DE ADAPTACIÓN DE LA JORNADA PARA CONCILIAR
LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL EX ARTÍCULO 34.8 ET:
LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE X
Enrique Costoya Allegue y Luis Ocaña Escolar

PONENCIA GENERAL TERCERA:
REGISTRO DE JORNADA Y CONTROL HORARIO.
María José Gómez-Millán Herencia
EL CONTROL SINDICAL DEL TIEMPO DE TRABAJO.
María Sepúlveda Gómez
TIEMPO DE TRABAJO Y DERECHOS DIGITALES.
Francisco Lozano Lares

PONENCIAS ESPECÍFICAS:

EL CONTROL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS A TRAVÉS DE
LA TECNOLOGÍA PORTATIL EN LA ERA DIGITAL: TIEMPO DE
TRABAJO Y DERECHO A LA INTIMIDAD (Premio accésit) X
Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado

TIEMPO DE TRABAJO Y DESCONEXIÓN DIGITAL (Premio accésit) X
M.ª Rosa Martín Muñoz

EL CONTROL SINDICAL DEL TIEMPO DE TRABAJO A TRAVÉS
DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA X
José Manuel Sánchez Torrado

LOS SISTEMAS BIOMÉTRICOS DE REGISTRO
DE JORNADAY LA (DES) PROTECCIÓN JURÍDICA DE
LA PERSONA DEL TRABAJADOR X
Lucía Aragüez Valenzuela

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL REGISTRO DE JORNADA TRAS
EL REAL DECRETO-LEY 8/2019, DE 8 DE MARZO X
Sara Guindo Morales

PROTECCIÓN DE DATOS Y ACCESO DE LA REPRESENTACIÓN
DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AL REGISTRO DE JORNADA X
Rafael Gómez Gordillo

LOS INTERESES EN JUEGO EN EL CONTROL
DEL TIEMPO DE TRABAJO Y SU PROLONGACIÓN X
Juan Pedrosa González

LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN LA INDUSTRIA 4.0 .
Djamil Tony Kahale Carrillo

TIEMPO DE TRABAJO Y CONTROL HORARIO:
CUESTIONES CONFLICTIVAS EN TORNO A LOS EMPLEADOS
PÚBLICOS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA X
Belén del Mar López Insua

LA PROBLEMÁTICA EN TORNO AL CONTROL DEL TIEMPO
DE TRABAJO EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES..... X
Gonzalo Narváez Turci

ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA IMPLANTACIÓN DEL REGISTRO
DE JORNADA Y CONTROL HORARIO EN ENTIDADES
DEL SECTOR PÚBLICO X
Juan José Pérez Calero