

A ORDENACIÓN DO TEMPO DE TRABALLO



CONSELLO GALEGO
DE RELACIÓNS LABORAIS

A ORDENACIÓN DO TEMPO DE TRABALLO

- JAIME CABEZA PEREIRO
- PEDRO RABANAL CARBAJO
- LOURDES MELLA MÉNDEZ
- MARTA FERNÁNDEZ PRIETO

CONSELLO GALEGO DE RELACIÓNS LABORAIS

Sección de Informes e Publicacións

Informe elaborado a iniciativa propia polo Consello Galego de Relacións Laborais, conforme ó disposto no artigo 3º.2 a) da Lei 7/1988, do 12 de xullo, de creación do Consello Galego de Relacións Laborais. A realización do informe foi aprobada na sesión ordinaria do Pleno do día 19 de marzo de 2003 e a súa publicación na do 3 de marzo de 2004.

A reprodución deste Informe está permitida citando a súa procedencia.

Primeira edición: abril de 2004

Edita:

CONSELLO GALEGO DE RELACIÓNS LABORAIS

Algalia de Abaixo, 24 - 15781 Santiago de Compostela

Información en internet: <http://cgrl.xunta.es>

Impresión:

Grafisant, S. L.

D. Legal: C-899/2004

PRESENTACIÓN

O Pleno do Consello Galego de Relacións Laborais, facendo uso das facultades previstas no artigo 3 da súa lei reguladora, acordou, en sesión ordinaria o día 19-III-2003, a elaboración dun estudio sobre a ordenación do tempo do traballo no conxunto do Estado.

O obxectivo pretendido con este traballo pasa por analizar e desagregar a regulación legal e convencional sobre a xornada e o tempo de traballo, tanto no ordenamento xurídico español, como no comunitario, para concluír como nos atopamos en termos comparativos.

Foi de interese concreto para o Pleno do Consello abordar aspectos como a conciliación da vida laboral e familiar ou a influencia que a xornada ten na seguridade no traballo, entre outros.

Ó longo de 13 capítulos e un anexo abórdanse, de xeito exhaustivo, temas como o traballo nocturno, a dispoñibilidade horaria, tempo de descanso, as horas extraordinarias, o traballo a tempo parcial ou o traballo fixo-discontinuo, coa finalidade de facer unha radiografía completa de dous elementos esenciais na relación empresario-traballador.

A realización do traballo, acordouse polo Pleno que fora encargada a un grupo de autores encabezado polo catedrático da Universidade de Vigo, Jaime Cabeza Pereiro. Non me queda máis que facer meus os múltiples eloxios e parabéns que recibiu do Pleno co gallo da súa presentación ó mesmo.

Pola miña banda, agradecer o traballo ben feito e desexar que sexa da máxima utilidade para tódolos destinatarios, e que redunde, pola vía da mellora do coñecemento, nunhas máis fortes e dinámicas relacións laborais galegas.

Demetrio Fernández López

Presidente do Consello Galego de Relacións Laborais

ADVERTENCIA

Quixera deixar constancia, na miña condición de director deste informe, que é resultado do traballo e da discusión conxunta dos compoñentes do equipo que a redactou, de xeito que todos nos responsabilizamos solidariamente dos seus resultados. Sen prexuízo do que cómpre subliñar a autoría de cada unha das partes:

- Pedro Rabanal Carbajo asumiu os apartados relativos ó Dereito Comunitario, á dispoñibilidade horaria e á conciliación da vida laboral e familiar.
- Marta Fernández Prieto, os atinentes á xornada ordinaria, ó tempo parcial e ás experiencias de Dereito Comparado.
- Lourdes Mella Méndez, os de horarios, tempo de descanso e teletraballo.
- E eu mesmo os de traballo fixo discontinuo e absentismo, ademais da introducción.

O apartado de horas extraordinarias foi elaborado conxuntamente polos tres primeiros.

Noutra orde de ideas, quixera destacar que o estudio que segue da resposta ás reflexións e análises que se están a desenvolver no equipo de investigación da Universidade de Vigo ó abeiro do proxecto de investigación do Ministerio de Ciencia e Tecnoloxía “Os desafíos na regulación do tempo de traballo” (SEC2002-04743).

Jaime Cabeza Pereiro

Índice

PRESENTACIÓN	5
ADVERTENCIA	7
INTRODUCCIÓN	15

CAPÍTULO PRIMEIRO:

■ A NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE TEMPO DE TRABAJO.

A CONSIDERACIÓN DO TEMPO DE TRABAJO COMO NORMATIVA DE SEGURIDADE E SAÚDE	31
1. A xénese da norma comunitaria e a súa consolidación polo TXCE	33
1.1. O tempo de traballo e a súa situación no Dereito do Traballo: prestación do traballador, factor de seguridade e saúde, factor de emprego e factor de xestión empresarial	35
1.2. O camiño de elaboración da Directiva e o seu definitivo asentamento: da STXCE de 12 novembro 1996 a Directiva 2003/88	37
2. A transposición sinXela da norma comunitaria ó dereito interno	39
2.1. As condicións preexistentes e a referencia no proxecto de lei	40
2.2. A falta de referencia na Lei 11/1994 e a efectiva transposición: alternancia entre o preexistente e o copiado	41
3. O tempo de traballo ordinario e os "períodos de referencia"	42
3.1. Xornada. Parámetros. Cómputo	44
3.2. Descanso intraxornada	46
3.3. Descanso inter xornadas	46
4. O traballo efectivo e a súa delimitación	47
5. Ritmos de traballo	49
6. O tempo de traballo extraordinario	50
6.1. A delimitación do tempo de traballo extraordinario	51
6.2. A notable falta de prescricións sobre o tempo de traballo extraordinario	52
7. O traballo nocturno	53
7.1. O concepto de traballador nocturno	54
7.2. As previsións sobre seguridade e saúde	56
7.3. Avaliación da saúde	57
7.4. Movilidade a posto diúrno	58
8. O traballo en quendas	59
8.1. Noción	59
8.2. Vinculación coa regulación do traballo nocturno	59
9. Os descansos	60
9.1. Descanso semanal.	60
9.2. Vacacións	62

CAPÍTULO SEGUNDO:**■ XORNADA NORMAL DE TRABALLO. A SÚA DETERMINACIÓN63**

1. Xornada máxima: o día, a semana e o cómputo anual. Os límites á xornada normal de traballo68
2. Distribución irregular da xornada73
3. Traballo efectivo77

CAPÍTULO TERCEIRO:**■ A DISPOÑIBILIDADE HORARIA83**

1. A súa consideración ou non como traballo efectivo86
2. Identificación de sectores e experiencias negociais.89
3. A súa retribución96

CAPÍTULO CUARTO:**■ HORARIO DE TRABALLO101**

1. Traballo nocturno103
 - 1.1. Concepto e retribución103
 - 1.2. O traballador nocturno105
 - a) Xeral105
 - b) Condicións de traballo106
2. Traballo a quendas108
 - 2.1. Caracterización108
 - 2.2. Réxime xurídico111
3. Xornada continuada e xornada partida114
 - 3.1. Xeral114
 - 3.2. Réxime dos descansos116
4. Horario flexible120
5. Modificacións do tempo de traballo122
 - 5.1. Causas e tipos122
 - 5.2. Procedemento e efectos124
6. Tempo de traballo extraordinario128

CAPÍTULO QUINTO:**■ TEMPO DE DESCANSO129**

1. Descanso semanal131
 - 1.1. Réxime xeral131
 - 1.2. Excepcións134
2. Festas laborais137

2.1. Finalidade e tipos	137
2.2. Carácteres	140
3. Vacacións anuais	142
3.1. Xeral	142
3.2. Réxime xurídico	143
3.3. Garantías	149
4. Permisos retribuídos	151
4.1. Caracterización	151
4.2. Supostos	154
5. Calendario laboral	160

CAPÍTULO SEXTO:

■ A CONCILIACIÓN DA VIDA LABORAL E FAMILIAR	165
1. A conciliación en trazos xerais e os seus problemas	167
1.1. Panorama. Os dous grandes problemas da conciliación laboral e familiar	167
1.2. O tempo (e o lugar) de traballo	166
1.3. O papel dos sexos	170
1.4. O futuro e o cambio social	172
1.5. Unha solución posible: a protección social da dependencia	172
2. A conciliación na Lei e na negociación colectiva	173
2.1. Permisos por razóns familiares	175
2.2. Suspensión do contrato por risco durante o embarazo	175
2.3. Suspensión do contrato por maternidade	175
2.4. Permiso e redución por hospitalización de neonato	177
2.5. Lactación	178
2.6. Redución de xornada por coidados familiares	179
2.7. Excedencias por coidados familiares	179

CAPÍTULO SÉTIMO:

■ HORAS EXTRAORDINARIAS	181
1. Concepto de horas extraordinarias	183
1.1. Concepto legal	183
1.2. Caracterización	185
1.3. Clasificación	188
2. Horas extraordinarias estruturais e habituais	188
2.1. Horas extraordinarias estruturais	190
2.2. Horas extraordinarias habituais	193
2.3. Voluntariedade. Limitación	193
3. Compensación das horas extraordinarias	196

3.1. En metálico	197
3.2. En descanso retribuído	198

CAPÍTULO OITAVO:

■ O TRABALLO A TEMPO PARCIAL	203
1. A Directiva 97/81/CE, relativa ó Acordo Marco sobre o traballo a tempo parcial	206
2. Concepto. Forma	208
3. Distribución da xornada e dispoñibilidade	212
4. Voluntariedade e "despedimentos parciais"	213
5. Horas complementarias	216
6. Experiencias da negociación colectiva	221
7. O contrato de relevo e a xubilación parcial	228
8. Tempo parcial e xubilación flexible	233

CAPÍTULO NOVENO:

■ TRABALLO FIXO-DISCONTINUO	237
1. Concepto	240
2. Traballadores fixos discontinuos e eventuais	243
3. O chamamento dos traballadores fixos discontinuos	244
4. A antigüidade dos traballadores fixos discontinuos	253
5. O tempo de traballo dos traballadores fixos discontinuos	255
6. Conversións de eventuais en fixos discontinuos e de fixos discontinuos en fixos continuos	260
7. Suspensións do contrato e outras vicisitudes	261
8. Salarios e conceptos extrasalariais. Liquidación ó remate do período de actividade	262

CAPÍTULO DÉCIMO:

■ TEMPO DE TRABALLO E NOVAS TECNOLOXÍAS	265
1. Ideas xerais	267
2. A ordenación do tempo de traballo e descanso no teletraballo	271
2.1. Cara a unha maior flexibilidade do teletraballador	271
2.2. A flexibilidade horaria e os seus inconvenientes	273
2.3. Teledispoñibilidade	275

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMEIRO:

■ ABSENTISMO LABORAL	279
1. Concepto	281

2. Publicidade e medición. Outras medidas instrumentais	284
3. Funcións dos representantes legais dos traballadores	285
4. Complementos por incapacidade temporal	290
5. Medidas salariais e nas condicións de traballo na loita contra o absentismo	298

CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO:

■ A EXPERIENCIA COMPARADA SOBRE ORDENACIÓN E REDUCCIÓN DA XORNADA DE TRABALO ...303

1. Estratexias de flexibilización da xornada: distribución irregular e redución de xornada	305
2. A redución do tempo de traballo en Francia.	
A Lei de redución negociada do tempo de traballo. A volta atrás	306
3. A experiencia alemana no sector do metal	311
4. A redución do tempo de traballo en Italia	315
5. A redución da xornada semanal en horas e en días en Bélxica	317
6. A ordenación da xornada no Código do Traballo portugués	319

■ BIBLIOGRAFÍA325



A ORDENACIÓN DO TEMPO DE TRABALHO

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

A análise do tempo de traballo como condición das relacións laborais implica o estudo dun dos seus máis importantes eixes configuradores. Alén diso, a necesidade de adoptar unha perspectiva múltiple na que a diversidade de enfoques é o trazo máis salientable. Ademais, a esixencia de utilizar fontes múltiples, dende a lexislación estatal ou comunitaria ata os convenios colectivos e a xurisprudencia, pasando pola doutrina. E, por riba de todo, unha toma de postura realista na que se pretenda dar resposta á pregunta relativa ó *status quaestiones* verbo desta singular materia. O estudo que segue tenta dar cumprimento a todas estas esixencias, coidamos que cun grao de profundidade suficiente.

A xeito de punto de partida, dedícase un primeiro capítulo á descrición sistemática e exposición da normativa comunitaria do tempo de traballo, constituída por un feixe de Directivas das que hai que destacar necesariamente a D 2003/88/CE, que codifica as anteriores D 93/104/CEE, e D/2000/34/CE. Probablemente na xénese da súa versión orixinal, a D 93/104/CE amose con especial claridade a pluralidade de cuestións entrecruzadas que suscita a materia do tempo de traballo. Constitúe, que dúbida cabe, unha das máis salientables condicións de emprego dos traballadores por conta allea e quizais sexa esta a súa principal esencia. Non obstante hai que recoñecer a súa dimensión de materia referida á seguridade e saúde no emprego, como reflicte o propio baseamento competencial da norma de dereito derivado. Por suposto, constitúe un dos meirandes retos das organizacións productivas, no que atinxe á necesidade de optimizar a prestación de servizos dos cadros de persoal de cada empresa. E, ó mesmo tempo, quizais o máis transcendente elemento no emergente tópico de conciliación da vida familiar e laboral das persoas traballadoras. E non se pode desbotar a súa incidencia na materia de fomento do emprego, por máis que postergada nos actuais documentos comunitarios e internos.

A Directiva 2003/88 introduce importantes espazos de flexibilidade ó ampliar e diversificar os períodos de referencia, co evidente obxectivo de dar resposta ós intereses das organizacións productivas. Coa mesma finalidade se lle confían á negociación colectiva amplos espazos de intervención, dos que se baleira a intervención da norma heterónoma. Así mesmo, se relativiza a diferenza entre xornada ordinaria e xornada extraordinaria e se invita á introducción de xornadas irregulares, outra volta confiándoa á autonomía colectiva. Na mesma liña, se introduce o cómputo cada catorce días do descanso semanal, o que vai ter unha destacada relevancia en moitos sectores productivos. E, ademais, faise unha delimitación e descrición do tempo de traballo en termos particularmente restrictivos, o que aporta unha ampla dose de adaptabilidade para que as empresas podan requirir en maior medida a posta a disposición do traballador. Neste eido, a emerxencia e desenvolvemento de tópicos tan estratéxicos como o tempo de presenza da lugar á desaparición da tradicional fronteira entre tempo libre e tempo de traballo, escurecida por múltiples situacións intermedias.

E o curioso é que todas estas tendencias, apreciáveis na Directiva, emerxen nunha norma que se concibiu fundamentalmente como de seguridade e saúde no traballo. Hai pasaxes da mesma que reflecten moi claramente esta dimensión, en particular en materias, nas que a súa influencia no dereito interno é moi evidente, como ritmo de traballo, traballo a quendas e traballo nocturno. Verbo destes tópicos. a transposición da Directiva ó Estatuto dos Traballadores semella excesivamente literal, o que produce, en ocasións, que a lexislación española adoeza de inconcreción e que as obrigas que contempla na práctica resulten pouco efectivas. Non obstante cuestións hoxe en día totalmente asumidas no Estatuto dos Traballadores, como o principio de adaptación do traballo á persoa ou a diferenza entre traballador nocturno e traballo nocturno teñen a súa orixe na Directiva do ano 1993.

* * *

Xa que logo, os arts. 34 e seguintes do Estatuto dos Traballadores reflecten as ditas tendencias na súa dimensión de normas de transposición da Directiva comunitaria. Quizais o máis destacable na regulación actual da xornada ordinaria se refira ós seus módulos de cómputo que facilitan e aínda fomentan a súa distribución irregular. Dos habituais módulos relativamente breves -o día e a semana- a lei vai desprazando o seu centro de gravidade ós máis amplos, primeiro ó mes pero na actualidade de xeito particular ó ano.

Neste contexto, o certo é que a negociación colectiva non está a actuar como instrumento de redución real da xornada nas relacións laborais en Galicia e no Reino de España. É máis, os anos noventa incluso asistiron a un repunte do *quantum* da xornada, que se achegou, nas súas medias, a unhas cifras moi preto do límite máximo legal das corenta horas semanais en cómputo anual. Ben é certo que nos últimos exercicios se asistiu a unha pequena inversión da tendencia, con lixeiras diminucións porcentuais, que aínda non se afastan decisivamente do máximo previsto no art. 34 do Estatuto. E sen que a negociación colectiva en Galicia constituía excepción nin se afaste das ditas liñas de tendencia.

No que atinxe ós instrumentos de flexibilización da xornada, a negociación colectiva aínda non ten afondado neles ata as súas máis intensas consecuencias. A modo de exemplo, é pequena a porcentaxe de convenios que inclúen pactos de distribución irregular da xornada, por máis que a lei invite ós convenios colectivos desenvolveren dita posibilidade. E outro tanto cabe dicir da posibilidade de transcender a xornada ordinaria máxima diaria de nove horas, en aparencia introducida logo das máis salientables esixencias do sector da banca privada. Quizais sexa a tamén flexible regulación das horas extraordinarias a que inhibe, por innecesario, o desenvolvemento desta posibilidade ou certas resistencias da parte social, acaso empeñada na defensa da nida separación entre horas de traballo ordinarias e horas extraordinarias.

Outro tanto se pode dicir da posibilidade de acumular bisemanalmente o descanso semanal, posibilidade restrinxida a moi determinados sectores e a certos

períodos de incremento sensible da actividade. Na práctica esta posibilidade xoga con frecuencia como medida adicional á introducción de cláusulas de xornada irregular, as máis das veces ligada á concorrencia de certas causas ou a determinados períodos estacionais.

Sen prexuízo destas orientacións dos convenios colectivos, cabe destacar como os grandes acordos interconfederais -o Acordo Interprofesional para a negociación colectiva do 2003 pode ser unha boa mostra- recoñecen a necesidade de introducir medidas de flexibilidade horaria. Pero flexibilidade en ámbolos dous sentidos, de xeito que poda aproveitar tamén ó traballador ou traballadora co fin de coordinar mellor o seu tempo de traballo con outras actividades á marxe da súa prestación de servizos laboral. Ben é certo recoñecer, sen prexuízo desta recomendación, que a negociación colectiva española aínda está pouco afeita á adopción de medidas de adaptabilidade da xornada en beneficio dos traballadores e traballadoras.

* * *

As referidas tendencias sobre a xornada reflíctense dun xeito moi notable nun tópico en emerxencia nos tempos máis recentes, como é o da dispoñibilidade horaria. Hai colectivos nos que a dispoñibilidade vai intrínseca na súa prestación de servizos e así foi tradicionalmente, como son os máis paradigmáticos casos do persoal estatutario das institucións sanitarias da Seguridade Social e o do sector do transporte. Pero, ademais, paseniñamente van aparecendo modalidades de traballo “a chamada” nas que o traballador fica permanentemente a disposición do seu empresario.

Especial relevancia acada en moitos convenios colectivos a regulación das gardas, especialmente nos dos ámbitos de prestación de servizos públicos. Na súa esencia, as gardas representan interferencias da prestación laboral no tempo de descanso. E outro tanto sucede co tempo de presenza. Nalgúns sectores, en especial os relativos ó eido dos transportes, hai unha regulación legal máis o menos concreta no Regulamento de Xornadas Especiais (RD 1561/1995, do 21 de setembro). Coas especialidades dos cadanseus réximes -gardas dunha banda e tempo de presenza doutra- a súa consideración como tempo de non traballo parece máis que discutible, alén do restrictivo concepto de tempo de traballo empregado pola Directiva 2003/88/CE.

Outra cuestión de actualidade refírese á especificación dos momentos concretos de prestación de servizos. A introducción de xornadas irregulares trae consigo a cuestión da dispoñibilidade horaria por parte do traballador, para que o empregador concrete o *quando* da prestación con marxes amplos de manobra. E suscita o debate sobre o preaviso mínimo co que o traballador ten que coñecer o tempo do seu traballo, ós efectos de poder organizar o seu ámbito vital na medida das súas necesidades. En ocasións, con xornadas certamente cativas se obtén como contrapartida unha posta a disposición moi intensa dos empregados, en situacións que cabe incluír no concepto de traballo a chamada.

Preto ó tópico anterior xurde outro así mesmo en emerxencia, como é o das bolsas de horas. Na súa dimensión de instrumento de flexibilidade a prol das empresas, e coas variantes que se queiran, consiste no establecemento por convenio dun número de horas ó ano das que a empresa pode decidir con liberdade de criterio, ou quizais limitada pola concorrencia de certas causas ou por unha concreta distribución periódica, a súa ubicación e o recurso ás mesmas. Ó achegarse á negociación colectiva é evidente a introducción desta técnica en sectores productivos da transcendencia da hostalería, das químicas ou do metal. Na práctica estas bolsas levan consigo algunhas dificultades, ás veces expresamente contempladas nos preceptos dos convenios colectivos, centradas nas situacións nas que ó remate do ano o empresario non consumiu a totalidade das horas previstas para cada traballador, o que sitúa a este nunha posición de débito de prestación de servizos ó empresario, e ó empresario nunha posible *mora accipiendi* cara ó traballador.

En termos máis xerais e baixo o paraugas do termo “dispoñibilidade” hai que destacar diversos ámbitos nos que cláusulas do tipo das comentadas se atopan con certa frecuencia. Ademais dos xa citados, e pola súa evidente concomitancia co sector do transporte, hai que facer referencia ó transporte de enfermos en ambulancias, ós empregados de fincas urbanas e a diversos servizos públicos (augas, comunicacións, traballos forestais, policía, choferes ó servizo das Administracións públicas, bombeiros, pompas fúnebres ou centros sanitarios privados). Así mesmo, merece destacarse que en non poucos convenios de empresas se inclúen cláusulas deste tipo.

E mención expresa merece así mesmo a cuestión da retribución derivada da dispoñibilidade e de todos estes mecanismos de adaptabilidade na fixación do tempo de traballo. Ó respecto, as cláusulas convencionais son especialmente diversas. Cómpre destacarse que, a imaxe e semellanza do que sucede coas horas extraordinarias, a técnica da compensación por descanso utilízase con certa frecuencia e con intensidade cada vez máis grande.

* * *

A regulación interna do traballo nocturno, a quendas e do ritmo de traballo constitúe, como xa se apuntou, transposición fidel da Directiva Comunitaria. Como cuestións destacables nos convenios colectivos verbo desta materia, quizais o máis significativo sexa a retribución específica destas modalidades de traballo. Verbo do plus de nocturnidade, a tónica xeral consiste en establecer unha porcentaxe adicional verbo do salario de convenio. Non obstante, a maior penosidade do traballo nestas horas moitas veces se traduce na limitación do tempo de traballo. O que xa se suxire no propio art. 36 ET, que opta por impor unha xornada diaria máxima de oito horas e prohibir a realización de horas extraordinarias, aínda que haxa certas excepcións de novo recollidas no Regulamento de xornadas especiais.

O traballo a quendas implica en calquera caso o desenvolvemento de labor en equipo e o sometemento da prestación de servizos a un determinado ritmo. Haino que distinguir do que desenvolven os traballadores cubrebaixas e correquendas,

ámbolos dous á marxe da turnicidade en si mesma considerada. O máis salientable dos traballadores a quendas consiste en que o desenvolvemento do seu traballo ten lugar en horas distintas nun período determinado de días ou de semanas. Noutras verbas, na existencia dunha condición implícita ou explícita de mobilidade horaria, de xeito tal que en determinados momentos vai coincidir con horario nocturno. Por outra banda, a súa introducción, modificación ou eliminación quizais implique, á vista das circunstancias, unha modificación substancial das condicións de traballo.

Verbo do traballo a quendas, son habituais certas cláusulas de convenio que obrigan ós traballadores a agardar no seu posto de traballo ata que chegue o substituto, ou que prevén a realización de horas extraordinarias estruturais ós efectos de resolver as incidencias nas inasistencias nalgunha das quendas. Ás veces, os preceptos convencionais regulan pluses de turnicidade, en principio compatibles cos de nocturnidade, se no traballo coinciden ámbalas dúas circunstancias.

Polo que atinxe ás referencias sobre seguridade e saúde neste tipo de traballos nos convenios colectivos, estes tenden a reiterar as disposicións legais. Particular atención merece o caso dos traballadores adscritos pola súa vontade á quenda de noite, ós que a empresa ten que gardar as obrigas específicas en materia de seguridade e saúde. Ademais hai que tomar en consideración os preceptos do Regulamento de xornadas especiais, que nalgún caso admiten a acumulación dos descansos nos traballos a quendas.

Outro tema ó que a negociación colectiva presta unha significativa atención é o relativo á xornada continuada ou partida. E tamén á pausa intraxornada. Hai cláusulas que incrementan o tempo desta por riba dos quince minutos, ou que a conceden no caso de xornadas inferiores, ou concretan a franxa horaria do seu desfrute, ou aínda que establecen máis dunha. Ás veces se mesturan ambas cuestións, nos casos nos que a diferenza entre xornada continuada e partida se esvaece ó se incrementar o descanso intraxornada.

E, de novo no eixo da flexibilidade, pero neste caso da que se establece a prol do traballador, convén ter en conta diversas cláusulas convencionais referidas ó horario flexible. Facendo abstracción das súas variedades, o seu fio conductor consiste en outorgarlle ó traballador o dereito de elixir, dentro de certos parámetros, o tempo da súa prestación de servizos, que pode ser así mesmo fixo ou variable. Merece destacarse o mantemento desta caste de cláusulas, logo de que a reforma laboral do 1994 suprimise a referencia legal expresa a este particular.

Finalmente, e polo que atinxe ó horario de traballo, hai cláusulas convencionais que regulan o procedemento de modificación substancial do mesmo, xa teña a dita modificación carácter individual ou colectivo. Sen prexuízo das remisións expresas ou tácitas ao art. 41 ET, cómpre destacar preceptos de convenios que simplifican o procedemento ou definen as causas en termos máis concretos, adaptados ou explícitos.

* * *

Nos tempos de descanso é así mesmo moi prolixa a intervención da negociación colectiva. Verbo do semanal, quizais a cláusula máis reiterada sexa a de mello-
ra do día e medio ós dous días. De feito, en moitos convenios é case unha cláusula
de estilo. Aínda que hai que ter en conta a posibilidade que contempla o art. 37 ET
de establecer períodos de referencia de ata catorce días. Máis flexibles son, en todo
caso, as posibilidades que permite o Regulamento de xornadas especiais, que prevé
períodos de referencia máis amplos en traballos como os do mar ou que se prestan
en especiais condicións de illamento.

Menos posibilidades de intervención ten a primeira vista a autonomía colecti-
va na regulación dos días festivos. Non obstante hai que ter en conta referencias a
este tema nas cláusulas dos convenios. Por exemplo, para engadir algún día festi-
vo, normalmente coincidente co patrón do sector ou coa festividade local da cida-
de ou vila na que se encontre o establecemento principal. Ademais, e en desenvol-
vemento en ocasións ilegal da posibilidade que concede o art. 47 do RD 2001/83, do
28 de xullo, hai unha perceptible tendencia nos convenios colectivos a compensar
en metálico os festivos non desfrutados.

Verbo das vacacións, e deixando á marxe as breves regras do art. 38 do ET e as
referencias ó convenio nº 132 da OIT, sobre vacacións pagadas, hai bastantes exem-
plos de melloras nos convenios, que amplían os 30 días naturais previstos no dito
precepto estatutario con carácter de mínimo de dereito necesario. Son tamén moi
reiteradas as cláusulas que regulan polo miúdo os conceptos que se deben incluír na
retribución das vacacións. No que se refire ás datas de desfrute, as precisións na nor-
mativa autónoma resultan bastante heteroxéneas, en atención ás necesidades e par-
ticularidades dos ámbitos que regulan. Ademais, se engaden referencias á antelación
coa que o traballador debe ter coñecemento das datas exactas nas que as vai coller,
así como á posibilidade do seu desfrute fraccionado, aínda que con moi diversas
limitacións. E hai que anotar algún precepto que permite ó empresario con certos
límites alterar as datas acordadas co traballador, aínda que con certa penalización
consistente no incremento da duración total.

E constitúe outro eido vizoso para as melloras de convenio a regulación pacionada das licencias e permisos. Hai ocasións nas que as cláusulas se limitan a
incrementar o período dos casos previstos na liña terceira do art. 37. No canto,
outras veces o que se fai é establecer permisos distintos. Entre eles, o derivado da
unión de feito e equiparable ó de 15 días por matrimonio, ou os contemplados para
acudir a acontecementos familiares distintos dos previstos na dita norma estatuta-
ria. Merecen referencia así mesmo permisos convencionais non retribuídos, ou por
asuntos propios, algúns deles característicos do ámbito das Administracións
Públicas. En fin, os permisos de atención de neonatos, introducidos na Lei 12/2001,
do 9 de xullo, aínda non se desenvolveron a penas nos convenios, pero si o máis
tradicional permiso de lactación, do que hai experiencias convencionais destacables,
especialmente nos ámbitos máis feminizados.

* * *

Máis ligada do que parece a primeira vista co tempo de traballo está toda a cuestión da conciliación da vida familiar e laboral das persoas traballadoras. Realmente, os problemas de conciliación son os que a lei aborda de xeito máis parcial e insuficiente: a distribución da xornada e o reagrupamento familiar. En relación coa distribución da xornada, as medidas máis eficaces a estes efectos consisten en distribuila de xeito máis adaptable aos requirimentos da familia. Nesta liña, de novo se trata do antedito tópico do horario flexible.

E, verbo das medidas de reagrupamento familiar, consisten en artellar sistemas que faciliten que as parellas con fillos comúns poidan traballar en centros de traballo que lles permitan o exercicio dos seus deberes familiares. A este efecto a negociación colectiva ten un importante reto, a partir da insuficiente medida prevista no art. 40 de preferencias para o traslado no caso dos cónxuxes que presten os seus servizos na mesma empresa.

Evidentemente, no cerne destas medidas conciliadoras está a situación da muller no mercado de traballo, cando menos namentres non cambie o modelo sociolóxico de distribucións de obrigas no ámbito familiar. A este respecto, a lexislación laboral tradicionalmente colaborou á postergación da muller no emprego mediante medidas como a excedencia ou a dote por matrimonio, ámbalas dúas lamentablemente aínda referidas nalgún convenio vixente. E debe destacarse que as institucións que contempla a Lei 39/1999, do 5 de novembro, resultan insuficientes e parciais.

Á marxe destas medidas, outra liña de actuación prioritaria, e expresada como obxectivo estratéxico nos máis recentes acordos de Seguridade Social, consiste no desenvolvemento do seguro de dependencia. Entre outras liñas de actuación, se trata de incorporar coa consideración de tempo cotizado os períodos dedicados ó coidado dos fillos ou das persoas dependentes, de feito que a asunción destas obrigas non implique consecuencias adversas na carreira de cotización.

Xa en canto á negociación colectiva as medidas de conciliación son máis ben escasas. Cómpre destacar as que incorporan accións distintas das previstas na lei. Por exemplo, o dereito a permutar xornadas de traballo por motivos persoais, axudas económicas para acontecementos familiares de diversa caste, excedencias por agrupamento familiar ou certas das licencias e permisos anteriormente referidos. Así mesmo, detéctanse, aínda que probablemente non na intensidade que sería desexable, melloras da regulación legal do risco durante o embarazo, a suspensión do contrato por maternidade, lactación ou redución de xornada e excedencia por coidado de familiares.

* * *

Quizais un dos ámbitos nos que a negociación colectiva incorpora contidos máis amplos e diversos é en todo o referente ás horas extraordinarias. Ó respecto

cómpre referirse fundamentalmente ás tendencias actuais, das que, nas súas grandes orientacións, poden destacarse cando menos tres. A primeira delas refírese á tradicional diferenza entre horas habituais, estruturais e de forza maior. Unha vez que as leis orzamentarias equipararon a cotización das habituais e as estruturais, a diferenza entre elas segue vixente en moitos convenios colectivos nunha liña de actuación diferente: as habituais tenden a desaparecer, ou a limitarse, ou cando menos se incorporan declaracións de intencións relativas á súa consideración negativa. No canto, as estruturais non merecen a mesma consideración nos convenios e en absoluto se desincentiva a súa realización. Aínda máis: se tradicionalmente a realización de horas extraordinarias era xuridicamente voluntaria, á marxe de escasísimas excepcións, abundan hoxe en día os convenios colectivos que establecen a obriga dos traballadores, ó seren requiridos, de realizar as que merezan a consideración de estruturais.

Verbo da súa compensación, e logo de derogarse a regra segundo a que tiñan que retribuírse cun suplemento non inferior ó 75 por 100 –por certo, declarada polo TS como dispositiva cando o convenio no seu conxunto era máis favorable para os traballadores–, o certo é que os convenios actuais camiñan máis polo viero de compensalas por descansos alternativos, nalgúns casos de duración equivalente ás horas traballadas, outras veces con horas adicionais. Ben é certo que aínda é excesiva a porcentaxe de convenios que optan pola retribución, e a meirande parte deles con suplemento en relación coa hora ordinaria, pero tamén o é que se está no bo camiño de limitar normativamente a súa proliferación. Hai que salientar que emerxen moitos convenios que establecen un pagamento equivalente á xornada ordinaria. Sen que haxa que extraer, dende logo, conclusións optimistas en exceso, pero o certo é que o tratamento desta materia na negociación é máis positivo do que o era anos atrás.

A terceira tendencia, máis achegada á normativa de fomento do emprego que á negociación colectiva, refírese ó retroceso das liñas de actuación que puxaban pola limitación das horas extraordinarias como mecanismo de repartimento e creación de emprego. O certo é que a encomenda que o art. 35 do ET lle atribúe ó Goberno para suprimilas ou reducilas non ten visos de materializarse nos tempos actuais nos que as tendencias van máis pola saturación das xornadas. Pero é máis, o tópico da redución do tempo de traballo como mecanismo de fomento do emprego está en franco retroceso. O que chama a atención, logo das experiencias italiana e sobre todo francesa, coas Leis Aubry, é que as xustificacións deste retraemento sexan tan apodícticas e baseadas na afirmación pouco contrastada na práctica de que ditas medidas puñan en perigo a competitividade e resultaban ineficaces. Dende logo, no caso francés non se pode afirmar tan rotundamente nesta liña de orientación, senón máis ben simplemente sucedeu que un cambio de goberno produciu que os gaullistas derogaran gran parte do aparello tecido polo Partido Socialista do executivo Jospin. O salientable é que as medidas de limitación de horas extraordinarias, e da xornada en termos máis xerais, desapareceran dos Planos Nacionais de Emprego e

da Estratexia Europea do Emprego, e sen xustificación suficiente por parte da Comisión ou do Consello. Máis ben pola porta traseira.

* * *

Outro importante eixo de atención ten que se referir ó traballo a tempo parcial, en particular logo da reforma flexibilizadora introducida polo RD-lei 5/2001, do 2 de marzo e máis tarde pola Lei 12/2001, do 9 de xullo, á que hai que recoñecer, cando menos, que segue as orientacións da Directiva 97/81/CE, relativa ó Acordo Marco sobre o traballo a tempo parcial. Como primeiro achegamento a esta materia, hai que lembrar que as porcentaxes de traballo a tempo parcial son moi inferiores no Reino de España, e en Galicia moi en particular, en relación coa existentes en Europa. O que implica, como constatación sociolóxica, unha menor taxa de traballo da muller, primeira destinataria desta modalidade de traballo.

O que sucede en relación coa trasposición da Directiva ó dereito interno, correcta en termos xerais, é que a atención ven máis polarizada cara ós tópicos da flexibilidade e dispoñibilidade do traballador ou traballadora e menos cara a outras orientacións, sen dúbida máis esixentes na nosa tradición xurídica, como son os principios de voluntariedade e non discriminación. Ámbolos dous tópicos xeran problemas xurídicos de envergadura, como o dos despedimentos parciais ou o dos despedimentos por causas económicas ou organizativas. E, ademais, curiosos problemas relativos ó acceso á prestación de desemprego que neste estudio non van ser obxecto de atención.

Desde logo, o máis interesante da súa regulación é o concepto e os requisitos formais. Verbo do primeiro, o establecemento de períodos de referencia amplos –o ano, en particular– e a inexistencia dun límite ríxido entre tempo completo e tempo parcial constitúen os trazos actuais máis significativos, o que propicia unha tipoloxía diversa de situacións, que van dende as formas máis acusadas de traballo a tempo parcial vertical, e como máis claro expoñente o traballo fixo periódico, ata os xeitos máis tradicionais de traballo a tempo parcial horizontal –vg. o traballo a metade das horas ó día dun traballador a xornada completa–. Verbo da forma, as tendencias da reforma do 2001 camiñaron cara á flexibilización da mesma coa finalidade de propiciar unha maior dispoñibilidade horaria do traballador. Non obstante non cabe dúbida que ditas tendencias prexudican a posición xurídica do mesmo e aínda aumentan o perigo da utilización abusiva e en fraude de lei das modalidades a tempo parcial. Aínda que quizais, e en termos xurídicos, a diminución dos requisitos formais non teña os efectos flexibilizadores que con toda seguridade pretenderon os artífices da reforma lexislativa.

Dende a reforma do ano 1998 introduciuse ademais a cuestión das horas complementarias no traballo a tempo parcial, como alternativa á prohibición de realizaren os traballadores horas extraordinarias. Outra vez nesta cuestión a reforma do ano 2001 mostrou a súa faciana máis flexibilizadora, ó eliminar o dereito dos traballadores consolidaren certa porcentaxe das realizadas nun espazo temporal

determinado, ou flexibilizar o seu número, ampliando as posibilidades de actuación da negociación colectiva, ou mesmo ó derrogar anteriores regras que establecían distribucións ó longo do ano que limitaban a libre decisión do empresario na fixación do momento en que se debían realizar.

A negociación colectiva conta con grandes espazos de actuación na materia do traballo a tempo parcial, ás veces recoñecidas nas múltiples remisións que realiza o art. 12 do ET. Pero a realidade da experiencia negocial ó respecto é máis ben de poucos desenvolvementos, quizais pola nosa pouca tradición xurídica e sociolóxica nesta materia. Entre as achegas máis salientables, cómpre destacar cláusulas que restrinxen o concepto de traballo a tempo parcial para acoutalo a unha determinada porcentaxe da xornada, a un marco referencial máis estreito, ou ó restrinxilo a determinadas categorías ou grupos profesionais. En ocasións, se limita o número máximo de contratos a tempo parcial, ou a súa porcentaxe no volume total de contratación na empresa. Outras cláusulas –nunha liña fidel á Directiva– contemplan preferencias para os traballadores pasaren á xornada completa ou viceversa ou acoutan a realización de horas complementarias.

Finalmente, convén facer referencia ó desenvolvemento normativo e ó discreto repunte do contrato de relevo e á xubilación parcial. A flexibilización dos requirimentos do art. 12.6 ET, xuntamente coa promoción derivada da reforma da normativa de Seguridade Social –en particular, Lei 35/2002, do 12 de xullo e RD 1131/2002, do 31 de outubro– produciu cando menos unha certa aplicabilidade práctica que se vai traducindo nunha negociación colectiva que a toma en consideración, ás veces para prever diminucións da xornada dos xubilados parciais nos umbrais máximos permitidos pola norma.

* * *

De xeito separado ó tempo parcial logo da reforma laboral do 2001 hai que tomar en consideración unha materia socioloxicamente bastante diferenciada como é a do traballo fixo discontinuo, da que o amplo e flexible marco legal invita a pensar que vai ser obxecto de atención polas partes sociais en maior medida da que foi ata hoxe en día, restrinxido a certos sectores productivos. Como primeira constatación ó abeiro da negociación colectiva cómpre subliñar que da amparo a realidades moi distintas entre elas. E como segunda que a diferenza entre traballo fixo periódico duna banda –considerado na actualidade como unha caste de traballo a tempo parcial–, e traballo fixo discontinuo da outra, aparentemente clara no eido das ideas, esvaécese totalmente na confrontación coa realidade e coa negociación colectiva. En moitas ocasións vai ser moi difícil diferenciar entrámbalas dúas figuras, maila transcendencia que ten no eido legal dita separación.

Así mesmo, cómpre separar –e así o fai con evidente esforzo a negociación colectiva, e tamén a máis recente xurisprudencia do TS– entre contrato eventual ou de obra e servizo determinado e traballo fixo discontinuo. As preferencias do emprego no período de campaña para este último, as saturacións de xornada ou os

límites á contratación a termo son algúns dos problemas nos que se detén a autonomía colectiva. Así mesmo, hai interesantes cláusulas que contemplan a conversión de contratos temporais en fixos discontinuos.

Xa se dixo que a potencialidade deste tipo de traballo é moi importante. Especialmente, se se repara no carácter particularmente flexible da norma legal na consideración da xornada do traballo fixo discontinuo, que é estimada e orientativa. Xa que logo, abundan as cláusulas convencionais que regulan xornadas máximas moi próximas ás dos traballadores de ciclo continuo, pero que non se garanten. O que outravolta pode propiciar situacións moi pretas do traballo a chamada ou cando menos intermitente.

Quizais as cuestións máis tradicionais que suscita o traballo fixo discontinuo, ás que os preceptos dos convenios prestan particular atención, sexan as relativas ó dereito de chamamento. Preferencias –en especial a antigüidade–, prazos de preaviso, formas do mesmo, contestación do traballador, solucións específicas para os casos de emprego intercorrente no período de inactividade, ou consecuencias de non acudir á convocatoria do empresario son cuestións que a negociación resolve con fórmulas variadas. Especial interese leva consigo a materia da acción por despedimento derivada da falla de chamamento dalgún traballador.

En fin, outras cuestións de interese no tratamento desta modalidade son as referidas ós dereitos derivados da antigüidade e ás vacacións, que os convenios en ocasións resolven acudindo ao principio de proporcionalidade de dereitos, as máis das veces criterio moi discutible. Especificamente en relación coas vacacións debe subliñarse a dinámica do seu desfrute, normalmente no período de inactividade. En fin, particulares dificultades suxire a diferenza entre inactividade dentro da campaña, probablemente de obrigada tramitación mediante un expediente suspensivo, e interrupcións que implican remate e reinicio da campaña. Máxime se se ten en conta que no traballo fixo discontinuo pode haber varias campañas ao longo do ano.

En realidade, o traballo fixo discontinuo quizais sexa o xermolo dunha materia máis ampla que é a do traballo intermitente. Recentemente na República Italiana se aprobou o RD lexislativo 276/03, do 10 setembro do 2003 que, ademais de modificar en liña flexibilizadora o traballo a tempo parcial e introducir o emprego partillado (*sharing job*), regula un traballo intermitente que se pode concibir como de duración determinada. Algo, dende logo, moi preto do traballo a chamada. Non sería raro que a pouco se vivira un debate parello na lexislación española.

E dito sexa de paso, nun estudio como o que se introduce nestas páxinas non podía faltar unha referencia a experiencias comparadas procedentes de Estados do noso eixo xurídico, dos que as iniciativas son de particular interese nunha materia tan dinámica como é a do tempo de traballo.

As novas tecnoloxías constitúen outro eixo de atención que suscita innumerables problemas dende a perspectiva do tempo de traballo. A prestación de traballo céibase dos seus límites de espacio e tempo coa axuda das mesmas e suscita novos desafíos e interrogantes. Ademais, unha necesidade de regulación específica destas realidades, que no plano europeo se desenvolveu co Acordo Marco sobre o teletraballo, do 16 de xullo do 2002. Defínese a partir da utilización das tecnoloxías da información e de que o traballo, susceptible de se realizar no centro de traballo do empresario, desenvólvese fóra do mesmo, con independencia de que sexa no propio domicilio do teletraballador, en centros de teletraballo comunitarios ou de xeito móbil ou itinerante.

Dende a perspectiva do traballador ou traballadora, o teletraballo ofrece innumerables vantaxes en termos de maior liberdade e autonomía no desenvolvemento do seu labor, o que lle permite coordinar mellor o tempo de traballo con outras actividades e mesmo conciliar a vida laboral e familiar. Sen prexuízo de que iso sexa así en maior ou menor medida segundo a modalidade de teletraballo que se desenvolva: non é o mesmo estaren desconectados os traballadores do ordenador central da empresa, de xeito que a comunicación se restrinxe ao principio e final da xornada (*off line*), que os mesmos poderen comunicarse coa empresa, mais non á inversa (*on way line*), que permitir a comunicación recíproca en ámbalas dúas direccións (*on line*). Segundo esta modalidade, o traballador está a dispoñibilidade da empresa permanentemente, optimizándose as posibilidades destas e, no canto, debilitándose a posición do traballador.

Non cabe dúbida que unha regulación razoable do teletraballo debe perseguir como obxectivo que o teletraballador organice con autonomía a súa prestación de servizos e evitar os principais inconvenientes do teletraballo de máximo control do traballador: a súa teledispoñibilidade excesiva, a importante perda da súa intimidade e privacidade e os riscos de adicción ó traballo. Os obxectivos que debe procurar unha lexislación axeitada, expresados no antedito Acordo, deben pasar polo carácter voluntario do teletraballo, o seu acoutamento temporal e a súa compensación axeitada.

E non se debe esquecer que esta modalidade de traballo ten numerosos atractivos para a empresa: a diminución de custes, ó se restrinxir o espacio necesario e os requirimentos de abastecementos, o favorecemento de novas organizacións empresariais máis pequenas, as posibilidades de descentralización xeográfica e a utilización das máis modernas tecnoloxías ó servizo da posta de novos e mellores produtos no mercado.

* * *

Un tópico máis que é obxecto de análise neste estudo versa sobre o absentismo laboral. Realmente, o interese deste tema queda á marxe de toda dúbida, ante a ausencia de análises específicas ó respecto e dunha normativa legal que lle dea ampla cobertura. O certo é que o absentismo constitúe un dos meirandes problemas

das organizacións productivas e das relacións laborais. Como resposta, a negociación colectiva aporta unha ampla experiencia sobre o particular, con solucións diferentes que convén coñecer ó obxecto de poder emularse as máis efectivas.

A primeira cuestión refírese a delimitar o concepto de absentismo. Non todas as inasistencias merecen a mesma consideración e moitas delas, dende logo, non poden considerarse como indeseables. Xa que logo, as cláusulas convencionais enfrontan-se á tarefa de deslindar as ausencias que deben ser tomadas en conta na loita contra o fenómeno do absentismo. A estes efectos e ós de colaborar na diminución do mesmo, a relación entre a empresa e a representación legal dos traballadores ten unha importancia decisiva, o que se traduce no interese das cláusulas que engaden competencias do comité de empresa e dos delegados sindicais ademais das previstas no art. 64 ET e no 10.3 LOLS, así como as que implican a outros actores, como comités de seguridade e saúde, comisións paritarias ou comisións específicas.

Sen dúbida as medidas máis coñecidas van na liña de matizar o pagamento do complemento ou mellora do subsidio de incapacidade temporal. En xeral, debe destacarse que se diferencia a orixe da continxencia –común ou profesional–, se hai ou non hospitalización ou o tipo de enfermidade de que se trata. Así mesmo, a duración da baixa, establecendo diferentes porcentaxes de cobertura en atención ó período de que se trate e excluindo ás veces as baixas de duración curta. Pero sobre todo, se vincula a contía do complemento, ou mesmo o seu recoñecemento ou non, ó absentismo. En ocasións, ó absentismo total do cadro de persoal, de xeito que as excesivas ausencias dun traballador poden repercutir nas melloras dos demais, o que converte á loita contra o absentismo nunha cuestión de caste colectiva. Outras, segundo as inasistencias pasadas do propio afectado, o que fai que as súas ausencias ó traballo condicionen os seus dereitos futuros.

Alén diso, hai complementos salariais que contemplan este fenómeno, as veces especificamente, outras con carácter máis xenérico. Hai primas específicas contra o absentismo ou de asiduidade, que requiren delimitar con rigor as inasistencias que computan, para evitar a súa consideración, vg., como primas antifolga. Outra idea estendida cada vez máis na negociación colectiva é a vinculación do absentismo cos complementos de produtividade, para que as ausencias se reflectan na percepción dos mesmos, outravolta desde unha perspectiva colectiva ou individual. En ocasións, incluso se emprega a técnica da consolidación do complemento salarial para premiar ós traballadores con mellores porcentaxes de asistencia ó traballo.

* * *

En termos xerais, estas son as cuestións que son obxecto de análise, cun grao de profundidade máis amplo, nas páxinas que seguen. O estudo pretende ser fidel ó seu obxectivo de abordar a materia do tempo de traballo dende unha perspectiva plural. Se se conseguiu ou non queda ó xuízo do lector. Cando menos, coidamos que os contidos que seguen son rigorosos, actuais e útiles para a negociación colectiva.



A ORDENACIÓN DO TEMPO DE TRABALLO

CAPÍTULO PRIMEIRO:
A NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE TEMPO
DE TRABALLO



A NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE TEMPO DE TRABAJO. A CONSIDERACIÓN DO TEMPO DE TRABAJO COMO NORMATIVA DE SEGURIDADE E SAÚDE

Cómpre dicir, primeiro de abordar o estudo da Directiva 2003/88, que esta directiva é unha nova “codificación” do contido da Directiva 93/104, de 23 novembro, a cal fora modificada pola Directiva 2000/34, e afectada moi intensamente polas sucesivas sentencias dictadas polo TXCE. Por iso, o estudo da Directiva 2003/88, que polo demais foi publicada o 18 novembro 2003, baséase na experiencia contida na devandita Directiva 93/104, o texto da cal é, como se di, o mesmo, excepto nas modificacións que se ten feitas dende a súa publicación.

Polo demais, este estudo ten en conta tamén outros textos comunitarios na materia, como a Recomendación do Consello 75/457/CEE, de 22 de xullo de 1975, relativa ó principio da semana de corenta horas e ó principio de catro semanas de vacacións anuais retribuídas e Resolución do Consello de 18 de decembro de 1979, sobre a ordenación do tempo de traballo, inspiradores das Directivas reseñadas, e tamén as Directivas 2002/15/CE, 2000/79/CE y 1999/63 y 95/CE, respectivamente sobre ordenación do tempo de traballo en actividades móbiles de transporte por estrada, persoal de voo na aviación civil e xente do mar, tamén dictadas, coma a que nos ocupa, en desenvolvemento da Directiva Marco de Seguridade e Saúde, 89/391, de 12 de xuño, aínda que poidan establecerse diferenzas substanciais entre as relativas á xente de mar e as demais, dado que, segundo reconece a propia Directiva 2003/88, non é aplicable á xente de mar.

Con iso quérese dicir que as referencias, aínda que irán preferentemente referidas á Directiva 2003/88, e á súa numeración, na maioría –por non dicir na totalidade– dos casos téñense feitas sobre o análise da precedente Directiva 93/104. Os mesmos son os seus textos e a súa interpretación, polo que, ningún problema debe crear esta circunstancia.

1. A xénese da norma comunitaria e a súa consolidación polo TXCE

Cómpre dicir que as condicións políticas nas que se realizou a Directiva (93/104) non foron as máis óptimas nin as máis asemelladas a sorte de Estado ou Superestado Europeo que se pretende ou que se di que se pretende alcanzar. E é que, en efecto, tense advertido xa con certeza do escaso peso específico que ten a *política social*, en relación con outras políticas da Unión, en especial as económicas¹ (GALIANA, 189), política da que os seus elementos básicos para identificar o “Espacio social” están constituídos pola necesidade de progresar na harmonización lexislativa e no incremento do diálogo social, pero que continúa a contar entre os seus principios –pode botarse una ollada á Carta Social Europea– co de subsidiariedade, o que indica a convicción dos Estados de que corresponde a cada

1 GALIANA MORENO, J. M., “El lento camino de gestación de la política social comunitaria: desde el Tratado de Roma a la cumbre de Maastricht”, REDT nº 58, 1993, páx. 189.

ordenamento nacional, e só co carácter supletorio ós órganos comunitarios, o entramado básico de dereitos sociais (STJCE 12 novembro 1996).

Este eido de escaso desenvolvemento da actuación comunitaria en materia de política social² -escaseza que non se corresponde, nembargantes, cunha moderación similar no dictado de produtos normativos- é o que ten contaminado tódolos intentos de realización dunha política común na materia de tempo de traballo, tales como a *Recomendación relativa ó principio da semana de corenta horas e ó principio de catro semanas de vacacións anuais retribuídas* 75/457/CEE de 22 de xullo de 1975, ou a Resolución do Consello, de 18 de decembro de 1979, *sobre ordenación do tempo de traballo*. Tamén a *Carta comunitaria dos Dereitos Sociais Fundamentais dos Traballadores* de 9 de decembro de 1989, refírese ó proceso de harmonización das lexislacións nacionais, en especial respecto da ordenación do tempo de traballo, e é esta a base da proposta da Comisión dunha Directiva sobre tempo de traballo de 1990, da que o contido é en moita medida o que finalmente cristalizou na Directiva 93/104, á que posteriormente vense achegando outras, as Directivas 1999/63 y 95/CE, 2000/79/CE e 2002/15/CE, respectivamente sobre ordenación do tempo de traballo da xente do mar, do persoal de voo na aviación civil e en actividades móbiles de transporte por estrada, para finalmente culmina-lo proceso lexislativo comunitario, coa modificación da propia Directiva 93/104 pola Directiva 2000/34/CE, de 22 de xuño, co fin de facer aplicables as previsións sobre tempo de traballo tamén ós traballadores do transporte por estrada, aéreo, por ferrocarril, marítimo e os médicos en formación, co razoamento (EM, 5, Directiva 2000/34) de que a saúde e seguridade dos traballadores debe ser protexida non por pertencer a un sector ou dedicarse a unha actividade concreta, senón por ser traballadores, e, polo de agora, coa súa nova codificación pola Directiva 2003/88, de 4 novembro.

En fin, a construción da normativa comunitaria sobre o tempo de traballo, remátase coa xurisprudencia que ven dictando o TXCE, que en interpretación da Directiva 93/104, ten dictadas xa, ademais da STXCE 12 novembro 1996, xa citada, as Ss.TXCE 9 marzo 2000, que condena á República Italiana por non ter incorporada ó seu Dereito interno a Directiva 93/104 no prazo marcado; 3 outubro 2000, que recoñece a aplicabilidade da Directiva ós médicos de atención primaria, e recoñece tamén que o tempo de atención continuada en réxime de presenza física de estes médicos é tempo de traballo; 26 xuño 2001, segundo a que non pode condicionarse o dereito a vacacións á prestación dun período mínimo de emprego ininterrompido co mesmo empresario; 4 outubro 2001, que considera excluídas do dereito a vacacións a tódolos traballadores do sector do transporte por estrada, aínda administrativos, ben que a doutrina desta sentenza, refírese a normativa da Directiva 93/104 anterior a súa modificación pola Directiva 2000/34; e a STXCE 9 setembro 2003, que reitera e enche de argumentos a posición xa sostida na de 3 outubro 2000,

2 COLINA ROBLEDO, M., "Normativa sobre tiempo de trabajo en el ámbito de la Comunidad Europea", en AA.VV, Estudios sobre la jornada de trabajo, ACARL, Madrid 1991, páx. 44.

sobre a obriga de considerar como tempo de traballo na súa totalidade o tempo de atención continuada con presenza física dos médicos, aínda que non fagan traballo en todo o tempo de esa atención continuada. En fin, conforma tamén o aparato doutrinal que acompaña á Directiva 93/104 o Auto do TXCE de 3 xullo 2001, que reitera a mesma doutrina que as dúas recentemente citadas e considera ademais que o persoal médico e de enfermería³ non debe excluírse do ámbito de aplicación do art. dous da Directiva Marco 89/391 de Seguridade e Saúde, aínda que poda estar comprendida, a devandita actividade, nas excepcións previstas no art. 17 da Directiva 93/104.

1.1. O tempo de traballo e a súa situación no Dereito do Traballo: prestación do traballador, factor de seguridade e saúde, factor de emprego e factor de xestión empresarial

Para os expertos no Dereito do Traballo, o tempo de traballo (xornada, descanso diario, semanal e vacacións) é, como é evidente, unha condición de traballo e ademais unha das mais importantes e típicas, xunto co salario. Por iso, tamén é claro que é no apartado das *condicións de traballo* de onde se achega e se estudia, polo común⁴. Si é este un razoamento de Dereito, poden facerse, a partir del, ou aínda antes del, moitos outros sobre o tempo de traballo e as súas implicacións que, a pouco sentido común que se teña, resultarán sempre razoables. Cabe así facer referencia á centralidade do traballo na vida humana, porque a relación entre o tempo que se dedica a el e o tempo vital no seu conxunto é evidente⁵, o mesmo que cabe falar do papel do reparto de tempo de traballo no marco de garantías e protección da saúde e mellora das condicións de traballo⁶ (MERINO, 264). Non é menos plausible facer referencia ó tempo de traballo con relación as esixencias da adecuación á produtividade e optimización das prantillas dispoñibles⁷, e en fin, as referencias ó tempo de traballo con respecto ó reparto do emprego son nestes intres tan profusas que escusan a súa cita.

Non é estraño, xa que logo, que na nosa actual regulación do tempo de traballo (Sección 5ª -tempo de traballo- do Capítulo II -Contido do contrato de traballo; arts. 34 a 38 ET) se teña visto, xusto con base na transposición da Directiva 93/104 ó noso Dereito interno, a procura de alomenos tres obxectivos, a saber: a ordenación flexible do tempo de traballo e dos descansos mediante a súa distribución

3 Neste caso, do SERGAS galego.

4 ALONSO OLEA, M., "Es seguridad y salud del medio de trabajo la regulación de la jornada laboral? (Antes y después de Amsterdam", en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea I*, UCM, Madrid 1999, páx. 201.

5 ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., "Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva", RL, nº 4, 1999, páx. 8.

6 MERINO SENOVILLA, H., "La jornada de trabajo", en AA.VV. (dir. Valdés), *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid 1994, páx. 264.

7 PRADOS DE REYES, F. J., "El tiempo de trabajo en la normativa comunitaria", DL nº 43, 1994, páx. 142.

irregular; o fortalecemento da seguridade e saúde dos traballadores e a achega mediante a “harmonización” da nosa lexislación laboral á do resto dos Estados da Unión Europea (art. 136 –antigo art. 117 TCE)⁸, obxectivos certamente mais ou menos expresos entre os que nembargantes non se atopa, alomenos co igual publicidade, o do reparto do emprego que tan traído e levado é daquela ata o de agora.

O certo é, de calquera xeito, que o tempo de traballo é, fundamentalmente, condición de traballo, e por iso cabería obxectar a súa consideración como parte da materia de Seguridade e Saúde, alomenos por tres ordes de razóns que a doutrina ten apuntadas (a lexislación promulgada e os seus centros de imputación; o tratamento de ese tempo de traballo na CE e o propio dereito comunitario, no que a Directiva marco sobre Seguridade e Saúde, 89/391, de 12 xuño omite toda referencia ó tempo de traballo como factor de seguridade e saúde)⁹ e pola mesma razón, pode seguirse a opinar, co igual corrección, que non é de seguridade e saúde a regulación da xornada e dos tempos de traballo e descanso¹⁰. Por igual causa, pode chama-la atención que materializando a Directiva comentada os seus extremos dentro das condicións de traballo, o seu contido se especifique a partir do desenvolvemento da materia de seguridade e saúde.

Pero si contemplamos a Directiva desde un punto de vista menos técnico, ou menos técnico-xurídico laboral, e sobre a base, tal vez dun análise máis “social”, é o certo que conclusións noutro senso, contrario ou non ó que vense de expoñer, son igualmente posibles e nada rexeitables. Cabe así valorar o tempo de traballo con relación ó tempo vital, terreo no que se remata na “oposición binaria” entre ambos tempos, oposición por certo que se ten atopada na Directiva, ó cualificar como “período de descanso” todo período durante o cal o traballador non estea ó dispor do empresario¹¹, de xeito que o obxectivo é facer compatibles para os traballadores os diversos aspectos da súa vida, e dicir, principalmente o traballo remunerado, o traballo de balde e o ocio ou o descanso, o que se identifica coa noción contida na Directiva de “principio xeral da adecuación do traballo ó home”. E cabe tamén valoralo, dende o punto de vista da diverxencia entre o dato formal e o dato real¹².

Con este panorama, non é estraño que se detecten, como pautas da Directiva 93/104, e polo de agora da Directiva 2003/88, alomenos dous: unha referida á

8 RIVERO LAMAS, J., “Régimen de la jornada y de los horarios en la reforma del Estatuto de los Trabajadores”, DL nº 47, 1995, páx. 16.

9 Cfr. ALONSO OLEA, *op. cit.* páxs. 189 a 192.

10 *Ibidem*, páx. 198.

11 COMUNIDAD EUROPEA, *Cambios en el trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa. Informe* (Versión provisional, junio 1998), Ejemplar fotocopiado, páx. 61. Aínda que esta oposición binaria pode ser hoxe posta en cuestión, a partir dos tempos de presenza e non traballo efectivo (dispoñibilidade, etc., *vid. infra*), segundo postulan algúns autores. Vgr., MARTINEZ YÁÑEZ, Nora, “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”, (en prensa).

mellora na calidade das condicións de traballo e outra atinente a facer medrar as medidas de saúde e seguridade. E si son estas as pautas da Directiva, estas serán tamén as da lexislación interna que –sixilosamente– a traspón, e os propósitos da cal describíense como flexibilidade do tempo de traballo e a súa organización como elementos esenciais das condicións de traballo e do dinamismo das empresas e ó mesmo tempo como converxencia entre os países membros para evitar diferencias que rematen por prexudicar a saúde dos traballadores, pero tamén, evitar de paso o fenómeno coñecido como *dumping* social¹³. A estas intencións, mais o menos declaradas, debe achegarse, en fin, e resultará ser o canle formalmente escollido para a elaboración da Directiva, a relativa á protección en materia de seguridade e saúde, o que se detecta, por exemplo, na escasa ou nula intención da norma na redución do tempo de traballo –tema de política e reparto do emprego e non de saúde– así como na súa propia recepción interna, na Lei 11/1994, da que o seu preámbulo lembra o carácter básico que reviste a ordenación do tempo de traballo no relativo á “protección da saúde e seguridade dos traballadores”¹⁴.

1.2. O camiño de elaboración da Directiva e o seu definitivo asentamento: da STXCE de 12 novembro 1996 a Directiva 2003/88

Co ollado ata aquí, non pasa do obvio reiterar o carácter bifronte da Directiva, é dicir o seu sentido por unha parte ordenador do tempo como condición de traballo, especialmente cunha tendencia flexibilizadora, e por outra garantista da seguridade e saúde dos traballadores.

O certo é que o camiño de elaboración da Directiva foi, e así o reconece expresamente o seu preámbulo¹⁵, o camiño da Seguridade e Saúde, mediante o disposto no art. 118A do Tratado Constitutivo da Comunidade Europea, na versión existente antes do Tratado de Amsterdam de outubro de 1997. Pero sobre as causas e as consecuencias de este camiño creador existen distintas opinións que convén coñecer.

Cabe aceptar, así, como normal, esta inclusión da regulación do tempo de traballo na normativa de seguridade e saúde pois, como xa se dixese da proposta de Directiva de 3 agosto 1990, precedente directo como se dixo da actual, existe por unha parte un carácter preventivo nas normas limitativas de xornada e por outra acada determinadas áreas da regulación legal da xornada como inequívoca manifestación da forza expansiva desta institución laboral¹⁶.

12 ESCUDERO, *op. cit.*, páx. 11.

13 RIVERO, *op. cit.*, páx. 27.

14 PRADOS DE REYES, F. J., “La ordenación del tiempo de trabajo en la Reforma del Estatuto de los Trabajadores”, RL nº 8, 1996, páx. 15.

15 Versión da Directiva 93/104.

16 FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Jornada de trabajo versus seguridad e higiene en la propuesta de Directiva de 3 de agosto de 1990”, REDT nº 51, 1992, páxs. 39, 43 y 47.

Existe tamén quen opina que en virtude do “Protocolo 14” da Carta Social poderíase aprobar unha Directiva sobre ordenación do tempo de traballo por maioría cualificada, e sen necesidade de circunscribirse ó relativo a seguridade e saúde dos traballadores¹⁷. En calquera caso, aprobada a Directiva có amparo expreso do art. 118 A –polo que poderían adoptarse só directivas na materia de seguridade e saúde, rexindo para o resto de materias sociais a regra da unanimidade– ven a dicirse que ese amparo é a causa do “descafeinamiento” da Directiva que comentamos¹⁸.

Sen pretender intervir na polémica sobre o alcance do art. 118 A, e dicir, sobre se as Directivas aprobadas baixo o seu amparo deben limitarse á seguridade e saúde dos traballadores en sentido estrito, asimilando a referencia ó “medio de traballo” como lugar de traballo ou ben cabe unha interpretación máis ampla, que abarque intereses directos e indirectos dos traballadores, estendéndose ós distintos ámbitos implicados na mellora da súa seguridade e saúde, o que aconteceu, probablemente, é que entendeuse ó dictar a Directiva que se non se facía baixo o amparo do art. 118 A, e tiña que facerse a través do mecanismo do art. 100 e concordantes, isto é, con necesidade de decisión unánime e non maioritaria dos Estados membros, o que impediría a adopción da Directiva, dado que, como se sabe o adoptado pola maioría nela foi despois impugnado polo Reino Unido.

Vaia diante que o problema antes exposto ficou definitivamente resolto –e con iso a Directiva ficou alomenos como a doutrina escribira “constitucionalizada *ex post*”¹⁹–, en virtude do Tratado de Amsterdam, que modifica o art. 118 e o substitúe polo art. 137, segundo o cal o ámbito de materias no que a Comunidade “apoiará e completará a acción dos Estados membros” e para os que o Consello poderá adoptar directivas que non requiren a unanimidade, vese ampliado, abarcando non xa só “a mellora, en concreto, do entorno do traballo, para protexer a saúde e seguridade dos traballadores”, senón tamén, entre outros aspectos, “as condicións de traballo”.

Pero antes de esta versión do Tratado Constitutivo, o Reino Unido interpuxo un recurso de anulación contra a Directiva, e é o seu razoamento central, precisamente, o feito de que o tempo de traballo non se incardina na seguridade e saúde, senón entre as condicións de traballo. O TXCE resolveu na súa Sentencia 213/1996, Asunto C-84/1994 desestimando o recurso na súa práctica totalidade –salvo nun irrelevante aspecto, a situación do descanso semanal no domingo, da que falaremos *infra*–.

A sentenza ben pode considerarse un “parto dos montes”, por canto tras unha extensa argumentación de nada menos que 84 puntos ou *considerandos*, (85 có relativo a costas) entre os que se dixo existe un “aparatoso preámbulo” de dezaioito,

17 FERRANDO GARCÍA, F. M., “Sobre la Directiva 93/104/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo”, AS 1994-III, páx. 2298.

18 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Civitas, Madrid 1994, páx. 52.

19 ALONSO OLEA, *op. cit.*, páx. 201.

tendentes a nos convencer de que o que regula a Directiva é “a seguridade, a hixie-ne e a saúde dos traballadores”²⁰, remata con esa desestimación substancial do recurso –cargado de razón en canto a regulación do tempo de traballo, aínda que en parte sexa materia de seguridade e saúde, é moito máis e moito antes regulación de condicións de traballo– sen ter logrado un só argumento definitivo e convincente sobre a súa posición. Segundo ela, así, “nada indica na redacción do art. 118 A que, a falta de outras precisións, os conceptos de ‘medio de traballo’, de ‘seguridade’ e de ‘saúde’ a efectos da devandita disposición teñan que interpretarse restrictivamente e non no senso de que se refiren a tódolos factores... que poden afectar á saúde e á seguridade do traballador” (fdto. 15); “a ordenación do tempo de traballo non aparece necesariamente concibida como un instrumento da política de emprego” (fdto. 28) e “as medidas relativas á ordenación do tempo de traballo que constitúen o obxecto da Directiva... contribúen directamente á mellora da protección da seguridade e saúde dos traballadores” (fdto. 59).

2. A transposición sinxela da norma comunitaria ó dereito interno

Falar de “cómoda e sixilosa” transposición da Directiva ó noso Dereito interno –para o que por certo estableceuse un prazo rematado o 23 novembro 1996 (art. 18; falamos, daquela, da versión da D. 93/104) e que España, evidentemente, non tivo ningunha necesidade de apurar– obedece por unha banda ó feito de que boa parte do camiño estaba xa feito, e dicir, que a regulación do tempo de traballo da que dis-puxeramos era aínda en moitas ocasións melloradora das disposicións mínimas que a Directiva viña a establecer. De aí, xa que logo, tamén o seu carácter sixiloso, pois si se considera que nin a Exposición de Motivos da Lei 11/1994, norma que operou a transposición, nin sequera menciona a Directiva, compréndese facilmente que pasase desapercibida ós urxentes aplicadores do Dereito.

Por outra banda, a comodidade obedece tamén ó feito de que o sistema de excepcións establecido pola Directiva –“as mil e unha *excepcións* que os Estados membros poden no seu dereito interno establecer”²¹– permite ós Estados Membros manter en boa medida as súas anteriores regulacións, flexibilizándose, xa que logo, o propio alcance da Directiva²². Ademais, outra boa parte dos preceptos da Directiva contén expresións de carácter tan xenérico que realmente obrigan a pouco –a pouco máis que repetilas no ordenamento interno– para consideralas traspostas con máis ou menos corrección.

Non é de estrañar así que se considerase, respecto da proposta de Directiva pre-cedente, de 3 agosto 1990, que non parecía que fora a ter importantes repercusións no noso dereito interno²³.

20 *op. cit.*, páx. 193.

21 *Ibidem*.

22 MONTÓYA MELGAR, A. / GALIANA MORENO, J. M^a / SEMPÉRRE NAVARRO, A. V., *Derecho Social Europeo*, Tecnos, Madrid 1994, páx. 119.

23 FERNÁNDEZ MARCOS, *op. cit.*, páx. 50.

Ademais de ese gran grupo de excepcións, contido no art. 17 da Directiva 93/104 (modificado, téñase en conta, pola Directiva 2000/34, de 22 xuño) e finalmente nos arts. a 21 da Directiva 2003/88, o seu art. 1.3, na súa inicial versión, anterior á Directiva 2000/34, excluía da súa ampliación, polas súas peculiaridades “o transporte por estrada, aéreo, por ferrocarril, marítimo, da navegación interior, da pesca marítima, de outras actividades marítimas”. De estes últimos, só se mantén a exclusión relativa á xente do mar, que non obstante, fica regulada polas súas propias Directivas 1999/63, de 21 xuño e 1999/95, de 13 decembro, e respecto do transporte por estrada e aéreo, debe terse en conta ademais que ten as súas propias Directivas, respectivamente, a 2002/15, de 11 marzo e a 2000/79, de 27 novembro.

A transposición da Directiva ó Dereito interno, polo tanto, esixiu só a atención ós seus dous principios rectores, que foran descritos coma limitación da xornada laboral en xeral e a necesidade de controlar o tempo en determinados sistemas de organización do traballo (traballo nocturno, en quendas...) para preservar a seguridade e saúde dos traballadores. Dende esta perspectiva, si pode considerarse que a Directiva foi condicionante directo da lexislación interna que a transpuxo –as veces demasiado literalmente–, de modo que cabe admitir que a reforma introducida nos arts. 34 a 38 ET é, en canto a eses principios rectores, herdeira directa da Directiva²⁴, a recepción da cal “incorpora uns compoñentes de garantía e modernidade, situándolle en liña de converxencia coas lexislacións de outros países membros da Unión Europea”²⁵.

2.1. As condicións preexistentes e a referencia no proxecto de lei

Díxose que as condicións preexistentes no noso ordenamento, en canto o tempo de traballo, foran o suficientemente modernas como para que a transposición da Directiva non esixise un esforzo importante. Así se fixo notar xa respecto da proposta de Directiva de 2 agosto 1990, sobre a que se dixo que a comparación entre os seus artigos e as previsións da nosa lexislación sobre as materias de descanso diario, semanal e anual, bastaba para apreciar a escasa repercusión que nestas materias ía a ter a norma comunitaria²⁶.

Pero, finalmente pode observarse que, se ben tal vez non directamente nesas materias, senón noutras como o traballo nocturno, a quendas, ou os ritmos de traballo, etc., a nova regulación sobre a xornada recibe con toda claridade o Dereito derivado da Unión Europea, aínda que nin sequera se fixese referencia a iso na exposición de motivos da Lei 11/1994, como se se fixera na Memoria que acompañaba ó proxecto de Lei²⁷.

24 PRADOS, “La ordenación...” *cit.*, páx. 16.

25 RIVERO, *op. cit.*, páx. 67.

26 FERNÁNDEZ MARCOS, *op. cit.*, páx. 48.

27 RIVERO, *op. cit.*, páx. 27, GARCÍA BLASCO, J., “Flexibilidad del tiempo de trabajo: jornadas y descansos”, en AA.VV., *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, AEDTSS-Marcial Pons, Madrid 1995, páx. 304.

Basta unha simple comparación visual entre os textos legais anteriores á Lei 11/1994 e os posteriores para comprobar a afirmación anterior²⁸.

2.2. A falta de referencia na Lei 11/1994 e a efectiva transposición: alternancia entre o preexistente e o copiado

Como xa se dixo, aínda que ningunha mención se fixo no texto da norma que reformou o ET²⁹, esta norma utilizouse para traspoñer, con inusual dilixencia, a Directiva ó noso Dereito interno³⁰, así como tamén o RD 1561/1995, sobre xornadas especiais de traballo, norma sobre a que se quixo subliñar o seu carácter de norma sobre xornada e non sobre seguridade e hixiene³¹.

Dado que na materia de límites de xornada a nosa regulación preexistente acababa xa unha regulación suficiente, nada ou pouco influíu na súa regulación a Directiva, con quizais a excepción dos chamados “períodos de referencia” ós que logo se aludirá. Nembargantes, para os aspectos nos que a Directiva si viña a innovar o noso panorama normativo, a súa transposición ten altibaixos, no senso de que mentres é evidente que algúns dos seus preceptos son concretos e taxados sobre a regulación do tempo de traballo e polo tanto a súa transposición literal non suscitara ningún problema, noutras ocasións a nosa Lei interna aporta importantes transcricións literais do articulado da Directiva³² que –nos casos como o relativo ós ritmos de traballo, art. 36.5 ET ou a protección da saúde dos traballadores nocturnos e en quendas, art. 36.4 ET– ocasiona dúbidas no que atinxe o seu alcance e interpretación.

Tal vez estas circunstancias sexan causantes de que a aplicación dos mandatos da Directiva en España se realice de forma desigual. Pode ollarse, neste senso, como incluso se considera a aplicación directa da Directiva e o seu alcance, vgr. no Auto TSX Galicia 14 xuño 1999, Ar. 1697, no que se suscita a cuestión prexudicial ó

28 É visualmente moi expresivo o texto do ET preparado por BORRAJO coa integración en negriña dos textos das Leis 10 e 11/1994, nos que, nos arts. 34 a 38, a profusión de negriña explica por se mesma a remodelación producida, BORRAJO DACRUZ, E., “El Estatuto de los Trabajadores reformado (texto íntegro con las Leyes 10/1994 y 11/1994”, en AA.VV.(dir. Borrajo), *Comentarios a las leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid 1994, páxs. 389 A 394.

29 Lei 11/1994, de 19 maio. Modifica determinados artigos del Estatuto dos Traballadores e do Texto articulado da Lei de procedemento Laboral, da Lei sobre Infraccións e Sancións da Orden Social (BOE de 23 maio 1994, rectificación de erros BOE 15 xuño 1994).

30 ALFONSO MELLADO, C. L. / GARCÍA ORTEGA, J., *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1994, pág. 14; GARCÍA BLASCO, op. cit., pág. 304.

31 ALONSO OLEA, op. cit., pág. 193.

32 GARCÍA NINET, J. I., “Ordenación del tiempo de trabajo”, en AA.VV. (dir. Borrajo), “El Estatuto de los Trabajadores reformado (texto íntegro con las Leyes 10/1994 y 11/1994”, en AA.VV.(dir. Borrajo), *Comentarios a las leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Tomo I, Vol. 2ª, Edersa, Madrid 1994, pág. 15.

TXCE sobre o efecto directo desta Directiva e sobre si é ou non aplicable, en función das exclusións e excepcións contidas nos seus arts. 1.3 e 17 ó persoal estatutario dos Servicios de Saúde. Si neste caso a invocación da Directiva e a súa posibilidade de aplicación directa fai ó Tribunal considerar moi seriamente o seu alcance, ata o punto de paralizar o proceso e sometelo ó TXCE como cuestión prexudicial, noutros nembargantes a invocación da Directiva non incita ó órgano xudicial a dedicar ningunha fundamentación xurídica (e probablemente con razón) a esta norma (vrg. STSX Baleares 3 xuño 1998, Ar. 6043).

Por certo que a cuestión prexudicial devandita do TSX Galicia foi resolta polo Auto do TXCE de 3 xullo 2001, contando ademais co precedente da STXCE de 3 outubro 2000, asunto C-303/98, “Simap”, e dise neste Auto no tema que nos ocupa polo de agora, que as normas contidas no art. 17.2, 3 e 4 da Directiva 93/104 “poden interpretarse no senso de que ten efecto directo”, aínda que esta afirmación é practicamente un “otrosí”, que non se leva o fallo do auto, no que se di, sinxelamente, que a actividade do persoal sanitario está comprendida no ámbito da Directiva, que nembargantes pode estar comprendida nas excepcións do art. 17 da mesma Directiva e que non obstante, o tempo de atención continuada en réxime de presenza física –aplicando a Directiva– debe considerarse tempo de traballo na súa totalidade e, no seu caso, horas extraordinarias.

3. O tempo de traballo ordinario e os “períodos de referencia”

Por máis que o Consello da UE e ata o propio TXCE, como temos ollado, queiran convencernos de que o tempo de traballo é un centro de imputación da seguridade e saúde no traballo, o contido da Directiva é verdadeiramente regulador de condicións de traballo e probablemente poida resumirse cunha verba, *flexibilidade*, como de forma expresa reconece a súa Exposición de Motivos, segundo a cal, “parece oportuno prever certa flexibilidade na aplicación de determinadas disposicións da presente Directiva”.

Esta flexibilidade na ordenación dos tempos de traballo constrúese a partir dunha noción feita na Directiva, e en concreto no seu art. 16, *períodos de referencia*, que a nosa lexislación adopta sen vacilar e en ocasións utiliza coa mesma literalidade (*cf.* art. 36.1, sobre xornada dos traballadores nocturnos), e que segundo algunhas opinións, elevan o protagonismo da distribución do tempo de traballo fronte a fórmulas anteriores que limitaban o tempo de traballo e non traballo mediante módulos temporais moito máis curtos no tempo, coma a semana³³.

En definitiva, o contido da Directiva, especialmente en materia de duración do traballo e descansos, oríentase en torno a dúas ideas, o seu carácter mínimo e o tempo a flexibilidade na determinación dos parámetros³⁴, pero os límites mínimos delimitáanse cada vez menos por valores absolutos e máis por sistemas relativos

33 MERINO SENOVILLA, *op. cit.*, páx. 283.

34 PRADOS, “El tiempo de trabajo...” *cit.*, páx. 134.

–os períodos de referencia– nos que as limitacións vense condicionadas polo interese da organización productiva.

Pouca perspicacia fai falta para darse de conta de que, especialmente a duración do tempo de traballo, da xornada, é o punto crucial e transcendente de toda a regulación do tempo de traballo. Por iso, tratouse de moderar a tendencia flexibilizadora da Directiva, razoando que precisamente son límites desa flexibilidade os períodos de referencia que establece³⁵. E precisamente con este argumento criticouse a opción lexislativa española, que establece a semana coma módulo de cálculo, aínda que o parámetro é anual para o cómputo en canto ós límites da xornada –do tempo ordinario de traballo– (art. 34.1 ET), pois –díxose– a posibilidade de reparto do tempo de traballo en períodos de referencia tan amplos coma o ano pode supoñer unha vulneración da función limitadora da duración semanal e en todo caso un ascenso no grao de incerteza e imprevisibilidade sobre o momento da prestación e unha perda de calidade, en suma, nas condicións de traballo.

Esta consideración da anualidade coma período de referencia –que se estende non só á xornada máxima ordinaria, senón a moitos outros instrumentos, tales como a determinación dos traballadores nocturnos ou o número máximo de horas extraordinarias– choca, por outra banda, coas múltiples institucións que aínda utilizan coma parámetros os días e as horas, a conxugación dos cales co parámetro anual suscita as veces complicados problemas (por poñer dous exemplos sinxelos, pénsese, por unha banda, en toda a materia indemnizatoria por extinción, se a distribución anual da xornada fai que non tódolos días se traballe as mesmas horas –nesta materia se fala de “días de salario por ano de servicio”– ou aínda na propia computación das horas extraordinarias, que por mor do mecanismo compensatorio en descansos é de unha total incerteza, porque pode que o que hoxe son horas extraordinarias computables para o límite anual, mañá deixen de selo gracias a súa compensación con descansos).

A flexibilidade, finalmente, non se acada só gracias ó establecemento de eses amplos e ocasionados a excepción “períodos de referencia”, senón tamén á remisión da Directiva, e consecuentemente da lexislación que a traspón, á negociación colectiva e ós seus produtos. A Directiva remite reiteradamente á negociación: para o establecemento do descanso intraxornada (art. 4); dos traballos nocturnos que implican riscos especiais (art. 8.b); para as condicións máis favorables (art. 15) e aínda para exceptuar o relativo ó descanso diario, intraxornada, descanso semanal, traballo nocturno e os propios períodos de referencia (arts. 18 e 19), preceptos estes últimos que case parecen querer dicir que os convenios colectivos poden, sinxelamente, exceptuar a aplicación da Directiva, con un xenérico límite para os períodos de referencia de doce meses “sempre que se respecten os principios xerais de protección da seguridade e a saúde” (art. 19).

35 MERINO, *op. cit.*, páx. 283.

Queda xa para o terreo da opinión, si o desexable é que a negociación colectiva ocupe o espazo que lle brindan os arts. 18 e 19 da Directiva³⁶ o si sería máis ben desexable algún límite de carácter obxectivo, alomenos nas materias tan críticas para unha adecuada ordenación do tempo de traballo como a duración máxima do tempo de traballo semanal³⁷.

3.1. Xornada. Parámetros. Cómputo

Neste punto, o precepto da Directiva que érguese ademais coma un dos máis importantes, e de transposición máis incerta nos ordenamentos dos Estados membros, é o seu art. 6, segundo o cal:

a) A duración semanal do tempo de traballo débese limitar mediante disposicións legais, regulamentarias, administrativas, convenios colectivos ou acordos celebrados entre interlocutores sociais

b) a duración media do traballo non excederá de corenta e oito horas, incluídas as extraordinarias, por cada período de sete días.

O noso ordenamento, pola súa parte, estableceu que a duración máxima da xornada ordinaria será de corenta horas semanais de traballo efectivo de media no cómputo anual podendo pactarse a súa distribución irregular ó longo do ano mediante convenio colectivo ou, no seu defecto, por acordo entre a empresa e os representantes dos traballadores (arts. 34.1 e 2 ET).

Ó dicir dalgún dos primeiros intérpretes da Directiva no noso país, o lexislador comunitario quería garantir unha entidade suficiente ós períodos de non traballo máis que limitar directamente a prestación laboral, logrando, mediante esta técnica, unha maior flexibilidade na distribución do tempo de traballo³⁸.

Chama a atención, en calquera caso, que o límite á xornada sexa por así dicilo “global”, sen distinguir entre xornada ordinaria e extraordinaria. Díxose que este tope global de 48 horas abrangue a posibilidade de que os ordenamentos nacionais establezan, ben unha xornada ordinaria de duración superior ás 40 horas, ben a realización de gran número de horas extraordinarias. Sen prexuízo de que unha interpretación así parte do apriorismo de considerar a xornada ordinaria de 40 horas coma xornada comunitaria “tipo”, o que dubidosamente cabe admitir, tal vez poida ofrecerse outra interpretación, e é a de que existe na norma unha intención de relativizar a diferenza entre o tempo de traballo ordinario e extraordinario, ó fin, en todo caso tempo de traballo, relatividade que o noso ordenamento recibe con entusiasmo, como pódese notar por exemplo no establecemento dun prezo igual para ámbolos dous tempos de traballo (art. 35.1 ET), ou na posibilidade de compensación

36 RIVERO LAMAS, *op. cit.*, páx. 66.

37 PRADOS, “El tiempo de trabajo...”, *cit.*, páx. 136.

38 FERRANDO GARCÍA, *op. cit.*, páx. 2303.

por descansos mediante a que as horas realizadas por cima do traballo ordinario non computan para o límite das extraordinarias e convértese polo tanto en ordinarias (art. 35.2 ET).

Outro punto no que a Directiva fai ter unha interpretación dubidosa é o referido ás posibilidades de distribución irregular da xornada que autoriza e que remite, ademais de ás normas heterónomas, ós convenios colectivos ou acordos (“entre os interlocutores sociais”, di a norma, sen que sexa doado tampouco determinar se iso se refire ós acordos de empresa ou a outros produtos da negociación, tales como acordos-marco). Díxose que, pese a que o art. 34.1 ET fala de 40 horas “de media”, o art. 34.2 ET só autoriza a distribución irregular ós convenios colectivos ou acordos de empresa, polo que en defecto deles, non caberá nin por pacto individual nin menos aínda pola vontade unilateral do empresario, unha distribución irregular semanal da xornada, que evite o máximo de 40 horas³⁹. No senso contrario, nembargantes, díxose tamén que “sorprende a vontade flexibilizadora en materia tan crítica para unha axeitada ordenación do tempo de traballo dende unha perspectiva de distribución do traballo dispoñible, autorizando agora a súa dispoñibilidade polas propias partes da relación de traballo –nin sequera baixo o control da autonomía colectiva–, sen que tampouco se poña ningún límite de carácter obxectivo ou circunstancial vinculado ás necesidades productivas da empresa”⁴⁰. E é o certo que, pese á equívoca referencia comunitaria e nacional ós convenios colectivos e acordos, tida conta do carácter xenérico do art. 34.1 ET, no referente á distribución da xornada segundo o parámetro anual, resulta difícil negar á autonomía privada a posibilidade dunha distribución irregular a falla de norma convencional de referencia.

En todo caso, se se compara a norma comunitaria coa interna española, chama a atención o aparente límite semanal do art. 6 da Directiva (con permiso, en todo caso, do art. 16.b que permite un período de referencia de ata 4 meses e do art. 19 que confusamente o alonga ata 12 meses) tida conta da tan reiterada tendencia á flexibilidade e, en certa medida, á xeneralización do cómputo anual, especificamente adoptado no noso art. 34.1 ET. Díxose, por esto, que a regulación do art. 34 ET referida á media anual non responde ó descrito na Directiva e que polo tanto pode afirmarse que a dispoñibilidade de distribución e fixación da xornada mediante o período de referencia do ano pode chocar coas regras mínimas de ordenación do tempo de traballo deseñado pola Directiva⁴¹. Pero probablemente non exista contradición entre a norma interna e a comunitaria, a vista da permisividade do xogo de excepcións que esta permite, e ó máis pódese falar, co outro sector doutrinal, da opción “maximalista” da nosa lexislación que, no lugar de incorporala vía intermedia da Directiva, permite que o tempo de traballo quede nas mans do empresario e

39 FERRANDO, *op. cit.*, páx. 2035, nota 45.

40 PRADOS, “El tiempo de trabajo...” *cit.*, páx. 136.

41 MERINO SENOVILLA, *op. cit.*, páx. 277.

representantes dos traballadores na empresa⁴², aínda que, xusto é dicilo, sempre co respecto dos distintos descansos mínimos indispoñíbeis.

3.2. Descanso intraxornada

A comparación entre o art. 4 da Directiva e o art. 34.4 ET evidencia a máis perfecta sinerxía entre ambos dous. O primeiro establece a necesidade de facer unha “pausa de descanso” cando o traballo diario é superior a seis horas, deixando a súa duración ós produtos da negociación colectiva e no seu defecto ás lexislacións nacionais, e o segundo procede a concretar esa duración nun mínimo de 15 minutos, que non serán considerados traballo efectivo salvo pacto. O que ó noso xuízo veñen a significar os devanditos preceptos é sinxelamente a imposibilidade legal de traballar máis de seis horas seguidas, dunha banda, e a duración mínima da interrupción do traballo, doutra, e, xa que logo, a obrigatoriedade de respectar o descanso mínimo e que tal descanso será continuado (do que xa se falaba no noso ámbito desde a antiga STS 18 outubro 1967, Ar. 5466), e é a obriga do Estado a adoptar as medidas necesarias para o cumprimento destes extremos.

A influencia da norma comunitaria na lexislación interna é fácil de detectar non só pola similitude literal de ambos dous, senón tamén pola desaparición na segunda da anterior referencia á distinción entre xornadas continuadas e xornadas partidas⁴³, -que por certo, recupérase agora na nosa lexislación para o traballo a tempo parcial, art. 12.4.b ET-. Da mesma maneira pódese indicar a desaparición da referencia ó “horario flexible”, do que o *tronco común*⁴⁴ se axustara a esta regulación do descanso intraxornada.

3.3. Descanso inter xornadas

O descanso diario e o descanso interxornadas debe ter unha duración máxima, segundo o art. 3 da Directiva, de “once horas consecutivas no curso de cada período de vinte e catro horas”. Neste punto a nosa lexislación interna leva vantaxe desde fai anos, no que o descanso mínimo inter xornadas é de 12 horas (art. 34.3 ET), sen prexuízo das excepcións establecidas pola vía do RD 1561/1995, e que a Directiva pola súa banda autoriza no seu fenomenal elenco de excepcións. O que non deixa de ser certo é que a norma española resulta máis xenérica e menos comprometida (GARCÍA NINET, 26), ben que nambolosdous casos configúrase un verdadeiro descanso mínimo entre xornadas de traballo, que actúa ademais coma límite para a duración máxima da xornada efectiva de traballo (art. 34.3, 2º parágrafo ET).

Pero suscita máis problemas cómo debe realizarse o cómputo dese descanso inter xornadas, e concretamente si o intre *a quo* dese cómputo vai ser o fin da

42 GARCÍA BLASCO, *op. cit.*, pág. 308.

43 GARCÍA NINET, *op. cit.*, pág. 37.

44 BORRAJO DACRUZ, E., “Horario flexible”, en AA.VV. *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los trabajadores*, tomo VII, *Las jornadas de trabajo*, Edersa, Madrid 1982, pág. 235.

xornada ordinaria, ou o fin do tempo de traballo, sumado polo tanto o ordinario e o extraordinario. Polo pronto unha cousa é clara na Directiva, que se refire a horas de “descanso” e non polo tanto a horas de non traballo efectivo, e debe así inspirar a interpretación da lexislación interna: as horas deben ser de descanso e non de mera interrupción de actividades, o que desde logo afecta á distinción entre tempo de traballo e tempo de presenza –irrelevante para este caso– e con moita menos seguridade, ós casos nos que se interrompen as actividades nunha empresa para pasar a outra ou a actividades autónomas⁴⁵.

Por outra banda, a Directiva refírese a “cada período de vintecatro horas”, o que induce a pensar que o descanso debe medirse tomando coma intre inicial do cómputo o comezo da xornada ordinaria e como intre final o termo das horas de descanso –logo coas 11 mínimas da Directiva quedarían 13 horas dispoñibles para traballo efectivo ordinario, extraordinario e descanso intraxornadas–. Este é, xa que logo, un límite de rigoroso dereito necesario e tal vez tamén, na nosa lexislación, o relativo ó período de vintecatro horas, o que significa a posibilidade de traballar cada xornada un máximo de 12 horas, sumados tempos ordinarios, extraordinarios e de descanso intraxornada, porque se non, como vaise ollar máis abaixo, no tratamento da delimitación do traballo extraordinario, pódense facer ilusorios os límites do descanso inter xornadas.

4. O traballo efectivo e a súa delimitación

Falando dos anteriores tempos de traballo e de descanso omitimos, deliberadamente, referinos ó concepto de tempo de traballo efectivo, salvo puntualmente, porque podería chegar a ofusca-lo razoamento de base e porque consideramos que é tal a súa importancia que merece un tratamento separado.

A Directiva, no seu art. 2.1 e 2.2 límitase a definir *tempo de traballo*, no que o traballador “permaneza no traballo, ó dispor do empregador e en exercicio da súa actividade o das súas funcións” e *período de descanso*, dando por toda explicación a de ser “todo período que non sexa de traballo”. Tan inconcretos termos son algo matizados –aínda que non de forma suficiente– pola nosa lexislación nacional (a salvo o relativo ós transportes no RD 1561/1995), o art. 34.4 da cal considera que, salvo pacto, o tempo de descanso intraxornada non é tempo de traballo efectivo, e o art. 34.5 da cal establece que “o tempo de traballo computarase de modo que tanto ó comezo como o fin da xornada diaria o traballador se atope no seu posto de traballo”.

A problemática que suscitan estas distincións, con ignorancia dun tempo de presenza ou de dispor no que, pese a non poder dispor libremente del o traballador, puidera non ser considerado de traballo, non é unha problemática de retribución dese tempo “intermedio”, como puidera parecer a primeira ollada –aínda que iso é salvable mediante pacto–, senón de consideración ós efectos dos límites de xornada,

45 GARCÍA NINET, *op. cit.*, páx. 27.

pois enténdese facilmente que supón, no cómputo anual establecido, un considerable número de horas que poden facer variar moito os límites reais da xornada.

O describiu con bastante acerto o informe dos expertos da Unión Europea explicando que a oposición binaria entre tempo de traballo e tempo de descanso leva en principio a ignorar a inactividade no traballo. Esta consecuencia resulta favorable para o asalariado e non para o empregador e a Directiva trata de reducir o seu alcance. De feito, nela o tempo de traballo non se define simplemente coma “período durante o cal o traballador permanece (...) ó dispor do empregador”; se require ademais que o traballador atópese “traballando”, “no exercicio da súa actividade ou das súas funcións” (art. 2.1). O cal da pé para cualificar coma tempo libre un tempo no que o asalariado está obrigado a permanecer ó dispor do empregador. A aparición de semellante quimera nas nosas leis revela a incapacidade do tempo a manterse coma única unidade de medida do traballo, así coma a desaparición da fronteira entre o tempo libre e o tempo de traballo⁴⁶. Ni que dicir ten que este efecto é en todo caso prexudicial para o traballador, desde o punto de vista das súas condicións de traballo.

A nova ordenación, xa que logo, viría a por o seu til, en coherencia co seu parámetro anual de xornada e o seu cómputo por horas, no cómputo hora a hora do que sexa tempo de traballo efectivo, axustando as horas de traballo ós momentos nos que se preveña que a actividade da empresa así o vai requirir e evitando ás empresas os tempos mortos. Esas horas de traballo efectivo, por outra banda, remiten a un concepto xurídico indeterminado que segundo algunhas opinións hai que interpretar para cada sector, para cada empresa e incluso para cada grupo de traballadores, e que pode ser cambiante⁴⁷.

Existe pois, como tamén afirmou a doutrina, unha diferenza entre a xornada de traballo, que é o tempo total de realización da prestación laboral debida, e o horario, que é a colocación no espazo temporal desa xornada⁴⁸, e é unha diferenza que pasou de operar a favor do traballador a operar na súa contra, a través desa ignorancia, especialmente no nivel comunitario, do terceiro tempo no que o traballador, pese a non estar “no exercicio das súas actividades”, non disfruta dun “período de descanso”.

Nembargantes, esta último efecto tense corrixido ultimamente pola xurisprudencia comunitaria, cando se fixa especialmente no tempo de atención continuada ou gardas de presenza física do persoal sanitario, tempo sobre o cal tense pronunciado o seu carácter de tempo de traballo na súa totalidade (Auto TJCE, 3 xullo 2001, asunto CIG; STJCE 3 outubro 2000, asunto Simap; STJCE 9 setembro 2003, asunto Jaeger)⁴⁹.

46 COMUNIDADE EUROPEA, *op. cit.*, páx. 62.

47 GARCÍA NINET, *op. cit.*, páx. 23.

48 GARCÍA BLASCO, *op. cit.*, páx. 307.

49 Sobre o tema, vid., MARTÍNEZ YAÑEZ, *op. cit.*, *passim*.

5. Ritmos de traballo

Aínda que, como se observou, a expresión “ritmos de traballo” pode utilizarse coma sinónimo de “sistemas de traballo”, e nela, polo tanto, cabe a organización do traballo en xornada continuada, partida ou especialmente en traballo a quendas, caso en que a Directiva permite por exemplo no segundo parágrafo do seu art. 5 a redución do descanso semanal a 24 horas; posibilidade recollida polo noso ordenamento, para o traballo a quendas, no art. 36.3 ET e no RD 1561/1995, a súa utilización específica no art. 13 da Directiva refírese máis ben a aquela clase de traballo que polo seu carácter monótono e compasado ou repetitivo poden presentar riscos específicos para a seguridade e a saúde⁵⁰.

A transposición desta norma comunitaria á lexislación interna no art. 36.5 ET é tan literal e por iso tan xenérica que recibiu a crítica unánime da doutrina, ata o punto de considerala un precepto inaplicable. O que na norma comunitaria se ocupa de encargar ós Estados membros, ter en conta “o principio xeral de adecuación do traballo á persoa” co obxecto de atenuar o traballo monótono, especificamente no que se refire ás pausas durante o tempo do traballo, trasponse exactamente coa mesma literalidade no ET, coa única diferenza de que o lexislador español encarga esas cautelas ó empregador, acaso o que menos interese ten –e iso é explicable– na súa adopción, e o fai ademais de modo tan abstracto coma na Directiva. De aí que dubidárase de que o Estado Español cumpra a transposición con esa simple remisión ó empregador⁵¹, dada a ambigüidade do art. 36.5 ET, que lembra conceptos “máis propios de declaracións xenéricas e programáticas que mandatos específicos dos que xurdan conductas e obrigacións concretas” susceptibles de mención⁵². Segundo outros autores, trátase dun precepto abstracto “a posta en práctica do cal require tanto a adopción de medidas concretas polos empregadores como dunha incisiva e ampla tradución en medidas operativas mediante a negociación colectiva e dos órganos empresariais encargados de velar pola seguridade e saúde... Trátase, en síntese, de converter en obrigatorio o principio de adaptación do traballo á persoa”⁵³.

En fin, compre sinalar que o art. 36.5 pretende non só cumprir co mandato comunitario do art. 13 da Directiva, senón tamén co art. 6.2.d da Directiva marco 89/391. Tense ollado como antecedente destes mandatos no noso dereito interno, antes do precepto comentado, o art. 123 (anterior art. 93) LGSS, dado que del pode deducirse que si un accidente laboral ou enfermidade profesional trae a súa causa nun incumprimento do principio de adaptación do traballo á persoa, imponse ó

50 MURCIA CLAVERÍA, A., “Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo”, en AA.VV. (dir. Valdés), *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid 1994, páx. 309.

51 GARCÍA NINET, *op. cit.*, páx. 96.

52 PRÁDOS DE REYES, “La ordenación del tiempo...” *cit.*, páx. 31.

53 RIVERO, *op. cit.*, páx. 61.

empregador un recargo nas prestacións⁵⁴. Logo chegaría, co ese mesmo obxecto, o art. 15.1.d Lei 31/1995, de 8 novembro, de Prevención de Riscos Laborais.

6. O tempo de traballo extraordinario

Do tempo de traballo extraordinario témonos ocupado xa, páxinas atrás, tratando o límite da xornada prescrito no art. 6 da Directiva e no art. 34.1 ET. Díxose alí, no terreo da opinión, que tal vez a opción comunitaria de limitar conxuntamente e sen diferenciarlos, os tempos de traballo ordinario e extraordinario, poñendo simplemente un tope horario semanal global, obedecía á intención de achegar amboledous tempos de traballo, de relativizar as súas diferencias.

É agora o momento de ofrecer, ademais dos exemplos xa propostos alí para xustificar esta opinión (a igualdade retributiva das horas extraordinarias e ordinarias, a posibilidade de compensar as extraordinarias con descansos sen que computen para o tope máximo anual e por tanto tratándoas coma ordinarias) unha explicación sobre iso. E esta explicación pode estar, alomenos nalguna medida, na complexidade da materia do tempo de traballo en xeral e da súa medición e distinción en particular, porque, segundo se ten observado, existe unha notable diverxencia entre o dato formal e o dato real, ó que debe engadirse o aumento das xornadas reais nos derradeiros anos, fenómeno que con razón acusouse de paradoxal. Segundo poñen de releve os datos oficiais, estímase que a xornada laboral e as horas extraordinarias incrementáronse ininterrompidamente dende 1993.

O transfundo de todo isto pode estar, a súa vez, na dificultade de medir o traballo extraordinario, ou, por mellor dicir, de probalo, porta permanentemente aberta ó fraude e pola que moitos traballadores que realmente fan horas extraordinarias respectan formalmente os límites da xornada ordinaria facendo moi difícil a persecución da conducta empresarial e ata a avaliación da súa transcendencia cuantitativa e cualitativa. Queda así establecido o problema da delimitación do tempo de traballo extraordinario, que perdeu todo signo de identidade respecto á urxencia, imprevisibilidade e aínda diferenza retributiva có ordinario, difuminándose así a clasificación do tempo de traballo en ordinario e extraordinario por mor da flexibilidade e dispoñibilidade.

En fin, neste punto a Directiva non ven precisamente a limitar a posibilidade de traballo extraordinario, porque –aínda que se fagan as contas con excesiva simplificación, dado que descontando os 30 días de vacacións e as 14 festas a xornada máxima anual é de 1826 horas e varias decenas de minutos–, as 48 horas semanais do seu art. 6, incluídas as extraordinarias, si existen 47 semanas laborais, suporían no noso ordenamento, a 40 horas cada unha, 1880 horas o ano, e 2256 horas a 48, xa que logo o límite máximo posible en función da Directiva e moi superior ó de 80 horas o ano que establece o noso art. 35.2 ET, excepción feita do asunto da súa compensación por descansos.

54 MURCIA CLAVERÍA, *op. cit.*, pág. 317.

6.1. A delimitación do tempo de traballo extraordinario

Coa feble referencia ó traballo extraordinario da Directiva, e en especial coa súa agrupación ó traballo ordinario ós efectos dos límites de xornada, os criterios para cualificar ou identificar o traballo extraordinario quedan reservados no noso ordenamento á distribución da xornada ó longo do ano⁵⁵.

A Directiva, por outra parte permite aínda prescindir dos límites que establece no seu art. 6 e realizar traballo por riba das 48 horas –traballo que parece razoable considerar que será en todo caso extraordinario, posto que o “ordinario” no sentido lato son as 48 horas do art. 6– mediante os mecanismos establecidos no seu art. 18.1.b.i, segundo o cal cabe exceder aquel límite si se obtén o consentimento do traballador, o empresario leva rexistros actualizados dos traballadores que efectúen este tipo de traballo, ó dispor das autoridades e facilite ademais a estas información sobre o consentimento dado polos traballadores, para efectuar ese traballo por riba dos límites normais, que por certo neste punto remítense xa directamente ó cómputo en catro meses do art. 16.b e non ó máis taxativo cómputo semanal do art. 6, que queda así practicamente desmentido.

Ben está outorgar toda a importancia, neste punto, ó consentimento dado libremente polo traballador, aínda que cabe preguntarse se por unha parte existen mecanismos efectivos para o control dese consentimento libre e se, por outra, o control das horas realizadas por riba da xornada máxima normal, pese á esixencia de rexistro –que polo demais foi tradicional e non evitou os problemas máis enriba reseñados– non suscita idénticos problemas de proba que os que sempre houbera na materia do tempo de traballo extraordinario.

A estes problemas haberá que achegar o da coordinación, entón, dese traballo “extraordinario” cos límites en materia de descanso, en particular o descanso inter xornadas, sobre todo no referido a se –como se expuxo xa *supra*– o cómputo dese descanso mínimo ten que facerse en cada período de 24 horas –o que reduce as posibilidades de utilización dese traballo extraordinario ou ben sinxelamente debe realizarse desde que se remata a xornada, ben sexa ordinaria, extraordinaria ou a prolongada conforme o mecanismo do art. 22.1 (antigo art. 18.1.b.i) da Directiva. Se non se quere que os límites o tempo de traballo resulten ilusorios, convén adoptar entón o cómputo por cada período de 24 horas, rematando, polo tanto, que non pode dispoñerse dunha xornada diaria de máis de 12 horas no noso ordenamento, no que o descanso mínimo é tamén de 12, a salvo situacións especiais de imposibilidade manifesta de disfrutar do descanso transcorridas as 12 horas de xornada (vgr. remate de viaxe de servizo que se alonga máis aló), caso no que será desde ese remate da xornada desde o que se computen as 12 horas de descanso, pero sen que na xornada subseguinte pódase esixir de novo o alongamento, senón máis ben a compensación do exceso de horas transcorrido na anterior.

55 Cfr. GARCÍA BLASCO, *op. cit.*, páx. 311.

Existe, con todo, no noso ordenamento, un suposto excepcional de xornada aumentada polo imperativo da Lei que non ten o tratamento –ós efectos dos límites– das horas extraordinarias. Trátase das chamadas “horas de forza maior”, para previr danos e accidentes extraordinarios ou de urxente reparación (art. 35.3 ET). Sobre elas díxose que, tratándose dun suposto excepcional, debe interpretarse no senso restrictivo, de modo que non pode estenderse o seu réxime a supostos de avarías extraordinarias (ós que cabe achegar outros tais coma falta de materias primas, ou de forza motriz) ou outros coma os cambios de quenda sen posibilidade de substitución inmediata. A razón de traer aquí este tipo de tempo de traballo é que a Directiva establece unha excepción á aplicación do relativo ó descanso diario e o descanso semanal “para as actividades que requiran un traballo por quendas, cando o traballador cambie de equipo e non poda disfrutar dos períodos de descanso diario e/ou semanal entre o final dun equipo e o comezo do seguinte” (art. 17.4). Este tipo de horas de traballo, que no noso ordenamento non pasan de ser, na opinión da doutrina maioritaria horas extraordinarias estruturais, e polo tanto sometidas ós límites do tempo de traballo, atoparíanse, nembargantes, por esta vía do art. 17.4 da Directiva no suposto de horas de forza maior, tida conta que o devandito precepto permite, para eses casos, saltarse os límites de descanso diario e semanal establecidos⁵⁶ (FERRANDO, 2321).

6.2. A notable falta de prescricións sobre o tempo de traballo extraordinario

Probablemente o que máis chame a atención no tratamento do tempo de traballo extraordinario na Directiva sexa precisamente a súa ausencia, e dicir, a escaseza de referencia a ese tempo de traballo, especialmente si se compara coa nosa lexislación interna, que dedica un longo artigo de 5 puntos exclusivamente á regulación das horas extraordinarias (art. 35 ET).

O certo é que despois da referencia ó tempo extraordinario de traballo do art. 6 da Directiva, as razóns da cal non imos reiterar outra vez, non se atopa ningunha outra referencia explícita as horas extraordinarias e, en canto ás implícitas, tal vez pouco máis que a do art. 22 sobre excepción ós límites de traballo do art. 6 con consentimento do traballador que xa analizamos máis enriba e que parece en todo caso como querer evitar a referencia directa ó tempo extraordinario.

Outra que puidera citarse coma real pero que non existe no texto, é a relativa o traballo nocturno, dado que o art. 8 da Directiva –salvando as excepcións contidas no art. 17– esixe que “o tempo de traballo normal dos traballadores nocturnos non exceda de oito horas coma media por cada período de 24 horas”, tempo de traballo “normal” que, nembargantes, non debe ser entendido coma “ordinario”, senón que nel entenderase incluído tamén o extraordinario, tida conta de toda outra referencia a el no precepto e dado que a Exposición de Motivos da Directiva a xustifica, entre outras razóns “considerando que procede limitar a duración do traballo nocturno, con inclusión das horas extraordinarias”. Así o entendeu o lexislador

56 FERRANDO, *op. cit.*, páx. 2321.

español, que introduce no art. 36.1 ET a prohibición de facer horas extraordinarias ós traballadores nocturnos, se ben debe sinalarse que, ademais das posibles excepcións, autorizadas pola Directiva e amparadas polo RD 1561/1995, a norma estatutaria establece o máximo de xornada nocturna “nun período de referencia de quince días” (art. 36.1 ET), discordando neste punto da Directiva, que parece pretender coma período de referencia o día a día, e dicir as 24 horas que cita⁵⁷, aínda que esto non parece posible, pois a Directiva falta de “oito horas como media”, e non pode atoparse media algunha se non tomamos alomenos dúas xornadas que promediar, quedando desta maneira invalidada, ou ben a medida, ou ben as 24 horas, o que, ollado o ton flexible e permisivo en xeral da norma, leva a inclinarse por considerar o período das 24 horas como dispoñible. Por outra banda, ademais, a regulación española resulta máis favorable en canto exclúe absolutamente a realización de horas extraordinarias ós traballadores nocturnos, sen que sexa posible manter a interpretación da lexislación anterior, que prohibía só as horas extraordinarias realizadas no período nocturno, aínda que non as realizadas antes ou despois deste⁵⁸.

7. O traballo nocturno

A proxección da Directiva na redacción do art. 36 é moi fiel. Tanto as definicións do período nocturno e de traballador nocturno (arts. 2.3 y 2.4), coma as limitacións á xornada nocturna, o relativo á prevención e seguridade e saúde no traballo nocturno e as garantías para o traballo nocturno (art. 8 a 12) da Directiva, ten unha translación máis ou menos directa –coas matizacións que se describirán– no noso art. 36 ET. Mesmo díxose que forzou unha reconsideración na regulación de este traballo, principalmente baseada na diferenza, antes inexistente, entre os dous conceptos de traballo nocturno e traballador nocturno; o novedoso tratamento do seu sistema retributivo e o igualmente novo tratamento da limitación do tempo de traballo e da saúde laboral dos traballadores nocturnos⁵⁹.

Segundo o art. 2.3 da Directiva, é período nocturno “todo período non inferior a sete horas, definido pola lexislación nacional, e que deberá incluír, no seu caso, o intervalo comprendido entre as 24 horas e as 5 horas”. Pola súa banda, o art. 36 define coma período nocturno o comprendido entre as 10 da noite e as 6 da mañá, cumprindo así, tanto o mandato comunitario de conter alomenos sete horas (son oito as do noso período), coma o de conter nelas o período entre as 24 e as 5.

A referencia ó período “non inferior a sete horas” interpretouse en ocasións como esixencia para a configuración do período, de modo que, segundo esta opinión, un traballo realizado durante o período sinalado como de noite, que non alcance unha duración igual ou superior a sete horas consecutivas, non tería a consideración comunitaria de traballo nocturno, o que se aparta sensiblemente da nosa

57 GARCÍA NINET, *op. cit.*, páx. 80.

58 RIVERO, *op. cit.*, páx. 31.

59 ALFONSO MELLADO / GARCÍA ORTEGA, *op. cit.*, páx. 67.

lexislación nacional⁶⁰. Trátase, quizais, dunha interpretación demasiado ríxida e literal do texto comunitario, no que o tempo mínimo e o seu carácter consecutivo non se refiren, ó noso xuízo, propiamente á súa necesariedade para a consideración da xornada como nocturna, senón que se definen no “espacio temporal no que o traballo é nocturno”, independentemente de que dentro del, a xornada poida ser inferior ou partida. Neste senso, creemos, garda coherencia a definición do período nocturno coa de traballador nocturno.

Neste período, de acordo co art. 8.a da Directiva, “o tempo de traballo normal dos traballadores nocturnos non debe exceder de oito horas, como media, por cada período de vintecatro horas”. E segundo o art. 36.1 ET, “a xornada de traballo dos traballadores nocturnos non poderá exceder de oito horas diarias de media, nun período de referencia de quince días”. Xa se explicou máis por enriba que o período “normal” da Directiva non debe equipararse a ordinario, senón que é un límite absoluto (é dicir, en hipótese, tanto ordinario coma extraordinario) ó tempo de traballo nocturno, o que garda coherencia entón co feito de que a nosa lexislación establece o mesmo tope de xornada e prohiba sen máis as horas extraordinarias neste tempo de traballo (art. 36.1 ET). Explicouse tamén que pese á referencia comunitaria á “media por cada período de 24 horas”, dita media non é posible se non se toma un período maior –para face-la media necesítase alomenos dúas xornadas que promediar- e polo tanto non pode considerarse inválido o período de referencia de 15 días que ofrece o noso lexislador interno (art. 36.1 ET)⁶¹, o que por outra banda vese confirmado polo art. 16.c da Directiva, que remite á lexislación interna –ou ás normas autónomas- a fixación do período de referencia aplicable á delimitación de xornada do período nocturno.

O que pódese dicir, polo tanto, é que na limitación de xornada ós traballadores nocturnos estanse a seguir tamén as pautas comunitarias da Directiva, garantindo incluso o lexislador español un período nocturno máis amplo que o mínimo establecido no art. 2.3 da Directiva o que, como é lóxico, non supón o seu incumprimento senón máis ben ó contrario, mantemento das condicións máis favorables, como permite –e aínda que non o fixera- o art. 15 da propia Directiva⁶².

Sobre a posibilidade ou non de realizar horas extraordinarias no período nocturno, e aínda que a Directiva non se pronuncia expresamente, tratouse xa, no apartado relativo á *notable falta de prescricións sobre o tempo de traballo extraordinario*, de modo que débese reiterar todo o dito alí, sobre a inclusión tácita das horas extraordinarias no tope de xornada nocturna, en virtude da referencia da Exposición de Motivos da Directiva 93/104 a “limitar a duración de traballo nocturno, coa

60 FERNÁNDEZ MARCOS, *op. cit.*, páx. 49.

61 Cfr. GARCÍA NINET, *op. cit.*, páx. 80.

62 MURCIA CLAVERÍA, *op. cit.*, páx. 295 e 298.

inclusión das horas extraordinarias”⁶³. En calquera caso, e dado o pronunciamento prohibitivo claro neste senso do noso art. 36.1 ET (coas excepcións que permite o RD 1561/1995), pódese considerar que tamén neste punto a normativa interna é máis favorable ca comunitaria.

En fin, entre outros temas que puideran tratarse na Directiva, pero nos que esta elixiu a súa omisión, pódese citar o relativo á “prohibición específica do traballo nocturno das mulleres, que constituía unha forma discriminatoria de conservación do tempo da familia. Tendo declarado a sentenza Stoeckerl, asunto C-345-89 dita prohibición non conforme o dereito comunitario, sería conveniente retomar a cuestión en toda a súa amplitude a esa mesma escala comunitaria, sobre a base dun *igual dereito de homes e mulleres a unha vida privada e familiar*. Este dereito implica evidentemente unha limitación para ambos sexos do traballo nocturno. En cambio, a Directiva considera o traballo nocturno tan só desde a perspectiva da tutela da saúde e seguridade”⁶⁴.

Con todo, as maiores novidades que a Directiva introduce en materia de traballo nocturno son as relativas ás “avaliacións de saúde” previas e a intervalos regulares para o traballador nocturno e o dereito deste a ser *transferido a un traballo de día*⁶⁵ que, por iso, van a tratarse por separado.

7.1. O concepto de traballador nocturno

Díxose xa que un dos puntos nos que a nosa lexislación incorpora con maior claridade a Directiva comunitaria é o da diferenza dos conceptos de traballo nocturno e traballador nocturno⁶⁶, e especificamente a definición deste último. A Directiva o define como “todo traballador que realice durante o período nocturno unha parte non inferior a tres horas do seu tempo de traballo diario” por unha banda e por outra como “todo traballador que poida realizar durante o período nocturno determinada parte do seu tempo de traballo anual”, definida ben pola lexislación ou pola negociación colectiva sectorial (art. 2.4.a y b Directiva).

A nosa lexislación, incorpora esta definición coas especificidades necesarias⁶⁷; en concreto, especificando que é traballador nocturno, en canto ó período anual quen “se prevea que pode realizar en tal período unha parte non inferior a un tercio da súa xornada de traballo anual” (art. 36.1 ET).

O aspecto máis salientable no que se produce a eficacia do concepto de traballador nocturno é no da avaliación e vixilancia da súa seguridade e saúde, as

63 MURCIA, *op. cit.*, páx. 300.

64 COMUNIDADE EUROPEA, *op. cit.*, páx. 83.

65 FERNÁNDEZ MARCOS, *op. cit.*, páx. 50, nota 16.

66 PRADOS, “La ordenación...”, *op. cit.*, páx. 26.

67 ALFONSO MELLADO / GARCÍA ORTEGA, *op. cit.*, páx. 68.

esixencias da cal non se aplican só a quen realiza en plenitude o traballo nocturno, senón tamén a quen resultan, conforme ás definicións descritas, traballadores nocturnos (arts. 9 a 11 da Directiva e art. 36.4 ET), sen que se comprenda ben o alcance do art. 8.b da Directiva cando ordena que “os traballadores nocturnos o traballo dos cales implique riscos especiais ou tensións físicas ou mentais importantes non traballen máis de oito horas no curso dun período de vintecatro horas durante o cal realicen un traballo nocturno”. En realidade, este precepto difire do art. 8.a, no que se establece o tope de xornada do traballo nocturno, unicamente na eliminación da referencia á “media”, o que cabería entender, en concordancia coa explicación que se deu máis por enriba sobre ela, como esixencia de que nestes casos se respecte estrictamente e día a día ese tope, sen período de referencia algún, e na mención a que no período de 24 horas “realicen un traballo nocturno”, de incerta interpretación por canto se ben parece indicar que este límite se aplicará, nestes casos de traballos especialmente arriscados, aínda cando non se realice toda a xornada no período nocturno, senón que bastará con que se realicen tres horas (por iso son traballadores nocturnos); esta interpretación pode ser dubidosa dado que se refire ó período de 24 horas “durante o cal realicen un traballo nocturno”, o que podería entenderse que pretende limitar esa imposibilidade de cómputo promediado só ós casos en que en esa xornada diaria completouse a xornada en período nocturno.

Por certo que a Directiva nada di sobre a retribución, nin do traballo nocturno nin dos traballadores nocturnos, aspecto polo tanto do que nada se dixo ata o de agora neste comentario. Nembargantes, na glosa da lexislación interna, algún autor sinalou que “existe unha clara diferenciación entre a retribución do traballador nocturno e os conceptos que integren a mesma e a retribución (que pode ser tamén compensación por tempo de traballo) que especificamente se dispoña para o horario nocturno e, neste último caso, sexa cal for a condición que desde a perspectiva horaria ostente o traballador”⁶⁸. O art. 36.2 ET sinala a este respecto que “o traballo nocturno terá unha retribución específica que se determinará na negociación colectiva, salvo que o salario se establecera atendendo a que o traballo sexa nocturno pola súa propia natureza ou se acordara a compensación deste traballo por descansos”. En todo caso, este sistema retributivo débese ó lexislador español sen que se poda, neste punto, detectar influencia algunha da Directiva comentada.

7.2. As previsións sobre seguridade e saúde

Obedecendo o camiño de elaboración da Directiva, a materia de previsión da seguridade e saúde dos traballadores nocturnos ocupa a parte central da regulación deste tipo de traballo na Directiva.

O art. 36.4 ET reproduce o disposto no art. 12 da Directiva sobre a necesidade de que os traballadores nocturnos disfruten dun nivel de protección “adaptado á natureza do seu traballo”. Interesa destacar que segundo o art. 12.b, os servizos e medios de protección e prevención deben ser “equivalentes ós aplicables ós demais

68 PRADOS, “La ordenación...” *op. cit.*, páx. 28.

traballadores”, equivalencia que tivo ocasión de ser interpretada polos nosos órganos xurisdiccionais en invocación directa da norma comunitaria, sobre a que considérase así a posibilidade de que produza efecto directo, se ben o que se fai polo Tribunal que resolve o asunto de referencia (STSJ Cataluña 2 xullo 1996, Ar. 2891) é interpretar o art. 36.4 ET á luz da Directiva “do que aquel é práctica plasmación”. Pois ben, segundo a resolución xudicial, “tal precepto –mera transposición da Normativa comunitaria– non se refire a absoluta identidade ou correlación mimética e exacta entre os medios de asistencia e prevención que poden dispor uns traballadores e outros. O uso polo lexislador da expresión ‘equivalente’ introduce unha marxe de ponderación en función das circunstancias concorrentes”.

Entre as medidas que establece así mesmo a Directiva, dende un punto de vista xenérico, cabe resaltar o deber de información á Autoridade laboral se se recorre regularmente a traballadores nocturnos, deber que na Directiva, art. 11, se establece “a petición” das Autoridades e que nembargantes no noso Dereito interno –onde non existía un deber similar antes da transposición– se establece incondicionadamente, e dicir, en todo caso de recurso a este tipo de traballo: “o empresario que recorra regularmente á realización de traballo nocturno deberá informar diso á autoridade laboral” (art. 36.1 ET).

Pero a transposición da Directiva está lonxe de haber quedado reforzada, ou alomenos garantida por esa xeneralización do deber de información. En efecto, segundo viu a doutrina, a Lei non aclara nin cando se entende que o recurso ós traballadores nocturnos é regular, nin di con qué regularidade deberá informarse⁶⁹. En todo caso, debe terse presente que existe a posibilidade de sanción por infracción administrativa grave, nos termos do art. 47 (especialmente apdos. 2, 4, 7 e 21) e moi grave, art. 84.4 e 8 da Lei 31/1995, de Prevención de Riscos Laborais.

Algún autor ofreceu nembargantes criterios sobre o que deba considerarse o “recurso regular” ós traballadores nocturnos: “a expresión ‘recorrer regularmente’ debe entenderse no senso de utilizar o período nocturno de forma ordinaria para o desempeño do obxecto empresarial, quedando por tanto exentos de tal deber de informar os empresarios que excepcionalmente acudan á realización de traballo durante a noite”⁷⁰.

7.3. Avaliación da saúde

Tanto o art. 12 da Directiva que vense de comentar, como os seus arts. 9 e 10, en canto ó deseño da avaliación da saúde dos traballadores nocturnos (art. 9) como as garantías a establecer cando o traballo nocturno implique un risco para a seguridade e saúde (art. 10), e así tamén a súa transposición ó Dereito interno, parecen, pola súa inconcreción, máis ben declaracións de principios que comprometen a moi pouco e a esixencia dos cales resulta difícil e dubidosa, como demostra a STSJ Cataluña 2 xullo 1996, Ar. 2891, reseñada tamén no apartado anterior.

69 GARCÍA NINET, *op. cit.*, páx. 79.

70 MURCIA CLAVERÍA, *op. cit.*, páx. 296, nota 6.

Ó máis que pode chegarse con estes textos normativos, é a recomendar ó empregador que efectúe, de conformidade tamén co art. 22 Lei de Prevención de Riscos Laborais, recoñecementos médicos ós seus traballadores nocturnos no intre do inicio da prestación de traballo e con posterioridade –permítase rebaixar o ton do discurso– “de cando en vez”, conservando a pertinente documentación (art. 23.1.d y concordantes da Lei de Prevención de riscos laborais).

7.4. Mobilidade a posto diúrno

O art. 9.1.b da Directiva, segundo o cal os Estados deben adoptar medidas para que “os traballadores nocturnos que padezan problemas de saúde, a relación dos cales coa prestación dun traballo nocturno estea recoñecida, sexan trasladados, cando iso sexa posible, a un traballo diúrno para o que sexan aptos”, foi case literalmente transcrito no noso art. 36.4 ET, sen que houbera antes ningún antecedente xeral neste senso, aínda que tense atopado un antecedente próximo no art. 196 LGSS⁷¹, que establece a prohibición “respecto á continuación do traballador no seu posto de traballo cando non se manteña a declaración de aptitude nos recoñecementos sucesivos”.

En todo caso, a xenericidade do precepto é tanta e en tantos sentidos que serán escasos os supostos no que sexa esixible a súa aplicación.

Por unha banda, pénsase que non parece esixirse que os problemas resulten obxectivos, nin que sexan presumiblemente definitivos, nin que fagan menor ou anulen a súa capacidade laboral, como esixe a normativa de Seguridade Social⁷². Tampouco basta que exista un posto de traballo diúrno, porque, como é lóxico, é preciso que o traballador sexa profesionalmente apto para el. Estímase, ademais, que en todo caso o cambio tería que practicarse de conformidade coas previsións dos arts. 39 e 41 ET, como así o confirma e ordena o art. 36.4 ET.

Ademais, ó remate, o traslado ó posto diúrno efectuarase “sempre que iso sexa posible”, previsión por certo non transcrita na nosa lexislación interna, de modo que diante da dificultade en determinar cando existe ou non esa posibilidade, parece difícil desprazar as regras comúns que poden levar á suspensión ou á extinción do contrato⁷³.

71 GARCÍA NINET, *op. cit.*, pág. 90.

72 GARCÍA NINET, *op. cit.*, pág. 92.

73 PRADOS, “El tiempo de trabajo...”, *op. cit.*, pág. 142.

8. O traballo en quendas

8.1. Noción

Aínda que a definición de traballo en quendas non aparecía con anterioridade na nosa lexislación, e a actual do art. 36.3 ET procede case literalmente da proposta polo art. 2.5 da Directiva⁷⁴, é o certo que non supón cambio algún en relación co que tradicionalmente entendeuse por traballo en quendas, ben que resulta ilustrativa.

O que si resulta novidoso son as previsións contidas no art. 36.3 e 4, que asumen, traspoñendo, certamente, a Directiva, que o traballo en quendas require tamén medidas específicas de seguridade e saúde. Por certo, que a lexislación española non traspón directamente a noción de “traballador en quendas”, si contida no art. 2.6 da Directiva, se ben a asume e ata acerta non facéndoo, pois correspondendo esa definición a “todo traballador o horario de traballo do cal se axuste a un réxime de traballo por quendas”, non parece –a diferenza do que sucede coas nocións de traballo nocturno e traballador nocturno– aportar ningunha especificidade en relación coas medidas a adoptar. Dito de outra maneira; así como existe traballo nocturno e existen traballadores nocturnos, pero existen tamén traballadores que prestando traballo nalgunhas horas nocturnas non son traballadores nocturnos, no traballo en quendas nembargantes, se está en quendas ou non se está, sen que sexa posible unha noción de traballo a quendas que participe “só un pouco” de esa forma de distribución do tempo de traballo.

En fin, parece que convén relacionar este tipo de traballo co concepto de “ritmo de traballo” que, como xa se dixera, na súa vertente obxectiva debe entenderse como sistema de traballo. En calquera caso, todo o que pode dicirse ó respecto sería reiterar o explicado no apartado correspondente, ó que remitimos polo de agora. Cabe achegar, tan só, que a lexislación interna no art. 36.3 ET incorpora o mandato comunitario sobre a necesidade de rotación co límite de permanencia en canto o quenda nocturno.

8.2. Vinculación coa regulación do traballo nocturno

Sendo as previsións de seguridade e saúde para os traballadores nocturnos as mesmas que para os traballadores en quendas na norma comunitaria e na nacional que a traspón⁷⁵, procede aquí remitir a canto aí se dixo. O que sorprende, á vista da extensión que se da no Capítulo 3 da Directiva, -titulado “Traballo nocturno. Traballo en quendas. Ritmo de traballo”- ós preceptos dedicados ó traballo nocturno, son as poucas referencias que se fan nembargantes ó traballo a quendas, que polo demais veñen case sempre referidas tamén ó primeiro.

74 GARCÍA NINET, *op. cit.*, páx. 86; ALFONSO / GARCÍA ORTEGA, *op. cit.*, páx. 64; MURCIA, *op. cit.*, páx. 308.

75 En realidade, menores na nacional, pois non afectan a aqueles as previsións sobre avaliación periódica da saúde e posibilidade de traslado a outro posto de traballo.

En efecto, aparte das definicións do traballo en quendas e traballador en quendas do art. 2.5 e 6 da Directiva, as únicas referencia que se atopan nela ó traballo en quendas son as do art. 12, sobre adapta-lo seu nivel de protección á natureza do seu traballo e concederlles servizos e medios de protección equivalentes –referencia conxunta co traballo nocturno–; as veladas, por razón das actividades a que se refiren (caracterizadas pola necesidade de garantir a continuidade do servizo, art. 17.2.1.c, etc.); a explícita do art. 17.2.3. sobre excepcións en materia de descanso diario e semanal cando o traballador cambie de quenda e non poida disfrutalos por enteiro e no remate, unha absolutamente breve referencia na Exposición de Motivos, tamén vencellada e común coa feita ós traballadores nocturnos.

Pode dicirse, xa que logo, que o único ó que obriga a norma comunitaria en canto ó traballo en quendas é a adapta-lo seu nivel de protección á natureza do seu traballo e concederlles servizos e medios de protección equivalentes ós dos demais traballadores, nos xenéricos e imprecisos termos nos que foran glosados xa para os traballadores nocturnos.

9. Os descansos

9.1. Descanso semanal

O descanso semanal mínimo será, segundo o art. 5 da Directiva, dun período mínimo de 24 horas, ás que se achegarán as once horas do descanso diario –aceptando a Recomendación nº 103, apdo.2 OIT⁷⁶, por cada período de 7 días. Pero, salvando outras excepcións máis particulares, o art. 16 da norma autoriza ós Estados a establecer para o seu cómputo un período de referencia “que non exceda de catorce días”.

Tidos en conta estes mandatos, é doado afirmar que o noso art. 37.1 ET, que establece “un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de ata 14 días, de día e medio ininterrompido” incorpora de todo xeito o mandato comunitario, facendo súa a máxima flexibilidade que permiten o xogo conxunto dos arts. 5 e 16.1 da Directiva⁷⁷.

Se algún extremo de esta norma suscita dúbidas, ou alomenos consecuencias merecedoras de explicación, é o relativo á posibilidade de acumulación do descanso semanal en períodos de ata 14 días. Se introduce así outro elemento de flexibilidade permitindo que o descanso semanal se faga en tres días por cada once de traballo, aproveitando o límite máximo comunitario⁷⁸. Ó poñerse este período de referencia bisemanal, o que permite a Directiva e asume o ordenamento interno é que non se recoñeza o disfrute efectivo do tempo de descanso nun período semanal, senón que este é mais simplemente o criterio para o seu devengo, pero non para

76 FERRANDO, *op. cit.*, páx. 2307.

77 ALFONSO MELLADO / GARCÍA ORTEGA, *op. cit.*, páx. 48; RIVERO, *op. cit.*, páx. 42.

78 GARCÍA BLASCO, *op. cit.*, páx. 309.

a súa esixibilidade, que pode quedar diferida a ese período máximo bisemanal, de modo que, como se dixo, pode entenderse que é posible traballar durante 11 días seguidos, sen descanso semanal, e disfrutar despois un período mínimo de 3 días de descanso, a salvo, coma en tódolos casos, das excepcións que pola vía regulamentaria do RD 1561/1995 poidan establecerse.

Outro dos extremos que merece comentario na materia de descanso semanal é o relativo ó texto do art. 5 da Directiva, segundo o cal, “o período mínimo de descanso o que se refire o parágrafo primeiro abrangue, en principio, o domingo”; texto que –aínda que, como é evidente, non pode atribuírse á influencia da Directiva– atópase tamén presente na nosa Lei, segundo a cal “como regra xeral, (o descanso semanal) comprenderá a tarde do sábado ou, no seu caso, a mañá do luns e o día completo do domingo” (art. 37.1 ET).

Pese a recoller esta referencia un senso común de tódolos ordenamentos nacionais⁷⁹, o recurso de anulación interposto contra a Directiva polo Reino Unido, que deu lugar á SXCE 12 novembro 1996 (213/1996, asunto C-84/1994), pedía subsidiariamente a anulación do parágrafo da Directiva que se transcribiu sobre o descanso dominical.

E é precisamente isto o único que acepta o Tribunal –xa se dixo máis por enriba que a sentenza era, falando polo chan, un “parto dos montes”–, sobre o que a doutrina salientou o seu senso “un pouco ridículo”, falando aínda, con máis franqueza, de “a bobada do descanso dominical”⁸⁰.

O certo é que por toda argumentación, a aceptación do recurso do Reino Unido se limita a que “o Consello non logrou explicar por qué o domingo, como día de descanso semanal, ten unha relación máis importante coa saúde e a seguridade dos traballadores que outro día da semana. Nestas circunstancias, procede estimar a pretensión subsidiaria do Goberno demandante e anular o parágrafo segundo do art. 5 da Directiva, que pode desligarse das demais disposicións da Directiva (fdto. 37).

Aparte do certamente excesivo feito de ocupar a tan Alto Tribunal no tan baixo contido, cabe dicir que, visto o inseguro amarre da Directiva na materia de seguridade e saúde, segundo se argumentou, pouco custará ó Tribunal, por exemplo, igual que se esforzou en atopar a vinculación coa seguridade e saúde do resto dos contidos da Directiva, atopar tamén algunha para este, vgr. sobre a conexión sociolóxica do descanso dominical coa saúde dos traballadores ou outra máis o menos peregrina.

O feito certo, con todo, é que a Directiva non obriga a incluír na lexislación ningunha preferencia para o descanso dominical.

79 FERRANDO, *op. cit.*, páx. 2306.

80 ALONSO OLEA, *op. cit.*, páx. 193 e 200.

9.2. Vacacións

O art. 7 da Directiva esixe o establecemento dun “período de alomenos catro semanas de vacacións anuais retribuídas, de conformidade coas condicións de obtención e concesión establecidas” nos Estados membros; período que “non poderá ser substituído por unha compensación financeira, agás no caso de conclusión da relación laboral”.

Parece xa que logo que a Unión Europea establece un período vacacional mínimo de 28 días, que –sen que outra cousa se especifique– serán días naturais, podendo comprender, polo tanto, en principio, días laborables e non laborables⁸¹ e festivos.

Supera unha vez máis a nosa lexislación á comunitaria, establecendo o mínimo en 30 días naturais e coa mesma esixencia de non compensación económica, nun réxime xurídico conformado polo art. 38 ET e o Convenio nº 132 OIT, que cun interesante proceso de “erosión e sedimentación”⁸² constitúe unha moi aceptable regulación do instituto vacacional no noso país.

81 FERRANDO, *op. cit.*, páx. 2309.

82 RABANAL CARBAJO, P., “Teoría jurídica sobre vacaciones”, DL nº 62, 2000, *passim*.



A ORDENACIÓN DO TEMPO DE TRABALHO

CAPÍTULO SEGUNDO:
XORNADA NORMAL DE TRABALHO.
A SÚA DETERMINACIÓN



XORNADA NORMAL DE TRABALLO: A SÚA DETERMINACIÓN

A expresión “xornada de traballo” designa o período de tempo que, diaria, semanal ou anualmente, segundo a pauta que se utilice para computalo, o traballador está obrigado, en execución do contrato de traballo, a poñer a disposición do empresario a actividade laboral comprometida. Pero, como declarou a xurisprudencia, non é un termo unívoco. Na súa concepción xurídica-laboral estricte equivale ó tempo de servizos efectivamente prestados polo traballador como pago da súa débeda de actividade. En cambio dende unha concepción máis sociolóxica asimilase ó tempo de presenza física do traballador no centro do traballo¹.

A ordenación do tempo de traballo foi dende as súas mesmas orixes e segue sendo unha das cuestións claves do Dereito do Traballo. Polo contrato de traballo, o traballador obrígase a presta-los seus servizos ó empresario, pero este intercambio de traballo por salario debe realizarse durante un tempo determinado. Con independencia de que o contrato sexa indefinido ou temporal, o certo é que ese traballo non pode prestarse de forma continuada e sen descanso ningún, senón nun tempo que é obxectivamente mensurable².

Nun primeiro momento foi a presión social exercida en defensa da parte traballadora a que, paulatinamente e a ritmos desiguais nos diferentes ordenamentos xurídicos, derivou no afianzamento, a través de normas de dereito necesario, de xornadas máximas laborais e períodos mínimos de descanso obrigatorio. Na base da devandita presión puxaba a historicamente ben coñecida excesiva prolongación das xornadas de traballo. Con iso tratábase de protexer-la propia seguridade e saúde laborais dos traballadores, e, en definitiva de evitar riscos laborais provocados por un cansazo excesivo e efectos prexudiciais sobre a saúde a longo prazo³. Dende outra perspectiva, valórase agora tamén a incidencia directa da limitación da xornada sobre o benestar dos traballadores de gozar dun tempo libre para o descanso ou a dedicación á vida familiar e social.

Deixando agora a un lado a normativa comunitaria en materia de ordenación de tempo de traballo e centrándonos no ordenamento español, o art. 40.2 CE encomenda ós poderes públicos a tarefa de garanti-lo descanso necesario, entre outros

1 STS do 6 de marzo de 2000 (Ar. 2598). MARTÍNEZ MOYA, J., *El itempo de trabajo: una visión jurisprudencial*, RMTAS, nº 38, 2002, pp. 72-3. É tamén un concepto distinto do horario de traballo, que segundo a xurisprudencia, non é máis que unha consecuencia ou derivación da xornada, a finalidade da cal é establece-las horas de entrada e saída do traballo -STS do 19 de febreiro de 2001(Ar. 2805)-. Véxase MONREAL BRINGSVAERD, Negociación colectiva y modificación de jornada u horario previsto en convenio o pacto colectivo. A propósito de la STS, Sala 4ª, del 5 de xunio de 2002, Ó, nº 23, 2003, pp.420 e ss.

2 GONZÁLEZ BIEDMA, E., *La jornada*. (En torno al artículo 34) , REDT, nº 100, p. 730.

3 Precisamente a regulación comunitaria ocúpase da limitación da xornada para garantir unha maior seguridade e saúde laboral.

modos, “mediante a limitación da xornada laboral”. De acordo coa repartición competencial entre o Estado e as Comunidades Autónomas que a Constitución realiza nos arts. 148 e 149, en principio é o Estado quen ten competencia exclusiva en materia de lexislación laboral⁴ e, polo tanto, tamén en orde á regulación da xornada de traballo. Consecuentemente, as Comunidades Autónomas carecen de competencia lexislativa na materia.

A lexislación estatal, aínda que se remite, en canto á duración da xornada, ó pactado “en convenios colectivos ou contratos de traballo” (art. 34.1 parágrafo primeiro ET), establece topes máximos á duración da xornada. Esta limitación do tempo de traballo lévase a cabo no ordenamento español, polo tanto, a través da regulación contida no Estatuto dos Traballadores, mellorable pola normativa que, en materia de xornada, poida conte-lo convenio colectivo aplicable ou polo que poida pactarse en contrato de traballo.

Pero aínda hoxe a regulación da xornada segue tendo unha grande actualidade, se ben dende novas perspectivas. Por un lado, a través das políticas de conciliación entre a vida profesional e familiar, que reivindicán, en interese do traballador, unha maior flexibilidade na organización dos tempos de traballo. As cargas e responsabilidades familiares non se presentan de forma homoxénea ó longo da vida, senón que aumentan ante determinadas conxunturas –nacemento de fillos, enfermidade de familiares, ruptura conxugal, etc –. Así, para que os traballadores poidan afrontar por si mesmos determinadas responsabilidades familiares nas mellores condicións posibles para os familiares deles dependentes, pode ser aconsellable unha redución da xornada laboral, unha regulación dos horarios, certo grao de liberdade na organización do tempo de traballo ou mesmo unha interrupción temporal da actividade profesional. O que se pretende é que estas medidas non prexudiquen ós traballadores que precisen acollerse a elas.

Por outro lado, tamén se reclama unha maior flexibilidade na ordenación do tempo de traballo en interese da propia empresa, que pode beneficiarse cunha distribución irregular da xornada ó longo do ano, que permita un incremento considerable desta nas épocas de maior actividade productiva, compensable coa diminución correspondente en momentos de inactividade ou menor actividade.

E en terceiro lugar, aínda que non xa dende a vertente da xornada de traballo senón da política de emprego, concíbese a redución da xornada como medida que facilita a repartición do emprego, ó permitir crear novos postos de traballo coas horas que deixan libres os traballadores a xornada de traballo dos cales se reduce. Dende o punto de vista da política social, concíbese, pois, como elemento regulador do emprego e o desemprego. E como as Comunidades Autónomas teñen competencia en materia de política de emprego, aínda que non poden reduci-la xornada laboral, que é materia propiamente laboral, si poden inserir, como medidas de fomento

4 Art. 149.1 7ª CE.

da creación de emprego, normas que persigan unha redución da xornada laboral, a través da concesión de incentivos ás empresas que implanten unha xornada laboral reducida⁵.

Polo demais, en relación coa determinación da xornada normal de traballo o ET deixa a súa fixación á autonomía das partes interesadas, ben mediante a negociación colectiva, ben no contrato de traballo. Pode afirmarse que o establecemento da xornada máxima a realizar está presente na práctica totalidade dos convenios, independentemente do nivel en que se negociaran. Non obstante, e en cumprimento do mandato constitucional contido no art. 40.2 CE, o ET establece certas limitacións a esa liberdade de determinación. Así as cousas, poden concorrer varias normas laborais, tanto estatais como pactadas, a regular unha mesma relación laboral e os conflitos orixinados por tal concorrencia deberán resolverse de acordo co art. 3 ET: deberanse respecta-los mínimos de dereito necesario fixados polo ET, que poderán ser mellorados por unha regulación da xornada en convenio colectivo máis favorable para o traballador, e, á súa vez, esta regulación poderá ser mellorada para o traballador mediante o establecemento dunhas condicións aínda máis beneficiosas fixadas pola vontade das partes, manifestada no contrato de traballo⁶.

Agora ben, a limitación da xornada afecta á xornada máxima de traballo que se pode realizar para un empresario, pero non, salvo no suposto dos traballadores menores de dezaioito anos, á xornada total do traballador en casos de pluriemprego. Con iso, prevalece o carácter tuitivo da regulación legal cara ó traballador e fronte ó empresario, aínda que non como medida de protección da súa seguridade e saúde laboral, nin para garanti-lo seu descanso e tempo libre. Permítese así ó traballador, aínda que non dun modo expreso, en uso do dereito constitucional ó traballo do art. 35 CE ou da liberdade de empresa do art. 38 CE, recorrer ó pluriemprego ou á pluriactividade, sen establecer, salvo no suposto dos menores, outras limitacións que as establecidas con carácter xeral respecto de cada unha das xornadas laborais que cos distintos empresarios para os que traballe poida te-lo traballador.

En relación coa xornada ordinaria son esenciais tres cuestións que están intimamente conectadas. Primeira, os distintos módulos que as normas laborais legais e as pactadas utilizan para computa-la duración máxima da xornada e, dese modo, establecer límites á xornada normal de traballo. Segunda, a posibilidade dunha distribución anual irregular desta. E terceira, o que ha de entenderse por traballo efectivo para os efectos de computa-lo tempo de traballo e distinguilo doutros períodos

5 Neste sentido, non son infrecuentes as medidas públicas autonómicas de apoio á implantación da xornada laboral de 35 horas e de redución e reordenación do tempo de traballo.

6 Deben terse en conta, ó respecto, as cláusulas convencionais ou colectivas que permiten que a xornada pactada sexa obxecto de modificacións en ámbitos inferiores de negociación, e mesmo as que reservan o empresario a facultade de modifica-la xornada disposta no propio convenio ou pacto colectivo. MONREAL BRINGSVAERD, *Negociación colectiva y modificación de jornada u horario previsto en convenio o pacto colectivo. A propósito de la STS, Sala 4ª, del 5 de junio de 2002*, cit., pp. 426 e ss.

que o traballador ha de inverter para a prestación do traballo comprometido, pero que non resultan computables.

1. Xornada máxima: o día, a semana e o cómputo anual. Os límites á xornada normal de traballo

Aínda que a xornada se mide por horas traballadas, non sempre se utiliza como módulo o mesmo período de referencia. En realidade pode tomarse como módulo calquera período temporal susceptible de converterse en unidade de medida temporal. Canto maior sexa o período temporal que se tome como período de referencia, maior será a posibilidade dunha distribución irregular da xornada.

En principio, comezouse utilizando como unidade de cómputo o día natural, de modo que a xornada diaria non podía exceder dun determinado número de horas. Este módulo pronto se mostrou insuficiente pola súa excesiva rixidez na ordenación do tempo de traballo, en canto que non sempre se acomodaba ás necesidades de organización productiva da empresa. De aí que se recorrese como unidade de cómputo á semana, o que permitía unha distribución irregular, dentro da semana, das horas diarias de traballo efectivo, e, polo tanto, que uns días se traballase máis horas que outros, sempre e cando na semana esas horas de máis duns días quedasen compensadas con horas de menos doutros días. A barreira infranqueable era a xornada máxima semanal, de modo que non se podía superar semanalmente o número máximo de horas fixado. E, para proporcionar aínda unha maior flexibilidade na ordenación da xornada, capaz de adecuarse ós intereses{xuro} da empresa, finalmente utilízase o cómputo anual, que, ó establece-la duración máxima da xornada laboral en horas de traballo efectivo por ano, permite a súa prestación de modo irregular non xa ó longo da semana senón ó longo de todo o ano⁷.

O Estatuto dos Traballadores utiliza varias unidades de cómputo simultaneamente para fixa-la duración máxima da xornada: o día, a semana e o ano, aínda que, ó permitir unha distribución irregular da xornada, o criterio que finalmente prevalece é o do cómputo anual.

Polo que se refire á semana como unidade de cómputo, aínda que o parágrafo segundo do art. 34.1 ET fixa a xornada semanal máxima en corenta horas de traballo efectivo, poñendo o acento na semana, engade “de media en cómputo anual”, o que significa que o que non pode supera-las corenta horas non é a xornada semanal senón a media anual de traballo distribuído por semanas. Débese ter en conta, por conseguinte, o traballo de todo o ano, restando os períodos que o propio Estatuto considera de descanso obrigatorio. Para saber se se excede desa media, poden dividirse as horas de traballo efectivo realizadas no ano entre o número de semanas laborables do ano, nas que non se computan nin o tempo de vacacións nin o de festas laborais. Polo tanto, ó establecerse o cómputo anual o que ha de terse en conta non son as horas de traballo efectivo realizado nunha semana, senón as

7 ALARCÓN CARACUEL, M.R., *La ordenación del tiempo de trabajo* (Madrid 1988), p. 88.

executadas en todo o ano, e esa xornada anual non pode ser superior á cantidade que resulte de multiplica-las corenta horas da xornada semanal polas semanas laborables do ano. A xornada máxima anual é aproximadamente de 1826 horas⁸. Non importa que nalgunha semana se supere o límite das corenta horas, sempre que ese exceso se compense noutras semanas cos reaxustes correspondentes. Deste xeito ábrese a posibilidade dunha distribución irregular da xornada laboral⁹.

Pero ademais do límite das corenta horas de xornada semanal, o ET establece no parágrafo segundo do art. 34.3 un límite diario de nove horas ordinarias de traballo efectivo. Non obstante, establece a importante salvidade de que “por convenio colectivo ou, no seu defecto, acordo entre a empresa e os representantes dos traballadores” organícese outra distribución do tempo de traballo diario. De novo permítese expresamente unha distribución irregular da xornada laboral¹⁰. A única cuestión que se suscitou na doutrina da interpretación deste parágrafo, e sen polémica ningunha, é a relativa á expresión “no seu defecto”, referida ó convenio colectivo. Un simple raciocinio conduce a pensar que a expresión se refire ó suposto de que o convenio colectivo aplicable non conteña previsión ó respecto. Noutras palabras, o acordo entre a empresa e os representantes dos traballadores para establecer unha distribución do tempo de traballo diario que non respecte o límite das nove horas diarias de traballo, só pode concertarse cando o convenio garde silencio ou expresamente permítalo. É claro que non poderá estipularse cando a posibilidade do pacto sexa excluída expresamente polo convenio colectivo, e parece que nin sequera poderá establecerse cando o convenio reproduza o límite diario das nove horas de traballo efectivo, sen considerar posibilidades de excepción. Polo demais, e con certa lóxica, non se permite por pacto individual proceder a aumentala xornada ordinaria de traballo¹¹. O que si podería acordarse individualmente é a realización de horas extraordinarias, coas limitacións e requisitos esixidos polo art. 35 ET.

8 Correspóndense cunha xornada de corenta horas semanais e trinta días de vacacións anuais (máximo e mínimo, respectivamente, establecido legalmente), unha vez deducidos os días non laborables. En concreto, a STCT do 14 de maio de 1987 a fixa en 1826,27 horas. Con todo, a concreción final dependerá, en definitiva, de se o ano é ou non bisesto así como do número de festivos que coincidan coas vacacións.

9 En realidade esta posibilidade considerábase xa aberta na redacción que daba o ET de 1980 ó art. 34, pois aínda que este se limitaba a establece-lo límite das corenta horas semanais de traballo efectivo como máximo para a xornada sen prever expresamente o seu cómputo anual, o parágrafo segundo consideraba a posibilidade de que os convenios regulasen xornadas anuais, respectando o tope de xornada diario, fixado en nove horas, pero sen esixilo respecto do tope de xornada semanal. Véxase, entre outros, GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., “Jornada de trabajo legal y jornadas convencionales”, en VV.AMPERIO., *Estudios sobre la jornada de trabajo* (Madrid 1991), pp. 96 e ss.

10 Aínda que o límite diario de nove horas de traballo efectivo existía xa no ET de 1980, non se establecía esta salvidade. Antes ben, nos termos do antigo parágrafo cuarto do art. 34.2 ET calquera distribución irregular de xornada debía respectalo, de modo que as horas de traballo que excedesen do citado límite tiñan necesariamente o carácter de horas extraordinarias, independentemente da xornada semanal ou anual que se traballase. Vide. ALFONSO MELLADO, C.O., GARCÍA ORTEGA, J., *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Tirant lo blanch (Valencia 1994), pp. 31-2.

É máis, co concepto de horas extraordinarias que establece o art. 35 ET “horas de traballo que se realicen sobre a duración máxima da xornada ordinaria de traballo, fixada de acordo co artigo anterior”, débese afirmar que a limitación diaria e semanal se refire á xornada ordinaria de traballo, sen que se estableza outro máximo para a xornada total de traballo comprensiva tanto das horas ordinarias como extraordinarias que o que resulta de engadi-lo límite absoluto de oitenta horas extraordinarias anuais ás corenta horas semanais de media en cómputo tamén anual. Polo tanto, nada obsta a que ás nove horas de xornada diaria ordinaria se engada algunha hora extraordinaria, nin tampouco a que as corenta horas de xornada máxima semanal en cómputo anual se vexan incrementadas nalgúns semanas con parte das oitenta horas extraordinarias que o art. 35.2 ET permite ó ano. En función de todo iso, poderían producirse xornadas diarias e mesmo semanais moi prolongadas.

A xornada diaria pode resultar aínda máis irregular se a iso engadimos a posibilidade de compensa-las horas extraordinarias por tempos equivalentes de descanso retribuído, e neste caso, se se compensan dentro dos catro meses seguintes á súa realización non se computan dentro do límite das oitenta horas anuais. Non obstante esta posibilidade non afectará á media da xornada semanal en cómputo anual porque neste caso as horas extraordinarias se compensan con descansos retribuídos.

No caso da xornada diaria, se se trata dunha xornada continuada durante máis de seis horas, o art. 34.4 ET esixe aparte un descanso intraxornadas -“un período de descanso durante esta de duración non inferior a quince minutos”-, que computará como tempo de traballo efectivo cando así establézase por convenio colectivo ou contrato de traballo. A *sensu contrario*, non computará como tempo de traballo efectivo se nada se establece ó respecto. Sen embargo, non se considera lícita a modificación de xornada continuada prevista no convenio colectivo, en virtude da súa forza vinculante atribuída polo art. 37.1 CE, a xornada partida, por medio de pacto individual¹².

A formulación xeral do precepto permite deducir que ese descanso, chamado “tempo do bocadillo”, procederá sempre que a duración da xornada diaria continuada exceda de seis horas, e tanto se é xornada ordinaria, coma se é xornada extraordinaria ou se a permanencia no traballo se debe a un cambio de quendas ou a calquera outra circunstancia. A finalidade deste descanso é romper-la permanencia do esforzo laboral durante máis de seis horas e proporcionar un tempo libre, polo que, como declarou a xurisprudencia, carece de sentido que a empresa pretenda compensar este descanso, cando a xornada está próxima a finalizar, fixando a saída do traballo quince minutos antes¹³.

11 Vide. STS do 4 de xullo de 1995, en unificación de doutrina (Ar 5477).

12 STC 105/1992.

13 STS do 3 de xuño de 1999 (Ar 5064).

Polo demais, un terceiro límite, imposto este á posibilidade de alterar por convenio colectivo ou, no seu defecto, por pacto de empresa o límite diario de nove horas de traballo efectivo, é a existencia dun descanso mínimo de doce horas que, segundo o parágrafo primeiro do art. 34.3 ET, debe mediar entre o final dunha xornada e o comezo da seguinte. Polo tanto o límite en principio inquebrantable fronte a calquera pacto de distribución irregular da xornada se difire ás doce horas diarias de traballo efectivo. Non obstante esta invulnerabilidade está bastante matizada polas excepcións permitidas no RD 1561/1995, do 21 de setembro, sobre xornadas especiais de traballo¹⁴. Este descanso mínimo entre dúas xornadas consecutivas opera non só fronte á xornada ordinaria de traballo, senón tamén fronte á xornada total, con inclusión das horas extraordinarias.

Finalmente, o ET establece regras especiais en relación coa xornada diaria dos traballadores menores de dezoito anos. Por un lado, a limitación absoluta da xornada diaria que pode realizar un menor a oito horas en total. Trátase dun límite categórico, pois dentro desa xornada máxima debe computarse, de darse o caso, o tempo dedicado á formación e, no suposto de pluriemprego, as horas realizadas con cada un dos empregadores para os cales traballe (art. 34.3 parágrafo terceiro ET). É, por conseguinte, unha norma tuitiva do menor. Non se trata de limita-la xornada diaria de traballo do menor nunha empresa concreta, para evitar xornadas abusivas impostas polo empresario, senón de limita-lo tempo que diariamente e en total o menor pode dedicar ó traballo. De aí que nos casos de pluriemprego deba contabilizarse o tempo de prestación de servizos do menor nas distintas empresas nas que simultaneamente traballe. Por iso, o empresario que pretenda contratar a un menor non debe só vixiar o cumprimento dentro da súa empresa do límite máximo de oito horas diarias de xornada do menor, senón que debe saber previamente se o traballador está en situación de pluriemprego, pois neste caso deberá informarse da xornada que o menor realiza nas demais empresas para os efectos de non quebranta-lo límite absoluto das oito horas diarias. E, por outro lado, se a duración da xornada diaria continuada do menor excede de catro horas e media, xa se debe establecer un período de descanso durante esta e esa pausa non pode ser inferior a trinta minutos (art. 34.4 parágrafo segundo).

Conclúe o art. 34 ET recoñecendo no seu apartado 7 que todo o que o art. 34 ET establece en orde á ordenación e duración da xornada de traballo e dos descansos, faino sen prexuízo do que poida establece-lo Goberno nos “sectores e traballos

14 O máis frecuente nas xornadas especiais é rebaixar ese descanso entre xornadas a dez horas na maioría dos casos, podendo compensarse as diferencias ata as doce horas establecidas con carácter xeral. Ademais, en relación co traballo a quendas, o art. 19.2 RD 1561/1995 permite reduci-lo descanso mínimo entre xornadas no día en que o traballador cambie de turno de traballo ata un mínimo de sete horas, compensando de novo a diferenza ata as doce horas establecidas con carácter xeral nos días inmediatamente seguintes. Non se permite esta redución, en cambio, respecto dos traballos de posta en marcha e peche dos demais (art. 20 RD 1561/1995).

que polas súas peculiaridades así requíranos”¹⁵. Neste sentido, contrapóñense á xornada ordinaria de traballo as chamadas “xornadas especiais”, respecto das cales os límites máximos diarios así como a distribución dos tempos de descanso poden sufrir variacións. Non parece, en cambio, a pesar de que nada se establece expresamente, que poidan superarse os máximos anuais senón só se reducir¹⁶.

De todo o anterior pode inferirse que salvo esta facultade concedida ó goberno e deixando a un lado os límites relativos ó traballo de menores, só hai dous límites de dereito necesario en materia de xornada: o da xornada semanal ordinaria de corenta horas de traballo efectivo en media de cómputo anual –con toda a flexibilidade que iso comporta– e o descanso de doce horas mínimas entre dúas xornadas consecutivas de traballo. Polo tanto, a limitación da xornada de traballo non só se fai a través do establecemento de xornadas máximas senón tamén acudindo ó subterfuxio normativo de implantar períodos mínimos de descanso, dos que por agora interesa destaca-lo descanso entre xornadas. Con iso preténdese unha maior flexibilidade na distribución do tempo de traballo, que permita á empresa adapta-la xornada laboral ás necesidades impostas pola actividade productiva e dotala de maior competitividade.

Así as cousas, e dentro destes límites imperativos, é práctica habitual na negociación colectiva española, o establecemento de xornadas máximas anuais, é dicir, non só a implantación dunha xornada máxima dentro do seu respectivo ámbito de aplicación, senón o seu cómputo anual. Moitos dos convenios fixan a xornada máxima en cómputo exclusivamente anual e outros establecen un dobre cómputo anual e semanal, mensual ou trimestral. Loxicamente, a formulación que permite unha xestión máis flexible do tempo de traballo é a que fixa exclusivamente un número de horas anuais a realizar, que é a máis frecuente nos convenios colectivos sectoriais.

Segundo os datos estatísticos do MTAS¹⁷, a media da xornada máxima anual pactada no ano 2002 foi de 1758,4 horas ó ano, equivalente a 38 horas e media á semana¹⁸, observándose unha moi lixeira redución respecto do ano anterior. Esta

15 A citada autorización exerceuna o Goberno mediante o RD 1561/1995, do 21 de setembro, sobre xornadas especiais de traballo. Véxase GÓMEZ MUÑOZ, J.M., *Las jornadas especiales de trabajo*, (Pamplona 1998).

16 GONZÁLEZ BIEDMA, E., *La jornada*. (En torno al artículo 34), cit., pp. 745-6.

17 Consúltense en <http://www.mtas.es/estadisticas/ANUARIO2002/CCT/Index.htm>. Debe terse en conta que os datos contidos nas táboas agrúpanse atendendo ó ano de inicio de efectos económicos de tódolos convenios a folia estatística dos cales se recibiu antes do 31 de decembro de 2002, pero que a información de 2002 non se pode considerar aínda definitiva, nin previsiblemente ata que transcorra un ano e medio dende a súa finalización, pois se seguen rexistrando convenios que inician os seus efectos económicos no devandito ano.

18 A equivalencia obtense multiplicando a xornada anual polos días laborais da semana -6-, e dividindo polos días laborables do ano -274-.

redución, polo demais pouco significativa, apréciase en tódolos sectores ou ramas de actividade. As estatísticas mostran que a media, como vén sendo habitual, é inferior nos convenios de empresa -1704 horas/ano- á dos convenios de ámbito superior -1764,4 horas/ano-. En relación co ámbito temporal do convenio, as estatísticas revelan tamén maiores xornadas de traballo nos convenios de vixencia superior ó ano que nas de vixencia anual revisados no propio ano.

2. Distribución irregular da xornada

O art. 34.2 ET permite con carácter xeral e expresamente “establece-la distribución irregular da xornada ó longo do ano” mediante convenio colectivo ou, no seu defecto, acordo entre a empresa e os representantes dos traballadores. O que si han de respectarse, segundo o propio artigo, son os períodos de descanso diario e semanal que o mesmo ET establece. Esta limitación, en principio categórica, debe suavizarse, pois o art. 34.3 permite á negociación colectiva establecer outra distribución do tempo de traballo diario e o art. 37 permite acumula-lo descanso mínimo semanal en períodos de ata catorce días e fixalos en días distintos do sábado e o domingo. Co cal o único límite invariable para a autonomía colectiva é o do descanso mínimo entre xornadas.

Importa destacar que se alude ó convenio colectivo e ó acordo de empresa como medios para realiza-la distribución irregular. Non, en cambio, ó contrato de traballo, que si se considera instrumento axeitado para establece-la duración da xornada. Non cabe, polo tanto, coas críticas que pode merecer¹⁹, efectuar mediante pacto individual unha distribución irregular da xornada, a menos que o convenio colectivo ou o acordo de empresa o permitan de modo expreso.

Polo demais, tamén o parágrafo segundo do art. 34.1 admite a distribución irregular da xornada ó fixa-la duración máxima da xornada ordinaria semanal en corenta horas de media en cómputo anual. Ó establece-la duración media da xornada semanal máxima, implicitamente permite que a duración das xornadas semanais non sexa sempre idéntica. E o mesmo pode dicirse da xornada máxima diaria de nove horas ordinarias, que pode tamén excepciónarse mediante o establecemento doutra distribución do tempo de traballo diario por acordo colectivo ou, no seu defecto, pacto de empresa, sempre que se respecte o descanso entre xornadas consecutivas.

Así as cousas, e salvados os límites da xornada semanal media en cómputo anual, o descanso entre xornadas e o descanso semanal, parece que en principio é posible pactar por convenio colectivo ou, no seu defecto, pacto de empresa, unha distribución anual irregular da xornada de traballo, que permita traballar algúns días ou semanas do ano máis horas que outros. Interesa destacar que o período de referencia que adopta o ET é novamente o do ano. Se non se pacta expresamente tal

19 GARCÍA-PERROTE, I., “Jornada de trabajo legal y jornadas convencionales”, en VV.AMPERIO., *Estudios sobre a xornada de traballo*, cit., pp. 79 e ss.

ordenación asimétrica, procederá unha distribución regular, de modo que a xornada diaria e semanal será a mesma ó longo do ano, sen outras salvidades que as que poidan producirse por festivos laborais, permisos retribuídos, realización de horas extraordinarias, etc.

Aínda que adoita ser moi frecuente o establecemento polos convenios colectivos de límites á xornada ordinaria de traballo, é bastante menos a distribución irregular da xornada ó longo do ano nestes²⁰. Non se pode descoñecer, non obstante, unha maior receptividade nos últimos anos cara a estes temas, que se traducen en un considerable incremento das cláusulas de distribución irregular da xornada que se vai consolidando nos últimos tempos²¹. Polo demais, o propio Acordo Interconfederal para a Negociación Colectiva 2003²²(AINC-2003) reconece no seu capítulo I, entre as valoracións que, en relación coa evolución do emprego, realízanse do AINC-2002, a maior receptividade da negociación colectiva cara a temas

20 Segundo datos do MTAS para o ano 2002, só o 26,77 por cento prevían a posibilidade de distribución irregular da xornada. Sen embargo, a porcentaxe de traballadores que teñen prevista en convenio a devandita posibilidade ascende ó 46,14 por cento. E, en relación con Galicia, segundo datos do Consello Galego de Relacións Laborais só o 11,60 por cento do total dos convenios ofrece a posibilidade de establecer unha distribución irregular da xornada e só o 2,23 por cento establecen acordos sobre a distribución irregular da xornada.

21 Véxase a Presentación de J. MONTALVO CORREA á *Memoria sobre la situación socio-económica y laboral de España*, correspondente ó ano 2002, elaborada e publicada polo CES (Madrid 2003), p. X. A xornada de traballo (1758 horas/ano), en cambio, a penas sufriu variación con respecto ó ano anterior. Segundo os datos que aparecen na devandita memoria, p. 255, a variación da xornada media pactada foi practicamente inapreciable (0,2 horas ó ano). Neste sentido, os convenios colectivos con xornadas pactadas máis elevadas son os de ámbito distinto ó empresarial e con vixencia superior ó ano (1776,54 horas/ano), mentres que os que contabilizan unha menor xornada media pactada serían os convenios revisados de ámbito empresarial (1699,25 horas/ano). Pola súa parte e en relación coa Comunidade Autónoma de Galicia, segundo os datos contidos na *Memoria sobre a situación económica e social*, correspondente ó ano 2002, elaborada e publicada polo Consello Económico e Social de Galicia (Santiago de Compostela 2003), pp. 196 e ss., e no *Informe sobre a situación sociolaboral da Comunidade Autónoma Galega* correspondente ó ano 2002, elaborado e publicado polo Consello Galego de Relacións Laborais de Galicia (Santiago de Compostela 2003), pp. 321 e ss., a xornada media pactada na negociación colectiva galega no ano 2002 foi de 1761,2 horas, fronte ás 1773,2 do ano anterior. Polo tanto e aínda que o descenso foi de 12 horas, a xornada media pactada segue sendo superior á media estatal. Tamén en Galicia, como vén sendo habitual, a xornada media pactada nos convenios de empresa (1706,4 horas/ano) é claramente inferior á dos convenios de sector (1768,3). Os sectores nos que a xornada media pactada foi superior foron o agrario e o industrial, que sufriron considerables incrementos en relación cos datos do ano 2001 (respectivamente de 29,8 e 9,5 horas/ano máis). No sector da construción a xornada media reduciuse en menos dunha hora (0,9 horas) e no sector servizos experimentou un forte descenso (53,3 horas). No dato do sector servizos hai que destacar o peso do convenio do persoal laboral da Xunta de Galicia, que afecta a 9626 traballadores cunha xornada anual de 1665 horas. Por provincias, A Coruña e Pontevedra teñen o maior número de convenios con redución da xornada máxima legal. No que atinxe ó tempo medio de traballo por traballador e mes, segundo datos do CES-Galicia, as horas pactadas por traballador e mes en Galicia foron 160,1 horas no ano 2002 fronte ás 159,4 no total de España.

22 Asinado o 30 de xaneiro de 2003 por CEOE, CEPYME, CC00 e UGT. Véxase BOE, nº 47, do 24 de febreiro de 2003.

relacionados con certas materias, entre outra, a de xornada. O Acordo 2003 insiste reiteradamente na necesidade de articular mecanismos de flexibilidade nas formas de organización do traballo, en canto que estes mecanismos de adaptación internos son preferibles ós externos e ós axustes de emprego, sempre que se logre un axeitado equilibrio entre flexibilidade para as empresas e seguridade para os traballadores. Concretamente, entre aqueles mecanismos cítase a xestión do tempo de traballo como elemento que pode contribuír a unha mellor evolución do emprego e a incrementa-la produtividade do traballo e o grao de utilización do equipamento productivo. E, especificamente, o acordo alude como tales a “a duración e redistribución da xornada, mesmo o seu cómputo anual e a súa distribución flexible”. Ó mesmo tempo recoñece que a utilización de sistemas flexibles de xornada debe ir acompañada, nos correspondentes procesos de negociación, das condicións para a súa realización, co obxectivo compartido de concilia-las necesidades das empresas coas dos traballadores e traballadoras, facendo compatible a súa vida laboral coa persoal e familiar.

Pero á marxe desta cláusula bastante xenérica en virtude da cal se permite unha distribución irregular da xornada ó longo do ano, existen na negociación colectiva polo menos outras dúas cláusulas que, dunha ou outra forma, posibilitan unha distribución irregular da xornada ordinaria de traballo. En primeiro lugar, a autorización concedida á negociación colectiva no art. 34.3 ET para modifica-lo límite diario de nove horas de traballo ordinario, co límite das doce horas de descanso entre xornadas, supón a non consideración como horas extraordinarias das horas que excedan da novena hora diaria ordinaria de traballo. Polo tanto, permite unha distribución irregular da xornada ordinaria. Só un 7,64 por cento dos convenios, segundo datos do MTAS relativos ó ano 2002, incluían cláusulas que permitían unha xornada ordinaria superior a nove horas diarias. A porcentaxe de traballadores afectados por tales cláusulas era do 17,03 por cento.

E en segundo lugar, tamén se pode conseguir unha distribución irregular da xornada ordinaria a través de cláusulas que permitan a acumulación do descanso de día e medio en períodos de catorce días. Segundo o MTAS, cláusulas deste tipo inclúense no ano 2002 no 13,40 por cento dos convenios e afectan o 32,27 por cento dos traballadores afectados pola negociación colectiva do ano.

Polo demais, a distribución irregular da xornada regúlase con moi distinta precisión nos distintos convenios. En xeral, son os convenios de empresa os máis minuciosos na súa regulación. Poden establece-la criterios ou causas que permitan a distribución irregular da xornada –fundamentalmente, causas de carácter organizativo, técnico ou de produción, necesidades non programadas, necesidades de produción, sobrecarga de traballo extraordinario, esixencias do mercado, acumulación de tarefas, etc –.

Así mesmo poden prever só determinados períodos de tempo en que se permitiría a distribución irregular. Así, por exemplo, pode pactarse unha redución ou

unha ampliación de xornada en determinados períodos do ano²³ ou regula-lo traballo en sábados ou festivos²⁴. É mesmo posible, e cada vez máis frecuente, establecer nos convenios colectivos límites cuantitativos ás posibilidades de distribución irregular da xornada a través das chamadas “bolsas de horas”. Con elas establécese o número taxado de horas que pode ser distribuído de modo irregular dentro dun determinado módulo temporal; frecuentemente, ano, trimestre, mes ou semana.

Poden tamén delimita-las funcións e competencias da representación legal dos traballadores, que adoita ser meramente informativa, pero que pode ter carácter decisorio nalgún aspecto máis puntual, como en materia de descansos.

Ademais, a distribución irregular da xornada pode afectar do mesmo xeito a todo o persoal da empresa ou de forma diversa por seccións ou departamentos. E poden mesmo establecerse requisitos formais, como a esixencia dun preaviso, ou pactarse compensacións por realización de horas de traballo en réxime de distribución irregular.

Por outro lado, a Directiva 2003/88/CE, do 4 de novembro de 2003, relativa a determinados aspectos da ordenación do tempo de traballo, que establece as disposicións mínimas de seguridade e saúde en materia de ordenación do tempo de traballo e procede á codificación da Directiva 93/104/CE coas súas modificacións, prevé a posibilidade dunha distribución irregular da xornada. No seu art. 6.b) implanta unha duración media da xornada semanal que non exceda de corenta e oito horas, “incluídas as horas extraordinarias”. Ademais, a aludida directiva establece un período de referencia máximo de catro meses, segundo o art. 16.b). Sería conveniente incluír na regulación de dereito interno unha limitación similar pois o ET se limita a establecer unha media de corenta horas semanais nun período de referencia dun ano, e sen incluí-las horas extraordinarias.

Deste xeito, coa normativa vixente no noso dereito, podería darse o caso de que nun período de referencia de catro meses a xornada semanal media, incluídas as horas extraordinarias, excedese de corenta e oito horas, vulnerando as normas comunitarias mínimas de seguridade e saúde en materia de ordenación do tempo de traballo.

23 Non é nada infrecuente permitir unha xornada máis reducida en certos meses de verán. Así, o art. 8 do convenio aplicable a “oficinas e despachos” na provincia da Coruña -Resolución da Delegación Provincial do 4 de xullo de 2003 (DOG, nº 180, do 17 de setembro de 2003)- prevé unha distribución da xornada de modo que a xornada de inverno é de luns a xoves en réxime de xornada partida e os venres continuada e a súa duración é de catro horas semanais máis de traballo efectivo que a de verán -do 1 de xuño a 30 de setembro-, que se presta ademais en réxime de xornada intensiva ou continuada.

24 Para as “empresas exportadoras de peixe fresco” da provincia da Coruña -Resolución da Delegación Provincial de 12 novembro 2003 (DOG, nº 238, do 9 de decembro de 2003)-, establécese unha xornada diaria variable en función de que o traballador teña ou non que traballar na semana correspondente a mañá do sábado.

Vistos os límites de dereito necesario que impón o ET e atendendo á posibilidade de distribución irregular da xornada ordinaria diaria e semanal, sería posible unha acumulación da xornada en catro meses consecutivos contraria á normativa comunitaria. Así, sería posible pactar unha xornada semanal ordinaria para eses meses superior ás corenta horas semanais. Podería ademais concentrarse neses mesmos catro meses a realización das oitenta horas extraordinarias que se permiten ó ano, ás que se poderían engadir mesmo horas extraordinarias a compensar con descansos dentro dos catro meses seguintes á súa realización. O único límite que operaría de modo efectivo neste suposto sería o do descanso mínimo de doce horas entre xornadas consecutivas, ó que habería que engadi-lo descanso semanal do art. 37 ET. Certamente ese exceso de xornada, para cumprila normativa interna, debería ser compensado, en cómputo anual, con xornadas moito máis reducidas.

Polo demais, o art. 17 da Directiva, nos seus apartados 1 e 5, permite establecer excepcións a causa das características especiais da actividade realizada, por unha parte, e en relación cos médicos en período de formación²⁵, por outra parte; o art. 18 permite excepcións ó período de referencia de 4 meses; e o art. 22 permite que os Estados membros non apliquen o art. 6, sempre que se respecten os principios xerais de protección da seguridade e a saúde dos traballadores e que se dean determinadas garantías²⁶.

3. Traballo efectivo

Á hora de computalo tempo de traballo é primordial coñecer qué períodos de tempo deben considerarse traballados. Para tal efecto, a Directiva 2003/88/CE, considera tempo de traballo “todo período durante o cal o traballador permaneza no traballo, a disposición do empresario e en exercicio da súa actividade ou das súas funcións de conformidade coas lexislacións e/ou prácticas nacionais”, noción á que contrapón a de tempo de descanso, que define como “todo período que non sexa tempo de traballo” ²⁷.

Agora ben, os problemas poden formularse ó poñerse en relación os períodos de traballo efectivo con outros períodos nos que o traballador está nunha conexión estreita co traballo, pero non está a efectivamente traballar. Obviamente, é claro que non é traballo efectivo o descanso entre xornadas, nin o descanso semanal, nin as vacacións anuais, pero podería resultar máis dubidosa a consideración como tempo de traballo efectivo do tempo de descanso dentro da xornada, o tempo de transporte

25 Sempre que, segundo o art. 17.2, concédanse períodos equivalentes de descanso compensatorio ou unha protección equivalente.

26 En relación co traballador que dea o seu consentimento e, de non o dar, que non poida sufrir prexuízo ningún. E en relación coa autoridade competente, que o empresario leve rexistros actualizados dos traballadores que realicen traballos deste tipo, que lle permitan prohibir ou restrinxir, por razóns de seguridade ou saúde tal exceso, e que o empresario lle poida facilitar información sobre o consentimento do traballador.

27 Art. 2 da Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos da ordenación do tempo de traballo.

ó traballo ou mesmo o tempo que tarda un traballador en desprazarse dende o centro de traballo ó lugar en que o traballo deba prestarse e o de regreso (minas, traballos agrícolas), o tempo invertido no aseo en certos casos ou no cambio de roupa, a asistencia a servizos médicos, a comparecencia en xuízos, o tempo empregado no cobramento do salario aboado mediante cheque, as horas dedicadas ó rexistro de taquilla, etc²⁸. Os momentos de inactividade durante a xornada laboral debidos á determinación da empresa foron computados como tempo efectivo de traballo para os efectos de xornada máxima.

O art. 34.5 ET é tallante ó afirmar que “o tempo de traballo computarase de modo que tanto ó comezo coma ó final da xornada diaria o traballador se atope no seu posto de traballo”, polo que parece que, en principio, non han de computarse eses outros momentos nos que o traballador non está no seu posto, aínda que se trate de lapsos de tempo en que o mesmo se prepare para traballar e mesmo, ata certo punto, poidan ser indispensables para a execución do traballo. Iso non significa que estes outros períodos non poidan ser remunerados senón, simplemente, que non integran o concepto de xornada máxima e, ademais, que a lei non obriga a remuneralos. Con todo non é posible ofrecer unha resposta universal, válida para tódolos supostos, e é a xurisprudencia a que vai matizando se os períodos en cuestión deben ou non se considerar tempo efectivo de traballo, máis para os efectos da súa retribución que do seu cómputo na xornada máxima.

Nada obsta, polo demais, a que por disposición legal ou regulamentaria, por convenio colectivo ou por contrato individual se acorde, en canto norma máis favorable para o traballador, a retribución de determinados intervalos en que o traballador non estea no seu posto.

Ademais, expresamente contéplase no art. 34.4 ET a posibilidade de considerar tempo de traballo efectivo o período de descanso durante a xornada diaria continuada cando así establézase “por convenio colectivo ou contrato de empresa”. De feito, non é demasiado infrecuente que a negociación colectiva considere computable na xornada diaria, e polo tanto cualifique como traballo efectivo, algúns deses períodos de tempo en que o traballador non está no posto de traballo²⁹.

Agora ben, a consideración destes tempos como de traballo non só supoñen a súa remuneración senón que se computan para os efectos de determina-la xornada

28 IGLESIAS CABERO., M., “Cómputo De la jornada efectiva de trabajo”, en VV. AMPERIO., *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL (Madrid 1991), pp. 291 e ss.

29 Así o de “Bancos privados” –Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 5 de novembro de 1999 (BOA, nº 283, do 26 de novembro de 1999), art. 25–, que expresamente considera traballo efectivo os quince minutos diarios de descanso obrigatorio; “Entrega domiciliaria” –Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 13 de novembro de 2001 (BOA, nº 286, do 29 de novembro de 2001), art. 19–, que, ademais, elévao a 20 minutos; etc. Segundo os datos do CES-Galicia contidos na Memoria sobre a situación económica e social correspondente ó ano 2002, p. 199 e s. as horas efectivas de traballo por traballador e mes en Galicia no ano 2002 foron de 140,8 fronte ás 139,6 do total de España, e as horas non traballadas pero computadas de 20,2 en Galicia e de 20,8 no total de España.

máxima de traballo, o cal quizais resulte excesivo. Posiblemente, fose máis coherente coa regulación legal permiti-lo seu conceptualización como “tempo de presenza”, tal como é definido no art. 8 RD 1561/1995, de modo que se remunerase pero non computase para os efectos de xornada máxima³⁰. Neste sentido, como a xurisprudencia afirmou, o feito de que a empresa retribúa o tempo de “toma do bocadillo” dentro da xornada continuada de traballo, non debe comportar de xeito ineludible o que tal período de tempo deba cualificarse como de traballo efectivo. Para que isto aconteza é preciso un acordo individual ou colectivo ó respecto, por así esixilo, de modo ineludible, o art. 34.4 ET. A falta do devandito acordo ou previsión específica, haberá que partirse da non consideración da pausa como tempo de traballo efectivo. Iso terá como consecuencia unha prolongación da xornada proporcional á duración do descanso. En ningún caso cabe inferir da retribución do expresado descanso en xornada continuada “unha tácita vontade consensuada entre as partes en orde á configuración como xornada efectiva de traballo do sinalado descanso”, que é o esixido polo art. 34³¹. En moitos convenios colectivos páctase sen máis un descanso na xornada continua, normalmente de entre 15 e 30 minutos, sen que se aluda á súa configuración como tempo de traballo efectivo³². En definitiva, mentres se descansa, salvo pacto en contrario, nin se cobra nin se pode considerar que existe traballo efectivo.

Tamén algunhas disposicións regulamentarias, especialmente no ámbito da prevención de riscos, consideran traballo efectivo determinados tempos que son máis ben interrupcións do traballo que traballo efectivo. Así, a realización de determinadas actividades nas que se utilizan substancias tóxicas, irritantes ou infecciosas, ou existe risco de exposición dos traballadores a axentes biolóxicos ou cancerixenos, permite ós traballadores dispoñer “dentro da xornada laboral” dun tempo para o seu aseo persoal antes de abandona-lo traballo³³.

Podería formularse a dúbida de se esta posibilidade de considerar tempo de traballo efectivo períodos que non o son podería tamén estenderse pola autonomía

30 GONZÁLEZ BIEDMA, E., *La jornada*. (En torno al artículo 34), cit., pp. 742-3.

31 STS do 21 de outubro de 1994 (Ar 8102). No mesmo sentido, STS do 24 de xaneiro de 2000 (Ar 1595), que afirma que se durante a toma do bocadillo non se traballa, ese tempo non pode dar lugar a ningún descanso compensatorio. E se se traballa durante o tempo do bocadillo, ese traballo computará como xornada ordinaria, a menos que exceda desta. Véxase STSJ de Cantabria do 31 de decembro de 2002 (sentencia nº 1718/2002, recurso nº 578/2002).

32 Debe terse en conta o concepto de xornada, de acordo coa STS do 6 de marzo de 2000 (RJ 20002598).

33 Vide. art. 7.2 RD 664/1997, do 12 de maio, sobre protección dos traballadores contra os riscos relacionados coa exposición a axentes biolóxicos durante o traballo e art. 6.2 RD 665/1997, do 12 de maio –modificado polo RD 349/2003, do 21 de marzo, para amplia-lo seu ámbito de aplicación ós axentes mutáxenos–, sobre protección dos traballadores contra os riscos relacionados coa exposición a axentes cancerixenos ou mutáxenos durante o traballo. En ámbolos dous RRDD establécese: “os traballadores disporán, dentro da xornada laboral, de dez minutos para o seu aseo persoal antes do comida e outros dez minutos antes de abandona-lo traballo”.

colectiva ou individual a supostos tales como os tempos de desprazamento de ida e volta ó traballo, os de cambio de roupa antes ou despois do traballo ou o aseo posterior ó traballo... en canto norma máis favorable, ou se o único que pode pactarse respecto destes outros períodos é a súa remuneración, pero non a súa consideración como traballo efectivo para os efectos de limita-la xornada máxima. A xurisprudencia admitiu a posibilidade de que por convenio colectivo ou contrato de traballo poida pactarse a súa consideración ou non como traballo efectivo³⁴ e considerou mesmo algúns destes períodos como tempo de traballo, de modo que cando o horario se anticipa para o traballador co fin de realizar unha actividade concreta nun determinado lugar que non é o de traballo, o tempo invertido en desprazarse dende o centro de traballo a distinto lugar debe computarse como xornada de traballo³⁵. A súa liña de interpretación pode resumirse en termos xerais sinalando que, en principio, para o cálculo da xornada laboral máxima anual só se computan as horas de traballo real e efectivo –mesmo se se trata de deberes impostos pola empresa por necesidades ou conveniencias do servizo, como o desprazamento entre o depósito de armas e o centro onde presta os seus servizos o vixilante de seguridade–, non os descansos, aínda que sexan retribuídos. Para que os descansos sexan computados como tempo de traballo efectivo debe mediar acordo en convenio colectivo ou en pacto individual.

Maiores problemas, en relación á súa consideración como tempo de traballo efectivo ou tempo de descanso, para os efectos de fixa-lo límite de corenta horas semanais de traballo efectivo, formulan supostos nos que non se esixe o traballo efectivo do traballador pero si a súa dispoñibilidade, como os servizos de permanencia, os servizos de atención continuada e os servizos de alerta localizada. Nos servizos de permanencia o traballador debe manterse a disposición do empresario no lugar de traballo e, ademais, está obrigado a permanecer constantemente atento co obxecto de intervir inmediatamente en caso de necesidade. Durante o servizo de atención continuada o traballador ha de estar tamén presente e estar disposto a presta-lo servizo a petición do seu empresario, pero permíteselle descansar ou emprega-lo seu tempo como o desexe mentres non se requiran os seus servizos

34 Así, a STS do 12 de decembro de 1994 (Ar 1320) non considera tempo de traballo o tempo empregado polos traballadores en coller e deixa-las furgonetas-taller da empresa coas que acoden ó centro de traballo ou ó lugar no que teñan que realizar unha reparación, no garaxe en que se atopan, en canto que nun anexo do convenio aplicable, froito dos acordos libremente adoptados polas partes negociadoras, establecíase que a xornada diaria comezaba e concluía na sede de cada centro de traballo.

35 STS do 24 de xuño de 1992 (Ar 4669). No mesmo sentido, a STS do 18 de setembro de 2000 (Ar 2000667), en relación ó tempo investido por un vixilante xurado en recoller e entrega-la arma de fogo que utiliza no seu traballo, pois mentres o traballador non está de servizo, a arma debe estar nun armeiro da empresa localizado en poboación distinta á do centro de traballo. A sentenza considera este tempo como tempo de traballo, en canto que os desprazamentos do traballador son impostos pola empresa en atención a necesidades ou conveniencias do servizo. É máis, declara que debe ser retribuído como horas extraordinarias porque exceden da xornada máxima pactada no convenio colectivo aplicable.

profesionais³⁶. E o servizo de alerta localizada caracterízase polo feito de que o traballador non está obrigado a permanecer á espera nun lugar designado polo empresario senón que abonda que estea localizable en todo momento co fin de que poida exercer-las súas funcións profesionais nun curto espazo de tempo unha vez que se lle chame. Precisamente estes tempos de garda ou localización son cada vez máis frecuentes en distintas profesións, como directivos, médicos, profesionais da xustiza, etc e a tendencia da xurisprudencia é a non considerar tempo de traballo efectivo o de dispoñibilidade do traballador para ser localizado a través dun servizo telefónico de busca ou similar³⁷, sen prexuízo, naturalmente, de que o traballador deba ser retribuído por iso³⁸. Neste ámbito, a maioría dos pronunciamentos ditados son suscitados en relación co persoal estatutario vinculado a entidades sanitarias estatais ou autonómicas, pola diferenza de tratamento que ten a garda de presenza física e a de localización. As horas de garda de presenza deben ser computadas como de traballo efectivo ós efectos dos límites da xornada máxima semanal e anual³⁹.

Fronte a supostos que poden resultar dubidosos, o art. 8 RDJ distingue nalgúns actividades (transporte e traballo no mar) os chamados “períodos de presenza”, nos que o traballador se atopa a disposición do empresario sen prestar traballo efectivo, por razóns de espera, expectativas, servizos de garda, viaxes sen servizo, avarías, comidas en ruta ou outros similares. A propia natureza da actividade esíxelle, ademais das horas de traballo efectivo, outras horas de dispoñibilidade na que o traballador non pode realizar libremente actividades no seu propio interese. As horas de presenza non contan para os efectos do cómputo da duración máxima da xornada. Non obstante, deben remunerarse polo menos igual que as horas ordinarias de traballo efectivo ou compensarse con descansos retribuídos equivalentes.

36 Recentemente a STJCE do 9 de setembro de 2003, asunto *Jaeger*, C-151/02, considera que, para os efectos da Directiva 93/104/CE, un servizo de atención continuada que efectúa un médico en réxime de presenza física nun hospital constitúe na súa totalidade tempo de traballo, o cal oponse á “normativa dun Estado membro que cualifica de tempo de descanso os períodos de inactividade do traballador no marco do devandito servizo de atención continuada”.

37 Precisamente este raciocinio serviu para determina-la inexistencia de accidente de traballo por falta de nexo causal nun suposto en que o traballador sofre un infarto de miocardio no seu domicilio mentres está en garda localizada ou dispoñibilidade permanente, pero sen prestar servizos –STS do 7 de febreiro de 2001 (Ar 2148)–.

38 Neste sentido, véxase STSJ de Galicia do 28 de febreiro de 2003 (recurso de suplicación nº 551/2000) que parte da distinción entre xornada de traballo efectivo e xornada de localización consagrada en unidade de doutrina coa STS do 18 de febreiro de 1991 (Ar 847) –e outras posteriores: SSTS do 19 de outubro de 1993 (Ar 7845); 4 de febreiro, 1 de marzo e 4 de outubro de 1994 (Ar 797, 2541 e 7746); 14 de marzo de 1995 (Ar 2009); 22 de xullo de 1996 (Ar 6385); 21 xuño 1997 (Ar 4763)...–, que se ben fixo o pronunciamento respecto do persoal estatutario da Seguridade Social, “senta criterio que *mutatis mutandi* resulta plenamente aplicable a calquera outro sector laboral”.

39 Vide. STJCE do 3 de outubro de 2000 e STS do 12 de novembro de 2002 (Ar 2325).



A ORDENACIÓN DO TEMPO DE TRABALLO

CAPÍTULO TERCEIRO:
A DISPONIBILIDADE HORARIA



A DISPOÑIBILIDADE HORARIA

Coa noción de dispoñibilidade horaria estase a aludir a unha técnica de distribución do tempo de traballo flexible, que permite ás empresas organizar os seus recursos humanos en función das necesidades do momento, e requirir ós traballadores a prestación en períodos que en principio non están considerados como de traballo, aínda que o problema sexa determinar se, posto que están sometidos á chamada do empregador para prestar traballo efectivo, son tempo de descanso ou non.

Dende logo, dentro de esta dispoñibilidade pódense realizar moi diversas clasificacións, pois nela cabe inserir tanto a flexibilidade que pódese obter a través das horas extraordinarias como os casos nos que o traballador, franco de servizo, debe reintegrarse ó seu posto pola orde empresarial de facelo. Non obstante, existen dous tipos de dispoñibilidade que van a fixar máis axiña a nosa atención. Por unha banda, aqueles das empresas que, pola natureza da súa prestación de servizos, precisan a organización do tempo de traballo as 24 horas do día e precisan tamén a dispoñibilidade dos traballadores, ou de certos traballadores, máis aló do seu tempo de traballo ordinario, organizando gardas, que a súa vez poden ser de presenza ou de localización. O caso paradigmático deste tipo é o dos médicos e persoal sanitario, no que fundamentalmente se ten desenvolvida a xurisprudencia, nacional e comunitaria, aínda que sen embargo, esta xurisprudencia non sexa extrapolable ou xeralizable nas súas conclusións, porque na meirande parte dos casos refírese o persoal estatutario da Seguridade Social, as relacións do cal non se rexen polo Dereito do Traballo, senón polas súas propias normas estatutarias.

A carón deste tipo, un segundo tipo de dispoñibilidade fai referencia ós traballos que tamén pola súa natureza esixen tempos de presenza no que pódese dar ou non traballo efectivo, sendo esa presenza máis que consecuencia da necesidade de atender imprevistos ou de cubrir servizos que precisan de atención as 24 horas do día, a circunstancia de que unha prestación de servizos anterior, ou unha posterior, supón ou esixe a previa presenza do traballador no lugar no que a prestación se toma ou se deixa. Neste caso, un exemplo válido é o dos traballos relacionados co transporte, cando os servizos de toma e deixa de vehículos se fai a unha distancia do domicilio propio que o traballador non ten outro remedio que esperar ó próximo servizo naquel lugar, ou ben realizar a viaxe de regreso invertendo nela un tempo que, obviamente, non é de descanso nin libre.

En fin, aínda existe un tipo máis de dispoñibilidade, que ten menos experiencias negociais e que é de moita máis dubidosa cobertura legal e clasificación. Trátase daquel tempo que as empresas, en servizos que en principio non participan das necesidades dos dous tipos anteriores, queren acomodar a súa produción á demanda existente en cada intre, de modo que axustan, en mais ou en menos, a súa esixencia de prestación de servizos dos traballadores a esa demanda, dispoñendo descansos forzados –cando non auténticas suspensións de contratos– en tempos de pouca demanda, e xornadas alongadas en tempos de moita demanda. Como é obvio,

esta circunstancia non merecería maior atención si este axuste á produción se producira no eido da regulación legal da xornada, e a súa distribución irregular, e das horas extraordinarias. Pero as experiencias –e os prantexamentos que se fan– van máis aló de estas lindes, nas que en todo caso a xornada irregular é coñecida de antemán polos traballadores, e se ten plena conciencia das horas extraordinarias que se fan, por máis que logo poidan ser retribuídas ou compensadas con descansos. O problema ven cando os límites da xornada se deixan abertos para atender á demanda, de modo que, co amparo na norma que soamente di cal é a xornada máxima anual, pretender dispoñer dos traballadores “á chamada”, de modo que estes realicen a súa xornada sen dispoñer nunca dun coñecemento dos límites da xornada diaria, semanal ou mensual, nin, xa que logo, poidan organizar tampouco o seu tempo de descanso, libre, pendentes da chamada da empresa que se poida producir.

Neste senso, un estudio da negociación colectiva do sindicato CCOO¹, expresa que, de modo paralelo ou alternativo ó marco legal existente, aparecen na negociación colectiva instrumentos ou mecanismos especificamente deseñados para proporcionar maior flexibilidade na ordenación (distribución) no tempo de traballo. A súa fisionomía é variada, aínda que a finalidade é común: a concesión de marxes de dispoñibilidade á empresa para modificar o tempo e o horario de traballo segundo determinadas necesidades e cos límites e as condicións que se establecen en cada caso. A diferenza da distribución irregular determinada inicialmente (por convenio, ou remitida a outros niveis convencionais, ó acordo colectivo ou á iniciativa empresarial), estes instrumentos teñen unha proxección dinámica na medida en que permiten a variación da xornada pactada (incluso a irregular) durante a vixencia do convenio. A finalidade é establecer procedementos que permitan o axuste ás demandas ou necesidades da empresa ó longo do ano. Eses procedementos se configuran como alternativas o réxime das horas extraordinarias (máis ó cómputo que á retribución, aínda que tamén a este aspecto) e ó procedemento legal de modificación de condicións de traballo (co que, nembargantes, comparten nas ocasións réxime xurídico).

Ponse de manifesto, nestes últimos casos, o incremento da dispoñibilidade dos traballadores na negociación colectiva e a ausencia, nas ocasións, de mecanismos de control efectivos.

1. A súa consideración ou non como traballo efectivo

A consideración como traballo efectivo do tempo de “dispoñibilidade” é tributaria tamén do tipo de dispoñibilidade do que se fale, seguindo a clasificación en tres grupos que temos feita no punto anterior.

De feito, esta cualificación, para o eido no que máis se ten estudiada, e para o dos servizos que pola súa natureza esixen unha prestación de servizos as 24 horas do día de modo que esixen a organización de gardas de presenza e de localización.

1 CCOO, *Observatorio de la negociación colectiva*, CCOO, Madrid 2002, pág. 83.

Sinaladamente, trátase do persoal sanitario dos servizos hospitalarios –por tanto, a cuestión trascende os límites do Dereito do Traballo, pois o persoal sanitario, se é dos servizos públicos de sanidade, traballa en réxime estatutario e non laboral nin funcionario; nembargantes, élle aplicable a normativa comunitaria sobre tempo de traballo, e, sinaladamente, polo que nos interesa, a Directiva 2003/88-. Pois ben, a cuestión, como se di, está estudada dabondo e ten incluso uns pronunciamentos claros e reiterados do TXCE, segundo o cal, o tempo das gardas de presenza física é, na súa totalidade, tempo de traballo efectivo (STXCE 3 outubro 2000, asunto C-303/98, SIMAP; ATXCE 3 xullo 2001, asunto C-241/99, CIG e sobre todo STXCE 9 setembro 2003, asunto C-151/02, Jaeger).

Non tan doado é definir qué tempo é o das gardas de localización ou tempos nos que, pese a non ter que estar o traballador no centro de traballo, tense que incorporar nel nun tempo axeitado si o chama o empregador. Sobre este tema, advirte MARTÍNEZ YÁÑEZ² que hoxe son moitos os traballadores sometidos a cláusulas de dispoñibilidade semellantes ás do persoal sanitario. Así, aínda que o TXCE tan só tivo oportunidade de pronunciarse sobre as gardas de localización deste tipo de persoal, a súa doutrina é aplicable a outras situacións substancialmente idénticas, pois neste punto as consideracións do Tribunal non están influídas polo *status* especial que caracteriza ó persoal sanitario.

Esta situación de dispoñibilidade non é, para o TJXCE coma a anterior das gardas de presenza física. As tres sentencias citadas máis por enriba, din que posto que o traballador pode organizar o seu tempo namentres non sexa chamado polo empregador, o tempo que o traballador pasa en réxime de localización non é tempo de traballo, coa excepción do tempo no que o empregador chama ó traballador e este se pon ó seu dispor, que si é tempo de traballo efectivo, computable como tal a tódolos efectos. E tamén a opinión da nosa Xurisprudencia, como di, por citar unha das últimas, a STS 1 abril 2002, Ar. 6002.

Cabe concluír, polo tanto, que no tempo no que no se produce a chamada do empregador é, ós nosos efectos, tempo de descanso. Existe, nembargantes, unha interpretación distinta, segundo a cal, basicamente, neste tempo, falla un requisito esencial do tempo de descanso na interpretación da xurisprudencia comunitaria, a saber, que o descanso se efectúe en horas consecutivas³. De aceptarse esta interpretación, cando os convenios colectivos non recoñezan un descanso trala garda e ininterrompido dos traballadores que levan a cabo gardas de localización se en elas tiveron traballo efectivo sería posible cuestionar se esa regulación fora acorde coa Directiva comunitaria, e dicir, respectuosa cos períodos de descansos mínimos interxornadas que hai que respectar.

2 MARTÍNEZ YÁÑEZ, *op. cit.*, páx. 14, nota 32.

3 MARTÍNEZ YÁÑEZ, *op. cit.*, páx. 15.

O anterior no prexulga, nembargantes, a solución dos tempos de dispoñibilidade de nos outros dous casos que se propuxeron como clasificatorios, a saber, os dos traballos en que os tempos de non actividade derivan de circunstancias do propio traballo, e os dos traballos nos que a dispoñibilidade é unha forma de mellorar a circunstancia productiva da empresa.

Respecto dos primeiros, e dicir, aqueles casos nos que o tempo de non traballo deriva de circunstancias do propio traballo –por exemplo, o chofer que leva a unha persoa a un lugar onde permanecerá varias horas, incluso días, pero entón a situación é máis complexa, e ten que esperar para volvela a levar de volta; ou o condutor de autobús que fai un servizo lonxe e ten que volver nunha viaxe sen servizo, ou esperar alí e despois traer de volta outro autobús–, a situación é máis complexa, posto que nestes casos non é tan claro que o traballador poda organizar o seu tempo de non traballo aínda que non sexa requirido polo empresario para prestar traballo, en primeiro lugar, porque non está no seu lugar de orixe, en segundo, porque pode estar na espera de ter que intervir no traballo, e en terceiro, porque está onde está precisamente por causa do seu traballo.

Nestes casos, nembargantes, o sistema legal si da unha solución, e así, o art. 8 do RD 1561/1995, de 21 setembro, sobre Xornadas especiais do traballo, establece as categorías de tempo de traballo e tempo de presenza, entendendo por este último “aquel no que o traballador se atope ó dispor do empresario sen prestar servizo efectivo, por razóns de espera, expectativas, servizos de garda, viaxes sen servizo, avarías, comidas en ruta ou outras similares.

Aquí a normativa si contempla una sorte de *tertium genus* entre o tempo de traballo e o de descanso, porque este tempo de presenza, pese a non computar como de traballo efectivo, non poderá exceder de vinte horas semanais de referencia no período de un mes, respectará os descansos entre xornadas e semanais, e aínda que non computen a efectos de xornada máxima nin de horas extraordinarias, salvo que se acorde a súa compensación con períodos equivalentes de descansos, se aboarán cunha contía non inferior a das horas ordinarias.

En fin, no terceiro tipo de dispoñibilidade formulado, aquel a razón de ser da cal é a conveniencia da organización productiva da empresa, con un tipo de xornada irregular en función da demanda de produtos, o problema é ben distinto. Nestes casos, en principio, non tería por qué suscitarse problema de diferenciación entre tempo de traballo e de descanso, pois á distribución da xornada, ben que irregular, élle esixible a claridade suficiente e para que o traballador identifique os tempos de traballo e os de descanso. Nembargantes, o problema é distinto, e dáse cando esa distribución irregular non se coñece con anterioridade ó momento da prestación, nos casos, de por si xuridicamente dubidosos, nos que é o empregador nos que especifica os períodos de traballo mediante a chamada ó traballador. Pero o problema, nestes casos, non é, como se di, de distinción entre tempos, senón da posibilidade e articulación xurídica de esta distribución da xornada, posto que debe estar ben

delimitada de antemán e garantir o traballador tanto un coñecemento dos seus períodos de prestación coa antelación debida como dos mínimos salariais e demais que lle garante a lexislación laboral. E dicir, que o que non pode consentirse é que, mediante esta especificación polo empregador dos tempos de traballo, o cumprimento e a execución do contrato de traballo quede ó arbitrio deste.

2. Identificación de sectores e experiencias negociais

Dentro das experiencias negociais sobre dispoñibilidade, e para os casos en que non é a natureza do traballo (necesidade de mante-lo servizo as 24 horas do día; postos que implican desprazamentos alongados) a causante da dispoñibilidade, é unha experiencia negocial particularmente coñecida a que vense a chamar “bolsa de horas”. Esta técnica ven a funcionar como⁴ aumentos-diminucións do número global de horas ó ano, con limitacións diarias aínda que non no período de aplicación. Trátase de horas da xornada ordinaria anual dispoñibles na súa ubicación pola empresa. Son horas ordinarias aínda que superen o cómputo diario e semanal fixados para tal xornada. Segundo o traballo de CCOO citado, é un suposto típico dos sectores de químicas, metal e algúns convenios de Comercio e Hostalería.

O problema non se da cando a través destas técnicas o que se fai é un aumento do tempo de traballo, porque, ó cabo, o que termina sucedendo é que, vistas as causas que xustifican a realización de máis horas –as veces moi xenéricas, pero en todo caso vinculadas coas necesidades productivas das empresas– se subsumen coas establecidas para a realización de horas extraordinarias. O problema e cando, na banda contraria, pódese tamén non requirir de traballo ós traballadores en xornadas que, doutro xeito, serían ordinarias, porque iso, no mellor dos casos, podería chocar co dereito ó traballo que teñen os traballadores (art. 30 ET), e no peor deles, suporía unha utilización desviada de modalidades contractuais, ou da normativa sobre tempo de traballo e salario, que permitiría o empregador deixar ó seu arbitrio unilateral o cumprimento do contrato.

Por sectores de actividade, os convenios que con máis frecuencia contemplan a dispoñibilidade, na súa forma de gardas ou horas de presenza ou localización, son os seguintes:

O do sector de transporte de enfermos e ambulancias, que en xeral, seguen as prescricións –como probablemente, e agás nos casos de descolgue e concorrencia legais, non poda ser doutra maneira– do convenio de ámbito estatal⁵. Vgr. convenio de Madrid⁶, que fixa o seu carácter de non traballo efectivo e a súa retribución, e art. 21, que configura ese tempo como aquel no que o traballador se atope ó dispor da empresa sen prestar traballo efectivo, por razóns de espera, expectativas, servi-

4 CCOO , *op. cit.*, páx. 87.

5 Res. 21 setembro 2001, BOE 8 outubro 2001.

6 Res. , BO Comunidade de Madrid de 2 maio 2003, art. 15.

cios de garda, viaxes sen servizo, avarías, comidas en ruta ou outras similares, e ademais establece un “dispositivo de localización” voluntario, con límites temporais e con retribución.). No mesmo sector, no convenio da C.A. de Cataluña⁷ fixéanse 80 horas de presenza ó mes. e tamén o dispositivo de localización voluntaria, na mesma contía que o de Madrid.

Outro dos sectores que contén cláusulas de dispoñibilidade é o dos empregados de fincas urbanas, pero nestes casos a dispoñibilidade é moi *sui xénensis*. Así, o Convenio do Principado de Asturias⁸ establece a obrigatoriedade de que os empregados acudan a solucionar calquera problema xurdido fora da xornada (avarías de calefacción, ascensor, auga quente, etc.) sen prexuízo de que estas horas sexan retribuídas como extraordinarias. Neste senso, pódese considerar que o réxime non difire do réxime do art. 35 para estas horas, cando, como permite o seu texto, sexa pactada a súa obrigatoriedade no convenio colectivo. O convenio do mesmo sector para Cataluña e para A Coruña –porque aquel estendeuse á provincia galega⁹– establecen que a utilización polo porteiro da vivenda na finca o seu cargo ven determinada non polos seus fins particulares, senón pola condición de dispoñibilidade plena para atender calquera incidencia na finca ó seu cargo. De este xeito, di a norma (art. 13), que “comporta unha obriga recíproca: pola banda do porteiro, ocupala obrigatoriamente por razóns de seguridade, e pola banda da propiedade, facilitar unha vivenda que deber reunir as mínimas condicións de habitabilidade, non supoñer custo algún para o porteiro (exceptuando a cotización da mesma como retribución en especie) e estar vinculada á especial transcendencia das súas funcións”. A alusión á dispoñibilidade e a súa vinculación coa vivenda, poderían dar lugar a pensar que, en algunha parte, a concesión da vivenda –o carácter de retribución en especie da cal reconece o propio convenio– puidera entenderse como retribución da dispoñibilidade, aínda que esta non parece retribuírse de ningún outro modo independente. A conclusión, non obstante, é dubidosa pola propia especialidade da prestación neste sector, segundo o art. 3 do RD 1561/1995, de xeito que non parece concibirse a actividade do empregado sen esa dispoñibilidade, e polo tanto, pódese entender que no seu soldo ven incluída en todo caso a dispoñibilidade.

Os sectores que provean servizos públicos teñen tamén, por razóns lóxicas, previsións de dispoñibilidade. Vgr., o convenio de augas municipais de Jávea¹⁰ regula un “plus de localización ou gardas” nunhas cantidades lineais segundo a categoría profesional e o día da garda –normal ou sábados, domingos e festivos– e que se abona pola sola realización da garda, de modo que se durante o período de garda faise algún traballo sexa considerado como horas extraordinarias. O de empresas

7 Res. 23 xaneiro 2003 , DO Generalitat 19 febreiro 2003.

8 Res.12 novembro 2001 , BO do Principado, 30 novembro 2001.

9 Res. 23 maio 2002, DO Galicia 4 xuño 2002.

10 É unha empresa, Res. 9 xullo 2001 , BO Alicante 29 agosto 2001.

depuradoras de augas residuais de Alicante¹¹, regula a dispoñibilidade con carácter voluntario para os traballadores e, como o anterior, a dispoñibilidade se abona de forma independente ás horas realizadas nese período, que terán o carácter de horas extraordinarias. Neste eido dos sectores públicos, o Convenio do persoal laboral de Generalitat de Cataluña¹² establece (art. 35.5) un complemento de garda de localización por asesoramento técnico de menores cando se requira súa intervención a petición dos xulgados de menores. Na norma do mesmo sector¹³, se establece a posibilidade de prolongación dos condutores con servicios de representación, con tempos de presenza, pero a súa regulación non se separa do que dispón o RD 1561/1995. E máis curioso é o convenio do persoal laboral da Deputación de Tarragona¹⁴, que só prevé, xenericamente, que “o persoal que, con motivo das tarefas encomendadas teña a obriga de estar en situación de localizable e a tal efecto se lle facilite un aparato de busca, terá dereito a percibir un plus mensual polo concepto de localización a contía do cal figura no anexo...”, sen que logo faga regulación algunha de cal é ese persoal, os límites da localización ou a consideración do tempo de traballo efectivo que proceda. Pero novamente no mesmo sector¹⁵, un Acordo da comisión negociadora establece novas regulacións con complementos de asistencia continuada para médicos en presenza física e en localización –máis baixos estes últimos, como é lóxico–, garadas de presenza do persoal sanitario penitenciario, etc., e contías para horas de presenza diúrna e nocturna e compensación por dispoñibilidade para os choferes. En fin, nel se atopan tamén un complemento pola dispoñibilidade dos que traballan en prevención activa forestal; un complemento de garada de localización para peritos xudiciais, e un complemento de viabilidade viaria ou atención continuada para quen con carácter voluntario queiran situarse en dispoñibilidade neste eido. O Convenio da policía autónoma vasca¹⁶ prevé dous tipos de semanas a organización do tempo de traballo das cales está sometida a dispoñibilidade: a chamada “semana de standby”, na que se estará en disposición de prestar os servicios previstos coa suficiente antelación como en situación de dispoñibilidade para incorporarse o servico, e a “semana de retén”, na que as 24 horas de presenza –coa obriga, regulada en distinto lugar, de pernoctar no centro de traballo– equivalen e se computarán como 16 horas de traballo efectivo, tendo dereito os traballadores a manutención completa e obrigándose a prestar servico efectivo cando se lles requira, computándose, di estrañamente o precepto, despois de dicir que serán 16 horas de traballo efectivo, “neste caso, as horas efectivas de traballo”. Nas semanas de “standby”, non se retribúe a dispoñibilidade, senón só as horas de traballo efectivo que se realicen (art. 29).

11 Res. 26 novembro 2001, BO Alicante 12 decembro 2001.

12 Res. 3 maio 2001, DO Generalitat, 5 xulio 2001.

13 Res. 16 novembro 2000, DO Generalitat 21 febreiro 2001, Anexo 1.

14 Res. 1 outubro 2002, DO Generalitat 19 novembro 2002.

15 Res. 14 maio 2002, DO Generalitat 4 xullo 2002.

16 Res. 7 marzo 2000, BO País Vasco, 23 marzo 2000.

Os funcionarios da Rioxa teñen tamén un Convenio¹⁷ no que se establece un complemento de dispoñibilidade en servizos nos que, por circunstancias perfectamente definidas, pódese requirir a prestación de 20 horas máis en cómputo mensual en horario distinto ó habitual; e na campaña contra incendios, prevense tamén gardas de localización. Nestes casos, o convenio di que o cómputo do tempo de extinción comezará no momento da mobilización e rematará no momento de chegada ó destino de cada funcionario. É o sistema que se aplica tamén o persoal de mantemento do Hospital de La Rioja¹⁸.

Pola súa banda, o convenio colectivo único da Xunta de Galicia¹⁹ prevé a dispoñibilidade horaria como complemento que aboa o tempo de presenza dos condutores, aínda que tamén é posible estende-la dispoñibilidade a outros postos de traballo, nos termos do RD 1561/1995, declarando que dita dispoñibilidade non se considerará dentro da xornada de traballo efectivo, nin se computará ós efectos do límite das horas extraordinarias. Deste xeito, abóase a dispoñibilidade sen máis, e só os tempos de traballo efectivo que se realicen como consecuencia da devandita dispoñibilidade terán que ser retribuídos, probablemente, como horas extraordinarias. O Convenio do persoal laboral do Principado de Asturias²⁰ regula de xeito peculiar a dispoñibilidade, definíndoa como a situación na que o traballador deba estar localizable fóra da súa xornada habitual, por canto establece unha contía mínima – unha “indemnización”, di a norma, art. 21- en todo caso de dispoñibilidade, pero o seu monto pode ser superado se o valor das horas extraordinarias traballadas durante a dispoñibilidade o supera. O curioso, e tal vez non moi congruente, é que a renglón seguido dispón que “En ningún caso a dispoñibilidade se utilizará para atender as necesidades establecidas no art. 20 do presente convenio”, e dito artigo refírese, precisamente, ás horas extraordinarias.

O convenio dos bombeiros da C.A. de Murcia²¹, dispón un complemento de especial dispoñibilidade, voluntario, a aceptación do cal obriga a realizar 144 horas anualmente que se aboa en cantidades fixas mensuais. O dos da Comunidade de Madrid²² prevé a dispoñibilidade en “retén saliente” –despois da xornada ordinaria- e “retén entrante”-cando ó remate da intervención comeza a xornada de traballo, e se retribúen as horas realizadas nas chamadas ó retén, cun mínimo de dúas horas (art. 25). Esta retribución é polo tempo de traballo efectivo, aínda que, segundo o art. 31 do convenio, nos salarios base “se engloba a retribución percibida polos tra-

17 Res. , BO La Rioja, 13 abril 2002.

18 Véxase a modificación operada neste sistema polo acordo publicado Res. , no BO La Rioja 3 decembro 2002.

19 Res. 18 abril 2002/23 maio 2002 , DO Galicia 4 xuño 2002.

20 Res. 22 outubro 2002, BO do Principado 16 novembro 2002.

21 Res. 16 xaneiro 2001, BO Murcia 13 febreiro 2001.

22 Res. 2 xuño 2000, BO Madrid 3 xullo 2000.

balladores como consecuencia da dispoñibilidade”. No tempo da dispoñibilidade se arbitra o sistema do “buscapersoas”, e se din que os traballadores “deberán presentarse completamente equipados no punto de encontro nun prazo máximo de 30 minutos” na dispoñibilidade do día que se traballa, e “á hora que se lles cite” na dispoñibilidade do día que libran. En fin, fíxanse os horarios de dispoñibilidade, a saber, e resumindo, desde as 06.00 horas do día de traballo hasta as 06.00 do día seguinte, salvo o tempo da xornada, e para os días que se libra, a dispoñibilidade é desde as 16.00 horas ata as 06.00 horas do día da quenda de traballo.

As pompas fúnebres son tamén un sector que, por razóns obvias, precisa mante-los servizos as 24 horas. No Convenio de Salamanca²³, prevese por iso a posibilidade de fixar quendas e servizos de gardas localizadas (art. 9). Polo cumprimento destas garadas, establécese o abono dun plus de dispoñibilidade (art. 17), e se especifica que a percepción deste plus está vinculado e compensa os tempos de espera e a realización e cumprimento dos servizos de garda localizada establecidos por cada empresa. Deste xeito, se o abono compensa non só os tempos de espera, senón tamén os de “realización e cumprimento dos servizos”, e dicir, os tempos de traballo efectivo, parece claro que neste sector non se fai a distinción entre o tempo de traballo efectivo e o tempo de presenza ou de dispoñibilidade que temos visto para outros convenios.

O convenio para a construción e obras públicas de Jaén²⁴, regula unha “prolongación de xornada” (art. 25.4), de modo que o traballo dos operarios con funcións de mantemento ou reparación, ou o do persoal que poña en marcha e peche o traballo dos demais, poderá prolongase polo tempo necesario, “sen que o exceso sobre a xornada ordinaria compute como horas extraordinarias”, aínda que se aboe como se o fora. A expresión entrecomillada, como pode verse, non é del todo axeitada á legalidade. Unha cousa é que o convenio pense que se trata de tempos moi curtos, que por tanto a súa suma e desprezable ós efectos da xornada porque non se corra o perigo de atopar o límite de horas. Pero é claro que as devanditas prolongacións de xornada contan, ben como xornada ordinaria, polo que habería que totalizalas anualmente e, si se alcanzase e pasase o límite da xornada ordinaria, como horas extraordinarias, efecto de dereito necesario que o convenio colectivo non pode eludir, aínda que o diga. No mesmo convenio se establece un plus de dispoñibilidade para o persoal de conservación de estradas ou vías férreas, plus que retribúe só a dispoñibilidade, aínda que as intervencións se aboan como horas extras, incluído o tempo de desprazamentos.

Mención aparte merecerían as normas sectoriais relativas ó eido sanitario, pero, dada a súa especialísima situación xurídica de persoal estatutario, o que significa, como se sabe, que nin son persoal laboral nin funcionario, senón un *tertium genus* rexido polas súas propias normas, non van a tratarse aquí as especialidades do seu

23 Res. 12 novembro 2002, BO Salamanca 22 novembro 2002.

24 Res. 5 novembro, BO Jaén 15 novembro 2002.

régime xurídico²⁵. Pero si pode traerse aquí algunha previsión específica, sobre todo polo que fai non ó persoal estatutario (publico), senón ó sector sanitario privado. Así, no convenio para establecementos sanitarios privados de Cataluña²⁶, regúlanse de xeito bastante simplificado as gardas, poñendo o límite de que a xornada “complementaria de traballo” sumada á ordinaria non poda excede de 48 horas semanais de traballo efectivo (cfr. os límites da directiva 2003/88) e dispoñendo que non computarán nesa duración máxima os períodos nos que o traballador estea en situación de localización, salvo que sexa requirida a súa presenza física no centro e pola exacta duración desta. Outras previsións da mesma norma ten, sen embargo un carácter máis dubidoso. Así, cando se di que “a xornada complementaria non terá en ningún caso a consideración de xornada extraordinaria”, e perfectamente nula e contraria á Lei, e pode terse por non posta, se realmente se trata dunha prescrición aplicable ó sector privado, por máis que ese sector sexa o sanitario. De feito, a impresión que da, é que a cláusula está traída directamente das normas estatutarias e a súa xurisprudencia interpretadora sobre o persoal sanitario –estatutario– da Seguridade Social. Pero estas normas non poden ser extrapoladas ó sector privado no que, aínda que se trate da mesma actividade e das mesmas profesións, trabállase en réxime laboral e sometidos, xa que logo, ó que di o Estatuto dos Traballadores.

No eido dos convenios empresariais, algúns deles fixan sistemas de “coberturas de ausencias en produción e sistemas de flexibilidade (Convenio de Fertiberia, BOE 31 xaneiro 2002, art.20). No convenio citado, prevese unha “xornada flexible irregular” de 100 horas/ano, ampliable nalgúns casos ás 140 horas, pero que é considerada como xornada ordinaria, logo se se realiza ten que compensarse logo con descansos, e en todo caso non pasar das horas máximas anuais, limitando a súa utilización –nalgúns supostos voluntaria para o traballador– a que entre o cese dunha xornada e o comezo da seguinte non haxa menos de 12 horas. No mesmo convenio, atópase tamén un “Reten de mantemento”, en principio voluntario e sometido a quendas, con un sistema de localización e a retribución do cal é un denominado “plus de chamada” cando o traballador sexa requirido para operar en servizo de retén. Segundo a regulación, “cando o traballador de retén sexa requirido polas necesidades do traballo, este comparecerá na fábrica no menor tempo posible, fixándose, en todo caso, en 45 minutos o prazo máximo para a súa incorporación dende o intre en que sexa requirido”.

O Convenio dos Camiños de Ferro Vascos (BO País Vasco 7 xaneiro 2002), prevese unhas “Brigadas de reparación urxente”, as horas de traballo das cales –sempre fora da xornada que en principio é ordinaria, “non terán a consideración de Xornada Extraordinaria, pero si de Hora BRU, e non se acumularán no cómputo

25 Vid. entre outros e referido o seu tempo de traballo, RABANAL CARBAJO, P., “Tiempo de trabajo del personal estatutario de la Seguridad Social”, en AA.VV., *Personal Estatutario de la Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2000. páx. 169 e ss.

26 Res. 12 agosto 2002, DO Generalitat 3 outubro 2002, art. 30.

anual". Non é doado interpretar esta previsión, como non sexa que tales horas, se non son extraordinarias nin ordinarias, teñan que ser obrigatoriamente compensadas con descansos nos catro meses seguintes a súa realización. En todo caso, a organización destas brigadas e en principio voluntaria (salvo falta de persoal suficiente) e o seu persoal debe permanecer localizable a través de mensáfono dentro dos límites da zona de cobertura do sistema que se determine. Se establece un tempo mínimo de descanso, cando se intervén como consecuencia dunha chamada, de nove horas entre a finalización da actuación e a seguinte xornada ordinaria, e se a actuación da brigada de intervención se remata máis aló das 3 da mañá, "se considera permiso retribuído a xornada do día seguinte, non compensable con horas extraordinarias".

O convenio da empresa Thyssenkrupp Elevadores SA, de Huelva²⁷, establece un servizo de localización obrigatorio para o persoal, nas 24 horas. E o da empresa Buquebus España, SA²⁸, establece un plus de dispoñibilidade para o persoal de mantemento organizado de forma que se nomea semanalmente unha persoa en "retén" que será a primeiramente chamada, e logo as demais necesarias se aquela non fora suficiente.

Tamén o convenio da empresa DHL Internacional España SA²⁹ establece o plus de dispoñibilidade, pero o caso de este plus é moito máis específico. De feito, a dispoñibilidade se retribúe polo feito de poderse variar os horarios de traballo en función das necesidades da empresa. Deste xeito, o convenio (arts. 30 e 38) prevé modificacións horarias conxunturais –cando a súa duración sexa inferior a unha semana– e que pódense facer sen preaviso algún, e modificacións non conxunturais –que cando é superior a dúas horas respecto do horario anterior esixe un preaviso mínimo por escrito de dez días naturais e cando é inferior a dúas horas esixe un preaviso de cinco días naturais. En calquera caso, pódese dubidar da legalidade destas prescricións convencionais, polo que fai ás modificacións de horario "non conxunturais". Iso é así, dado que non parece que o art. 41 ET –que regula as modificacións substanciais de condicións do traballo e o seu procedemento, e entre elas, a modificación do horario de traballo– sexa dereito dispositivo, senón dereito necesario, e dicir, obrigatorio e que non pode ser exceptuado polo pacto entre as partes nin polo convenio, senón é para mellora- lo réxime do traballador, o que non sucede neste caso. O mesmo convenio regula tamén o tempo de presenza, que non será computado como tempo de traballo efectivo (o que é acorde có RD 1561/1995), pero que será retribuído como se o fora –como o tempo de traballo ordinario, pero co límite de dúas horas diarias e sen que se xere retribución destes tempos se non alcanzan os 30 minutos ó día de tempo de presenza.

27 Res. 17 xaneiro 2003, BO Huelva 24 febreiro 2003.

28 Res. 11 decembro 2001, BOE 3 xaneiro 2002.

29 Res. 7 febreiro 2002, BOE 26 febreiro 2002.

O convenio colectivo de AENA³⁰, aínda que sexa un convenio de empresa, é tamén un convenio significativo, non só pola importancia da empresa dada a conxuntura do sector aéreo, senón tamén porque precisamente nese sector, a dispoñibilidade ten unha notable importancia. Este convenio prevé (art. 67.3) unha situación de “localización”, de aceptación voluntaria, pola que o traballador obrígase a realizar unha ampliación da súa xornada, ben a continuación ou unha vez rematada, cando sexa requirido para iso. Esta localización xera un complemento de dispoñibilidade a contía do cal se fixa nas correspondentes táboas, e ese complemento retribúe xustamente a dispoñibilidade, e non o tempo traballado nesa situación, porque sobre este tempo, o convenio di que “o exceso de horas sobre a xornada sinalada..., que poida derivarse de este réxime de xornada, será compensado con tempo de descanso equivalente”.

Pero non é esta a única situación de dispoñibilidade que regula o convenio. O seu art. 71 contempla a “bolsa de horas dispoñibles”, que define como a diferenza entre a xornada anual programable (art. 69) e a xornada anual programada (art. 70). Esta bolsa de horas dispoñibles (BHD), se complementa cun curioso sistema, segundo o cal (art. 79), para os casos de servizos non programados (coberturas de postos por enfermidade, ou ausencias, etc.), servizos ós que os traballadores quedan obrigados, as horas dedicadas a estes servizos se deducirán da Bolsa de horas dispoñibles, e deste xeito, estas horas non computarán como extraordinarias. Só cando non existan horas dispoñibles, as horas dedicadas a estes servizos se computarán como extraordinarias (art. 79.5), con sometemento entón as normas legais sobre horas extraordinarias. Non obstante, para a imputación das horas de “prolongación de horario operativo e ampliacións de servizo”, existe un límite, segundo o cal, o tempo de permanencia empregado polo persoal, rematada a segunda hora adicional de traballo, contabilizarase cun mínimo de 3 horas extraordinarias, establecéndose entón diversos casos de cómputo do exceso (*vid.* art. 81).

Ademais, prevese tamén que (art. 74.4) nos centros illados (radiofaros, etc.) onde exista casa-habitación, se estableza unha xornada especial permanente, durante as 24 horas do día, sen necesidade de presenza constante.

3. A súa retribución

Aínda que a maior parte dos convenios colectivos deixa claro o carácter de non traballo efectivo das horas de dispoñibilidade, ou aínda de presenza (gardas), de conformidade, por outra banda, có que dispón o RD 1561/1995, de 21 setembro, que é citado en moitas ocasións nos propios convenios, iso non quere dicir que non sexan retribuídas, en tanto en canto existen dispoñibilidade do traballador no ámbito organizativo e directivo do empresario.

As fórmulas retributivas son moitas e variadas nos convenios que contemplan estas fórmulas de flexibilidade de tempo de traballo.

30 Res. 1 agosto 2002, BOE 19 setembro 2002.

O convenio de ambulancias de Madrid³¹, fixa o prezo da hora de presenza coa seguinte fórmula: (soldo base+plus ambulanciero+antigüidade)x14/1826 horas; e a adscrición ó dispositivo de localización –que é voluntaria– en 24'04 € al día. O do mesmo sector da C.A. de Cataluña (DO Generalitat 19 febreiro 2003) establece un prezo unitario para a hora, en función da categoría (para o ano 2004, 7'72 € para conductor e 6'98 para axudante; art. 14). (Ambos seguen as prescricións –como probablemente, e agás nos casos de descolgue e concorrencia legais, non poda ser doutra maneira– do convenio de ámbito estatal (BOE 8 outubro 2001).

Como xa se dixo, no convenio dos bombeiros da Comunidade de Madrid (BO Madrid 3 xullo 2000) a retribución da dispoñibilidade é polo tempo de traballo efectivo, aínda que, segundo o art. 31 do convenio, nos salarios base “se engloba a retribución percibida polos traballadores como consecuencia da dispoñibilidade”.

O Convenio do persoal laboral de Generalitat de Cataluña (DO Generalitat, 5 xullo 2001) aboa o complemento de gardas dos técnicos para intervir nos xulgados de menores (art. 35.5) cunha cantidade lineal por cada garda de localización, sen que se especifique se o seu abono inclúe ou non o traballo efectivo, pero probablemente sexa así, ollada a cantidade que se abona pola garda (20.196 ptas.). Norma do mesmo ámbito (DO Generalitat 21 febreiro 2001, Anexo 1), fixa a retribución das horas de presenza dos conductores con servicios de representación, que polo demais axústanse o RD 1561/1995. O Convenio do persoal laboral do Principado de Asturias³² establece un interesante sistema retributivo, de xeito que en calquera caso de dispoñibilidade –cando o traballador deba estar localizable fora da súa xornada habitual– percibirá “unha indemnización de 53'03 € diarios”, debe entenderse, polo tanto, que esta indemnización será percibida aínda que o traballador non sexa requirido para prestar traballo, porque, no caso de que o sexa, percibirá aínda esa “indemnización” se non percibe “durante a situación de dispoñibilidade horas extraordinarias, ou (...) realizase un número de horas extraordinarias en prezo total inferior ós citados 53'03 €”. Sen embargo, se o número de horas que realizase tivera un valor superior a esa cantidade, percibirá o seu prezo, e máis unha indemnización que neste caso será de 18'23 €. Como se ve, neste convenio, se produce a aparente contradicción de que a dispoñibilidade remunérase máis cando non hai intervención do traballador –ou hai intervención moi pequena– e menos cando si hai intervención. Pero quizais a contradicción é só aparente, porque en efecto, o resultado é que os traballadores en dispoñibilidade nunca perciben menos de 53'03 €, que cando traballan o suficiente para percibir máis de eso, que e cando a “indemnización se rebaixa ata os 18'23 €, esas horas son extraordinarias, logo ou ben computan para o límite, ou ben serán compensadas por descansos (*vid.*, vgr., no caso de traballo en fins de semana e festivos, o dereito a descanso compensatorio que se atopa no art. 23 deste

31 Res. , BO Comunidade de Madrid 2 maio 2003.

32 Res. 22 outubro 2002, BO do Principado 16 novembro 2002.

convenio). Esta forma de retribuír contrasta, por exemplo, coa do convenio para a construción e obras públicas de Jaén³³, no que a dispoñibilidade ten o valor, máis ben pequeno –por non dicir miserable– de 6 euros por día, aínda que o tempo de intervención se aboe en todo caso como horas extraordinarias, incluídos os tempos de desprazamento.

No Convenio da empresa Fertiberia³⁴, a dispoñibilidade retribúese (art. 26) cun “plus chamada” que só se abona cando se produce una chamada efectivamente atendida polo traballador. A xornada irregular que pode requirirse ós traballadores retribúe así mesmo o tempo de traballo efectivo, e para o retén de mantemento, de carácter voluntario e atendido en quendas, se aboa no obstante pola dispoñibilidade.

O Convenio dos Camiños de Ferro Vascos³⁵ establece a retribución da dispoñibilidade por sé mesma, sen necesidade de que se produza a chamada e por tanto sen necesidade de facer traballo efectivo nunha cantidade semana (15.238 ptas. semanais). Establécese así mesmo un prezo específico para as horas de traballo efectivo nesa dispoñibilidade (art. 19). No convenio da empresa Thyssenkrupp Elevadores SA, de Huelva³⁶, o servizo de localización obrigatorio para o persoal, nas 24 horas, retribúese cunha cantidade por localización e asistencia hasta 5 avisos e outra distinta polos avisos que superen os cinco. O da empresa Buquebus España, SA³⁷, establece una cantidade fixa para a dispoñibilidade, sen facer previsión algunha sobre o traballo que se desenvolva cando en función desa dispoñibilidade o traballador sexa chamado. O máis probable é que ese traballo efectivo teña o trato das horas extraordinarias (art. 10). Unha forma interesante de retribución do tempo de presenza é o que se atopa no convenio da empresa DHL Internacional España SA³⁸, que, aínda que non o considera traballo efectivo –o que é conforme coa legalidade vixente– o retribúe como se o fora, pero co límite, por enriba de dúas horas diarias como máximo, e por abaixo de media hora, de modo que si o tempo de presenza non alcanza os 30 minutos en un día non hai dereito a retribución.

A retribución dos sistemas de dispoñibilidade no convenio colectivo de AENA³⁹ depende de cada caso de dispoñibilidade dos que contempla. Así, a dispoñibilidade da localización, que é voluntaria, está retribuída segundo táboas, que retribúen só esa dispoñibilidade, aínda que as horas que se traballen por ela serán compensadas con descansos equivalentes (art. 67). Sen embargo, a realización de horas

33 Res. 5 novembro 2002, BO Jaén 15 novembro 2002.

34 Res. 17 xaneiro 2002, BOE 31 xaneiro 2002.

35 Res. 17 decembro 2001, BO País Vasco 7 xaneiro 2002.

36 Res. 17 xaneiro 2003, BO Huelva 24 febreiro 2003.

37 Res. 11 decembro 2001, BOE 3 xaneiro 2002.

38 Res. 7 febreiro 2002, BOE 26 febreiro 2002.

39 Res. 1 agosto 2002, BOE 19 setembro 2002.

imputables á bolsa de horas dispoñibles (BHD) o concepto das cales explicouse no epígrafe anterior, non parece retribuírse senón co prezo normal das horas da xornada ordinaria. A explicación pode estar en que, tratándose da diferenza de horas entre a xornada programable e a programada, supón que o traballador que ten horas dispoñibles traballou unha xornada menor que a máxima pola diferenza desas horas, de modo que esas horas son precisamente xornada ordinaria, aínda que a súa realización poda facerse en horas que en principio non son de traballo, dado que serven para cubrir ausencias, atraso na incorporación nos servizos, etc. Iso é así posto que, segundo di o convenio (art. 79), as horas dedicadas ós ditos servizos se computarán como extraordinarias, e se retribuirán ó valor do 200% da hora ordinaria ou, a elección do traballador, se compensarán con descansos.



A ORDENACIÓN DO TEMPO DE TRABALLO

CAPÍTULO CUARTO:
HORARIO DE TRABALLO

HORARIO DE TRABAJO¹

1. Traballo nocturno

1.1. Concepto e retribución

A regulación do traballo nocturno -e do a quendas- áchase contida, principalmente, no art. 36 ET, o cal ten que complementarse cos artigos correspondentes (19 e 32) do RD 1561/1995, do 21 de setembro, sobre xornadas especiais de traballo, e a Directiva 93/104/CE do Consello, do 23 de novembro de 1993, relativa a determinados aspectos da ordenación do tempo de traballo. Como primeiro matiz importante, cabe precisar que dende a reforma laboral de 1994 se produce unha distinción clara entre dous conceptos directamente interrelacionados: “traballo nocturno” e “traballador nocturno”. O primeiro tómase en conta, sobre todo, para os efectos retributivos²; o segundo, de xornada e saúde laboral.

Segundo o art. 36, nº 1, ET, “ós efectos do disposto na presente Lei, considérase traballo nocturno o realizado entre as dez da noite e as seis da mañá” do día seguinte, polo que aquel se condiciona á súa realización nese concreto período de nocturnidade. Deste modo, a norma interna mellora a comunitaria que subordina a cualificación do traballo como nocturno a unha duración mínima de sete horas, que debe incluír, en todo caso, o intervalo comprendido entre as vintecatro e as cinco horas do día seguinte (art. 2º, núm. 3). Doutro lado, os límites temporais que marcan a nocturnidade configúranse como dereito necesario relativo³, polo que non se poden alterar para reducir aquela nin a trasladar a outra franxa horaria (diúrna). Agora ben, cabe que a duración da prestación laboral do traballador supere os límites en cuestión, comezando ou finalizando noutros, se así páctase colectiva⁴ ou individualmente.

1 Dada a natureza deste traballo e a amplitude dos temas a tratar, cabe advertir que no tratamento deste e do seguinte apartado (horario de traballo e tempo de descanso, respectivamente) optouse por unha selección dos problemas a analizar, obviando outros menores por falta de espazo.

2 Así, ALARCON CARACUEL, M. R.: *Comentario al art. 36 ET*, no volume “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, dirixidos por Monereo Pérez (Granada, 1998), p. 463.

3 Así, MURCIA CLEVERIA, A.: *Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo*, no volume “La reforma del mercado laboral”, dirixido por Valdés Dal Ré (Valladolid, 1994), p. 295 e PEREZ AMOROS, F.: *Trabajo nocturno y a turnos y ritmo de trabajo*, REDT, núm. 100 (“El Estatuto de los Trabajadores veinte años después”), p. 768.

4 Así, art. 7º CC “dobrxaxe” da Comunidade Autónoma de Galicia (res. DGRL de 6 maio 2002; DOG de 26 xuño) e art. 31 CC “persoal laboral universidades públicas de Galicia” da Comunidade Autónoma de Galicia (res. DGRL de 15 setembro 1996; DOG de 18 outubro); o primeiro fixa a xornada nocturna entre as 22.30 e as 7.30 horas; o segundo entre as 22 e 8 horas do día seguinte (vixiantes).

Obriga legal importante do empresario que recorra regularmente á realización do traballo nocturno é a de informar diso á autoridade laboral, isto é, á Administración de traballo estatal ou autonómica, segundo as competencias asumidas. Tal información busca posibilitar que tal Administración poida controlar, a través da Inspección de traballo, o cumprimento da normativa sobre este tipo de traballo, a cal, como se verá, establece importantes garantías en favor desta clase de traballadores. Dende o punto de vista legal, esta obriga non parece excesiva, dado que o lexislador a limita ó traballo nocturno de carácter regular, excluindo, polo tanto, o ocasional. Agora ben, de estar ante este último suposto, o incumprimento da obriga informativa parece, malia o silencio do lexislador, claramente sancionable administrativamente.

Segundo o art. 36, nº 2, ET, “o traballo nocturno terá unha retribución específica que se determinará na negociación colectiva, salvo que o salario se establecera atendendo a que o traballo sexa nocturno pola súa propia natureza ou se acordara a compensación deste traballo por descansos”. Pola maior penosidade que implica, resulta claro que o traballo realizado en período de nocturnidade debe ser compensado de forma “específica”, isto é, máis xenerosa que o diúrno, salvo que o salario xa se fixase inicialmente en atención ó carácter nocturno do traballo, co que, loxicamente, xa se presume que sería superior. Esta compensación especial pode ser en diñeiro ou descanso adicional, tal e como sucede coas horas extraordinarias. A opción parece decisión do traballador ou, en todo caso, de mutuo acordo, segundo as necesidades do proceso productivo da empresa. A falta de opción expresa ou acordo, a literalidade do referido precepto legal parece indicar que debe xogala retribución específica (“o traballo nocturno terá unha retribución específica ..., salvo ...”), ou sexa, que esta é a regra xeral, o que, sen embargo, encaixa mal coa necesidade de salvagarda-la saúde dos traballadores e o réxime das horas extras.

Se se opta por diñeiro, volve a analoxía co réxime das horas extras en canto, na actualidade, en ningún caso existe un incremento mínimo fixado por lei. Con todo, a analoxía non é total, pois mentres que nas referidas horas o incremento pode que nin sequera chegue a existir, podéndose equipara-la súa retribución á da hora ordinaria, no caso agora analizado aquel parece que sempre debe producirse, tal e como xa se indicou. A falta de fixación expresa, o lexislador remite directamente á negociación colectiva (estatutaria ou extraestatutaria), polo que serán as partes sociais as que terán a responsabilidade de fixa-lo incremento retributivo correspondente. Neste sentido, o denominado plus de nocturnidade adoita fixarse nunha determinada porcentaxe (v. gr., un vinte⁵ ou un vintecinco⁶ por cento) sobre o

5 Art. 53 CC estatal “industria salinera” (res. DGT de 25 abril 2002; BOE de 23 maio), que precisa que, se o tempo de traballo nocturno fose inferior a catro horas, abonarase o plus segundo o número de horas efectivamente traballadas. Agora ben, se as horas excedesen de catro, aboarase o plus correspondente á xornada completa.

6 Así, por exemplo, art. 20 CC “pompas fúnebres” da Comunidade Autónoma de Galicia (res. DGT de

salario base⁷ ou total⁸ do traballador ou, sen maior especificación, nunha cantidade fixa por cada hora das realizadas dentro do período de nocturnidade⁹. Cabe a posibilidade de que a cantidade en cuestión varíe en función da categoría profesional e nivel salarial do traballador¹⁰. Así mesmo, algún convenio colectivo de sector estatal prevé expresamente que o referido plus “poderá ser mellorado por acordo en ámbito inferior”¹¹. Se o convenio gardase silencio sobre o extremo indicado, a solución máis correcta quizais fose a de remiti-la vontade individual dos implicados. En todo caso, parece claro que o empresario non pode ampararse no silencio do convenio colectivo para nega-la compensación especial do traballo nocturno, pois queda claro que a vontade do lexislador é a de establecela. Cousa diferente é a de ónde se fixe e cómo sexa.

Polo demais, a previsión de que a compensación pode facerse con descanso, resulta lóxica, dado que, á fin e ó cabo, o traballo en horario nocturno resulta, por regra xeral, máis fatigoso. Ademais, é unha solución ben aceptada polas partes, tal e como evidencian os convenios colectivos.

1.2. O traballador nocturno

a) Xeral

Defínese como traballador nocturno “aquele que realice normalmente en período nocturno unha parte non inferior a tres horas da súa xornada diaria de traballo, así como ... aquel que se preveña que pode realizar en tal período unha parte non inferior a un tercio da súa xornada de traballo anual”(art. 36, núm. 1, parágrafo terceiro, ET). Como se aprecia, o concepto de traballador nocturno é máis flexible que o de traballo nocturno, e iso por dúas razóns. A primeira porque aquel non necesita facer coincidir, na súa totalidade, o tempo de realización da súa prestación laboral co período de nocturnidade (dez da noite a seis da mañá). En efecto, é suficiente con traballar un mínimo dentro deste último (tres horas diarias ou un tercio da xornada anual); o resto da xornada pode desenvolverse en horario diúrno xunto

13 marzo 2000; DOG de 23 maio); art. 7º CC “dobraxa” da Comunidade Autónoma de Galicia, cit.; art. 36 CC “aparcamentos e garaxes de vehículos” da Comunidade Autónoma de Galicia (res. DGRL de 23 marzo 2000; DOG de 10 maio); art. 20 CC “Aceites Coosur, S. A-N.” (res. DGT de 2 febreiro 1999; BOE de 2 marzo) e art. 31 CC “persoal laboral universidades públicas de Galicia” da Comunidade Autónoma de Galicia, cit.

7 Neste sentido, vide., entre outros, o art. 53 CC estatal “industria salinera”; art. 31 CC “persoal laboral universidades públicas de Galicia” da Comunidade Autónoma de Galicia e art. 36 CC “aparcamentos e garaxes de vehículos” da Comunidade Autónoma de Galicia, todos citados.

8 Art. 20 CC “pompas fúnebres” da Comunidade Autónoma de Galicia, cit. e art. 20 CC “Aceites Coosur, S. A-N.”, tamén citado.

9 Art. 30 CC estatal “entrega domiciliaria” (res. DGT de 13 novembro 2001; BOE de 29 de igual mes).

10 Art. 25 CC estatal “industria azucreira” (res. DGT de 3 outubro 2000; BOE de 17 de igual mes).

11 Art. 30 CC estatal “entrega domiciliaria”, cit.

cos demais compañeiros. Ese mínimo de xornada é de dereito necesario relativo, polo que pode mellorarse por redución mediante acordo individual ou colectivo¹². A segunda razón que introduce certa flexibilidade é o termo “normalmente”, pois o lexislador parece estar a precisar que cabe a posibilidade de que, nalgunha ocasión, a xornada do traballador nocturno non coincida co período de nocturnidade nos mínimos fixados, sendo suficiente con que así suceda habitualmente.

Doutro lado, dos dous supostos en que se está ante un traballador nocturno, o segundo resulta máis complexo que o primeiro. Certamente, cando se considera como tal a aquel traballador que se prevé que pode realizar en período de nocturnidade unha parte non inferior a un tercio da súa xornada anual, estase a partir dunha previsión en relación co cómputo anual da xornada. Tal previsión está pensando, parece, nos traballadores a quendas, pois calquera destes que traballe nas tres quendas (mañá, tarde e noite) quedaría incluído no suposto agora comentado¹³.

b) Condicións de traballo

O traballo nocturno implica, polo só feito de selo, unha maior penosidade. Por iso, o lexislador reviste o seu réxime xurídico dunhas determinadas garantías destinadas a protexer-la seguridade e saúde dos traballadores. A primeira delas é a da limitación da xornada, a cal non poderá exceder de oito horas diarias de media nun período de referencia de quince días (art. 36, núm. 1, parágrafo segundo). Así as cousas, se un día se supera ese tope horario no referido período debe compensarse coa conseguinte redución, co fin de non sobrecargar ó traballador. Ó mesmo tempo, non cabe negar que a fixación dese prazo quincenal achega certa flexibilidade dentro deste, pois a compensación pode efectuarse no día que mellor conveña. A limitación horaria afecta a tódolos traballadores nocturnos, xa o sexan na súa totalidade ou en parte. A segunda garantía é a da prohibición de realizar horas extraordinarias, tanto en período nocturno como diúrno. Por analoxía co art. 35, núm. 3, ET, parece que non se deben considerar como tales aquelas que obedecen a prevención de sinistros ou outros danos extraordinarios e urxentes, aínda que si para os efectos retributivos.

Agora ben, estas dúas garantías recén expostas -dirixidas a limita-lo tempo de traballo- poden excepcionarse no caso de traballadores sometidos a xornadas laborais especiais, tal e como prevé o art. 32 RD 1561/1995, do 21 de setembro. Tres son os posibles supostos: a) ampliación da xornada dos traballadores que presten servizos nos sectores indicados no capítulo II do referido RD. En tal caso, o período de referencia pode chegar ós catro meses ou, mesmo, se se pacta en convenio, ata un máximo de seis. b) Realización de traballos para previr ou reparar sinistros ou outros danos extraordinarios e urxentes. E c) existencia de irregularidades no relevo das

12 Cfr. PÉREZ AMOROS, F., *op. cit.*, p. 771.

13 Así ALFONSO MELLADO, C. L. e GARCIA ORTEGA, J., *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo* (Valencia, 1994), p. 68.

quendas por causas non imputables á empresa, no caso do traballo a quendas. Nestes dous últimos supostos o período de referencia pode alcanza-las catro semanas. Agora ben, se a ampliación da xornada se materializa, en calquera dos tres casos, por medio da realización de horas extras, sexa cal sexa a súa compensación, a xornada debe reducirse nos días subseguintes para non supera-la media das oito horas de traballo efectivo no período de referencia de que se trate.

A terceira garantía é a da esixencia expresa dun nivel de protección en materia de saúde e seguridade laboral adaptado á natureza do seu traballo, incluíndo uns servizos de protección e prevención apropiados. Aínda que o lexislador indica que estes deben ser “equivalentes” ós dos demais traballadores, iso non impide que se melloren ou reforcen en aras ás especificidades deste traballo (art. 36, núm. 4). Como mínimo, esta protección implica para o empresario a obriga de realizar exames médicos gratuítos ó traballador antes da súa afectación a un traballo nocturno, para descubri-la súa compatibilidade con este. Agora ben, dita obriga mantense unha vez contratado o traballador nocturno, pois os referidos exames deben continuar con certa regularidade, para os efectos de avalia-lo impacto real que este tipo de traballo xera na saúde daquel. Ademais, repárese na conveniencia de tales exames periódicos, pois o lóxico será que as doenzas xurdan lentamente co tempo. Un colectivo no que haberá que reparar especialmente é no das traballadoras en situación de embarazo ou parto recente¹⁴, dado que os efectos prexudiciais que este traballo poida levar consigo é susceptible de prexudicar tanto a saúde daquelas como a do feto ou acabado de nacer. Dada a importancia de coñece-lo impacto do horario nocturno na saúde dos traballadores, parece razoable pensar que se está ante unha das excepcións que o art. 22 LPRL prevé ó xeral carácter voluntario deste tipo de recoñecemento.

Así as cousas, se os resultados indican a existencia de problemas de saúde, o traballador nocturno terá dereito a deixar de selo, isto é, a ser destinado a un posto de traballo diúrno que exista na empresa e que profesionalmente poida desenvolver. Ante a falta de indeterminación legal da entidade dos problemas de saúde que xeran o dereito en cuestión, cabe pensar que serán aqueles que teñan un certa relevancia ou gravidade, sen necesidade de chegar a unha situación de incapacidade temporal ou permanente. Agora ben, parece que as simples molestias iniciais derivadas da natureza mesma do traballo nocturno tampouco serán suficientes. Con todo, cabe ser prudentes e remitir ó diagnóstico médico e ó consenso das partes, á vez que ter presente que sempre “vale máis previr que curar”. Aínda que da literalidade do precepto poida parecer que o cambio de posto só procederá previa solicitude do traballador afectado (“Os traballadores ... terán dereito”), resulta máis lóxico pensar que, aínda sen aquela, o empresario ten obriga de, polo menos, propoñer aquel tan pronto teña constancia da existencia dos danos. Neste sentido, repárese en que sobre o empresario recae a obriga de garanti-la saúde e seguridade no traballo¹⁵.

14 Art. 26, núm. 1, Lei 31/1995, de 8 novembro, de prevención de riscos laborais (LPRL).

15 Cfr. ALFONSO MELLADO, C. L. e GARCIA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 74.

O cambio analizado pode implicar unha modificación de horario (de nocturno a diúrno), lugar de traballo (dun centro a outro da empresa) e funcións, aínda que non sempre. En todo caso, non se configura como un dereito absoluto, dado que o traslado se condiciona, lóxicamente, á existencia doutro posto dispoñible -non hai obriga de crealo- e compatible coa aptitude profesional do traballador. Agora ben, dado que sempre debe procurarse que os traballadores actúen sen risco, cando non existe posto dispoñible ou este non é compatible, debe acudirse ó consenso e á boa fe en aras a buscar alternativas viables, como, por exemplo, a que consistiría no intercambio de postos entre o traballador nocturno e outro diúrno. En todo caso, cabe ter en conta o número de traballadores afectados, a gravidade das súas doenzas e os postos dispoñibles, pois se estes son insuficientes haberá que seguir unha orde de preferencia na súa cobertura.

Por último, o lexislador prevé que o cambio de posto observará o réxime da mobilidade funcional (art. 39) e das modificacións substanciais das condicións de traballo (art. 41). Tal remisión debe tomarse con cautela, pois, ó estar ante supostos diferentes, non cabe a aplicación en bloque do devandito réxime xurídico.

2. Traballo a quendas

2.1. Caracterización

Dende o punto de vista legal, considérase traballo a quendas “toda forma de organización do traballo en equipo segundo a cal os traballadores ocupan sucesivamente os mesmos postos de traballo, segundo certo ritmo, continuo ou discontinuo, implicando para o traballador a necesidade de presta-los seus servicios en horas diferentes nun período determinado de días ou de semanas” (art. 36, núm. 3, ET). Como se aprecia, este tipo de traballo caracterízase por¹⁶:

a) *Ser en equipo, co que implica a toda ou parte do persoal da empresa ou centro de traballo.* Por equipo de traballadores hai que entender ó conxunto destes que están adscritos a un horario determinado durante certo tempo. En principio, non existe precisión legal sobre o número mínimo ou máximo de traballadores que deben forma-lo equipo, pois tal dato dependerá das necesidades organizativas e productivas da empresa, podendo suceder que un equipo o forme unha soa persoa, por exemplo, porque existe un só posto que é cuberto de forma sucesiva por tres traballadores a quendas. Ademais, cabe precisar que poden existir equipos con igual ou maior número de traballadores que postos a cubrir, como sucede -o último- cando as actividades se prolongan durante as fins de semana e se carece de quendas específicas para traballar durante estes. En tal caso, o exceso de traballadores permite compatibiliza-los períodos de traballo cos de descanso, pois mentres uns traballan outros descansan.

16 Cfr. CARCELEN GARCIA, J.: *El sistema de trabajo a turnos y su problemática* (Madrid, 2000), pp. 135s.

Doutro lado, tampouco existe mención sobre o número de equipos ou quendas que poden existir na empresa, polo que parece que iso dependerá das necesidades organizativas desta. En principio, parece que o número pode oscilar entre un mínimo de dous e un máximo de seis, se son a tempo parcial; con todo, o habitual son tres cando se traballa as vinte e catro horas do día¹⁷. Agora ben, tamén haberá que ter en conta a existencia adicional de quendas de reforzo ou de fin de semana. Polo demais, que o traballo a quendas poida implicar só a unha parte do persoal da empresa determina a súa compatibilización co traballo ordinario, isto é, o sometido a un sistema de horarios fixos non rotatorios.

b) *Someterse a un ritmo, continuo ou discontinuo, de carácter rotatorio*, o que leva consigo que os traballadores presten servizos, de forma sucesiva, nos mesmos postos de traballo¹⁸. En efecto, a característica esencial da organización do traballo en equipos é a de que uns mesmos postos de traballo sexan ocupados por traballadores diferentes, de tal forma que a ocupación do posto se estenda máis alá da xornada dun traballador. O vocábulo “ritmo” debe interpretarse como cadencia na sucesión dos mesmos traballadores na ocupación dos mesmos postos de traballo, a cal sempre debe ter un carácter rotatorio. Así pois, este ritmo rotatorio implica a existencia de distintos traballadores e horarios de traballo en relación cun mesmo posto, pois aqueles se van sucedendo neste en momentos diferentes. A pesar de certas similitudes, diferente é o caso do traballador que, eventualmente, é chamado para cubrir unha baixa nun dos equipos que rotan (cubrebaixas), pois, aínda que pode chegar a prestar servizos en horarios diferentes, o seu traballo non está suxeito a un ritmo preestablecido. Outro tanto sucede cos correquendas, isto é, traballadores que poden ser contratados, ademais de para cubri-las ausencias, para completa-los equipos nos supostos de empresas que estenden a súa actividade os domingos e festivos ou que teñen baixas polo desfrute do descanso legal do resto de traballadores.

c) *Traballar a distintas horas nun período determinado de días ou semanas*. Certamente, os traballadores a quendas caracterízanse por realiza-la súa prestación laboral nun mesmo posto de traballo pero en horarios diferentes, os cales van cambiando segundo unha determinada cadencia temporal¹⁹. A rotación das quendas implica unha especie de mobilidade horaria que afecta directamente ó tempo de traballo e de descanso dos traballadores involucrados. Agora ben, tal mobilidade é consubstancial a este xeito de traballar e, polo tanto, é pacificamente aceptada por aqueles. A referencia á rotación nun período determinado de días ou semanas implica que o traballador debe coñecer de antemán cal é o seu ciclo de traballo e

17 Cfr. art. 36 CC “aparcamentos e garaxes de vehículos (anos 1999-2001)” da Comunidade Autónoma de Galicia, cit.; art. 22 CC “Adiadas España, S. A-N.” (res. DGT de 19 xuño 2000; BOE de 6 xullo) e art. 9º, núm. 3, CC estatal “pastas, papel e cartón” (res. DGT de 25 xullo 2001; BOE de 17 agosto).

18 Art. 36 CC “aparcamentos e garaxes de vehículos (anos 1999-2001)” da Comunidade Autónoma de Galicia, cit.

19 Cfr. art. 54 CC estatal “industria salinera” (res. DGT de 25 abril 2002; BOE de 23 maio).

descanso (mañá, tarde ou noite) e cánto dura, o que resulta fundamental en orde á súa organización laboral e persoal. Polo demais, diferente do suposto agora analizado é o do traballador que realiza a súa prestación sempre nun mesmo horario, aínda que de forma discontinua, por exemplo, unha semana si e outra non. En efecto, neste caso, a discontinuidade no traballo determina que se estea ante un suposto de distribución irregular da xornada, pero non de traballo a quendas ó non existir rotación horaria. A conclusión segue sendo a mesma cando, a pesar de existir distintas quendas na empresa, o traballador está adscrito a unha delas de xeito permanente, polo que non existe cambio de horario ou este é insignificante (sistema de quendas fixas ou “turnicidad estática”).

E d) *poder coincidir co traballo nocturno*. Certamente, un traballador a quendas tamén pode ser nocturno, sempre que realice no período nocturno o número de horas esixido legalmente. En tal caso, debe atenderse ás prescricións que para tal tipo de traballo existen, especialmente en materia de protección da saúde.

En principio, a organización do traballo a quendas (v. gr., implantación do sistema, número de traballadores afectados e de quendas, duración destes) é facultade do empresario, da que pode facer uso se así estímao conveniente en aras ás necesidades do proceso productivo²⁰. Sen embargo, se a súa implantación implica a modificación dun sistema de traballo preexistente xa haberá de suxeitarse ó réxime das modificacións substanciais das condicións de traballo (art. 41 ET)²¹, ó igual que sucede se o que se quere modificar é o propio traballo a quendas unha vez existente. En tales casos, a validez da decisión empresarial esixirá a concorrencia de causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción e haberá de segui-lo procedemento previsto para aquelas²². Así mesmo, tanto en relación coa implantación coma coa modificación deste tipo de traballo, haberá que estar ó que os convenios colectivos poden establecer ó respecto, xa directa ou indirectamente. Neste sentido, estes adoitan condiciona-la implantación deste tipo de traballo ó previo acordo cos representantes legais dos traballadores²³ ou con estes directamente, se aqueles non

20 Cfr. art. 30 CC estatal “fabricación de conservas vexetais” (res. DGT de 28 xaneiro 2003; BOE de 12 febreiro).

21 Así, art. 54 CC estatal “industria salinera”, cit.: “as empresas poderán establecer quendas de traballo por razóns técnicas, organizativas ou de produción, salvo que implique modificación de condicións de traballo, e neste caso será preceptivo o acordo cos representantes legais dos traballadores, se os houber”.

22 Así o prevé, expresamente, o art. 74, núm. 1, CC estatal “construcción (2002-2006)” (res. DGT de 26 xuño 2002; BOE de 26 xullo). Na doutrina, vide. ROMAN DE LA TORRE, M^a D.: *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo (aspectos sustantivos y procesales)* (Granada, 2000), pp. 133 e ss. e CARCELEN GARCIA, J., *op. cit.*, pp. 181 e ss. Cfr., tamén, apartado cinco deste epígrafe.

23 Cfr. art. 9º, núm. 3, 5, CC estatal “pastas, papel e cartón”, cit., segundo o que deberá negociarse entre ámbalas dúas partes “as condicións de xornada, descanso, festas e económicas do sistema a implantar”.

existisen²⁴. Agora ben, en ocasións introdúcese certa flexibilización, ó permitir que o empresario modifique directamente o sistema xa existente coa únicas obrigas de informar ós representantes e preavisar con corenta e oito horas de antelación os traballadores afectados²⁵. Repárese en que se fala de informar non de esixir acordo previo cos representantes.

Doutro lado, tamén é frecuente atopar regras específicas sobre o desenvolvemento do traballo, como, por exemplo, a relativa á obriga do traballador de permanecer no seu posto de traballo ata a chegada do relevo. En tal suposto, ás veces dispónse “o tempo de espera que non exceda de dúas horas compensarase ... ó prezo da hora extraordinaria, con independencia de que non se compute como tal”²⁶. Por certo, que outra particularidade que adoita preverse é a dunha retribución adicional, concretada no denominado “plus de turnicidad”, que pode alcanzar, por exemplo, o dez por cento do salario base²⁷. Salvo que expresamente se prevea o contrario²⁸, este plus será compatible co de nocturnidade²⁹. Ademais, aquel pode ser máis alto na quenda de noite que nos outros, pola maior penosidade que o traballo nocturno implica³⁰.

2.2. Réxime xurídico

Segundo o referido art. 36, núm. 3, ET, nas empresas con proceso productivo continuo³¹ debe repararse especialmente no xeito de organiza-lo traballo a quendas, a rotación destes e que ningún traballador estea no de noite máis de dúas semanas

24 Art. 71, núm. 2, e), CC estatal “tellas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida” (res. DGT de 12 setembro 2000; BOE de 29 de igual mes).

25 Art. 20 CC “Unión Cristaleira Portaglás, S. A-N.” (res. DPT A Coruña de 17 xaneiro 2003; DOG de 11 febreiro). Tamén art. 22 CC “Adiadas España, S. A-N.”, cit., que -tras establecer que as quendas de traballo fixadas se manterán dende a data da súa posta en marcha ata que o comité de empresa e a súa dirección, de común acordo, modifiquenos, substitúan ou supriman- entra a precisar un suposto en que a empresa unilateralmente pode volver ó sistema anterior de xornada partida. Será aquel en que a facturación do centro, debidamente xustificada e documentada, se sitúe por debaixo da de anos anteriores. Á empresa abóndalle con preavisar con trinta días de antelación ós representantes dos traballadores sobre o retorno ó sistema de traballo anterior.

26 Ibidem. En sentido similar, os arts. 74, núm. 4, CC estatal “construcción (2002-2006)” e 54, núm. 4, CC estatal “industria salinera”, citados.

27 Cfr. art. 54, núm. 5, CC estatal “industria salinera”, cit.

28 Así sucede no art. 20 CC “Aceites Coosur, S. A-N.”, cit.

29 Art. 54, núm. 5, CC estatal “industria salinera”, cit.

30 Así, art. 22 CC “Adiadas España, S. A-N.”, cit.

31 O art. 9º, núm. 3, CC estatal “pastas, papel e cartón”, cit., denomina a este réxime de traballo continuado “traballo *non stop*”.

seguidas, salvo que voluntariamente el así decidao³². Como se aprecia, dúas regras esenciais deben observarse neste tipo de empresas: a rotación de quendas e a limitación da permanencia no de noite. A primeira non se prevé con carácter imperativo, pois o lexislador, máis que impoñer, se limita a recomenda-la rotación dos traballadores entre as diferentes quendas. A devandita recomendación busca a repartición do sacrificio que supón o traballo nas empresas con proceso productivo continuo durante as vinte e catro horas ó día, especialmente nalgunha das súas quendas. Con todo, a decisión final corresponderá ó empresario, titular da facultade de organización e dirección da empresa.

En canto á limitación temporal na quenda de noite, cabe sinalar que esta se configura como un dereito dispoñible para o traballador individual, polo que este voluntariamente pode decidir prestar servizos naquel durante un período máis amplo do sinalado³³. En todo caso, a decisión de continuar no período nocturno é de carácter personalísimo, sen que caiba o seu exercicio polos representantes dos traballadores (unitarios ou sindicais) nin pola autonomía colectiva³⁴. Dado que tal limitación persegue, claramente, salvagarda-la saúde do traballador nocturno, parece que aquela debe respectarse en tódalas empresas que teñan quenda de noite, xa sexa ou non de proceso productivo continuo e organícese o traballo en dous ou tres quendas. Para que a decisión do traballador de continuar na quenda de noite durante máis de dúas semanas consecutivas sexa válida, parece claro que aquel debe manifesta-lo seu consentimento de forma indubidable e clara, xa expresamente (de forma oral ou escrita), xa tacitamente a través de actos concluíntes. A iniciativa en tal sentido pode partir tanto do traballador coma do empresario, se ben neste caso, este último só propón, sendo o traballador o que libremente decide, polo que a súa negativa non pode ser obxecto de ningún tipo de represalia.

Doutro lado, parece lóxico que a decisión do traballador de continuar na quenda de noite deba vir precedida dun acto informativo empresarial, no que, de forma clara e expresa, expuxéranselle tódolos posibles riscos laborais que para a súa saúde poidan derivar de tal situación. En todo caso, queda claro que aquí se estaría ante un traballador que, ademais da quendas, é nocturno e, polo tanto, rexería a normativa protectora prevista para este. Así, o empresario quedaría obrigado a realizar exames médicos periódicos para avalia-lo impacto da quenda de noite na integridade do afectado. Neste sentido, repárese en que o art. 36, núm. 4, ET esixe un nivel adecuado de protección en materia de saúde e seguridade tanto para os traballadores nocturnos coma para os que traballen a quendas³⁵. Precisamente, en aras á

32 En igual sentido, art. 74, núm. 2, CC estatal “construcción (2002-2006)”; art. 9º, núm. 1, CC estatal “pastas, papel e cartón” e art. 54, núm. 2, CC estatal “industria salinera”, todos citados.

33 Segundo o art. 22 CC “Adiadas España, S. A-N.”, cit., a quenda de noite será fixa e cubrirase con persoal que voluntariamente se adscriba a este ou contrátese especificamente con tal fin.

34 Así, ALARCON CARACUEL, M.: *La ordenación del tiempo de trabajo* (Madrid, 1988), p. 142.

35 Cfr. CARCELEN GARCIA, J., *op. cit.*, pp. 268 e ss.

devandita protección, non parece axeitada a adscrición voluntaria á quenda de noite con carácter permanente, aínda que hai convenios que parecen prevela³⁶. Así mesmo, por igual motivo, a adscrición voluntaria á quenda de noite é reversible cando o traballador o solicite, aínda que non concorran problemas de saúde. Agora ben, a pesar de que o empresario ten que acepta-la reversibilidade da situación, o seu momento concreto de efectividade pode facerse depender das necesidades do proceso productivo. En tal sentido, parece axeitado esixir ó traballador o cumprimento dun prazo de preaviso en orde ó abandono da opción inicialmente exercitada. Con todo, sobre estas cuestións de procedemento haberá que estar ó no seu caso disposto no convenio colectivo aplicable.

Por certo, que os convenios que prevén este tipo de traballo adoitan ser parcos na súa regulación, limitándose, frecuentemente, a repetir a literalidade do mencionado artigo 36 ET³⁷. Con todo, algún insiste na importante cuestión da limitación do traballo na quenda de noite e así prevé a obriga do empresario de informar trimestralmente ó comité de empresa das quendas realizadas por cada traballador, en orde a que aquel poida controlar que, ó final do ano, tódolos traballadores non voluntarios na quenda de noite realizaran un igual número de quendas de mañá, tarde e noite³⁸.

Doutro lado, nas empresas que teñan implantado un sistema de traballo a quendas que abranha domingos e festivos³⁹, resulta claro que aquel poderá prestarse, ben por equipos de traballadores que desenvolvan a súa actividade por semanas completas, ou ben contratando persoal para completa-los equipos necesarios durante un ou máis días á semana (“correquendas”). Tal e como xa se indicou, neste último caso, os contratados serían traballadores a tempo parcial ordinarios, suxeitos ó réxime xeral deste tipo de traballo. A previsión expresa da posibilidade da súa contratación resulta innecesaria, dado que xa está admitida polo lexislador ó regula-lo contrato a tempo parcial. Ademais, aínda que o lexislador limita esta alternativa ás “empresas que pola natureza da súa actividade realicen o traballo en réxime de quendas”, isto é, a aquelas en que tal réxime resulta necesario polo seu proceso productivo, nada parece impedi-la contratación dos “correquendas” cando este réxime de traballo obedece a outras causas. En fin, a opción por unha ou outra solución para traballalos domingos e festivos corresponde -salvo previsión en contra en convenio- ó empresario, se ben no primeiro caso se debería chegar a acordo sobre o cándido e

36 Así, art. 9º, c), CC “Antena 3 de Televisión, S. A-N.”, cit.: “con carácter voluntario, o persoal poderá adscribirse a este horario (nocturno) con *carácter fixo* ou por períodos superiores” ó de quince días.

37 Así, art. 36 CC “aparcamentos e garaxes de vehículos” da Comunidade Autónoma de Galicia, cit.

38 Art. 10 CC “Baixamar Sétima, S. A-N.” (res. DPT A Coruña de 7 novembro 2002; DOG de 2 decembro).

39 Art. 71, núm. 2, e), CC estatal “tellas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida”, cit., que alude á distribución da xornada mediante o sistema de traballo a quendas durante as 24 horas do día e ata os 365 días do ano.

cánto dos descansos compensatorios, pois non se esqueza que uns mesmos traballadores prestarían servizos tódolos días da semana, incluídos sábados e domingos. Un claro exemplo de convenio estatal onde se prevé o traballo a quendas durante domingos e festivos é no de grandes almacéns⁴⁰, pois nos centros comerciais a xornada laboral se estende, con carácter xeral, de luns a domingo. Así, se dispón que o sistema de quendas garantirá que o traballador, cada oito semanas, só traballe un máximo de seis domingos. A un dos domingos de descanso acumularáselle, como mínimo, o sábado anterior e ó outro o luns posterior. Cada traballador suxeito a este sistema terá dereito a non traballar máis do oitenta por cento dos domingos e festivos de apertura comercial autorizada anualmente, salvo que o número de domingos de apertura sexa inferior a sete ó ano. Como adoita ser habitual no traballo a quendas, no convenio analizado sinálase unha retribución específica de vinte e cinco mil pesetas anuais, o pagamento da cal será rateado en doce mensualidades iguais.

Esta especial forma de traballar pode levar consigo, por razóns organizativas, algunhas particularidades no réxime de descansos, tal e como prevé o art. 19 RD 1561/1995, cit. Así, por un lado, o medio día (tarde do sábado ou mañá do luns) do descanso mínimo semanal (art. 37, núm. 1, ET) pode, ben se acumular por un período de ata catro semanas⁴¹, ben se separar do día completo ó que acompaña (domingo) para gozalo noutro día da semana. Por outro, o descanso mínimo entre xornadas -doce horas- poderá reducirse ata un mínimo de sete cando o traballador, ó cambiar de quenda de traballo, non poida gozar deste entre unha e outra xornada sucesiva, sempre que se compense a diferenza nos días inmediatamente seguintes⁴². Estas especialidades introducen certa dose de flexibilidade nesta forma de traballo, que permite atender tanto ós intereses da empresa coma ós desexos do traballador afectado.

Por último, en aras a compatibilizar esta forma de traballar coa vida persoal, prevese que se o traballador cursa con regularidade estudos para a obtención dun título académico ou profesional terá preferencia fronte ó resto dos seus compañeiros non estudantes para elixir a quenda que máis lle conveña [art. 23, núm. 1, a), ET]. Como se aprecia, o dereito en cuestión non xorde ante calquera tipo de estudo, senón só ante aquel que se segue con regularidade ou continuidade, o que indica a formalización da conseguinte matrícula, e posibilita a consecución dun título académico (v. gr., ESO) ou profesional. O devandito título pode estar ou non directamente relacionado coa actividade profesional, pero, en todo caso, servirá para mellorar a situación persoal e laboral do traballador. De ser varios os traballadores que cursan estudos, a preferencia debe axustarse ás situacións persoais e horarios

40 Art. 32, núm. 12 (res. DGT de 23 xullo 2001; BOE de 10 agosto).

41 Prevén esta posibilidade os arts. 74, núm. 3, CC estatal "construción (2002-2006)" e 54, núm. 3, CC estatal "industria salinera", cit.

42 Cfr. art. 9º, núm. 1, CC estatal "pastas, papel e cartón", cit.

daqueles. En todo caso, resulta claro que o empresario debe colaborar, na medida do posible, para compatibiliza-lo dereito á educación do seu persoal coa organización do proceso productivo⁴³.

3. Xornada continuada e xornada partida

3.1. Xeral

Cuestión importante ó inicio da prestación de servizos na empresa é a da ordenación do tempo de traballo e a fixación do horario laboral. Neste sentido, unha elección necesaria é a que versa entre a xornada continuada ou partida e, outra, entre o horario rixido ou flexible.

A primeira elección debe determinar se tódalas horas de actividade diaria se van prestar de modo continuado (ou con moi breves pausas) ou de modo fraccionado, intercalando unha ou máis pausas prolongadas. No primeiro caso, estaríase ante unha xornada continuada; no segundo, ante a partida. Aínda que a elección por un ou outro tipo de xornada corresponde, en principio, ó empresario⁴⁴, o convenio colectivo pode prohibir -en atención ás circunstancias do proceso productivo- o recurso a un deles, salvo acordo entre empresario e traballador⁴⁵. Sucede, así, no convenio de estacións de servizo, no que o traballo se organiza en dous ou tres quendas rotatorias -segundo o centro estea aberto só de día ou tamén de noite- de xornada continuada; proscribese, expresamente, a partida⁴⁶. Noutros sectores, en que o habitual é o horario continuado (exemplo, banca), prevese que o horario partido sexa voluntario e se ofrezca “por cada empresa ós empregados que estime conveniente”, sen que estes poidan chegar a superar unha determinada porcentaxe⁴⁷.

Doutro lado, a regulación actual dos arts. 34 e 36 ET non define, a diferenza da versión inicial, os dous tipos de xornada. En efecto, o art. 34, núm. 2, ET 1980 consideraba a xornada *partida* como aquela xornada diaria que se fraccionaba, polo menos, en dous períodos, existindo entre eles un descanso ininterrompido dunha hora como mínimo⁴⁸. Pola contra, a xornada *continuada* era aquela que non se fraccionaba ou, se o facía, a pausa ou pausas non alcanzaban a duración mínima dunha hora. Na actualidade, aínda que non se definen expresamente, a alusión a

43 ST Const. 129/1989, de 17 xullo (RTC 129).

44 Art. 30 CC estatal “fabricación de conservas vexetais”, cit. Tamén art. 24, núm. 1, CC “persoal laboral das universidades públicas de Galicia”, da Comunidade Autónoma de Galicia, cit.: trabállase en dúas quendas (mañá e tarde) de xornada continuada.

45 Art. 20 CC estatal “estacións de servizo” (res. DGT de 24 xaneiro 2002; BOE de 13 febreiro).

46 *Ibidem*.

47 Art. 25 CC estatal “banca” (res. DGT de 5 novembro 1999; BOE de 26 de igual mes).

48 Sobre esta, vide. SALA FRANCO, T.: *La jornada partida*, no volume “Estudios sobre la jornada de trabajo” (Madrid, 1991), pp. 123 e ss.

estas xornadas -polo menos, á continuada- segue presente no art. 34, núm. 4, ET, segundo o que, “sempre que a duración da xornada ordinaria *continuada* exceda de seis horas, deberá establecerse un período de descanso durante esta de duración non inferior a quince minutos”. De se-los traballadores menores de dezoito anos, o período de descanso terá unha duración mínima de trinta minutos, e deberá establecerse sempre que a duración da xornada diaria continuada exceda de catro horas e media. Como se aprecia, o cambio normativo é substancial, pois o que se fai é racionalizar, a través da introducción de descansos, a xornada continuada, ou sexa, aquela que se realizaba de modo consecutivo, sen outro tipo de pausas significativas.

3.2. Réxime dos descansos

A introducción dos mencionados descansos busca salvagarda-la saúde e seguridade laboral dos traballadores, dado que está probado que despois dun determinado número de horas de traballo seguidas a atención e eficacia no traballo diminúe. Que o fin daqueles sexa o de protexe-la saúde dos traballadores acredítalo que:

a) A súa configuración responda ós mínimos de dereito necesario relativo, polo que os quince ou trinta minutos nunca se poderán reducir, aínda que si ampliar, por vontade individual ou colectiva. Neste sentido, é frecuente que os convenios amplíen o de quince a vinte⁴⁹ ou trinta minutos⁵⁰. Agora ben, tamén é posible atopar convenios que se limitan a repeti-la previsión legal, sen melloralala nada⁵¹. Polo demais, tamén cabe aumenta-lo número de descansos, pasando, por exemplo, dun a dous⁵².

b) A súa duración atenda á idade dos traballadores, sendo os menores de idade os que dispoñen de máis tempo de descanso, como mínimo o dobre que o resto. Iso

49 Así, art. 28 CC “residencias privadas da terceira idade” da Comunidade Autónoma de Galicia (DOG de 12 xuño 1998); art. 9º CC “Antena 3 de Televisión, S. A-N.” (res. DGT de 12 xullo 1999; BOE de 28 de igual mes); art. 21 CC persoal laboral “sector sanitario de Galicia xestionado por fundacións públicas sanitarias ou empresas públicas” (res. DGRL Xunta de Galicia de 6 maio 2002; DOG de 16 maio); art. 13 CC “A Casera, S. A-N.” (res. DGT de 25 outubro 2002; BOE de 13 novembro) e art. 19 CC estatal “entrega domiciliaria”, cit. Aínda que este último convenio prevé que “*todos os traballadores gozarán dun período de vinte minutos*”, parece claro que só se refire ós maiores de dezoito anos.

50 Cfr. art. 8º CC estatal “autoescolas” (res. DGT de 26 xullo 2002; BOE de 13 agosto); art. 41 CC estatal CC persoal laboral “Administración Xeral do Estado” (res. DGT de 10 novembro 1998; BOE de 1 decembro) e art. 17 CC “SGL Carbón, S. A-N.” (res. DGT A Coruña de 1 febreiro 2002; DOG de 25 marzo).

51 Vide., por exemplo, art. 71, núm. 2, CC estatal “tellas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida”; art. 11 CC “dobraxa” da Comunidade Autónoma de Galicia; art. 13, núm. 3, CC “pompas fúnebres” da Comunidade Autónoma de Galicia; art. 20 CC “Unión Cristaleira Portaglás, S. A-N.” e art. 20 CC estatal “estacións de servizo”, todos xa citados. Tamén, art. 25 CC estatal “banca” (res. DGT de 5 novembro 1999; BOE de 26 de igual mes); cláusula sexta CC “Alcatel Cable Ibérica, S. O.” (res. DGT de 10 outubro 2000; BOE de 28 de igual mes) e art. 9º, núm. 1.1, b), CC “editoriais” da Comunidade Autónoma de Galicia (res. DGT de 5 xullo 2002; BOE de 21 agosto).

52 Así, art. 41 CC estatal CC persoal laboral “Administración Xeral do Estado”, cit., que prevé dúas pausas de vinte minutos -inacumulables- para os traballadores da quenda de noite.

relaciónase coas necesidades de crecemento e maior coidado que require este colectivo, aínda en fase de formación persoal e profesional. Con todo, sorprende a escaseza de convenios que conteñen cláusulas sobre o descanso dos menores de idade. A maioría alude a tódolos traballadores conxuntamente, sen distinción entre uns e outros por razón de idade.

c) A súa introducción condiciónese a unha duración mínima da xornada continuada, a cal debe ser -segundo o traballador teña máis ou menos de dezaioito anos- superior a seis ou a catro horas e media, respectivamente. Tamén aquí o trato máis favorable dos menores de idade atende á súa especial situación persoal e profesional. Como se aprecia, os descansos non son aleatorios, senón que están xustificadas por unha duración continuada máxima da xornada de traballo, trala cal se presume a necesidade obxectiva daqueles. Estes períodos de traballo continuado actúan como topos máximos, polo que por acordo individual ou colectivo poden mellorarse a través da súa redución, esixíndose as mencionadas pausas de descanso -ou outras maiores- tras un menor tempo de traballo consecutivo. Así, por exemplo, existen convenios que prevén o descanso de quince minutos tras unha xornada de cinco⁵³ ou cinco horas e media⁵⁴. Agora ben, tamén é posible atopar algunha norma colectiva que reduce o descanso en proporción á redución da xornada continuada⁵⁵.

d) O seu disfrute deba situarse “durante” a xornada continuada, o que parece excluír que aquel poida situarse ó comezo ou ó final desta⁵⁶. Loxicamente, se se trata de descansar, o máis axeitado parece ser que a pausa se tome máis ou menos no medio da xornada continuada, o que axudará a romper a monotónia e o seu cansazo. Con todo, os convenios colectivos poden fixar, en atención ás necesidades do traballo, o período durante o cal resulta máis conveniente o disfrute do descanso, por exemplo, entre a terceira e a quinta hora dende o comezo da xornada⁵⁷, nas dúas horas e media centrais desta⁵⁸ ou entre as dez e once trinta horas se o traballador presta servizos de mañá⁵⁹. Tamén é posible que remitan a determinación de tal cuestión ó acordo cos representantes legais de cada centro de traballo⁶⁰.

53 Art. 19 CC estatal “comercio de flores e plantas” (res. DGT de 3 outubro 2000; BOE de 17 de igual mes).

54 Art. 41 CC estatal CC persoal laboral “Administración Xeral do Estado”, cit.

55 Así, art. 21 CC persoal laboral “sector sanitario de Galicia xestionado por fundacións públicas sanitarias ou empresas públicas”, cit., que prevé unha pausa de vinte minutos se a xornada continuada é de seis horas, pero, se esta é de duración inferior, aquela se reduce proporcionalmente.

56 Neste sentido, resulta criticable o CC “Alcatel Cable Ibérica, S. O.” (cláusula sexta), cit., por fixa-lo devandito descanso “ó final da xornada”.

57 Art. 10 CC “Baixamar Sétima, S. A-N.”, cit.

58 Art. 20 CC “Unión Cristaleira Portaglás, S. A-N.”, cit.

59 Art. 41 CC persoal laboral “Administración Xeral do Estado”, cit.

60 Art. 13 CC “A Casera, S. A-N.”, cit.

E e) a súa previsión legal efectúese en termos absolutos, sen excepcións (“sempre que a duración da xornada ...”). Neste sentido, o descanso procederá sempre que concorran as circunstancias obxectivas comentadas, con independencia de que a xornada acordada teña unha distribución distinta e preveña ou non o traballo consecutivo durante máis de seis ou catro horas e media⁶¹. En relación con esta aplicación xeneralizada, cabe precisar que, aínda que o ET só alude á xornada continuada, algún convenio colectivo tamén prevé unha particular compensación para os traballadores de xornada ordinaria. Así, para estes prevé que o “descanso será suplido por un servizo de almorzo no propio posto”⁶².

Cuestión dubidosa é a de se cabe a substitución do tempo de descanso pola súa compensación económica. Aínda que poida ir en contra da finalidade daquel, parece que tal substitución procede dende o momento en que o art. 34 ET non contén unha regra prohibitiva en tal sentido, tal e como si fai o art. 38, núm. 1, *ibíd.*, respecto das vacacións anuais. Polo tanto, se o lexislador quixese impoñer-lo desfrute *in natura* do tempo de descanso en cuestión así preveríao expresamente, como sucede no outro suposto mencionado⁶³. Neste sentido, algún convenio colectivo xa prevé que “cando por razóns técnicas, de produción ou acumulación de traballo non se puidese facer uso dos trinta minutos de descanso de bocadillo concedidos ó persoal, este percibirá un complemento” económico específico por cada día traballado (“complemento por defecto de descanso”)⁶⁴.

Este período de descanso -xeralmente coñecido como “pausa do bocadillo”, por ser esa a principal actividade deste⁶⁵- considerárase tempo de traballo efectivo cando así estea establecido ou establézase por convenio colectivo⁶⁶ ou contrato de traballo. Ó devandito pacto, equipárase a condición máis beneficiosa recoñecida

61 GONZALEZ BIEDMA, E.: *La jornada*, REDT, núm. 100 (“El Estatuto de los Trabajadores veinte años después”), p. 742.

62 Apartado IV, núm. 1, CC “3 M España, S. A-N.” (res. DGT de 22 outubro 1999; BOE de 11 novembro).

63 Confirma tal posibilidade a STS de 3 xuño 1999 (Ar. 5064).

64 Art. 24 CC “Aceites Coosur, S. A-N.”, cit.

65 Así, art. 19 CC estatal “entrega domiciliaria”, cit.: “tódolos traballadores gozarán dun tempo ... para a toma do bocata”.

66 Así sucede, entre outros, no art. 19 CC estatal “entrega domiciliaria”; art. 9º CC “Antena 3 de Televisión, S. A-N.”; art. 71, núm. 2, CC estatal “tellas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida”; art. 25 CC estatal “banca”; art. 19 CC estatal “comercio de flores e plantas”; art. 28 CC “residencias privadas da terceira idade” da Comunidade Autónoma de Galicia; art. 13, núm. 3, CC “pompas fúnebres” da Comunidade Autónoma de Galicia; art. 17 CC “SGL Carbón, S. A-N.”; art. 13 CC “A Casera, S. A-N.”; art. 20 CC “Unión Cristaleira Portaglás, S. A-N.” e art. 11 CC “dobraxa” da Comunidade Autónoma de Galicia, todos cits. Pola contra, tampouco falta algún convenio que expresamente prevé que o tempo de descanso en cuestión “non se considerará tempo de traballo efectivo” (art. 10 CC “Baixamar Sétima, S. A-N.” e a cláusula sexta CC “Alcatel Cable Ibérica, S. O.”, xa citados).

polo empresario⁶⁷. Deste modo, a falta de pacto (colectivo ou individual) ou recoñecemento unilateral do empresario, o período en cuestión non se valorará como tempo de traballo efectivo e, polo tanto, non se retribuirá. En efecto, sempre que se pacte como tempo de traballo debe retribuírse, aínda que non á inversa, polo que a súa retribución non implica, necesariamente, a súa consideración como tempo de traballo efectivo⁶⁸. En canto á retribución, non cabe efectuar esta con conceptos non homoxéneos, así, por exemplo, rexeitouse a compensación do tempo do bocadillo co plus de transporte⁶⁹.

Resulta interesante apreciar como a introducción destes períodos de descanso na xornada continuada indicada parece querer producir un curioso efecto: o de converter-la devandita xornada continuada en partida. Certamente, dalgún modo, ese é o fin querido polo lexislador, buscar rompe-la monotonía e dureza do traballo cuns descansos intermedios, a duración mínima da cal pode ampliarse ata onde se estime conveniente. Parece confirmar o devandito, que algúns autores pasen a defini-la xornada *continuada* como “aquela en que o traballo diario se desenvolve ininterrompidamente ou, en todo caso, con interrupción inferior” á que o propio art. 34, núm. 4, ET establece “como mínimo obrigatorio”⁷⁰. Noutras palabras, trala realización dos descansos, a xornada inicial e expresamente considerada “continuada” transfórmase en “partida”, pasando aquela a definirse por exclusión, isto é, será xornada continuada aquela que non respecte os descansos mínimos legais. Pola contra, a partida será aquela que observe tales descansos ou outros superiores. Así as cousas, cabe preguntarse pola supervivencia da anterior xornada partida. A solución non é doada e depende do punto de vista adoptado. Segundo o agora exposto, cabería pensar ata en tres xornadas distintas: unha continuada (a que non respecta os descansos mínimos) e dúas partidas. Por un lado, a tradicional, que se interrompe durante unha ou máis horas ó mediodía para comer; por outro, a continuada que se divide cos descansos mínimos ou outros superiores. Repárese en que, de mellorar estes, os descansos da xornada continuada poderían chegar a ser superiores ós da tradicionalmente considerada partida.

En canto ó tratamento desta cuestión na negociación colectiva, cabe sinalar que algúns convenios colectivos se limitan a mencionar, laconicamente, que a xornada poderá ser “continuada ou partida”⁷¹, sen entrar en máis detalles. Outros, sen embar-

67 Así, stcias. TSJ País Vasco de 13 febreiro 2000 (Ar. 1274) e Galicia de 13 marzo e 14 novembro 2000 (Ar. 374 y 4704).

68 BODAS MARTIN, R.: *La jornada laboral* (Madrid, 2002), p. 18.

69 Cfr., entre outras, stcias. TSJ Galicia de 18 marzo 2000 e Cataluña de 11 decembro de igual ano (Ar. 393).

70 ALFONSO MELLADO, C. L. e GARCIA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 62. Tamén, en iguais termos, BODAS MARTIN, R., *op. cit.*, p. 71.

71 Art. 19 CC estatal “entrega domiciliaria” e art. 36 CC “aparcamentos e garaxes de vehículos” da Comunidade Autónoma de Galicia, cito.

go, son un pouco máis explícitos na definición de ámbolos dous tipos de xornada, en orde ó cal intentan conxugar os criterios actuais cos tradicionais e así distinguen a xornada continuada da partida pola duración do tempo de descanso, que na primeira será, v. gr., de trinta minutos e na segunda poderá oscilar entre un mínimo e un máximo de, por exemplo, unha a tres⁷², unha e media a dous⁷³ ou dous a catro⁷⁴ horas. Noutros casos, alúdese só á xornada partida, indicando que será aquela que inclúa, como mínimo, unha hora de descanso para comer, a cal quedará comprendida dentro dun determinado período (v. gr., das trece ás dezaseis horas)⁷⁵. O momento exacto do seu desfrute será fixado, ben polo traballador, ben polo empresario en función das necesidades da empresa⁷⁶. Como se aprecia, a maioría dos convenios seguen aceptando o concepto tradicional de xornada partida, caracterizada pola existencia de “un descanso ininterrompido dunha hora de duración como mínimo”⁷⁷.

Polo demais, tampouco falta algunha norma colectiva que prevé, para o caso de empresas con xornada partida, a obriga do empresario de aboar ós seus traballadores unha determinada cantidade en concepto de axuda para comida que, suponse, debe sufragarse no centro de traballo ou arredores⁷⁸ ou, no caso contrario, a concesión dun descanso de dúas horas e media para comer na casa. Se o traballador renunciase ó descanso, por gozar doutro de menor duración, non terá dereito a percibi-la axuda económica en cuestión⁷⁹.

4. Horario flexible

Outra cuestión importante relacionada coa xornada de traballo é a da implantación dun horario rixido ou flexible. No primeiro caso, as horas de inicio e fin da actividade laboral diaria do traballador van estar rixidamente concretadas nun momento certo. No segundo, ditas horas dependen da vontade daquel, quen as poderá fixar con liberdade dentro duns certos límites.

72 Art. 8º CC estatal “autoescolas”, cit.

73 Art. 11, núm. 3, CC “Gas Galicia, SDG, S. A-N.” (res. DGRL Xunta de Galicia de 28 outubro 2002; DOG de 11 decembro).

74 Art. 32, núm. 9, CC estatal “grandes almacéns”, cit.

75 Art. 25, parágrafo segundo, CC estatal “salóns de peiteado, institutos de beleza e ximnasia” (res. DGT de 10 xuño 2002; BOE de 27 de igual mes).

76 Art. 25, parágrafo segundo, CC estatal “salóns de peiteado, institutos de beleza e ximnasia”, cit.

77 Art. 28 CC “residencias privadas da terceira idade” da Comunidade Autónoma de Galicia, cit.

78 Art. 25 CC estatal “banca”, cit.

79 Art. 27 CC estatal “prensa non diaria” (res. DGT de 28 xuño 2002; BOE de 18 xullo).

Agora ben, cando se fala de horario flexible, ata a tres tipos cabe aludir⁸⁰: a) o *horario fixo variable*. Nesta modalidade, o traballador pode elixir entre varios horarios preestablecidos, que, como mínimo, serán dous. A posibilidade de opción do traballador pode ser máis ou menos grande, segundo a periodicidade con que poida exercitarse, isto é, diaria, semanal, mensual ou anualmente. En calquera caso, a capacidade de elección do traballador é pequena, dado que, en todo caso, o horario elixido non poderá modificarse. b) O *horario flotante*, que é aquel no que o traballador poderá fixa-los momentos exactos de entrada e saída ó traballo dentro duns períodos temporais previamente establecidos. Repárese en que o primeiro condicionará o segundo, dado que o traballador ten que cumprir unha determinada xornada laboral diaria. Así, por exemplo, de chegar tarde pola mañá (v. gr., ás 10 horas dentro dun período posible de entrada de 8 a 10), aquel debe cubri-la xornada diaria saíndo máis tarde ó final do día (v. gr., dentro do período das 19 a 21 horas). Como se aprecia, este horario componse de tres módulos temporais previamente fixados: un central, de carácter rixido, durante o cal o traballador ha de prestar servizos en común co resto do persoal; e dous extremos (un ó inicio e outro ó termo da xornada), de natureza flexible, en canto neles aquel pode fixar as horas exactas de entrada e saída do traballo. E c) O *horario flexible puro*, que é igual que o horario flotante pero sen a limitación que supón a compensación diaria da xornada. Noutras palabras, o axuste que ten que efectua-lo traballador -segundo a hora de inicio do traballo- para cumprir coa xornada pactada non ten que ser diario, podendo realizarse en cómputo semanal, mensual, trimestral ou anual, co que a flexibilidade é aínda maior. Como se aprecia, esta cuestión do horario flexible está directamente relacionada coa da distribución irregular da xornada anual, pois tamén neste caso se compensan unhas xornadas con outras.

Dos tres modelos expostos, resulta claro que os dous últimos conceden unha gran liberdade ó traballador, pois, dentro das marxes temporais prefixadas, será aquel quen poderá escoller, segundo mellor lle conveña, o momento exacto de inicio e fin da súa xornada laboral. Agora ben, polo seu maior equilibrio para ámbalas dúas partes, o máis utilizado é o segundo. Con todo, repárese en que un horario deste tipo debe ser compatible coa natureza da prestación laboral do traballador e o proceso productivo da empresa, pois o que para aquel é flexibilidade, para o empresario pode ser incerteza, desorganización e prexuízos. Neste sentido, quizais o aconsellable é que este horario se reserve para aqueles postos nos que a prestación do traballador non está directamente interrelacionada coa do resto dos seus compañeiros (cadea consecutiva) nin vai dirixida a atender a clientes ou a terceiros dentro dun horario estándar. Noutras palabras, trataríase de postos nos que aquel goza de certa liberdade creativa e organizativa, importando máis o resultado final do seu traballo que o cómo e cándo o faga.

80 Cfr. ALARCON CARACUEL, M., *op. cit.*, p. 136 e TUDELA CAMBRONERO, Gr.: *Horario flexible: reflexiones críticas sobre su concepto y posibilidades de implantación*, no volume AAVV "Estudios sobre la jornada de trabajo" (Madrid, 1991).

Sabido é que, dende a reforma laboral de 1994, desapareceu do ET calquera referencia ó horario flexible. Con anterioridade, o art. 36, núm. 1, limitábase a establecer que a fixación do horario flexible era facultade do empresario, a cal podía exercitarse logo do informe favorable dos representantes dos traballadores da empresa. Na actualidade, a eliminación da devandita previsión legal non impide a fixación dun horario flexible, antes ben, aínda facilita esta. Tal elección debe efectuarse no momento inicial da fixación do horario e corresponde, ben ó empresario, ben ó pacto colectivo (formal ou informal) ou individual⁸¹. Agora ben, unha vez implantado un tipo de horario, a súa modificación xa debe segui-lo réxime das modificacións substanciais das condicións de traballo (vide. apartado seguinte).

En canto ó tratamento desta cuestión na negociación colectiva, cabe sinalar que -por influxo do cambio normativo- escasos son os convenios que dedican integralmente algunha das súas cláusulas a esta. Así, a maioría das referencias efectúanse ó fío doutras consideracións sobre a xornada, como, por exemplo, a da súa distribución irregular. Neste sentido, é posible atopar algún convenio que prevé un horario flexible, que en ningún caso poderá supera-las nove horas de traballo efectivo ó día ou corenta e cinco á semana, “debendo compensarse as horas traballadas en exceso nunha semana con descanso na seguinte”, de maneira que, en todo caso, no prazo dun mes regularizárase a xornada⁸². Como se aprecia, polo período temporal elixido para a compensación estaríase ante un horario flexible puro, pero a cláusula non encaixa exactamente con este tipo de horario en canto non se fixan os períodos iniciais e finais da xornada dentro do cales o traballador pode iniciar e finalizar aquela. Algo similar sucede noutro convenio que prevé que, “pola peculiaridade desta actividade artesá, suxeita a unha produción discontinua, as empresas poderán establecer xornadas de traballo flexible de cómputo anual, distribuídas por cada empresa conforme ás necesidades do servizo”⁸³.

5. Modificacións do tempo de traballo

5.1. Causas e tipos

Tal e como xa se apuntou, a fixación da xornada, horario e distribución do tempo de traballo é cuestión tan transcendental que, aínda que entra dentro do poder de organización e dirección do empresario, en ocasións, se somete ó pacto individual ou colectivo. Sexa como for, queda claro que, unha vez establecido o réxime destas materias, a súa posterior modificación adquire o carácter de substancial e debe someterse, en xeral, ó procedemento do art. 41 ET.

81 STS de 16 xullo 1993 (Ar. 5971).

82 Art. 24 CC estatal “empresas organizadoras do xogo do bingo” (res. DGT de 10 xaneiro 2001; BOE de 30 de igual mes).

83 Art. 19, parágrafo terceiro, CC estatal “comercio de flores e plantas”, cit.

Aínda sen ánimo de examinar tódolos importantes problemas que derivan deste precepto, cabe poñer de relevo os aspectos máis relevantes deste en relación coa materia agora analizada. Certamente, cabe empezar destacando como o lexislador considera expresamente como modificacións substanciais das condicións de traballo as que afectan, entre outras materias, á xornada de traballo, o horario⁸⁴ e o réxime de traballo a quendas, ou sexa, case todo o relacionado co tempo de traballo, o que reflicte a extraordinaria importancia que estas cuestións teñen para ámbalas dúas partes da relación laboral e, mesmo, para terceiros (v. gr., clientes, provedores e sociedade en xeral). Agora ben, non toda modificación destas materias se converte, necesariamente, en substancial, pois, como tal, só se pode considerar “aquela que altere e transforme os aspectos da relación laboral, pasando a ser outros de modo notorio”⁸⁵. Polo tanto, modificación substancial é só aquela que afecta ó esencial da condición de traballo que trata de modificarse; isto é, aquela que cambia a súa propia natureza. En consecuencia, o empresario que pretenda modifica-la xornada de traballo ou o horario dos seus traballadores deberá, antes que nada, valorar se a modificación pretendida é substancial ou non. En principio, non o serán os cambios mínimos ou irrelevantes, como, por exemplo, o relativo á modificación do horario un só día ó ano que non leva consigo a alteración da xornada inicialmente pactada⁸⁶. Como se aprecia, a determinación de se unha modificación é substancial ou non é unha cuestión delicada porque, ó non existir ó respecto criterios legais claros e rixidos, créase certa inseguridade xurídica.

A primeira condición esixida para que o empresario poida proceder a introducir cambios nas materias sinaladas é a da concorrencia de causa xustificada. Así, aquel debe proba-la existencia de razóns económicas, técnicas, organizativas ou de produción⁸⁷, as mesmas que no caso de suspensión do contrato, mobilidade xeográfica, despedimento colectivo e despedimento obxectivo individual ou plural [arte. 47, 40, 51 e 52, c) ET]. Sabido é que tales causas se configuran como conceptos xurídicos indeterminados que, ás veces, formulan problemas de delimitación ou concreción en relación cunha determinada situación de feito. Agora ben, do exame da xurisprudencia, cabe derivar que a causa económica esixe a concorrencia dunha situación económica negativa, que leva consigo perdas que afectan ó equilibrio de ingresos e gastos. A causa técnica alude a alteracións no proceso de produción que implica unha reestructuración do servizo. Pola súa banda, a causa organizativa relaciónase con decisións empresariais de reaxuste da organización productiva, aínda cando esta non se fundamente no previo investimento para a renovación dos bens de equipo. E, finalmente, a razón productiva refírese a dificultades que o ámbito

84 Cfr. RODRIGUEZ PASTOR, G.: *La modificación del horario del trabajo* (Valencia, 1997), pp. 43 e ss.

85 STS de 3 decembro 1987 (Ar. 8822).

86 STSJ Andalucía (Granada) de 27 xaneiro 1999 (Ar. 558).

87 Cfr. art. 8º CC estatal “autoescolas”, cit.

ocasiona á capacidade productiva da organización empresarial e que impoñen a transformación ou redución da produción⁸⁸. Fronte á indefinición legal do seu concepto, o lexislador si quere deixar claro cando as causas en cuestión concorren, o que terá lugar cando a adopción das modificacións propostas “contribúa a mello-la situación da empresa a través dunha máis axeitada organización dos seus recursos, que favoreza a súa posición competitiva no mercado ou unha mellor resposta ás esixencias da demanda” (art. citado, núm. 1, *in fine*). Así as cousas, a modificación proposta non necesita configurarse como o remedio último para salva-la empresa, dado que este pode ser rendible e funcionar ben, abonda con que, a partir daquela, funcione aínda mellor.

As modificacións que afecten a xornada, horario e réxime de traballo a quen-das poden ser *individuais* y *colectivas*, o que non depende, polo menos en principio, do número de traballadores afectados. En efecto, o carácter individual ou colectivo condiciónase á fonte na que se acha regulada a condición de traballo a modificar. Deste modo, a modificación é individual cando afecta a aquelas condicións de traballo que gozan os traballadores a título individual e colectiva cando as condicións afectadas están recoñecidas por pacto ou acordo colectivo ou gozadas por aqueles en virtude dunha decisión unilateral do empresario de efectos colectivos. Agora ben, a maiores, certas modificacións para que sexan colectivas deben referirse a un número determinado de traballadores, concretamente, as de funcións e horario de traballo. Neste sentido, para que tales modificacións teñan carácter colectivo deben afectar, nun período de noventa días, polo menos, a un número de traballadores igual ou superior a dez nas empresas que teñan menos de cen, ó dez por cento naquelas entre cen e trescentos e a trinta naquelas que ocupen trescentos ou máis. De non se alcanzar estes mínimos, a modificación será de carácter individual, con independencia da fonte na que estivese prevista a condición a modificar.

5.2. Procedemento e efectos

Para os efectos de procedemento, é importante distinguir entre as modificacións de condicións previstas en convenio colectivo estatutario e o resto de modificacións. Certamente, cando a modificación é colectiva por estar prevista a condición de traballo nun convenio colectivo estatutario, aquela só poderá efectuarse por acordo entre a empresa e os representantes dos traballadores ou, en ausencia destes, por decisión da comisión paritaria do convenio⁸⁹ ou da xurisdicción social⁹⁰. Ademais, só poderá afectar -en canto á materia do tempo de traballo- ó horario e o traballo a

88 Cfr. BODAS MARTIN, R., *op. cit.*, pp. 83 e 84.

89 Art. 15, núm. 4, CC estatal “establecementos financeiros de crédito” (res. DGT de 15 xaneiro 2003; BOE de 31 de igual mes). En ocasións, aínda existindo os representantes legais, a comisión paritaria debe intervir igualmente para ratificar *a posteriori* o acordo que o empresario alcanzou con aqueles (art. 11 CC “dobraxa” da Comunidade Autónoma de Galicia, cit.).

90 Cfr. art. 8º CC estatal “autoescolas”, cit.

quendas⁹¹. Polo tanto, a modificación da xornada prevista en convenio colectivo estatutario parece inviable polo procedemento do art. 41 ET, deixándose ó que é a propia dinámica da sucesión de convenios. Así as cousas, resulta importante delimita-las modificacións que afectan á xornada ou ó horario. Á primeira parecen aludir ás cuestións relacionadas coa súa distribución (regular, irregular) ou aumento ou redución; ó segundo, os referentes á situación das horas de traballo e pausas ó longo do día e, en consecuencia, a da xornada continuada ou partida⁹² ou, en fin, o horario ríxido ou flexible.

Como se aprecia, cando o convenio estatutario entra a regula-las cuestións do tempo de traballo a súa modificación posterior polo empresario resulta difícil (acordo previo cos representantes en canto ó horario e o traballo a quendas) e ata imposible (xornada ou outras materias). De aí que unha clara tendencia na negociación colectiva dos últimos anos sexa a da flexibilización de tal réxime xurídico para o empresario. Neste sentido, é relativamente doado atopar convenios que non só regulan aspectos do tempo de traballo, senón que tamén prevén a súa modificación substancial por un procedemento menos ríxido que o do art. 41 ET. Así se fala de a “creación convencional dun réxime xurídico alternativo de modificación substancial de certas condicións de traballo, pois a súa funcionalidade non é rixidificar o establecido naquel precepto, senón flexibiliza-lo proceso decisional do empresario”⁹³. Como exemplo do devandito, cabe citar algúns convenios que permiten ó empresario modificar, logo da comunicación ou acordo cos representantes dos traballadores, a xornada neles pactada⁹⁴; ou alterar de mutuo acordo cos propios traballadores o horario fixado ou, mesmo, unilateralmente⁹⁵ “por motivos de urxencia e inaprazable necesidade”⁹⁶, “circunstancias especiais de forza maior”⁹⁷ ou, en xeral, por necesidades da produción ou da empresa. Agora ben, nalgún caso, prevese a comunicación posterior de tales cambios ós representantes e “á maior brevidade posible”⁹⁸. Como é doado comprobar, o acento da flexibilización ponse tanto nas causas coma no procedemento. En relación coas primeiras, repárese en que o que fan os convenios non é precisa-las do art. 41 ET -o que sería posible ó tratarse de conceptos

91 Art. 41 núm. 2, parágrafo terceiro, *in fine*, ET.

92 ALFONSO MELLADO, C. L. e GARCIA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 78.

93 DEL REY GUANTER, S. (director) *et altri*: *El estado actual de la negociación colectiva en España (Balance y perspectivas)*. Informe de la Comisión consultiva nacional de convenios colectivos (Madrid, 2003), p. 802.

94 Anexo II CC interprovincial “industrias cárnicas” (BOE de 28 marzo 2001).

95 Art. 9º CC “sector agropecuario” da Comunidade de Cataluña (BOE de 15 novembro 2001).

96 *Ibidem*.

97 Art. 21 CC estatal “estacións de servizo”, cit.

98 Art. 26 CC estatal “empresas organizadoras do xogo do bingo”, cit.

xurídicos indeterminados-, senón buscar outras distintas e, mesmo, máis ambiguas que as alí previstas, o que leva consigo o risco da descausalización das modificacións substanciais. En canto ó procedemento, a idea é a de reduci-la rixidez formal, o que leva a permiti-la modificación substancial sen trámite formal ningún ou cunha mera audiencia ou, mesmo, comunicación posterior da decisión empresarial ós representantes. En todo caso, quede claro que a flexibilización por convenio do réxime legal das modificacións substanciais non pode supoñer unha mingua dos dereitos dos traballadores individualmente considerados, especialmente, os relacionados coa necesidade de causa xustificada, o prazo de preaviso e a posibilidade de impugnación da modificación substancial ou rescisión indemnizada do contrato.

En relación coa modificación de condicións non previstas en convenio estatutario, cabe sinalar que o seu procedemento varía segundo o seu carácter individual ou colectivo. Así, cando a modificación substancial da xornada, horario ou réxime de traballo a quendas ten carácter *individual*, o empresario debe comunicala ó traballador afectado e ós seus representantes legais cunha antelación mínima de trinta días á data da súa efectividade. É suficiente con esa simple comunicación, polo que o empresario procede directamente, sen autorización previa de órgano xurisdiccional ou administrativo ningún. A súa decisión ten eficacia directamente constitutiva, sen prexuízo das decisións que o traballador poida tomar *a posteriori*. En efecto, se non está de acordo, este pode optar pola impugnación da modificación ou a extinción do seu contrato.

En canto a a *extinción contractual*, esta pode levarse a cabo por dúas vías distintas. Unha delas é a do art. 50 ET, a cal prevese para aqueles casos en que a modificación substancial, calquera que esta sexa, prexudica a dignidade ou formación profesional do traballador. En tal caso, enténdese que hai un previo incumprimento das obrigas do empresario, polo que cabe a solicitude de extinción contractual ante o correspondente órgano xurisdiccional. Se, finalmente, este aprecia a existencia de causa xustificada para a extinción contractual, o traballador terá dereito á indemnización de corenta e cinco días de salario por ano traballado, cun máximo de corenta e dúas mensualidades. Como se aprecia, a indemnización é a máxima do Dereito español, a do despedimento improcedente, porque se entende que o empresario non actuou correctamente ó introducir unha modificación substancial que vulnera dereitos fundamentais do traballador. Neste sentido, antes que pola vía exposta -que parte da inaceptable base de recoñecer validez a unha modificación ilegal-, máis lóxico fose que o lexislador optase por declarar nula e sen efectos a referida modificación lesiva.

A outra vía para extingui-lo contrato é a prevista no art. 41, núm. 3, parágrafo segundo, ET. Segundo este, as modificacións substanciais que afecten a xornada, horario e réxime de traballo a quendas que, a pesar de non prexudica-la formación profesional nin redundar en menoscabo da dignidade do traballador, incidan negativamente noutros aspectos deste, como, por exemplo, postergando a posibilidade de ascensos, dan tamén dereito a solicita-la extinción do contrato pola vía prevista

neste. A diferenza coa outra vía extintiva é importante para os efectos económicos, dado que aquí a indemnización é menor: vinte días de salario por ano traballado, cun máximo de nove mensualidades. Tanto neste coma no anterior suposto, o traballador debe probalo prexuízo alegado. Agora ben, esta segunda vía extintiva parece que será utilizada cando o traballador estime que a modificación, aínda prexudicándoo, é xustificada e carece de utilidade impugnala.

Fóra destes dous supostos, se non está de acordo coa modificación proposta, o traballador afectado aínda pode extinguir-lo contrato por dimisión ou abandono, aínda que sen dereito a indemnización nin prestación por desemprego.

A outra posibilidade pola que o traballador pode optar é a de a *impugnación da modificación substancial*. En efecto, segundo o art. 41, núm. 3, parágrafo terceiro, ET, “sen prexuízo da executividade da modificación no prazo de efectividade anteriormente citado (trinta días de preaviso), o traballador que non optando pola rescisión do seu contrato se mostre desconforme coa decisión empresarial poderá impugnalas ante a xurisdicción competente”. O proceso é o especial de mobilidade xeográfica e modificación substancial de condicións de traballo (art. 138 LPL). Como características básicas deste, cabe cita-las seguintes: a) a acción debe formularse dentro dos vinte días hábiles seguintes á notificación da modificación substancial. b) O seu carácter é urxente e a súa tramitación preferente. Así, o acto da vista debe sinalarse para dentro dos cinco días seguintes á da admisión da demanda. c) A sentenza debe dictarse no prazo dos dez días seguintes, é inmediatamente executiva e contra esta non cabe recurso ningún. d) A sentenza pode declarar xustificada ou inxustificada a modificación substancial, segundo se acreditan ou non as causas alegadas polo empresario. Tamén pode declararse nula por fraude de lei cando se eludan as normas establecidas para as de carácter colectivo no art. 41, núm. 3, último parágrafo, ET. Nestes dous últimos supostos, o traballador terá dereito a ser reposto nas súas anteriores condicións de traballo. Se o empresario non cumpre con iso, ou o fai irregularmente, o traballador pode solicita-la execución do fallo ante o Xulgado do social e, no seu caso, a extinción do contrato pola vía do art. 50, núm. 1, c), ET.

Cando a modificación substancial relativa ó tempo de traballo ten carácter *colectivo*, a decisión do empresario debe vir precedida dun período de consultas cos representantes legais dos traballadores. A duración mínima legal deste período é de quince días, polo que pode mellorarse por acordo entre as partes. Durante este ámbalas dúas partes están obrigadas a negociar de boa fe tódalas cuestións relacionadas coa modificación (causas xustificativas, posibilidade de evitar ou reduci-los seus efectos, medidas compensatorias). O posible acordo require a maioría dos membros da representación. A decisión é nula se non se observa este período de consultas. Trala finalización do período de consultas, se hai acordo, o mesmo se leva a efecto; no caso contrario, o empresario notificará ós traballadores a súa decisión sobre a modificación, que producirá efectos unha vez transcorridos os trinta días de preaviso.

Se non está de acordo con aquela, o traballador pode, ben solicita-la extinción do contrato (polas mesmas vías que na modificación individual), ben impugna-la modificación. Agora ben, de observarse este procedemento formal, non cabe pedi-la nulidade por fraude de lei, só a declaración de inxustificación da medida. A impugnación poden solicitala os traballadores individualmente pola vía do proceso especial de modificación substancial das condicións de traballo (art. 138 LPL) ou os representantes a través do tamén especial de conflito colectivo (arte. 151 e ss. LPL). En aras á economía procesual, a interposición do conflito paralizará a tramitación das accións individuais iniciadas ata a súa resolución. O acordo entre o empresario e os representantes dos traballadores en período de consultas non impide que os traballadores poidan elixir entre impugna-la modificación individualmente ou rescindir de forma indemnizada o contrato.

6. Tempo de traballo extraordinario

Aínda que a cuestión do traballo extraordinario ten unha relación directa co horario e a duración da xornada ordinaria, por razóns de ordenación lóxica da materia se considera máis axeitado o seu tratamento monográfico noutro apartado, ó que dende aquí me remito.



A ORDENACIÓN DO TEMPO DE TRABALLO

CAPÍTULO QUINTO:
TEMPO DE DESCANSO



TEMPO DE DESCANSO

1. Descanso semanal

1.1. Réxime xeral

En virtude do mandato constitucional de garanti-lo descanso necesario ós traballadores (art. 40, núm. 2, Const.), o ET establece determinadas limitacións á xornada laboral. Unha delas é a do descanso semanal, o cal, á parte de facilita-la reparación da saúde física e síquica do traballador, permite a este concilia-la súa actividade profesional coa súa vida familiar e social. A importancia do desfrute deste descanso en tódolos casos reflíctese nalgún convenio colectivo ó establecer que, “calquera que fose a distribución da xornada máxima, anualmente computada, hase de observa-lo réxime de descansos mínimos obrigatorios -diario e semanal- previsto na lexislación vixente, sen que a iso obste a posible utilización irregular da xornada ou o establecemento a nivel de empresa das correspondentes quendas para manter ininterrompido o proceso productivo”¹. Pois ben, dito descanso será, como mínimo, de día e medio ininterrompido e acumulable por períodos de ata catorce días (art. 37, núm. 1).

Como se aprecia, o día e medio en cuestión configúrase como un mínimo de dereito necesario relativo, que pode mellorarse, pero non se empeorar². A mellora -normalmente consistente en dous días enteiros de descanso (sábado e domingo)- pode producirse por convenio colectivo³, acordo de empresa⁴, contrato de traballo ou outro acordo individual posterior; tamén cabe a consolidación de dereitos adquiridos a través da condición máis beneficiosa⁵. Polo demais, non falta algún convenio que precisa que o descanso de dous días é para os traballadores cunha xornada semanal de corenta horas, polo que, se este é inferior, o descanso redúcese a un día⁶.

1 Art. 71, núm. 2, CC estatal “tellas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida”, *cit.*

2 Reitérase o mínimo legal en moitos convenios, entre eles, vide., por exemplo, o art. 11 CC “dobraxa” da Comunidade Autónoma de Galicia; art. 29, a), CC “residencias privadas da terceira idade” da Comunidade Autónoma de Galicia e art. 14 CC “pompas fúnebres” da Comunidade Autónoma de Galicia, todos xa citados.

3 Cfr. art. 25 CC estatal “empresas organizadoras do xogo do bingo”; art. 27 CC estatal “prensa non diaria”; art. 15 CC “empresas organizadoras do xogo do bingo” da Comunidade Autónoma de Galicia; art. 22, núm. 1, CC “Aceites Coosur, S. A-N.” e art. 34 CC “aparcamentos e garaxes de vehículos” da Comunidade Autónoma de Galicia, todos *cits.*

4 Alude a el o art. 29, a), CC “residencias privadas da terceira idade” da Comunidade Autónoma de Galicia, *cit.*, pois, tras reitera-la regra xeral do día e medio de descanso ininterrompido, ordena o respecto a calquera pacto que poida acordarse na empresa cos representantes legais dos traballadores.

5 STSJ Canarias de 3 outubro 1999 (Ar. 7328).

6 Art. 25 CC estatal “empresas organizadoras do xogo do bingo” e art. 15 CC “empresas organizadoras do xogo do bingo” da Comunidade Autónoma de Galicia (neste non se especifica a redución), ámbolos dous *cits.*

Pola súa banda, a posibilidade de acumulación achega unha maior flexibilidade á ordenación deste tempo de descanso, que poderá traducirse en tres días seguidos de carácter bisemanal, isto é, tres días de descanso despois de once de traballo⁷. Agora ben, quede claro que a acumulación non é imperativa, senón unha simple posibilidade, polo que poderá producirse ou non e, no seu caso, en períodos de catorce días ou inferiores. En caso de quere-la acumulación, a mesma pode acordarse en pacto individual ou colectivo e, no seu defecto, por vontade unilateral do empresario. Sexa como for, o límite dos catorce días parece imperativo, polo que, salvo nos sectores especiais ós que despois se aludirá, non cabe a acumulación do descanso en períodos superiores ó indicado. A razón relaciónase coa propia natureza deste descanso, que é semanal, polo que se quere que exista unha intercalación habitual e frecuente entre os días de traballo e os de descanso. Así as cousas, non cabe a substitución deste tempo de descanso por unha redución da xornada en cómputo anual nin por outras fórmulas similares.

Para o lexislador, o descanso analizado comprenderá, por regra xeral, a tarde do sábado ou, no seu caso, a mañá do luns e o día completo do domingo⁸. Así as cousas, aquel deixa claro que o momento concreto en que haxa de gozarse o descanso semanal ten carácter dispositivo, pois por pacto individual ou colectivo pode fixarse outro. De seguirse a regra xeral, a opción da tarde do sábado ou a mañá do luns tamén pode deixarse ó pacto individual ou colectivo ou, no seu defecto, á vontade do empresario. Polo demais, cabe recordar que a elección do domingo como día típico de descanso non obedece nin a motivos relixiosos nin de orde pública, senón ó feito de que é o día de descanso habitual ó longo da semana e, polo tanto, aquel no que preferentemente debe facerse coincidir o descanso semanal conforme ó disposto nos art. 2º, núm. 3, Convenio 14 e 6º, núm. 3, Convenio 106, ámbolos dous OIT. En efecto, segundo estes, o descanso debe gozarse nos días consagrados pola tradición ou os costumes do país. Polo demais, dada a importancia do descanso durante a fin de semana, non falta algún convenio colectivo que prevé unha compensación económica especial para aqueles traballadores que gocen daquel en días diferentes do sábado e domingo (complemento de sábado e domingo)⁹ ou que establece que o descanso noutros días da semana se fixará de forma rotatoria entre todos os traballadores, “atendendo ás necesidades do servizo”¹⁰.

7 Para o art. 26 CC persoal laboral “sector sanitario de Galicia xestionado por fundacións públicas sanitarias ou empresas públicas”, cit., deses tres días, polo menos dous deberán ser consecutivos e un deles recaerá, como mínimo, nun domingo cada mes.

8 Así se ratifica por moitos convenios colectivos, entre eles, os seguintes: art. 25, último parágrafo, CC estatal “salóns de peiteado, institutos de beleza e ximnasios”; art. 9º, núm. 1, c), CC estatal “pastas, papel e cartón” e art. 34 CC estatal “fabricación de conservas vexetais”, citados.

9 Art. 22, núm. 1, CC “Aceites Coosur, S. A-N.”, cit.

10 Art. 9º CC “Antena 3 de Televisión, S. A-N.”, cit.

Aínda que ningunha norma legal o prevea expresamente, o descanso semanal ten carácter retribuído, o que é consubstancial á súa propia natureza e finalidade. Certamente, no caso contrario, estariase a prexudicar directamente ó traballador, quen non recibiría ningunha compensación por un tempo de descanso directamente relacionado co traballo realizado por conta allea. Neste sentido, estase ante un claro exemplo de salario diferido, ó que alude o art. 26, núm. 1, ET cando prevé que o salario retribúe o traballo efectivo “ou os períodos de descanso computables como de traballo”, como o agora analizado. Así as cousas, os salarios mensuais teñen en conta tódalas xornadas, laborais ou non, o que tamén sucede coa retribución diaria dos traballadores eventuais e temporais, que inclúe a parte proporcional de domingos e festivos. Agora ben, dado que se deveña ó longo dos días de prestación efectiva de servizos, as ausencias inxustificadas ó traballo inciden no salario da fin de semana, que será obxecto de desconto proporcional. Outro tanto sucede coas ausencias debidas a outros motivos, como, por exemplo, por exercicio do dereito de folga legal. En todo caso, estase ante unha cuestión casuística, polo que haberá que estar ó que vaia dictando a xurisprudencia.

Aínda que o descanso semanal se configura como un mínimo de dereito necesario, cabe preguntarse se caben excepcións ó seu disfrute, tal e como sucedía na lexislación anterior á actual. Certamente, o art. 47 RD 2001/1983, do 28 de xullo, sobre regulación da xornada de traballo, xornadas especiais e descansos, previa que cando, excepcionalmente e por razóns técnicas ou organizativas, non se puidese gozar o día de festa correspondente ou, no seu caso, de descanso semanal, a empresa viría obrigada a aboar ó traballador, ademais dos salarios correspondentes á semana, o importe das horas traballadas no día festivo ou no período de descanso semanal, incrementadas nun setenta e cinco por cento, como mínimo, salvo descanso compensatorio. Agora ben, dito precepto, que regulaba por igual a imposibilidade de gozar festas laborais e descansos semanais, foi parcialmente derogado pola disposición derogatoria única do RD 1561/1995, manténdose unicamente vixente no relativo a festas laborais. Aínda que a mencionada distinción non resulta xustificable, parece que, actualmente, os descansos semanais deben gozarse obrigatoriamente, sen que por causas técnicas ou organizativas poida obrigarse a traballar durante estes, como sucede nas festas laborais. Así as cousas, o único suposto que parece que podería xustificar, dende un punto de vista legal, o non disfrute do descanso semanal é o da forza maior, configurada esta como un acontecemento que as partes non puideron prever, ou que previsto non puideron evitar porque o seu carácter catastrófico exorbita por completo a vontade e conducta daquelas (v. gr., incendio, terremoto ou furacán). Con todo, á parte quedan os supostos en que, ben existe acordo concreto entre as partes para traballar durante o período a que se alude, co que entón xa se fai voluntariamente, ben o convenio colectivo autoriza ó empresario a esixir-lo traballo naquel por “circunstancias da produción e imprevistos da empresa”¹¹.

11 Art. 22, núm. 1, CC “Aceites Coosur, S. A-N.”, *cit*.

En calquera dos tres casos, de prestar servicios, o traballador ten dereito a unha compensación axeitada que pode ser en metálico ou en descanso compensatorio, conforme ó pactado. Neste sentido, algún convenio colectivo xa prevé que tódolos traballadores que presten servicios en domingos e festivos percibirán un incremento sobre o salario base do vintecinco e cincuenta por cento, respectivamente. Agora ben, por decisión do empresario¹² ou acordo entre as partes, dita compensación pode ser substituída por descanso compensatorio¹³, igual ou superior¹⁴. En fin, de non existir previsión ó respecto, cabe estar á retribución das horas extraordinarias (art. 35 ET)¹⁵.

1.2. Excepcións

As regras xerais que sobre o descanso semanal mínimo se fixan no parágrafo primeiro do art. 37, núm. 1, ET poden chegar a excepciónarse para diversos colectivos de traballadores. En efecto, tal especialidade obedece, nun caso, á idade dos traballadores e, noutros, ó sector de actividade onde estes prestan servicios. No primeiro suposto, o dos traballadores menores de dezoito anos, o descanso en cuestión será, como mínimo, de dous días ininterrompidos. Este aumento do tempo de descanso semanal mínimo é doadamente entendible dende o punto de vista da maior protección da saúde que necesita este colectivo, aínda en fase de formación. O mesmo fin parece persegui-la imposibilidade de acumular bisemanalmente o devandito descanso, co que se quere que cada traballador menor de idade goce de dous días de descanso dentro de cada semana, sen saltarse ningunha. Estas dúas previsións son de dereito necesario relativo, por o que poden mellorarse, pero non se empeorar.

O segundo suposto no que se excepciona o réxime xeral do descanso semanal mínimo é no de certos sectores especiais de actividade, tal e como se deriva do parágrafo segundo do art. 37, núm. 1, ET, ó remitir ó núm. 7 do art. 34 do mesmo texto legal. En efecto, segundo ámbolos dous preceptos, o Goberno, por proposta do Ministerio de Traballo e Seguridade Social e logo da consulta coas organizacións empresariais e sindicais máis representativas, poderá establecer ampliacións ou limitacións na ordenación e duración da xornada de traballo e dos descansos, para aqueles sectores e traballos que, polas súas peculiaridades, así requirano. Xa en relación co descanso semanal, o art. 2º, núm. 1, RD 1561/1995, do 21 de setembro, de xornadas especiais de traballo, prevé, con carácter xeral, a compensación da posible redución deste con descansos alternativos. Estes descansos, de duración non inferior á redución experimentada, deben gozarse dentro do período de referencia que

¹² *Ibidem*.

¹³ Art. 15 CC “pompas fúnebres” da Comunidade Autónoma de Galicia, *cit*.

¹⁴ Art. 22, núm. 1, CC “Aceites Coosur, S. A-N.”, *cit*. Neste convenio, cada día traballado pódese compensar cun e medio de descanso.

¹⁵ Cfr. BODAS MARTIN, R., *op. cit.*, pp. 32 e ss.

en cada caso se sinala e na forma que se determine mediante acordo ou pacto. Agora ben, non obstante o anterior, os convenios colectivos poden autorizar que, por acordo entre a empresa e o traballador afectado, a totalidade ou parte do descanso compensatorio debido pola redución en cuestión poida acumularse para o seu desfrute conxuntamente coas vacacións anuais. Sexa como for, o desfrute dos descansos compensatorios de que se trata non poderá ser substituído por compensación económica, salvo no caso de finalización da relación laboral por causas distintas ás derivadas do contrato e nalgún suposto particular no sector de traballo no mar [art. 18, c), RD 1561/1995, cit.]. A xeral prohibición de compensación económica trata de garantir que o traballador poida gozar *in natura* do descanso necesario para a súa saúde; así, permítese que o cambie de día, pero non que non o chegue a gozar.

Entre os colectivos concretos que, por razón da súa actividade, gozan de especialidades no réxime do descanso semanal, cabe sinala-los seguintes:

a) Empregados de predios, gardas e vixilantes non ferroviarios¹⁶; traballadores agrícolas, forestais e pecuarios¹⁷; do comercio e hostalería¹⁸. Para estes traballadores adoita preverse unha regra xeral respecto do medio día do descanso semanal (a tarde do sábado ou a mañá do luns, salvo pacto en contrario), concretamente a súa acumulación por períodos de ata catro semanas, ou a súa separación respecto do correspondente ó día completo para o seu desfrute noutro día da semana. Como se aprecia, dous son as posibilidades -ben distintas, por certo- que se presentan, o que achega aínda unha maior flexibilidade ás partes, que poden elixi-lo que máis lles conveña. En todo caso, tal acumulación ou separación debe pactarse por convenio colectivo ou, no seu defecto, acordo entre a empresa e os representantes legais dos traballadores. Agora ben, unha precisión importante é a de que o réxime exposto non xoga sempre nos sectores citados, pois nalgún caso aínda hai excepcións, como no das actividades de tempada na hostalería. En tal suposto, a acumulación do medio día de descanso pode abranguer períodos máis amplos, sen que, en ningún caso, poidan excede-los catro meses. Tal especialidade persegue, ben atender ás necesidades específicas das actividades estacionais da hostalería, en particular nas zonas de alta afluencia turística, ben facilitar que o traballador poida goza-lo seu descanso no lugar da súa residencia, especialmente se o centro de traballo se acha lonxe daquel¹⁹. Como se evidencia, a alteración examinada xoga só respecto do medio día de descanso semanal, pero non do día que debe gozarse completo (o domingo, se non se pacta nada en sentido contrario), o que permite que o traballador siga gozando dun descanso intersemanal, se ben menor.

16 Arts. 3º e 4º, ámbolos dous núm. 2, RD 1561/1995, cit.

17 Art. 5º, núm. 3, *ibid.*

18 Art. 6º *ibid.*

19 Art. 7º, núm. 1, *ibid.*

b) Traballadores do sector de transportes (por estrada, ferroviario e aéreo) e do mar. Neste caso, tamén cabe a acumulación do descanso semanal por períodos de catro semanas²⁰. Como diferencias significativas respecto do apartado anterior, procede sinalar que, por un lado, alúdese ó descanso total (día e medio) e non ó parcial (medio día) e, por outro, non se prevé outra alternativa en orde á flexibilidade, como a de separación entre os días de descanso antes analizada. Como especialidade ó devandito, os traballadores do transporte por estrada deben gozar, con carácter xeral, dun descanso de corenta e cinco horas consecutivas á semana, incluídas as correspondentes ó descanso entre xornadas. Agora ben, dito descanso poderase reducir ata un mínimo de trinta e seis horas consecutivas cando se tome no lugar en que se atope normalmente o vehículo ou o conductor, ou ata vintecatro cando se goce en lugar distinto, sempre que se compense cada redución cun descanso equivalente tomado en conxunto antes do final da terceira semana seguinte a aquela en que se producira²¹.

E c) Traballadores do interior das minas, ou do exterior a actividade dos cales só poida producirse simultaneamente á daqueles. En tal caso, a especialidade vén determinada pola limitación da xornada e, consecuentemente, a ampliación do tempo de descanso, que se é semanal non pode ser inferior a dous días²². Agora ben, baseándose nas características técnicas da empresa e o proceso productivo, a negociación colectiva poderá especifica-la modalidade concreta de desfrute do descanso en cuestión (en forma ininterrompida; fraccionada, de modo que o segundo día de descanso poida ser gozado en períodos de ata catro semanas; illadamente ou acumulado a outros descansos, ou en calquera outra forma prevista polo ET).

Aínda que non por razón da súa actividade, senón das condicións específicas en que prestan os seus servicios, tamén existen outros traballadores que gozan dun descanso semanal particular. Así sucede cos traballadores a quendas²³, ós que se lles aplica a regra da acumulación do medio día de descanso semanal por períodos de ata catro semanas ou o seu desfrute separado, vista no primeiro apartado. Respecto deste colectivo, algún convenio colectivo precisa que “a empresa coidará de que todo o persoal goce rotativamente do descanso dominical”²⁴. Tamén particularidades teñen os traballadores que realizan a súa actividade en condicións especiais de illamento ou distancia, o descanso semanal dos cales pode chegar a computarse por períodos de ata oito semanas. Aínda que non se especifica, parece que, neste caso, trátase do descanso semanal completo de día e medio. Polo demais, a negociación colectiva sumou, ós traballadores xa citados, aqueles outros que realizan

20 Arts. 9º, 13, núm. 1, 14 e 18 *ibíd.*

21 Art. 11, núm. 5, *ibíd.*

22 Art. 27 *ibíd.*

23 Art. 19, núm. 1, *ibíd.*

24 Art. 14 CC “pompas fúnebres” da Comunidade Autónoma de Galicia, *cit.*

tarefas: a) non susceptibles de interrupción; b) de vixilancia; c) perentorias por causa de forza maior; e d) de reparación e limpeza necesarias para non interromper con iso a prestación de servizos do resto de traballadores durante a semana²⁵.

2. Festas laborais

2.1. Finalidade e tipos

Xunto ó semanal, outro tipo de descanso importante é o das festas laborais, as cales “non poderán exceder de catorce ó ano” (art. 37, núm. 2, ET). Da literalidade do precepto parece derivar que se está ante un máximo de dereito necesario que non admite ampliación, cando, sen embargo, é lugar común na doutrina que é todo o contrario (mínimo de dereito necesario), dado que tal número é mellorable por convenio colectivo. Polo tanto, a expresión legal “non poderán exceder” o que busca é a cautela e prudencia dos poderes públicos á hora de fixa-las festas laborais, evitando o seu desmesurado incremento²⁶.

A finalidade destas festas é satisfacer tanto o dereito particular dos traballadores ó descanso, tratándose dun dos supostos de “descanso necesario” previstos no art. 40, núm. 2, Const., como o interese{xuro} xeral da sociedade, que asegura así a posibilidade de que os seus membros poidan celebrar de forma conxunta certas conmemoracións, xa sexa de carácter cívico ou relixioso. Deste modo, cabe asegurar que o recoñecemento legal do descanso nestas festas laborais contribúe ó interese social, plasmado nun reforzamento da convivencia e os lazos familiares e sociais. Relacionada con esta finalidade, quizais se acha a previsión legal de que, en calquera caso, se respectarán como festas de ámbito nacional as da Natividade do Señor (25 de decembro), Ano Novo (1 de xaneiro), 1 de maio, como Festa do Traballo, e 12 de outubro, como Festa nacional de España. En efecto, o establecemento duns días de festa nacional fixos e insubstituíbles obriga o descanso xeral e facilita o interese social da convivencia e o disfrute conxunto. Polo demais, a elección desas concretas festas está relacionada coa relevancia social das súas celebracións. Respecto do día 1 de maio resulta interesante algún convenio colectivo que, tras aludir á non laborabilidade de tal día, permite que “as empresas e os representantes dos traballadores” establezan “outra festividade, de non actividade laboral, en substitución” daquel²⁷.

Os restantes festivos de ámbito nacional prevense no art. 45 RD 2001/1983, do 28 de xullo (redactado conforme ó artigo único do RD 1346/1989, do 3 de novembro), que se mantén en vigor conforme ó disposto na disposición derogatoria única do RD 1561/1995, cit. Tales festivos son os seguintes: 6 de xaneiro (Epifanía do Señor), 19 de marzo (San Xosé) ou 25 de xullo (Santiago Apóstolo) -a elixir unha polas Comunidades Autónomas-, 15 de agosto (Asunción da Virxe), 1 de novembro (tódolos Santos), 6 e 8 de decembro (Día da Constitución Española e Inmaculada

25 Art. 34 CC estatal “fabricación de conservas vexetais”, cit.

26 Cfr. CRUZ VILLALON, J. et altri: *Estatuto de los Trabajadores comentado* (Madrid, 2003), p. 445.

27 Art. 31 CC estatal “empresas organizadoras do xogo do bingo”, cit.

Concepción, respectivamente) e Xoves e Venres Santo, con independencia do día en que coincidan. Unha precisión importante é a de que o Goberno, aínda respectando as datas en cuestión, poderá trasladar ós luns tódalas festas de ámbito nacional que teñan lugar entre semana, sendo, en todo caso, obxecto de traslado ó luns inmediatamente posterior o descanso laboral correspondente ás festas que coincidan en domingo. Como se aprecia, estase ante dous tipos de traslado distintos. O primeiro prevese como potestativo, isto é, pode ter lugar se o Goberno o estima conveniente co fin de evita-los denominados “pontes” e, polo tanto, por razóns puramente económicas. O segundo é preceptivo (“en todo caso”) e o motivo é o de permitir ó traballador gozar da festa nacional de que se trate. A referencia ó domingo baséase no feito certo de se-lo día típico de descanso para a maioría dos traballadores; agora ben, se aquel fose outro, parece que a regra do traslado tamén se tería que seguir aplicando, so pena de priva-los traballadores afectados do desfrute do correspondente día de festa nacional²⁸. Sexa como for, o traslado sempre se efectúa para o día seguinte ó considerado como de descanso, que normalmente coincide co luns. Tal regra busca, por un lado, a inmediatez no desfrute do día de festa nacional; e, por outro, a continuidade no tempo de descanso, o que favorecerá o repouso do traballador e evitará maiores molestias para a sociedade e alteracións no calendario laboral.

Repárese no importante matiz de que o traslado a luns só resulta obrigatorio para o Goberno cando o festivo coincide con domingo (ou outro día de descanso equivalente), pero non co sábado ou outro día da semana. Así as cousas, salvo pacto previo, os traballadores non poden esixir ó empresario que, en tal caso, proceda ó traslado, conceda un descanso adicional polo sábado ou festivo non gozado ou retribúa especialmente o día en cuestión²⁹. Agora ben, por acordo individual ou colectivo, cabe a mellora deste réxime legal, e neste caso haberá que estar ó pactado³⁰.

As Comunidades Autónomas, dentro do límite anual de catorce, poderán sinalar aquelas festas que por tradición lles sexan propias. En principio, aquelas non teñen asignado o número exacto de festas, pois, dependendo das circunstancias, terán unha maior ou menor marxe de liberdade en tal sentido. En todo caso, como a suma das festas xa mencionadas alcanza trece, a Comunidade sempre poderá fixar unha máis. En orde á fixación de tales festas, aquela poderá substituí-los de ámbito nacional que se determinen regulamentariamente e, en todo caso, as que se trasladen a luns. Dentro das primeiras, áchanse os de Xoves Santo, Epifanía do Señor, San Xosé e Santiago Apóstolo. Así mesmo, a Autonomía tamén poderá facer uso da referida facultade de traslado a luns. Agora ben, se algunha Comunidade

28 Así, BODAS MARTIN, R., *op. cit.*, p. 37.

29 SANTO de 9 febreiro 2000 (Ar. 1321).

30 Así, art. 9º, núm. 6, CC estatal “pastas, papel e cartón”, cit.: “os días festivos entre semana trasládase ó sábado da mesma semana ou ó luns da semana seguinte”, segundo decidan conxuntamente a empresa e os representantes dos traballadores. Agora ben, non serán trasladables as festas do 1 de xaneiro, 1 de maio, 25 de decembro e as dúas festas patronais locais.

Autónoma non puidese establecer unha das súas festas tradicionais por non coincidir con domingo un suficiente número de festas nacionais poderá, no ano que así aconteza, engadir unha festa máis, con carácter de recuperable, ó máximo de catorce. A recuperabilidade deste día extraordinario de festa autonómica atende á necesidade de que os traballadores cumpran coa xornada máxima anual. En todo caso, é unha excepción ó principio xeral de irrecuperabilidade que rexe para os outros catorce, como se expón no apartado seguinte. Polo demais, as Comunidades Autónomas carecen de toda facultade de desenvolver regulamentariamente o réxime de fixación das festas anuais³¹.

Por último, dentro das catorce, dúas festas deben ser locais e, polo tanto, coincidir coas que, por tradición, son propias da localidade ou municipio onde se sitúe o centro de traballo. A elección de tales festas debe facerse pola autoridade laboral competente -por proposta do Pleno do Concello correspondente- e publicarse no Boletín Oficial da Comunidade Autónoma e, no seu caso, na da provincia³². Neste sentido, a negociación colectiva prevé que “se vacará nos días festivos, inhábiles para os efectos laborais, que legalmente determinense localmente polos organismos competentes”³³. Agora ben, algún convenio permite que, sen prexuízo das competencias dos Concellos, as festas locais sexan establecidas entre a empresa e os representantes dos traballadores. En caso de desacordo, entenderanse como tales “as do lugar onde radique o centro de traballo”³⁴.

A maiores dos legalmente fixados, a negociación colectiva considerou tamén festivos, entre outros, o 29 e 30 de xullo (Santa Marta)³⁵, o 24 e 31 de decembro³⁶ e o coincidente coa festividade propia do sector de que se trate³⁷.

2.2. Carácteres

Como xa se apuntou, os días de festa nacional deben gozarse *in natura*, isto é, descansando de forma efectiva, sen que poida esixirse a prestación de servizos nin

31 Cfr. ST Const. 7/1985, de 25 xaneiro (BOE de 12 febreiro).

32 Art. 46 RD 2001/1983, *cit*.

33 Cláusula oitava CC “Alcatel Cable Ibérica, S. O.”, *cit*.

34 Art. 8º CC interprovincial “lousa” (res. DGRL Xunta de Galicia de 26 abril 2001; DOG de 22 xuño).

35 Art. 15 CC “Hotel NH Atlántico” (res. DPT A Coruña de 16 setembro 2002; DOG de 30 outubro).

36 Cfr., entre outros, cláusula oitava CC “Alcatel Cable Ibérica, S. O.”; art. 18 CC “empresas organizadoras do xogo do bingo” da Comunidade Autónoma de Galicia; art. 35 CC “aparcamentos e garaxes de vehículos” da Comunidade Autónoma de Galicia (aínda que só “dende as 21 horas ata as 7 horas do día seguinte”); art. 10 CC estatal “autoescolas” e art. 9º, núm. 6, CC estatal “pastas, papel e cartón” (dende as 14 horas deses días), todos xa citados

37 Art. 10 CC estatal “autoescolas”, *cit.*: a festividade da autoescola “terá carácter festivo para todo o persoal das autoescolas e realizarase o primeiro martes do mes de outubro”, salvo modificación nos respectivos territorios entre patronal e sindicatos.

durante eles nin *a posteriori* (non recuperabilidade). Con todo, esta regra xeral admite, á parte da xa mencionada, outra excepción legal cando existen causas técnicas ou organizativas que así xustifiqueno. En efecto, segundo o art. 47 RD 2001/1983, cit., que -como xa se indicou ó aludir ó descanso semanal- mantén a súa vixencia no relativo ás festas laborais por mandato da disposición derogatoria única do RD 1561/1995, cit., cabe a posibilidade de que o empresario esixa ó traballador a súa prestación de servizos en día festivo cando concorran as referidas causas. Como non podía ser doutra forma, a proba da devandita concorrencia corresponde a aquel. Aínda sen definición legal, as causas técnicas e organizativas parecen aludir a situacións similares, relacionadas coa necesidade de reestructurar ou reconverter a empresa para que siga funcionando ou producindo en mellores condicións. En ocasións, será difícil a determinación exacta de se se está ante unha ou outra causa.

En todo caso, o traballo en días festivos debe compensarse especialmente, isto é, de forma independente “dos salarios correspondentes á semana”(art. citado). A especialidade da compensación radica no incremento da retribución das horas traballadas nun setenta e cinco por cento respecto do valor da hora ordinaria, salvo que se opte por descanso compensatorio. Así as cousas, a regra xeral que debe rexer, salvo disposición en contrario, é a da retribución mellorada. A opción polo descanso compensatorio parece depender da vontade do traballador e non da do empresario, o que ten efectos moi diferentes. Sexa como for, cabe que por pacto individual ou colectivo se determine, ben unha retribución superior á legalmente fixada (de carácter mínimo), ben a cantidade e momento de desfrute do descanso compensatorio, o cal parece que, polo menos, ten que se-lo equivalente ó tempo de traballo en festivos³⁸.

Como se aprecia, o vello art. 47 RD cit. copiou a regulación que entón existía no art. 35 ET sobre as horas extraordinarias, que tamén se aboaban co referido incremento. Actualmente, sen embargo, as cousas cambiaron e esa recarga xa non existe, subsistindo o do art. 47 de forma anacrónica. Aínda que quizais resultase adecuada unha interpretación integrada de ámbolos dous preceptos, non cabe deixar de recoñecer que o agora analizado resulta máis favorable para o traballador en canto garante unha retribución mínima da hora traballada en festivos superior á da ordinaria. Finalmente, cabe destacar que, en caso do seu non recoñecemento pacífico por parte do empresario, o dereito do traballador á compensación especial analizada esixe a acreditación por este do traballo realizado ou, no seu caso, do compromiso por parte daquel do abono suplementario dos festivos non traballados³⁹.

Moi diferente do réxime legal recén exposto é, sen embargo, o previsto nalgúns convenios colectivos, que permiten substituí-lo desfrute duns días festivos (v. gr., 29 e 30 de xullo) polo seu pagamento en metálico co único fin de “mante-lo normal

38 Neste sentido, STSJ Canarias (Tenerife) de 24 febreiro 2002 (Ar. 930), que recoñece o dereito a dous días de descanso por festivo traballado, por preverse así en convenio colectivo.

39 STSJ Cataluña de 6 abril 2001 (Ar. 768).

funcionamento da empresa”⁴⁰. Así, non se esixen causas técnicas nin organizativas, nin a compensación económica é especial, pois o traballador percibirá “o seu salario real”⁴¹ ou outro diferente inferior ó legalmente esixido (por exemplo, recarga do cincuenta por cento⁴²). Ademais, se nalgún caso nin sequera se prevé a posibilidade do descanso compensatorio⁴³, noutra é a única prevista⁴⁴. Agora ben, tamén cabe que tal solución se prevexa como subsidiaria, en defecto doutra que as partes pacten por escrito⁴⁵. Así as cousas, a existencia da xa vista excepción legal ó desfrute *in natura* dos festivos (art. 47 RD cit.) parece servir de influencia á negociación colectiva para flexibiliza-lo réxime de uso de tales días para as empresas e introducir outros supostos nos cales tamén é posible traballar durante estes. Neste sentido, para algúns convenios a regra xeral, mesmo, parece a da laboralidade, tal e como se deriva da súa literalidade. Así, se prevé que “os festivos non recuperables poranse de mutuo acordo entre empresas e traballadores”⁴⁶ -coma se a norma fose a oposta- ou alúdese a que, no caso de que os traballadores “non puidesen gozar un determinado día festivo por coincidirllles en día de traballo ...”, buscarase unha medida compensatoria -coma se o traballo se antepuxese á festividade-⁴⁷. Con todo, en ocasións declárase expresamente a non laboralidade dalgún día en especial, como sucede co día 1 de maio⁴⁸.

40 Art. 15 CC “Hotel NH Atlántico”, *cit.*

41 *Ibídem.*

42 Art. 15 CC “pompas fúnebres” da Comunidade Autónoma de Galicia, *cit.*

43 Art. 15 CC “Hotel NH Atlántico”, *cit.*

44 Así, art. 35 CC “aparcamentos e garaxes” da Comunidade Autónoma de Galicia, *cit.* (o festivo traballado “compensarase por outro en xornada distinta, como máximo dentro do trimestre seguinte e, preferentemente, a continuación do descanso semanal”); art. 18 CC “AGA Airlines Ground Assistance, S. O.” [res. DGT de 16 abril 2002; BOE de 7 maio: as festas laborais que se traballen “poderán, de común acordo entre empresa e traballador: a) ser acumuladas ó período anual de vacacións; b) ser gozadas continuadas en período distinto; e c) ser gozadas noutro día distinto acumuladas ó descanso semanal. No caso de non alcanzar acordo, acumularanse ó período vacacional”] e art. 18 CC “empresas organizadoras do xogo do bingo” da Comunidade Autónoma de Galicia, *cit.* (“as festas abonables e non recuperables poderán, de común acordo entre empresas e traballadores, acumularse ás vacacións anuais ou ser gozadas como descanso continuado en período distinto”. Neste último caso, “a empresa respectará o descanso semanal, acumulando a este o número de festas”).

45 Así, CC estatal “empresas organizadoras do xogo do bingo”, *cit.*: “os días festivos abonables de cada ano natural compensaranse dunha das dúas formas seguintes”: a) por acumulación, entón gozaranse dezoito días naturais; e b) mediante calquera outra modalidade que de mutuo acordo pacten por escrito empresa e traballador. “A empresa solicitará dos seus traballadores, a través dos seus representantes, expresión escrita da opción elixida, dentro dos quince primeiros días do mes de decembro de cada ano, co fin de poder planifica-lo traballo do ano seguinte”. Para os traballadores de nova contratación, “a opción solicitarase dentro dos quince días seguintes á finalización do seu período de proba”.

46 Art. 18 CC “empresas organizadoras do xogo do bingo” da Comunidade Autónoma de Galicia, *cit.*

47 Art. 35 CC “aparcamentos e garaxes de vehículos” da Comunidade Autónoma de Galicia, *cit.*

Á parte da compensación especial nos casos en que se traballe, cabe sinalar que os días festivos xa se distinguen polo seu xeral carácter retribuído, ou sexa, aínda que neles non se preste servicios. Tal carácter é consubstancial ó concepto de tempo de descanso que os días en cuestión implican. Así, ditos días forman parte, ó igual que o descanso semanal ou as vacacións anuais, dos “períodos de descanso computables como de traballo”, tal e como sinala o art. 26, núm. 1, ET para os efectos de retribución. Precisión importante en relación coa retribución dos días festivos é o de que esta subsiste en supostos nos que non o fai o dos ordinarios. Así, en caso de exercicio do dereito de folga durante un período que inclúa festivos, descóntase a parte proporcional de salario correspondente ós días ordinarios, pero non o daqueles⁴⁹.

3. Vacacións anuais

3.1. Xeral

Aínda que a regulación deste tempo fundamental de descanso se acha, fundamentalmente, no conciso art. 38 ET, tamén haberá que ter en conta outros preceptos deste (o 58, núm. 3) e doutras normas internas, como o art. 40, núm. 2, Const. ou os arts. 125, 126 e 115, núm. 2, LPL. Así mesmo, tamén resulta clave a Directiva 93/104/CE, do 23 de novembro de 1993 do Consello, sobre determinados aspectos da ordenación do tempo de traballo, e o Convenio 132 OIT, sobre as vacacións anuais pagadas, ratificado por España o 16 de xuño de 1972. Ademais, dada a moderación do art. 38 ET, non cabe obvia-lo transcendental papel creativo que no desenvolvemento do réxime xurídico das vacacións xoga a negociación colectiva e a xurisprudencia, se ben esta terá que someterse ou partir do, no seu caso, disposto por aquela. Así, en ausencia de tratamento legal sobre un determinado aspecto, cabe aterse ó previsto en convenio colectivo fronte a un posible principio xurisprudencial en contrario. Con todo, dada a tamén xeral pobreza de contido dos convenios colectivos respecto da materia analizada (a pesar de que practicamente todos inclúen algunha cláusula ó respecto), cabe destaca-lo importante papel que a xurisprudencia veu desenvolvendo sobre esta, especialmente á hora de fixar determinados principios que, a pesar de carecer de plasmación legal, aquela extrae da natureza e finalidade deste tipo de descanso.

As vacacións anuais configúranse como un período de descanso ininterrompido e retribuído a finalidade do cal é a de que o traballador poida gozar dun tempo de ocio e recupera-las enerxías perdidas durante a xornada anual de traballo. En palabras da vella xurisprudencia, “as vacacións, xustificadas pola insuficiencia dos descansos diarios e semanal, teñen como finalidade afasta-lo traballador durante un período máis dilatado do seu posto de traballo, e na maioría dos casos do ambiente e do medio en que habitualmente se move”, co obxectivo de que, “rompendo

48 Art. 31 CC estatal “empresas organizadoras do xogo do bingo”, *cit.*: “en todo caso, non poderá pactarse a apertura da Sala mediante compensación económica ningunha”.

49 CABEZA PEREIRO, J.: *Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada*, REDT, núm. 100 (“El Estatuto de los Trabajadores veinte años después”), p. 787.

a monotonía do traballo diario, poida aproveitarse dos benéficos efectos que ese descanso prolongado produce no aspecto físico e psíquico”⁵⁰. Certamente, resulta fundamental proporcionar ó traballador un tempo de repouso “para que poida recuperarse do desgaste fisiolóxico producido pola súa actividade laboral, así como un tempo de espaxamento ou desalienación”⁵¹.

Cuestión importante deste descanso é o seu carácter anual, polo que o mínimo de trinta días é por ano de traballo ou, máis exactamente, once meses; de ser inferior o período de servizos, con independencia da súa duración, aquel reducirase en proporción⁵². Neste sentido é claro algún convenio que prevé que “o primeiro ano de prestación de servizos na empresa só se terá dereito ó disfrute da parte proporcional correspondente ó tempo realmente traballado durante o devandito ano”⁵³. A mesma regra se aplica no caso de que o traballador cese durante o ano natural, como se verá no apartado C).

3.2. Réxime xurídico

Dado que a finalidade das vacacións é a de proporcionar un tempo de ocio en orde á recuperación da saúde do traballador, resulta claro que presuposto do nacemento do dereito a estas é o da previa prestación de servizos, de modo que, se con anterioridade ó seu disfrute, o traballador se ausentou do traballo por un tempo prolongado non existe o requisito previo nin, polo tanto, o dereito analizado⁵⁴. Agora ben, cabe sinalar que, dentro da prestación anual de servizos, xunto ó tempo efectivo de traballo, cabe computar determinadas ausencias cando estes son independentes da vontade do traballador, como, por exemplo, as debidas a accidente, enfermidade ou maternidade (art. 5º, núm. 2, Convenio 132 OIT)⁵⁵. Outro tanto sucede cos períodos de descanso computables como de traballo (o semanal, festivos e permisos retribuídos) ou as ausencias motivadas polo empresario. Neste aspecto, haberá que prestar especial atención ó disposto pola negociación colectiva e a xurisprudencia.

50 STCT de 17 marzo 1984 (Ar. TCT 2561).

51 STS de 30 abril 1996 (Ar. 3627).

52 STSJ Comunidade valenciana de 7 marzo 2000 (Ar. 2979). Tamén, entre outros moitos, art. 20 CC estatal “entrega domiciliaria”; art. 62 CC estatal “industria salinera”; art. 9º, núm. 5, CC “pastas, papel e cartón”; art. 27 CC estatal “empresas organizadoras do xogo do bingo”; art. 26 CC estatal “banca”; art. 9º, núm. 2, CC “editoriais” da Comunidade Autónoma de Galicia, todos xa *cits*.

53 Art. 77 CC estatal “construcción (2002-2006)”, cit. Así mesmo, art. 21 CC estatal “comercio de flores e plantas”, tamén *cif*.

54 STS de 13 febreiro 1997 (Ar. 1267). Tamén, na doutrina, GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: Sobre el derecho de vacaciones, REDT, núm. 100 (“El Estatuto de los Trabajadores veinte años después”), p. 820.

55 Cfr. BEJARANO HERNANDEZ, A.: El derecho a vacaciones anuales retribuidas (Granada, 2002), pp. 54 e ss. Na negociación colectiva, art. 77 CC estatal “construcción (2002-2006)”: “para os efectos da remuneración de vacacións, considerárase como tempo efectivamente traballado o correspondente á situación de incapacidade temporal, sexa cal for a súa causa”. En iguais termos, art. 62 CC estatal “industria salinera”, ámbolos dous citados.

Esta última xa tivo ocasión de incluí-los días de folga legal⁵⁶ ou o tempo de tramitación do despedimento que posteriormente se declara improcedente ou nulo⁵⁷.

En canto á duración das vacacións, o lexislador remite directamente a vontade colectiva ou individual. Con todo, a liberdade destas non é absoluta, pois aquel fixa un mínimo de dereito necesario ó prever que, “en ningún caso, a duración será inferior a trinta días naturais” (núm. 1)⁵⁸. Así pois, non cabe aceptar unha duración menor nin sequera cando o convenio que a prevé, no seu conxunto, sexa máis favorable para o traballador. Algúns convenios equiparan a duración legal a vinteun⁵⁹, vintedous⁶⁰, vintetrés⁶¹, vintecatro⁶², vintecinco⁶³, vinteseis⁶⁴ ou, mesmo, vinteoi-
to⁶⁵ días laborais, co que, sobre todo nestes últimos supostos, estase ante unha clara mellora da norma estatal, pois a eses días habería que suma-los inhábiles. Xunto ó anterior, outro tipo de mellora pode consistir no aumento dos días naturais de vacacións fixados polo ET (v. gr., a trinta e un⁶⁶ ou trinta e cinco⁶⁷) ou no cambio da súa natureza. De non se prever este último cambio, dentro dos días de vacacións hai que conta-los domingos e festivos que coincidan dentro daquelas⁶⁸.

56 STSJ Castela e León (Valladolid) de 23 febreiro 1999 (Ar. 1311).

57 Cfr., entre outras moitas, STSJ Castela de 16 decembro 1999 (Ar. 4647).

58 En igual sentido, entre outros, art. 10 CC estatal “autoescolas” (“un mes de vacacións”); art. 25 CC estatal “estacións de servizo”; art. 20 CC estatal “entrega domiciliaria”; art. 27 CC estatal “empresas organizadoras do xogo do bingo”; art. 77 CC estatal “construcción (2002-2006)” e art. 77 CC estatal “tellas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida”, todos xa citados.

59 Art. 7º CC interprovincial “lousa”, *cit.*

60 Art. 28 CC estatal “prensa non diaria”; art. 12, núm. 1, CC “Gas Galicia, S. A-N.”; art. 27 CC Aceites Coosur, S. A-N.”; art. 15 CC “AGA Airlines Ground Assistance, S. O.” e art. 47 CC persoal laboral “Administración Xeral do Estado”, *cits.*

61 Art. 17 CC estatal “establecementos financeiros de crédito”, *cit.*; art. 21 CC “Cristaleira Portaglás, S. O.”, *cit.* e art. 13 CC “Nea Acsagal, SLU” (res. DGRL Xunta de Galicia de 5 decembro 2002; DOG de 29 xaneiro).

62 Art. 9º, núm. 5, CC “pastas, papel e cartón”, *cit.*

63 Apartado IV, 3, CC “3 M España, S. A-N.”, *cit.*

64 Art. 30 CC “residencias privadas da terceira idade” da Comunidade Autónoma de Galicia, *cit.*

65 Art. 19 CC “SGL Carbón, S. O.”, *cit.*; a mellora é en relación cos traballadores que prestan servizos en tres quendas.

66 Así, art. 36 CC estatal “grandes almacéns”; art. 23 CC “Adiadas España, S. A-N.” e art. 21 CC estatal “comercio de flores e plantas”, *cits.*

67 Cláusula sétima CC “Acatel Cable Ibérica, S. O.”, *cit.*, se as vacacións se gozan fóra do período de xuño-setembro.

68 Existe mellora no CC “aparcamentos e garaxes de vehículos” da Comunidade Autónoma de Galicia, *cit.* (art. 37): “se durante o período vacacional coincidise algún festivo oficial, compensarase o devandito día con outro suplementario”.

Algo similar sucede cando sobrevén unha situación inesperada que impide o desfrute real e efectivo dos días de vacacións, como sería o caso, por exemplo, dunha incapacidade temporal⁶⁹. Certamente, aínda que tal situación non resulta imputable ó traballador, resulta claro que ó empresario aínda menos, polo que non pode facerse recaer sobre este os efectos negativos daquela. Agora ben, se o traballador se acha na referida situación cando chega o día do comezo das vacacións, o ideal é que o empresario, atendendo ás circunstancias da empresa, mostre certa flexibilidade e, se é posible, pospoña aquel. Por certo que esta solución xa se prevé, expresamente, nalgúns convenios colectivos respecto da situación tanto de incapacidade temporal⁷⁰ como de maternidade⁷¹.

Polo que respecta á fixación dos períodos de vacacións (calendario de vacacións), resulta evidente que o ideal é que se efectúe -tal e como prevé o lexislador- por acordo entre o empresario e o traballador, atendendo, no seu caso, ás particularidades que poidan existir no convenio sobre a planificación anual destes descansos. Tales precisiones adoitan versar sobre o período máis axeitado para o seu desfrute (v. gr., “preferentemente en verán”⁷²; en calquera período do ano, sempre que, como mínimo, nove⁷³ ou quince⁷⁴ días gócese entre os meses de xuño a setembro ou

69 Vide., por exemplo, stcias. TSJ Asturias de 16 xuño 2000 e Navarra de 10 decembro de igual ano (Ar. 1901 y 5214). Tamén art. 15 CC “AGA Airlines Ground Assistance, S. O.” e art. 77, núm. 5, CC estatal “construcción (2002-2006)”, *cits.* (“unha vez iniciado o desfrute do período regulamentario de vacacións, se sobrevén a situación de incapacidade temporal, a súa duración computarase como días de vacación”). Sen embargo, mellórase esta situación no CC estatal “tellas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida” [“terase dereito ó desfrute” das vacacións “durante o ano natural” cando, a pesar de estar prefixadas, “non puidesen gozarse por esta-lo traballador en incapacidade temporal derivada de AT e EP” (art. 77)] e no CC estatal “comercio de flores e plantas” [“no caso de que iniciado o período de desfrute das vacacións, producísese unha baixa médica oficial, por enfermidade ou accidente, que obrigase á hospitalización do traballador, o período vacacional quedar(ia) interrompido durante os días que durase exclusivamente a hospitalización, gozándose os días adicionais que iso xere ..., ben a continuación da conclusión dos trinta e un días naturais de vacación, ben noutra época do ano dentro do ano natural”], *cits.* Tamén, sobre unha situación de internamento e con igual tratamento, art. 17 CC estatal “establecementos financeiros de crédito” e art. 26 CC estatal “banca”, xa citados.

70 Así, art. 11 CC “Baixamar Sétima, S. A-N.”; art. 7º CC interprovincial “lousa”; art. 27 CC persoal laboral “sector sanitario de Galicia xestionado por fundacións públicas sanitarias ou empresas públicas” e art. 77, núm. 5, CC estatal “construcción (2002-2006)”, xa *cits.* [se a incapacidade temporal se producise antes do desfrute das vacacións, o traballador manterá o dereito a gozar estas ata o transcurso do ano natural, acordándose un novo período despois de producido a alta da incapacidade temporal].

71 Art. 10 CC estatal “autoescolas”, *cit.*: “cando as vacacións coincidan total ou parcialmente co período de baixa médica por maternidade, estas gozaranse a continuación da alta médica ata o total de días que correspondesen, salvo acordo entre as partes para gozalas noutra data”.

72 Art. 10 CC estatal “autoescolas”. Tamén art. 25 CC estatal “estacións de servizo”; art. 21 CC estatal “comercio de flores e plantas”; art. 12, núm. 1, CC “Gas Galicia, S. A-N.” e art. 28 CC estatal “prensa non diaria”, *cits.*

73 Art. 26 CC estatal “salóns de peiteado, institutos de beleza e ximnasios”, *cit.*

74 Art. 20 CC estatal “entrega domiciliaria”, *cit.*

entre o 1 de marzo e o 30 de novembro⁷⁵), o día do seu inicio (así, calquera laborable que non sexa venres⁷⁶ nin domingo, festivo ou outro que coincida co descanso semanal do traballador⁷⁷), o momento de confección do calendario de vacacións (por exemplo, no mes de decembro de cada ano respecto das do ano seguinte⁷⁸; nos dous últimos meses do ano anterior ou nos dous primeiros do actual⁷⁹; entre os meses de xaneiro e febreiro⁸⁰; antes do 30 de marzo de cada ano⁸¹ ou o primeiro cuadrimestre deste)⁸² e, en fin, a necesidade de conciliar os intereses da empresa⁸³ cos dos traballadores, sobre todo se estes teñen fillos en idade escolar⁸⁴. En caso de coincidencia de intereses entre dous ou máis traballadores, adoita preverse a prioridade do máis antigo na empresa⁸⁵ e, no seu caso, a de maior idade⁸⁶. Tamén é frecuente establecer un sistema de quendas rotatorias para elixir a data das vacacións⁸⁷. Polo demais, aínda que o art. 38 ET remite directamente a fixación das vacacións ó mutuo acordo entre empresario e traballador, os convenios adoitan preferir a intermediación dos seus representantes⁸⁸, salvo que estes non existan. Con todo, algún convenio prevé ámbalas dúas posibilidades por igual⁸⁹.

75 Art. 26 CC estatal “banca”, *cit.*

76 Art. 77 CC estatal “construcción (2002-2006)”, *cit.*

77 Art. 28 CC estatal “prensa non diaria”, *cit.* Tamén art. 26 CC estatal “banca”, *cit.*: o comezo non pode ser nin en festivo nin na súa véspera, salvo petición do interesado.

78 Art. 27 CC estatal “empresas organizadoras do xogo do bingo” e art. 77 CC estatal “tellas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida”, todos *xa cit.*s.

79 Art. 25 CC estatal “estacións de servicio”, *cit.*

80 Art. 20 CC estatal “entrega domiciliaria”, *cit.*

81 Art. 17 CC estatal “establecementos financeiros de crédito”, *cit.*

82 Art. 26 CC estatal “salóns de peiteado, institutos de beleza e ximnasia” e art. 27 CC “Aceites Coosur, S. A-N.” (“antes do 30 de abril de cada ano”), *cits.*

83 Así poden excluírse as vacacións durante a época de maior actividade do proceso productivo da empresa (art. 36 CC estatal “fabricación de conservas vexetais”; art. 11 CC “Baixamar Sétima, S. A-N.” e art. 15 CC “AGA Airlines Ground Assistance, S. O.”, *cits.*).

84 Art. 26 CC estatal “banca”; art. 42 CC estatal “industria azucreira”; art. 36 CC estatal “fabricación de conservas vexetais” e apartado IV, 3, CC “3 M España, S. A-N.”, *cits.*

85 Así, art. 26 CC estatal “banca”; art. 16 CC “empresas organizadoras do xogo do bingo” da Comunidade Autónoma de Galicia e art. 27 CC persoal laboral “sector sanitario de Galicia xestionado por fundacións públicas sanitarias ou empresas públicas”, *cits.*

86 Cfr., sobre unha serie de criterios para determina-la preferencia, o art. 10 CC “Antena 3 Televisión, S. A-N.”, *cit.*

87 Art. 20 CC “SGL Carbón, S. A-N.”, *cit.*

88 Así, art. 21 CC estatal “comercio de flores e plantas”; art. 28 CC estatal “prensa non diaria”; art. 11 CC “Baixamar Sétima, S. A-N.”; art. 21 CC “Cristaleira Portaglá, S. O.” e art. 15 CC “Hotel NH Atlántico”, *cits.*

89 Art. 27 CC persoal laboral “sector sanitario de Galicia xestionado por fundacións públicas sanitarias ou empresas públicas”, *cit.*

En caso de desacordo entre as partes, estarase á solución prevista en convenio colectivo, como a que establece que o empresario fixe unha metade das vacacións e o traballador a outra⁹⁰. De non se prever solución alternativa, a fixación corresponde ós Tribunais da orde social, sendo a súa decisión irrecurrible. O procedemento é o especial de vacacións previsto no art. 125 LPL, que se caracteriza por: a) a existencia de dous prazos diferentes para interpoñer demanda. En efecto, un de vinte días dende que se coñece a data do seu desfrute cando esta é fixada en convenio, unilateralmente polo empresario ou de acordo cos representantes dos traballadores. E outro de dous meses de antelación á data en que se pretenden gozar as vacacións, cando aquela aínda non está fixada. b) A súa sumariedade e preferencia, dada a urxencia da solución ó respecto (núm. 2, art. 38). Neste sentido, repárese en que o traballador debe coñecer as datas que lle corresponden con, polo menos, dous meses de antelación ó seu desfrute. Tal antelación mínima busca posibilitar que aquel poida organizar axeitadamente o seu tempo de descanso e que, polo tanto, este sirva á súa finalidade. c) A súa non suspensión, a cal nin sequera procede cando, unha vez iniciado, se prodúcese a fixación da data de desfrute das vacacións pola vía do común acordo entre as partes. E d) a necesidade de demandar outros traballadores cando o obxecto da pretensión se relacione con preferencias atribuídas a eles. Finalmente, repárese que este procedemento só é aplicable ás controversias sobre datas de desfrute, polo que as restantes deben resolverse polo ordinario⁹¹.

Dado que o lexislador esixe a fixación de común acordo, parece difícil admitir, salvo supostos excepcionais, que as vacacións poidan ser establecidas unilateralmente polo traballador; dende logo non cabe tal posibilidade respecto do empresario⁹². Agora ben, algún convenio admite que o empresario poida cambiar a data de desfrute pactada sempre que compense ó traballador afectado con tres días máis de descanso⁹³.

Sexa como for, á hora de fixar as vacacións, cabe ter presente que, por un lado, pode acordarse o seu desfrute fraccionado, sempre que unha das unidades alcance, polo menos, dúas semanas laborais ininterrompidas⁹⁴ (art. 8º, núm. 2, Convenio 132

90 Art. 27 CC "Aceites Coosur, S. A-N.", *cit.*

91 STSJ Galicia de 15 maio 2000 (Ar. 1151).

92 Así, stcias. TSJ Cataluña de 8 xuño 1999 (Ar. 6096) e Comunidade valenciana de 18 xuño de igual ano (Ar. 3722).

93 Art. 28 CC estatal "prensa non diaria", *cit.*

94 Sen embargo, o art. 35 CC persoal laboral "universidades públicas de Galicia", *cit.*, alude a "períodos mínimos de sete días seguidos".

OIT)⁹⁵. O habitual é o fraccionamento en dous⁹⁶ ou tres⁹⁷ períodos, aínda que algún convenio permite este “tantas veces como o desexe o traballador”⁹⁸. Por outro, que non se segue un criterio de postanualidade, senón de interanualidade, polo que o seu desfrute pode situarse durante o ano natural, sen necesidade de pospoñerse a once meses de traballo⁹⁹. Polo demais, o calendario de vacacións debe incluírse, polo menos cando sinala as de todo o persoal, no calendario laboral previsto no art. 34, núm. 6, ET. O referido calendario de vacacións debe publicarse en cada empresa e, no seu caso, centro de traballo (v. gr., no taboleiro de anuncios)¹⁰⁰. Así mesmo, a petición do traballador, o empresario debe expedir certificación do período vacacional¹⁰¹.

Aínda que tanto o art. 38, núm. 1, ET como o art. 40, núm. 2, Const. deixan claro que as vacacións deben ser retribuídas, non sucede o mesmo co *quantum*. Tradicionalmente, considerouse que a retribución tiña que se-la normal ou media, isto é, a que habitualmente viña percibindo o traballador (salario base e complementos salariais). Con todo, dende a STS do 21 de xaneiro de 1992¹⁰², a xurisprudencia veu admitindo que a retribución válida é a que estableza o convenio colectivo, aínda que esta non inclúa algún dos conceptos que ordinariamente viña percibindo o traballador, sempre que, en cómputo anual, respéctense os mínimos indispoñibles de dereito necesario¹⁰³. Agora ben, en aras a evitar dúbidas, a exclusión dun determinado concepto salarial da remuneración media debe estar expresamente prevista na norma colectiva¹⁰⁴. Loxicamente, se esta non prevé nada ó respecto, debe estarse á

95 Así, art. 20 CC estatal “entrega domiciliaria” e art. 25 CC estatal “estacións de servizo”, xa *cits*.

96 Art. 77 CC estatal “tellas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida” cit.: o desfrute das vacacións distribuírase en dous períodos: por un lado, vinteun días consecutivos, preferentemente entre o 15 xuño e o 15 de setembro de cada ano; e, por outro, os nove restantes de mutuo acordo.

97 Cfr. art. 17 CC estatal “establecementos financeiros de crédito” e art. 26 CC estatal “banca”, *cits*.

98 Art. 21 CC “Cristaleira Portaglás, S. O.”, *cit*.

99 GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I., op. e loc. *cit*.

100 Art. 26 CC estatal “salóns de peiteado, institutos de beleza e ximnasios”; art. 27 CC estatal “empresas organizadoras do xogo do bingo”; art. 77 CC estatal “tellas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida” e art. 21 CC “Cristaleira Portaglás, S. O.”, todos *cits*.

101 Art. 26 CC estatal “salóns de peiteado, institutos de beleza e ximnasios”, *cit*.

102 Ar. 59.

103 Así, art. 20 CC estatal “entrega domiciliaria”, *cit*. (salario base, antigüidade, plus de zona e complemento persoal) e art. 77 CC estatal “tellas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida” (salario base, plus salarial -25 días-, antigüidade e “a media dos incentivos diarios que resulten dos tres últimos meses efectivamente traballados”), todos xa *cits*.

104 Así, art. 62, núm. 8, CC estatal “industria salinera”, *cit*.: “as vacacións serán retribuídas conforme á media obtida polo traballador por tódolos conceptos en xornada normal nos tres últimos meses” antes do seu inicio, salvo a prima de colleita.

retribución habitual¹⁰⁵. Así, só se excluirían as axudas de custo¹⁰⁶, os conceptos extrasalariais¹⁰⁷ e os salariais de carácter excepcional establecidos para retribuír actividades extraordinarias¹⁰⁸ (v. gr., plus de retén¹⁰⁹ ou de desprazamento¹¹⁰ ou as horas extraordinarias¹¹¹). Polo demais, a retribución ten o fin de que o traballador non vexa minguados os seus ingresos e poida, polo tanto, gozar efectivamente do seu tempo de descanso. Así as cousas, se aquel quixese traballar por conta allea ou propia durante o referido período, sen facelo ata entón, o empresario non tería obriga de retribuí-las vacacións. Caso diferente sería o do pluriemprego ou compatibilización previa entre a actividade por conta allea e propia, pois entón o desfrute das vacacións retribuídas nunha das actividades non impediría o normal desenvolvemento da outra.

3.3. Garantías

Dada a extrema importancia que o efectivo desfrute deste período de descanso ten para a saúde do traballador, o dereito a este revestíuse dunha serie de garantías, entre elas, as seguintes:

a) *A prohibición de compensación en metálico*. En efecto, tal e como prevé o propio art. 38, núm. 1, ET, as vacacións anuais non son substituíbles por compensación económica¹¹², o que implica que haxan de gozarse *in natura*. Preténdese, así, que o descanso en cuestión sirva á finalidade para a que está previsto. Con todo, esta regra sempre tivo unha excepción: a da extinción da relación laboral antes do efectivo desfrute das vacacións. Certamente, en tal caso, resulta lóxico, dada a imposibilidade de tal desfrute, que o traballador perciba unha compensación en metálico proporcional ó tempo de traballo (arte. 11 Convenio 132 OIT e 7º, núm. 2, Directiva 93/104/CE)¹¹³. Agora ben, dentro desta excepción non parece estar incluído de

105 O art. 27 CC “Aceites Coosur, S. A-N.”, cit.: establece que a retribución de vacacións será “o 100 por 100 do salario mensual normal”.

106 Cfr. STS de 2 xuño 1995 (Ar. 4751).

107 Art. 21 CC estatal “comercio de flores e plantas”, *cit*.

108 STS de 17 decembro 1996 (Ar. 9717) e STSJ Galicia de 15 xuño 2000 (Ar. 1805). En igual sentido, art. 15 CC “AGA Airlines Ground Assistance, S. O.”, *cit*.

109 STSJ Galicia de 15 xuño 2000 (Ar. 5341).

110 STSJ Baleares de 3 febreiro 2000 (Ar. 393).

111 Art. 21 CC estatal “comercio de flores e plantas”, *cit*.

112 Así o reitera o art. 26 CC estatal “salóns de peiteado, institutos de beleza e ximnasios; art. 27 CC estatal “empresas organizadoras do xogo do bingo” e art. 37 CC “aparcamentos e garaxes de vehículos” da comunidade autónoma de Galicia, todos *cits*.

113 Vide. art. 77 CC estatal “construcción (2002-2006)”; art. 17 CC estatal “establecementos financeiros de crédito”; art. 36, núm. 4, CC estatal “fabricación de conservas vexetais” e art. 77 CC estatal “tellas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida”, *cits*. (“o traballador que cese no traballo terá dereito a que se lle aboe a parte proporcional de vacacións que lle quede por gozar, calculándose por doceavas partes e computándose a fracción como mes completo”).

forma natural o suposto dos contratos de duración determinada. Tamén neste caso, debe procurarse que o traballador goce de forma efectiva, en proporción ó tempo traballado, as súas vacacións antes da extinción do seu contrato¹¹⁴. Só no caso de que iso resulte imposible –por exemplo, por gozar todo o persoal das vacacións con posterioridade á extinción do seu contrato–, cabería a compensación en metálico¹¹⁵. Polo demais, tamén cabe esta no caso de morte do traballador, que a percibirán os seus herdeiros¹¹⁶.

b) *A non acumulación interanual*. A partir do carácter anual das vacacións, a xurisprudencia sentou o principio de que estas deben gozarse dentro de cada ano natural, sen que poidan acumularse os seguintes¹¹⁷. Así as cousas, en caso de obstáculos a tal desfrute, o traballador debe reclamar xudicialmente o mesmo antes de que finalice o ano en cuestión, dado que, de non se facer así, o dereito a esas vacacións caduca irremediabilmente, sen que entón tampouco caiba a súa compensación económica. Repárese en que, de caduca-lo dereito a vacacións, o grande beneficiado é o empresario, pois, aínda que incorre en infracción grave, sancionable coa correspondente multa, obtén un enriquecemento inxusto, pois o traballador traballou sen descanso anual e, ademais, non hai que compensalo economicamente por iso. Esta consecuencia levou a algúns autores a criticar esta solución xurisprudencial e reivindicar-lo desfrute tardío, sempre que sexa posible, e, en todo caso, a compensación económica¹¹⁸. Ademais, parece claro que, dada a ausencia de claro soporte legal da prohibición de acumulación das vacacións, os convenios colectivos poderían entrar a prever esta para casos extremos, como o comentado. Outros poderían ser aqueles en que as vacacións non se gozan dentro do ano natural por causa non imputable ó traballador¹¹⁹ ou a petición do empresario baseándose en necesidades organizativas da empresa ou do seu proceso productivo¹²⁰. Agora ben, convén

114 Así o prevé expresamente o art. 9º, núm. 2, CC “editoriais” da Comunidade Autónoma de Galicia, cit.: “o persoal con dereito a vacacións que cese no transcurso dun ano terá dereito á parte proporcional das vacacións, segundo o número de meses traballados”.

115 Neste sentido, CHARRO BAENA, P.: *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral. Origen y evolución histórica. Sistema normativo y configuración jurídica de este* (Madrid, 1993), p. 379; tamén SEMPERE NAVARRO, A. V. e CHARRO BAENA, P.: *Las vacaciones laborales* (Navarra, 2003), pp. 179 e ss.

116 Art. 9º, núm. 2, CC “editoriais” da Comunidade Autónoma de Galicia, cit.

117 Así, art. 27 CC estatal “empresas organizadoras do xogo do bingo” e art. 30 CC “residencias privadas da terceira idade” da comunidade autónoma de Galicia, xa citados.

118 GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I., *op. cit.*, p. 825.

119 Non comparte esta solución, sen embargo, o art. 77 CC estatal “construcción (2002-2006)”, cit.: “dado que o dereito ó desfrute de vacacións caduca co transcurso do ano natural, perderase o mesmo se ó vencemento deste o traballador continuase de baixa, aínda que manterá o dereito a percibi-la diferenza que puidese existir entre a retribución de vacacións e a prestación de incapacidade temporal”.

120 Cfr. BEJARANO HERNANDEZ, A., *op. cit.*, p. 207 e FITA ORTEGA, F.: *Límites legales a la jornada de trabajo* (Valencia, 1999), pp. 64-65. Así, art. 47 CC persoal laboral “Administración Xeral do Estado”, cit., segundo o que as vacacións han de gozarse “dentro do ano natural e ata o 15 de xaneiro do ano seguinte”.

destacar que algún convenio admite a posibilidade do desfrute tardío das vacacións (ata o segundo mes do ano seguinte) sen ser demasiado esixente coa causa que impediu o desfrute no seu momento¹²¹ e outro remite ó acordo expreso entre as partes para eludi-la caducidade natural daquelas¹²².

E c) *A inaceptabilidade da redución das vacacións por sanción ou motivos empresariais*. En efecto, segundo o art. 58, núm. 3, ET, “non se poderán impoñer sancións que consistan na redución da duración das vacacións ou outra minoración dos dereitos ó descanso”. En aras a garanti-la consecución da finalidade destes dereitos (coida-la saúde dos traballadores), non cabe sanciona-lo traballador coa súa redución, polo que, neste sentido, son intocables para o empresario. De forma similar, se durante o período de desfrute das vacacións se produce unha situación grave na empresa que require, de forma ineludible, a reincorporación do traballador a esta, esta tampouco pode supoñer unha redución daquelas. Así, algún convenio prevé que, unha vez superada a situación de gravidade, o traballador non só ten dereito a reincorporarse ás súas vacacións polo tempo que lle restaba, senón que tamén poderá percibir unha compensación económica polos gastos ocasionados, á vez que gozar dun tempo de descanso adicional¹²³.

4. Permisos retribuídos

4.1. Caracterización

O art. 37, núm. 3, ET regula os denominados permisos retribuídos, que se configuran como ausencias ó traballo equivalentes a traballo efectivo e, polo tanto, de carácter retribuído.

A pesar das súas diferencias, tódolos supostos que integran este tipo de descanso se caracterizan, entre outros, polos seguintes trazos:

a) *O seu carácter de mínimo de dereito necesario relativo*, dado que, tanto na súa enumeración coma na súa duración, a lista de permisos pode mellorarse. A mellora pode proceder do contrato individual de traballo, o convenio colectivo (estatutario ou non) ou, mesmo, a condición máis beneficiosa, a cal, unha vez probada a súa existencia polo traballador, debe respectarse polo empresario¹²⁴. En todo caso, de ampliarse a súa duración, cabe ter presente que o desfrute do permiso debe situarse obrigatoriamente dentro do correspondente ano natural¹²⁵. Polo demais, o carácter

121 Art. 15 CC “Hotel NH Atlántico”, *cit.*

122 Art. 37 CC “aparcamentos e garaxes de vehículos” da Comunidade Autónoma de Galicia, *cit.*

123 Art. 13 CC “Nea Acsagal, SLU”, *cit.*: dous días ou un segundo a interrupción das vacacións exceda ou non de cinco días.

124 Así, STSJ Asturias de 20 febreiro 1998 (Ar. 1058), que rexeitou a decisión empresarial de retirar unilateralmente as dezaseis horas que se viñan concedendo ós traballadores para visita-lo médico de cabeceira.

125 Cfr. STSJ Madrid de 14 xaneiro 1998 (Ar. 237).

imperativo e indispoñible -salvo mellora- que o devandito precepto ten para a negociación colectiva relativizouse por algunha decisión xudicial, que admite como válida a relación de permisos prevista en convenio cando, a pesar de conter algún de menor duración que o previsto no ET, no seu conxunto e en cómputo anual, aquel resulta máis favorable para os traballadores¹²⁶. Agora ben, non sucede así cando o convenio se limita a enumerar só algúns dos permisos do art. 37 e, ademais, sen os mellorar¹²⁷. En tal caso, haberá que estar á relación prevista no referido precepto.

b) *A súa transitoriedade e inmediatez*, pois trátase de situacións pasaxeiras e de escasa duración polas que atravesamos o contrato de traballo ó longo da súa existencia¹²⁸. Indicativa desta transitoriedade é a dicción legal do mencionado precepto (“poderá ausentarse do traballo”), que parece aludir a ausencias breves. Esta transitoriedade está directamente relacionada coa causa que o xustifica, dado que o permiso ha de tomarse no momento en que se produce a situación legalmente prevista e non máis tarde. Neste sentido, o dereito ó permiso -igual que o de vacacións-caduca unha vez que transcorre o tempo que, dende un punto de vista razoable, considérase hábil e lóxico para o seu desfrute. Como consecuencia de todo iso, os permisos analizados non son substituíbles por unha compensación económica, nin sequera cando resulta imposible o seu desfrute polo traballador, por exemplo, por acharse este en situación de maternidade ou incapacidade temporal cando sobrevén a situación que o xustifica¹²⁹ ou extinguirse o contrato antes do seu desfrute¹³⁰. En igual sentido, tampouco procede a compensación nin o seu traslado a outras datas cando o permiso coincide co período de vacacións anuais¹³¹. Certamente, ditos permisos hai que gozalos *in natura* e no momento en que se produce a causa que os xustifica, despois carecen de sentido.

c) *A necesidade de logo do aviso e xustificación*. Aínda que ámbolos dous requisitos están intimamente relacionados, o primeiro persegue evitar ó empresario os prexuízos derivados dunha ausencia repentina do traballador do seu posto de traballo; o segundo, máis ben acredita-la causa daquela. A falta de concreción legal ou convencional¹³², a antelación con que debe efectuarse o preaviso debe atender a

126 Cfr. CABEZA PEREIRO, J., *op. cit.*, p. 794.

127 Así, art. 20 CC “salóns de peiteado de señoras, cabaleiros, unisex e beleza” da Comunidade Autónoma de Galicia (res. DGRL Xunta de Galicia de 27 xuño 2002; DOG de 20 agosto); art. 16 CC “AGA Airlines Ground Assistance, S. O.” e art. 14 CC “Nea Acsagal, SLU”, *xa cits.*

128 CABEZA PEREIRO, J., *op. cit.*, p. 789.

129 Cfr. stcias. TSJ País Vasco de 20 setembro 1994 e Castela-A Mancha de 5 maio 1996 (Ar. 3575 e 1677, respectivamente).

130 Cfr. STSJ Galicia de 11 febreiro 1998 (Ar. 23).

131 Así, STSJ Castela e León (Burgos) de 6 xullo 1998 (Ar. 3124).

132 Vide. art. 63 CC estatal “industria salinera” e art. 78 CC estatal “construcción (2002-2006)”, *cits.*, que esixen un preaviso mínimo de corenta e oito horas de antelación.

criterios lóxicos segundo as circunstancias de cada caso, podendo tomar sempre como referente o tan usado en materia de denuncia de contratos de quince días. Con todo, a súa esixibilidade matizouse en certos supostos que acontecen de forma imprevisible¹³³, como sería o caso, por exemplo, da enfermidade ou defunción dun familiar, nos que parecen suficiente coa xustificación posterior. En relación co contido do preaviso, parece que debe, polo menos, informarse dos aspectos básicos da ausencia, como a súa causa, inicio e final. Salvo pacto en contrario, o preaviso non esixe forma escrita, o que, sen embargo, sempre resulta recomendable para os efectos de proba. Doutro lado, tamén resulta necesaria a xustificación, aínda posterior, da ausencia, dado que o cumprimento do contrato non pode quedar ó albur dunha das partes. Non obstante, admitiuse certa flexibilidade cando o beneficiario do permiso é un representante dos traballadores, pois entón o interese protexido non é só o do propio representante, senón tamén o dos seus representados. Así, en aras a evitar lesións do dereito á liberdade sindical, considérase máis apropiado que a xustificación se esixa, en todo caso, por aqueles¹³⁴. Cando proceda, e salvo pacto en contrario¹³⁵, a xustificación tamén admite liberdade de forma.

E d) *o seu carácter retribuído*, o que é consubstancial á propia finalidade destes permisos, cal é a de posibilitar que os traballadores poden exercita-los seus dereitos como cidadáns que son, atendendo a circunstancias persoais, familiares e sociais. Noutras palabras, compatibiliza-la súa actividade laboral coa persoal e social. Aínda que existe unha forte contraposición xudicial sobre os concretos conceptos que deben incluírse na retribución en cuestión¹³⁶, parece que esta debe integrar tódolos que se viñan percibindo, isto é, salario base e complementos salariais¹³⁷, incluídas-las primas e incentivos de produción. Só se exclúen as cantidades que correspondan a traballos extraordinarios, como as horas extras, ou a percepcións extrasalariais. Así pois, quérese que o traballador durante a ausencia ó traballo non sufra prexuízo ningún dende o punto de vista económico e, polo tanto, siga cobrando o seu salario normal, o mesmo que ingresaba ata o momento do desfrute do permiso. Neste sentido, repárese en que estas ausencias se consideran tempo de traballo efectivo e como tal deben retribuírse. Polo demais, pon de relevo a importancia do carácter retribuído dos permisos o que, en ocasións, o intento de eliminalo considerárase como unha modificación substancial das condicións de traballo. Certamente, aínda que os permisos adoitan ser unha materia secundaria e de escasa entidade, tanto a

133 *Ibidem*: é necesario o preaviso, “salvo acreditada urxencia”.

134 Así, BODAS MARTIN, R., *op. cit.*, p. 41.

135 Neste sentido, resulta destacable o CC “Adiadas España, S. A-N.” (art. 26), cit., pois se detén en precisa-lo tipo de xustificante que debe presentarse en cada permiso.

136 BODAS MARTIN, R., *op. cit.*, p. 41.

137 Así, sobre o complemento de posto de traballo, stcias. TS de 20 maio 1992 e 21 decembro 1993 (Ar. 3581 e 9978) e STSJ País Vasco de 9 maio 1994 (Ar. 2284). Tamén art. 24 CC “pesca marítima de arrastre ó fresco (augas do Gran Sol)” da provincia de Pontevedra (BOP de 3 outubro 1997).

natureza aberta da lista de modificacións que enumera o art. 41 ET como a sustancialidade do cambio en cuestión apoian tal consideración.

4.2. Supostos

O art. 37, núm. 3, ET prevé ata seis permisos por causas e duracións distintas. Aínda superficialmente, estes son os seguintes:

a) Quince días naturais por matrimonio, mellorables por convenio, por exemplo, a dezaseis¹³⁸ ou dezasete¹³⁹. Así, cada traballador que contrae matrimonio ten dereito ó devandito permiso, o cal atende ó feito en si de celebrar unha voda. Noutras palabras, aquel non se xustifica polo novo estado civil da persoa traballadora, senón polo acaecemento do feito distinto e puntual da celebración matrimonial. En consecuencia, un traballador que contraía matrimonio varias veces pode gozar de tantos permisos como unións nupciais teña, mesmo aínda que estas sexan coa mesma persoa (v. gr., trala anulación ou divorcio do matrimonio anterior). Esta mesma argumentación é a que serve ós Tribunais laborais para denega-lo permiso en cuestión ás parellas de feito¹⁴⁰. Ademais, se son do mesmo sexo, engádese que o feito de que a non celebración do matrimonio non sexa unha opción do traballador, senón unha imposibilidade legal, non cambia as cousas. En efecto, razónase que igual imposibilidade existe entre os consanguíneos ou parentes por adopción e ningunha dúbida existe sobre a constitucionalidade da normativa ó respecto¹⁴¹. En todo caso, sempre cabe a mellora por pacto individual ou colectivo.

Sexa como for, o permiso analizado é un dereito perfecto e subxectivo do traballador, o que implica que será el quen -en atención á data da voda- determine o comezo do seu desfrute. Así, en principio, cabe a posibilidade de acumular este co do período de vacacións. Con todo, admítase que o empresario poida opoñerse á data elixida polo traballador cando concorran causas técnicas ou organizativas que así xustifiqueno, as cales deben ser probadas por aquel¹⁴². Polo demais, que os días de desfrute sexan naturais determina que do seu cómputo non se exclúan nin os domingos nin os festivos.

b) Dous días polo nacemento de fillo ou falecemento, accidente ou enfermidade graves ou hospitalización de parentes ata o segundo grao de consanguinidade ou afinidade. Cando con tal motivo o traballador necesite facer un desprazamento ó efecto, o prazo será de catro días. Aínda sen precisión legal, parece claro que este

138 Cfr. art. 22 CC “Cristaleira Portaglás, S. O.”; art. 10, núm. 1, CC estatal “pastas, papel e cartón”; art.

49 CC estatal “prensa non diaria”; art. 32 CC “industrias do metal” da provincia de Pontevedra (DOG de 13 xullo 2000), *cits*.

139 Art. 9º, núm. 3, CC “editoriais” da Comunidade Autónoma de Galicia, *cit*.

140 Cfr. STSJ País Vasco de 3 marzo 1998 (Ar. 1290).

141 STSJ Madrid de 25 marzo 1998 (Ar. 806).

142 Cfr., BODAS MARTIN, R., *op. cit.*, p. 43.

desprazamento debe ser de certa entidade¹⁴³, pois, no caso contrario, non tería sentido¹⁴⁴. Por certo, que é frecuente a mellora convencional da duración do permiso, tanto no primeiro caso (v. gr., a tres¹⁴⁵, catro¹⁴⁶ ou cinco¹⁴⁷ días) como no segundo (por exemplo, a cinco¹⁴⁸ ou seis¹⁴⁹ días); así mesmo tamén cabe que se diferencie entre o nacemento de fillo e o resto de situacións¹⁵⁰. En relación co permiso por nacemento de fillo (matrimonial ou extramatrimonial), cabe efectuar dúas consideracións críticas: unha, que se configure como un dereito do pai, en tanto a nai estará en suspensión por maternidade (art. 48, núm. 4, ET); a outra, que só se prevea en caso de paternidade natural, pero non na adoptiva. Loxicamente, cabe que por convenio se efectúen estas melloras¹⁵¹.

Respecto do permiso por infortunio familiar, cabe preguntarse se, no caso de que varias destas situacións se produzan de forma sucesiva (v. gr., accidente, enfermidade, hospitalización e falecemento), é posible o desfrute dun permiso por cada unha delas. En principio, a resposta non resulta doada e debe atenderse a criterios lóxicos e razoables, polo que parece que o desfrute múltiple só procede cando se trata de situacións claramente diferenciadas. A iguais criterios debe acudirse cando se pregunta sobre o grao de gravidade do accidente ou enfermidade ou as causas da hospitalización. Dado que se está ante cuestións abertas, haberá que estar, novamente, ó que dispoña a negociación colectiva. En canto ó concepto de afinidade, acéptase que teña efectos en ámbalas dúas direccións, ou sexa, cara ós consanguíneos

143 Neste sentido, art. 26 CC “Adiadas España, S. A-N.”, *cit.*, que distingue se o desprazamento é superior ou non a cen quilómetros. Tamén o art. 22 CC estatal “comercio de flores e plantas”, *cit.*, diferencia o traslado dentro da provincia e máis alá de douscentos quilómetros (tres e cinco días, respectivamente).

144 O art. 38 CC “aparcamentos e garaxes de vehículos” da comunidade autónoma de Galicia, *cit.*, distingue entre se o feito sucede na mesma provincia ou outra distinta, concedendo dous e cinco días, respectivamente. En sentido similar, art. 10, núm. 1, CC estatal “pastas, papel e cartón”, tamén *cit.*

145 Cfr. art. 9º, núm. 3, CC “editoriais” da Comunidade Autónoma de Galicia; art. 29 CC “Aceites Coosur, S. A-N.”; art. 14 CC “Nea Acsagal, SLU” e art. 75 CC estatal “tellas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida”, *cits.*

146 Cfr. art. 37 CC persoal laboral “universidades públicas de Galicia” e art. 18 CC “Hotel NH Atlántico”, *cits.*

147 Art. 14 CC “Baixamar Sétima, S. A-N.”, *cit.*

148 Así, art. 22 CC “Cristaleira Portaglás, S. O.”, *cit.*

149 Art. 13 CC “Adams Spain, S. O.” (res. DGT de 28 xuño 2002; BOE de 18 xullo).

150 Así o art. 22 CC “Cristaleira Portaglás, S. O.”, *cit.*, concede tres días, que no primeiro caso son laborais e no segundo naturais. Pola súa banda, o art. 75 CC estatal “tellas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida”, *cit.*, tras fixar un permiso de tres días para todos estes supostos, engade que o permiso por nacemento de fillo se pode ampliar todo o que sexa necesario en caso de complicacións médicas, sendo retribuídos os oito primeiros días.

151 Así, inclúe o fillo adoptivo o art. 29 CC “Aceites Coosur, S. A-N.”; art. 78 CC estatal “construcción (2002-2006)” e art. 13 CC “Adams Spain, S. O.”, *citS.*

do cónxuxe e cara ós cónxuxes dos consanguíneos¹⁵². Así mesmo, ó cónxuxe equípárase o compañeiro ou compañeira de feito¹⁵³, sempre que tal situación se acredite por certificado de convivencia¹⁵⁴. Polo demais, á hora de xustificar estes permisos -o que pode facerse *a posteriori*-, haberá que acreditar a paternidade e a consanguinidade ou afinidade, segundo proceda, así como a gravidade da situación de desgracia familiar.

c) Un día por traslado do domicilio familiar, salvo mellora (v. gr., a dous¹⁵⁵ ou tres¹⁵⁶ naturais), que, nalgún caso, depende da distancia do traslado¹⁵⁷. Este suposto resulta pacífico tanto na doutrina coma na xurisprudencia, a cal limitouse a efectuar algunhas precisións de matiz. Neste sentido, especificouse que o convenio colectivo non pode condiciona-lo desfrute do permiso en cuestión a que o traslado inclúa os bens mobles, pois o importante é o cambio en si de domicilio, o que sempre require un tempo de dispoñibilidade para realizar xestións¹⁵⁸. Salvo disposición en contrario, o traslado que aquí interesa é o do domicilio familiar e non o doutra residencia, xa implique ou non cambio de localidade.

d) Polo tempo indispensable para o cumprimento dun deber inescusable de carácter público e persoal. Só xera dereito a permiso o deber que, acumulativamente, reúna as tres características. Neste sentido, aínda que o lexislador só alude ó exercicio do sufraxio activo, outros deberes deste tipo serían, por exemplo, os relacionados coa integración nunha mesa electoral, a designación como membro dunha corporación local ou dun parlamento autonómico, a participación nun xurado ou a necesidade de atender a unha citación xudicial¹⁵⁹ ou de renovar certos documentos ou autorizacións¹⁶⁰. Agora ben, a obtención do carné de identidade non constitúe un deber público inescusable cando se pode conseguir fóra das horas de traballo; o mesmo sucede coa necesidade de cumprir coas obrigas directivas dun colexio profesional.

152 Stcias. TS de 18 febreiro e 27 maio 1998 (Ar. 2209 y 4932).

153 Art. 49 CC persoal laboral "Administración Xeral do Estado", *cit.*

154 Art. 9º, núm. 3, CC "editoriais" da Comunidade Autónoma de Galicia, *cit.* art. 15 CC "hostalería" da provincia de Pontevedra (BOP de 25 febreiro 2003) e art. 9º CC "oficinas e despachos" da provincia de Pontevedra (BOP de 2 febreiro 1996).

155 Art. 9º, núm. 3, CC "editoriais" da Comunidade Autónoma de Galicia e art. 18 CC "A Casera, S. A-N.", *cits.*

156 Cfr. art. 29 CC "Aceites Coosur, S. A-N." e art. 49 CC estatal "prensa non diaria", *cits.*

157 Así, art. 75 CC estatal "tellas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida" (catro ou dous días, segundo o traslado exceda ou non de 200 kms.) e art. 27 CC estatal "banca" (tres ou dous, segundo o traslado sexa ou non a ou dende fóra da península), xa citados.

158 STS de 7 maio 1992 (Ar. 3523).

159 Vide., ó respecto, o interesante CC "Adiadas España, S. A-N." (art. 26), *cit.*

Cando conste nunha norma legal ou convencional un período determinado, estarase ó que esta dispoña en canto a duración da ausencia e á súa compensación económica¹⁶¹. Para evitar unha duplicidade de retribucións, nos casos en que o exercicio do deber inescusable leve consigo unha retribución, o lexislador prevé o desconto do importe desta do salario a que o traballador tivese dereito na empresa. Por último, cando o cumprimento do deber de que se trate impida a prestación de traballo en máis do vinte por cento das horas laborais¹⁶² nun período de tres meses, poderá a empresa toma-la a decisión de pasar ó traballador á situación de excedencia forzosa prevista no art. 46, núm. 1, ET. En tal caso, aquel poderá solicita-lo reingreso no traballo dentro do mes seguinte ó cesamento do deber en cuestión.

e) Para realizar funcións sindicais ou de representación do persoal nos termos establecidos legal ou convencionalmente. Pois ben, dende o punto de vista legal, esta materia aparece profusamente regulada no art. 68, c), ET, que concede ós representantes dos traballadores de cada centro (comité de empresa ou delegados de persoal) un crédito horario para o exercicio das súas tarefas representativas¹⁶³. A entidade do devandito crédito depende do número de traballadores de cada centro (ata cen, quince horas; de cento un a douscentos cincuenta, vinte; de douscentos cincuenta e un a cincocentos, trinta; de cincocentos un a setecentos cincuenta, trinta e cinco e, finalmente, de setecentos cincuenta e un en diante, corenta). Por pacto colectivo, cabe a acumulación do crédito persoal dos integrantes do órgano de representación nun ou varios deles, sempre que non se supere o máximo fixado. En tal caso, o representante que absorbe as horas dos seus compañeiros pode quedar liberado da súa prestación laboral, sen prexuízo do seu dereito a remuneración.

Aínda que o ET limita o ámbito subxectivo deste dereito á representación unitaria, cabe a súa extensión tamén á sindical, isto é, ós delegados sindicais que non formen parte do comité de empresa (art. 10, núm. 3, Lei Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de liberdade sindical). O mesmo cabe dicir respecto dos representantes especializados en materia de prevención de riscos laborais (delegados de prevención), tal e como prevé o art. 37, núm. 1, Lei 31/1995, de 8 novembro, de prevención de riscos laborais.

E f), polo tempo indispensable para a realización de exames prenatais e técnicas de preparación ó parto que deban realizarse dentro da xornada de traballo. Este permiso trae a súa causa no disposto pola disposición adicional undécima da Lei

160 Cfr. CABEZA PEREIRO, J., *op. cit.*, p. 802.

161 Vide., por exemplo, art. 28, núm. 2, Lei Orgánica 5/1985, de 19 xuño, de réxime xeral das eleccións.

162 O art. 78 CC estatal "construcción (2002-2006)", cit., mellora a porcentaxe nun cinco por cento máis (25 por cento).

163 Vide. ST Const. 40/1985, de 13 marzo (RTC 1985, 40), que enlaza este crédito horario co contido esencial da liberdade sindical. Tamén, na doutrina, BARREIRO GONZALEZ, G.: *El crédito de horas de los representantes de los trabajadores* (Madrid, 1984); TUDELA CAMBRONERO, Gr.: *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa* (Madrid, 1988).

31/1995, cit., o art da cal. 26, núm. 5, reitera o aquí exposto. A traballadora debe preavisar con tempo abondo e xustifica-la necesidade de realización de tales exames e técnicas durante o horario de traballo. Aínda que puidese buscarse algún argumento en contra, este dereito non cabe recoñecelo ó cónxuxe traballador.

Por último, repárese en que a lista de permisos do art. 37, núm. 3, ET non é pechado, podendo achar outros en preceptos diferentes do mesmo texto legal. É o caso da licenza para concorrer a exames do art. 23¹⁶⁴, do permiso do desprazado temporalmente do art. 40, núm. 4 ou do permiso de seis horas semanais que se conceden ó traballador que vai ser despedido por causas obxectivas durante o preaviso de trinta días. Así mesmo, tamén cabe recordar que os convenios colectivos, á parte de mellora-los legais, tamén poden prever outros permisos retribuídos. Así, dentro destes, tamén se inclúen, entre outros, os seguintes por: a) asuntos propios¹⁶⁵; b) matrimonio de fillos e irmáns¹⁶⁶ e, mesmo, outros familiares¹⁶⁷; c) bautizos e primeiras comunións¹⁶⁸; d) asistencia a consultorio médico da seguridade social durante a xornada laboral¹⁶⁹; e) intervención cirúrxica sen internamento ou recoñecemento médico de pais, cónxuxe e fillos¹⁷⁰; ou, en fin, d) falecemento de parentes consanguíneos de terceiro e cuarto grao¹⁷¹.

164 Aluden a el os art. 37 CC persoal laboral “universidades públicas de Galicia”; art. 13 CC “Adams Spain, S. O.”; art. 78 CC estatal “construcción (2002-2006)”; art. 39 CC “grandes almacéns”; art. 38 CC estatal “fabricación de conservas vexetais”; art. 29 CC estatal “empresas organizadoras do xogo do bingo”; art. 45 CC estatal “industria azucreira” e art. 9º CC interprovincial “lousa”, xa citados. O CC “Adiadas España, S. A-N.” (art. 26), cit., inclúe aquí o exame para a obtención do permiso de conducir.

165 Así, art. 37 CC persoal laboral “universidades públicas de Galicia” (polo tempo indispensable); art. 18 CC “A Casera, S. A-N.” (un día); art. 18 CC “Hotel NH Atlántico” (dous); art. 27 CC estatal “salóns de peiteado, institutos de beleza e ximnasios” (dous); art. 49 CC estatal “prensa non diaria” (tres); art. 39 CC “grandes almacéns” (cinco) e art. 49 CC persoal laboral “Administración Xeral do Estado” (seis), todos xa citados.

166 Vide., entre outros, art. 9º, núm. 3, CC “editoriais” da Comunidade Autónoma de Galicia; art. 13 CC “Adams Spain, S. O.”; art. 38 CC “aparcamentos e garaxes de vehículos” da Comunidade Autónoma de Galicia; art. 18 CC “A Casera, S. A-N.” e art. 11 CC estatal “autoescolas” (en todos, un día), *cits*.

167 O art. 29 CC “Aceites Coosur, S. A-N.” inclúe a descendentes (fillo, neto e bisneto) e colaterais (irmáns, tios carnais e sobriños) ata o terceiro grao e concede un día. Pola súa parte o art. 11 CC “Antena 3 Televisión, S. A-N.”, inclúe ós pais, en segundas ou máis nupcias. En igual sentido, art. 15 CC “hostalería” da provincia de Pontevedra, todos citados.

168 Así, art. 18 CC “Hotel NH Atlántico” (un ou tres días, segundo sexa dentro ou fóra da provincia); art. 29 CC “Aceites Coosur, S. A-N.” (un día) e art. 27 CC estatal “banca” (media xornada), *cits*.

169 Art. 9º, núm. 3, CC “editoriais” da Comunidade Autónoma de Galicia; art. 14 CC “Baixamar Sétima, S. A-N.”; art. 11 CC estatal “autoescolas”; art. 22 CC estatal “comercio de flores e plantas”; art. 37 CC estatal “fabricación de conservas vexetais” e art. 38 CC “aparcamentos e garaxes de vehículos” da Comunidade Autónoma de Galicia, citados (en todos, polo tempo imprescindible).

170 Art. 14 CC “Baixamar Sétima, S. A-N.”, *cit.* (un día).

171 Art. 22 CC “Cristalería Portaglá, S. O.”, *cit.*: polo tempo imprescindible e sempre que o enterro sexa na cidade onde reside o traballador.

Noutra orde de cousas, non cabe pechar este apartado dos permisos retribuídos sen facer mención -aínda sucintamente- a dúas figuras intimamente relacionadas con eles e previstas nos dous números seguintes do mesmo art. 37 ET. A primeira delas é a da redución de xornada por lactación dun fillo menor de nove meses. En tal caso, calquera dos pais traballadores ten dúas posibilidades: a) unha hora de ausencia diaria, que poderá dividirse en dúas fraccións, que non teñen que ser necesariamente iguais; ou b) a redución da súa xornada en media hora de traballo, salvo mellora en convenio¹⁷². Pola dicción legal, parece que a primeira poderá gozarse durante a xornada, a segunda ó principio ou ó seu final. Sexa como for, o traballador terá dereito a que o devandito tempo de ausencia lle sexa retribuído de forma ordinaria, ou sexa, cos conceptos que habitualmente viña percibindo.

Recentemente, a disposición adicional oitava, 1, da Lei 12/2001, do 9 de xullo, de medidas urxentes de reforma do mercado de traballo para o incremento do emprego e a mellora da súa calidade, introduciu un novo apartado -o 4 bis- no art. 37 ET, co fin de dar resposta a unha situación que nos últimos tempos é frecuente. Segundo aquel, nos casos de nacementos de fillos prematuros ou que, por calquera causa, deban permanecer hospitalizados a continuación do parto, a nai ou o pai terán dereito a ausentarse do traballo durante unha hora. Agora ben, se consideran o devandito permiso insuficiente, os pais poderán optar por reduci-la súa xornada de traballo ata un máximo de dúas horas, se ben, neste caso, coa diminución proporcional do salario.

A segunda figura é a da garda legal por coidado directo dalgún menor de seis anos, un minusválido físico, psíquico ou sensorial ou un familiar ata o segundo grao de consanguinidade ou afinidade que, por razóns de idade, accidente ou enfermidade, non poida valerse por si mesmo. En ningún dos casos, o que precisa coidados poderá desempeñar unha actividade retribuída, pois iso implicaría a súa autosuficiencia. En tal suposto, o traballador terá dereito a unha redución de xornada, coa conseguinte diminución proporcional do salario, que poderá oscilar entre un tercio e a metade da duración daquela. Este dereito corresponde a cada traballador individualmente considerado, xa sexa home ou muller. Agora ben, en caso de que dous ou máis traballadores da mesma empresa xerasen este dereito polo mesmo suxeito causante, parece lóxico que o empresario poida limita-lo seu desfrute simultáneo cando existen razóns xustificadas relacionadas co normal funcionamento da empresa.

Nos dous supostos recén comentados, o dereito a determina-lo horario e período de desfrute dos permisos corresponde ó traballador, quen debe preavisar ó empresario con quince días de antelación da data da súa reincorporación ó traballo.

Á parte dos retribuídos, os convenios colectivos adoitan prever outros permisos non retribuídos, polas causas e co réxime xurídico que en cada caso se indique¹⁷³.

172 O art. 37 CC persoal laboral “universidades públicas de Galicia”, *cit.*, amplíaa a unha hora.

173 Cfr., entre outros moitos, art. 37 CC persoal laboral “universidades públicas de Galicia”; art. 14 CC “Nea Acsagal, SLU”; art. 13 CC “Baixamar Sétima, S. A-N.” (dez días ó ano); art. 46 CC estatal “industria

Aínda que algúns destes son distintos dos primeiros, outros están directamente relacionados con eles e supoñen unha ampliación da súa duración¹⁷⁴.

5. Calendario laboral

Unha vez que se estableceu a xornada de traballo e a súa distribución ó longo do ano, así como o horario dos traballadores, o empresario debe recoller tales aspectos nun documento denominado calendario laboral¹⁷⁵. Agora ben, precisouse que o seu contido só ten que reflecti-las xornadas xerais, pero non as especiais nin os días festivos, máxime se así non o esixe o convenio colectivo¹⁷⁶. Con todo, o certo é que estes adoitan ser bastante precisos á hora de indica-las materias que deben incluírse no calendario, que adoitan referirse, por exemplo, a “as quendas de xornada ordinaria e as gardas”¹⁷⁷, así como os horarios¹⁷⁸ ou, en fin, “a distribución dos días de traballo ó ano, os descansos, os festivos, as vacacións, as quendas e horarios diarios ou semanais”¹⁷⁹. Polo demais, cabe tanto a existencia dun calendario común para tódolos traballadores da empresa como o dun particular para cada un destes¹⁸⁰.

O calendario en cuestión ten carácter anual, polo que debe renovarse dun ano para outro. A devandita renovación ou, no seu caso, elaboración inicial adoita situarse nos primeiros meses do ano (por exemplo, en xaneiro¹⁸¹, antes do 15 febreiro¹⁸²

azucreira” (dez); art. 18 CC “A Casera, S. A-N.” (trinta); art. 18 CC estatal “establecementos financeiros de crédito” (quince); art. 39 CC “grandes almacéns” (quince); art. 39 CC estatal “fabricación de conservas vexetais” (de quince a sesenta) e art. 64 CC estatal “industria salinera” (tres meses), xa citados.

174 Así, art. 26 CC estatal “estacións de servizo”, cit., que amplía en tres días máis -non retribuídos- o permiso por falecemento ou coidado de familiares.

175 Algún convenio insiste no carácter obrigatorio desta tarefa, así, art. 72, núm. 2, CC estatal “telas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida”, cit.

176 STSJ Aragón de 10 abril 2001 (Ar. 1203).

177 Art. 23 CC persoal laboral “sector sanitario de Galicia xestionado por fundacións públicas sanitarias ou empresas públicas”, cit.

178 Art. 28 CC “residencias privadas da terceira idade” da Comunidade Autónoma de Galicia, cit.

179 Art. 33 CC “aparcamentos e garaxes de vehículos” da Comunidade Autónoma de Galicia, cit. En sentido similar, art. 11, núm. 2, CC “Gas Galicia SDG, S. A-N.”; art. 19 CC estatal “entrega domiciliaria”; art. 40 CC persoal laboral “Administración Xeral do Estado” e art. 26 CC estatal “empresas organizadoras do xogo do bingo” (horarios, quendas de comida e cea, descansos semanais, quendas de vacacións e días de desfrute das festas abonables e non recuperables), cit.

180 Art. 33 CC “aparcamentos e garaxes de vehículos” da Comunidade Autónoma de Galicia, cit.: “establecerase un calendario laboral específico para cada traballador ou posto de traballo”.

181 Cfr. art. 28 CC “residencias privadas da terceira idade” da Comunidade Autónoma de Galicia e art. 19 CC estatal “entrega domiciliaria”, cit. Tamén art. 16 CC “Hotel NH Atlántico”, igualmente cit. (antes do 15 de xaneiro).

182 Art. 40 CC persoal laboral “Administración Xeral do Estado”, cit.

ou no primeiro trimestre¹⁸³) ou, mesmo, nos últimos do anterior¹⁸⁴ (v. gr., entre novembro e decembro¹⁸⁵ ou en decembro¹⁸⁶). Con todo, non falta algún convenio que condiciona a devandita tarefa ó coñecemento oficial das “festas estatais, autonómicas, provinciais e locais”, tralo cal, o calendario redactarase no mes seguinte¹⁸⁷.

Unha vez elaborado, o documento de que se trata debe expoñerse (un exemplar deste) “nun lugar visible de cada centro de traballo” (art. 34, núm. 6, ET)¹⁸⁸, xeralmente no taboleiro de anuncios¹⁸⁹. A devandita exposición nun lugar visible busca que tódolos traballadores poidan coñecer directamente os días e xornada de traballo que lles corresponde tanto a eles coma ós seus compañeiros. Aínda que se configura como un documento interno, a publicidade do calendario tamén permite que, aínda indirectamente, terceiras persoas (v. gr., clientes ou distribuidores da empresa) teñan acceso a el e, consecuentemente, coñezan a xornada das persoas que alí prestan servizos. A finalidade de darse a coñecer tamén se reflicte no feito de que se esixa a exposición en cada centro de traballo¹⁹⁰, non sendo suficiente coa que poida efectuarse nun deles ou nas oficinas administrativas da empresa. Dada a importancia da publicidade desta información, a “non exposición en lugar visible do centro de traballo” do calendario laboral constitúe unha infracción leve, sancionable coa correspondente multa (arte. 6º, núm. 1, e 40 LISOS). En canto á publicidade do documento en cuestión, algún convenio engade que esta debe efectuarse con “unha antelación mínima de sete días antes do inicio de cada un dos meses naturais”¹⁹¹ e outro alude á posibilidade de acudir a “outros instrumentos de publicidade, se resultaren necesarios”¹⁹².

183 Cfr. art. 33 CC “aparcamentos e garaxes de vehículos” da Comunidade Autónoma de Galicia e art. 32, núm. 1, CC estatal “grandes almacéns”, *cits*.

184 No CC estatal “prensa non diaria” (art. 26), cit., non se indica en qué mes, pero, ó esixirse a publicación en cada centro “antes do 1 de xaneiro de cada ano”, queda claro que será no anterior.

185 Art. 19 CC estatal “comercio de flores e plantas”, *cit*.

186 Art. 18 CC “SGL Carbón, S. A-N.”, *cit*.

187 Art. 72, núm. 2, CC “tellas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida”, *cit*.

188 En igual sentido, art. 26 CC estatal “prensa non diaria” e art. 72, núm. 7, CC estatal “construcción (2002-2006)”, *cits*. Pola súa banda, o art. 35 CC estatal “fabricación de conservas vexetais”, *cit*., alude á publicación “por medio de cartel permanente colocado en sitio visible”.

189 Así, por exemplo, art. 23 CC persoal laboral “sector sanitario de Galicia xestionado por fundacións públicas sanitarias ou empresas públicas”; art. 28 CC “residencias privadas da terceira idade” da Comunidade Autónoma de Galicia; art. 26 CC estatal “empresas organizadoras do xogo do bingo” e art. 16 CC “Hotel NH Atlántico”, xa citados.

190 Así, expresamente, art. 59, núm. 7, CC estatal “industria salinera”; art. 35 CC estatal “fabricación de conservas vexetais” e art. 8º CC “Antena 3 Televisión, S. A-N.”, *cit*., este último alude, ademais, á publicación do calendario no Boletín Oficial do Estado.

191 Art. 26 CC estatal “empresas organizadoras do xogo do bingo”, *cit*.

192 Art. 40 CC persoal laboral “Administración Xeral do Estado”, *cit*.

En canto titular do poder de organización e dirección da actividade empresarial, a elaboración do calendario é competencia do empresario¹⁹³. Con todo, este debe consultar previamente ós representantes legais dos traballadores, tal e como prevé a disposición adicional terceira do RD 1561/1995, cit. Segundo esta os representantes en cuestión terán dereito a “ser consultados polo empresario e emitir informe con carácter previo á elaboración do calendario laboral”. En igual sentido, adoitan pronunciarse os convenios colectivos¹⁹⁴. Estase aquí ante unha das típicas competencias activas dos representantes, denominadas de consulta e audiencia, fronte ás pasivas, nas que aqueles se limitan a recibir información. Neste caso, o empresario antes de poder elaborar unilateralmente o calendario ten deber de informar e consultar ós representantes e estes o dereito a emitir informe ó respecto, dentro do prazo que para iso se fixe expresamente. A falta de precisión legal, pode considerarse adecuado o común de quince días, se ben podería engadirse unha prórroga, de ser necesario. Agora ben, unha vez consultados, os representantes só emiten o informe se o consideran oportuno, pois a resposta requirida non ten por qué producirse necesariamente, sendo aqueles os que libremente deciden sobre a conveniencia de facelo. En caso de gardar silencio, os únicos que poden esixirlles responsabilidade e, mesmo, revogalos do seu cargo son os representados se consideran que a súa pasividade lles prexudica nos seus intereses. Pola súa banda, o empresario, unha vez realizada a consulta e transcorrido o prazo para informar, pode proceder a elaboralo calendario laboral como estime axeitado, sen que, en caso de ausencia de informe, teña que esperar a que este se evacúe de forma efectiva. Ademais, aínda no caso de emitirse, aquel non ten carácter vinculante para o empresario, servindo como mera referencia sobre as preferencias dos traballadores¹⁹⁵.

Agora ben, a negociación colectiva pode mellora-la mera consulta e esixi-lo mutuo acordo¹⁹⁶. En caso de non se conseguir este, os convenios prevén distintas solucións, como, por exemplo, a intervención da comisión mixta paritaria¹⁹⁷ ou a prevalencia da decisión da empresa, quen elaborará e publicará o calendario con carácter provisional¹⁹⁸. Polo demais, a mellora convencional pode manifestarse na esixencia da consulta ós propios traballadores en caso de inexistencia de representantes na empresa¹⁹⁹. Polo demais, tampouco falta algún convenio estatal que reserva

193 Cfr. art. 14 CC “AGA Airlines Ground Assistance, S. O.”, *cit.*

194 STSJ Galicia de 20 xullo 1999 (Ar. 1982). Así, entre outros moitos, art. 23 CC persoal laboral “sector sanitario de Galicia xestionado por fundacións públicas sanitarias ou empresas públicas”; art. 18 CC “SGL Carbón, S. A-N.”; art. 26 CC Aceites Coosur, S. A-N.”; art. 19 CC “comercio de flores e plantas”; art. 20 CC “Cristaleira Portaglás, S. O.”; art. 15 CC “A Casera, S. A-N.”; art. 26 CC estatal “empresas organizadoras do xogo do bingo”; art. 16 CC “Hotel NH Atlántico” e art. 28 CC “residencias privadas da terceira idade” da Comunidade Autónoma de Galicia, todos xa *cits*.

195 STS de 8 de xuño 1994 (Ar. 5412)

197 Art. 18 CC “SGL Carbón, S. A-N.”, *cit.*

198 Art. 11, núm. 2, CC “Gas Galicia SDG, S. A-N.”, *cit.*

199 Art. 26 CC Aceites Coosur, S. A-N.”, *cit.*

o acordo empresa-representantes para o caso de que non exista convenio provincial ou de empresa, pois, de existir, serán estes os que se ocuparán da elaboración do documento analizado²⁰⁰.

En canto ás consecuencias da falta de consulta, se quen incumpre é o empresario, este incorrerá na infracción grave tipificada no art. 7º, núm. 7, LISOS, sancionable coa correspondente multa (art. 40, núm. 1, *ibid.*); pero, ademais, a omisión da consulta implicará, por regra xeral, a anulabilidade da decisión do empresario a instancia dos traballadores afectados por esta. Polo demais, na elaboración do calendario non participa ningunha entidade externa á empresa, nin sequera a autoridade laboral, como si sucedeu ata a derogación do art. 4º, núm. 3, RD 2001/1983, *cit.*

Sexa como for, a elaboración do calendario polo empresario debe observar uns criterios razoables e axustados a Dereito, pois aquel non pode aproveitarse da ocasión para modificar pactos establecidos no convenio colectivo nin para introducir modificacións substanciais das condicións de traballo. Así, por exemplo, sucede o primeiro cando o empresario establece como tempo de traballo non efectivo determinados períodos que o convenio previra como tal²⁰¹; e, o segundo, cando aquel decide unilateralmente aumenta-la xornada anual, sen ningunha xustificación razoable²⁰². Noutras palabras, o calendario é un documento sen poder decisorio ningún, polo que debe limitarse a ser a mera expresión material do réxime de descansos e traballos xa acordado²⁰³.

200 Art. 59, núm. 4, CC estatal “industria salinera”, *cit.*

201 STSJ Galicia de 29 marzo 2001 (Ar. 455).

202 BODAS MARTIN, R., *op. cit.*, p. 69.



A ORDENACIÓN DO TEMPO DE TRABALLO

CAPÍTULO SEXTO:

A CONCILIACIÓN DA VIDA LABORAL E FAMILIAR

A CONCILIACIÓN DA VIDA LABORAL E FAMILIAR

1. A conciliación en trazos xerais e os seus problemas

1.1. Panorama. Os dous grandes problemas da conciliación laboral e familiar

Como se sabe, a Lei laboral aborda en varios puntos a situación familiar do traballador por conta allea, para tratar, dalgún modo, de conciliar a súa vida familiar ca vida laboral que é, non se esqueza, á que a Lei citada está chamada a regular, e polo tanto o obxecto prioritario da regulación, de modo que, vaia por diante, non debe sorprender que na imbricación entre os dereitos e as obrigas familiares e os laborais, a norma laboral tenda a ocuparse destes últimos máis que dos primeiros.

Sen prexuízo dalgunhas das medidas laborais de conciliación postas en empeño que se apuntarán *infra*, pero sen necesitar ser exhaustivos agora na relación das normas implicadas, as reformas legais tendentes a lograr a conciliación da vida laboral e familiar veñen a ter, como *leit motiv*, a redución do tempo de traballo –con paralela redución de salario– para poder dedicar ese tempo á atención das responsabilidades –mellor cumpre dicir de certas responsabilidades, moi concretas– familiares. A iso únense, acaso timidamente, acaso non, outras medidas tendentes a evita-la discriminación laboral por razón de responsabilidades laborais, pero neste punto, cabe dicir que as medidas están dirixidas, máis ben, ou tamén, ou precisamente ou no conxunto, a evita-la discriminación laboral da muller por razón de sexo.

Neste senso, poden consultarse, entre outras, as modificacións que no ET introduciu a Lei 3/1989, de 3 de marzo ou, máis recentemente, a Lei 39/1999, de 5 novembro, co significativo título “de conciliación da vida familiar e laboral das persoas traballadoras”, ou, en fin, a Lei 12/2001, de 9 xullo, ou tamén as súas inspiradoras supranacionais –porque non se pense que a circunstancia familiar, e por tanto os seus problemas laborais son exclusivos de España– véxase, por exemplo, o Convenio 156 e a Recomendación 165 da OIT, ou as Directivas comunitarias 92/85/CE, de 19 outubro e 96/34/CEE, de 2 xuño.

Temos pois, postos sobre a mesa, os dous grandes retos –e os dous grandes problemas– da conciliación da vida laboral e familiar. A saber, dunha banda, a súa relación co tempo de traballo, entendido este tempo de traballo como medida da actividade productiva, posto que a obriga de traballar o é de tracto sucesivo, é dicir, que se cumpre e desenvolve precisamente no tempo, e non como unha obriga de resultado, e doutra banda, o papel que por circunstancias diversas, pero sobre todo de modelo social, deuse á muller neste asunto, dando por sentado que precisamente tratamos agora de cambia-lo modelo social, tamén baixo o presuposto de que o modelo social anterior era inxusto para máis da metade da poboación mundial –que é feminina–.

1.2. O tempo (e o lugar) de traballo

En canto ó primeiro dos problemas –conciliación e tempo de traballo– o que trátase de dicir é que os problemas substanciais da conciliación da vida laboral e familiar son dous que precisamente a Lei non aborda senón de modo parcial e insuficiente: non a redución, senón a distribución da xornada e a reunión familiar.

Non se trata de traballar menos se iso conleva redución salarial, pois tal circunstancia conduce necesariamente a variar o *status* socioeconómico familiar. En efecto, sabidos os condicionantes da regulación que estamos botando en falta –a existencia de familias e a situación socioeconómica que é ineludible manter para o seu desenvolvemento– unha norma que permite traballar menos, pero que conleva cobrar menos, modifica a situación socioeconómica e polo tanto non atende ó fin proposto, senón que o altera, pois altera os presupostos sobre os que se conforma. No mesmo sentido, apunta GÁRATE¹, que pode cuestionarse a eficacia das medidas adoptadas, porque probablemente os seus destinatarios se resistan ó emprego dalgunhas delas, pola redución ou perda de ingresos que supón (redución de xornada, excedencia), preferindo facer uso doutras que poden resultar tanto ou máis eficaces desde o punto de vista da conciliación da vida laboral e familiar, coma son as presentadas polos diversos servicios de coidado profesional de persoas, a promoción dos cales deben contribuír os poderes públicos, porque constitúen o complemento indispensable das xa adoptadas no campo laboral e de seguridade social. Estas medidas, como é obvio, son hoxe senón inexistentes, insuficientes.

O entorno productivo actual permite na maioría das actividades unha solución máis sinxela e que non incide nese *status*: traballar o mesmo pero cunha distribución do traballo distinta, máis flexible e acomodable ós requirimentos, basicamente, da crianza dos fillos, con medidas coma a apuntada por CAVAS²: “Favorecer e impulsa-la implantación do horario flexible. En conexión con iso, racionalización dos horarios de apertura de centros escolares para facelos coincidir, na medida do posible, cos horarios laborais”. Tamén segundo SALA³, debería propiciarse en beneficio do traballador con responsabilidades familiares “a flexibilidade na organización dos horarios, descansos e vacacións... terse en conta as responsabilidades familiares na organización do traballo en quendas, ó asignar o traballo nocturno e ó trasladar ós traballadores dunha localidade a outra, etc.”.

1 GÁRATE CASTRO, J., “Sobre la adaptación del nuevo Derecho del Trabajo a la familia: un breve apunte”, exemplar fotocopiado do texto da conferencia pronunciada en Santiago de Compostela o 23 de novembro de 2000, no eido das *IV Xornadas compostelanas de Dereito do Traballo e da Seguridade Social*, páx. 7.

2 CAVAS MARTÍNEZ, F., “Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (I y II). Algunas reflexiones sobre el proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de personas trabajadoras”, AS, n.ºs. 7 y 8, 1999, páx. 21.

3 SALA FRANCO, T., “Trabajadores con responsabilidades familiares y contrato de trabajo”, *Tribuna social*, n.º 14, 1992, páx. 8.

Por outra banda, a “conciliación” descrita parte dunha familia na que ambo-dous cónxuxes –ou ambos *compañeiros*, dadas as tendencias modernas a formar familia fóra dos canles do dereito civil (Título IV do Código Civil)- traballan, dado que noutro caso, a atención dos fillos estaría asegurada polo cabeza de familia que se mantivese no fogar. Se se admite esta premisa, e se observa que, dadas as dificultades tradicionais (non actuais, pois atopar traballo case nunca foi cosa sinxela) na busca de emprego, cada cónxuxe ou *compañeiro* ten que buscar emprego por se e o atopa, con frecuencia, en lugares diversos, a outra acción lexislativa que queda inabordada é a disposición de medidas de reunión familiar, que faciliten os traslados e os intercambios de traballadores e empregos ó efecto de reunir ós membros da familia que deben traballar nun mesmo lugar. CAVAS⁴, alude, na atención a estes problemas, a un “recoñecemento ó convivente *more uxorio* do dereito a ser trasladado o novo destino do traballador, cando medie descendencia común”, que, desde logo, non está na Lei, salvo para o caso, moi reducido, do art. 40.3 ET, sobre dereito de reunión cando ambo-dous traballadores –cónxuxes, di a Lei- traballan na mesma empresa e nalgunha das localidades de destino “houbera posto de traballo” nela para os dous. Esta timidísima medida é, a todas luces, insuficiente.

Pero é o certo que tamén pódese facer unha reflexión en senso contrario. Se ata agora considerouse a lexislación que abordamos imperfecta por defecto, tamén cabe atopar nos estudos unha preocupación por exceso. O que quérese dicir agora é que tal vez para a sociedade productiva actual o tema non sexa tan urxente, porque nin sequera hai que apoiarse nas estatísticas para concluír sinxelamente que hoxe a xente non ten ou ten moi poucos fillos e polo tanto tal vez a mellor “conciliación” entre a vida laboral e familiar se atope con medidas concretas e propias de cada caso e non cunha regulación xenérica. A necesidade de aumentar a natalidade expresada polo Informe sobre o Pacto de Toledo publicado o de outubro de 2003 acredita o que se di.

Pero ademais debe terse en conta, aínda, que xeralmente, as consecuencias das medidas que a Lei articula para a consecución da conciliación laboral e familiar, non só son asumidas –e o son, hoxe en día, con perda de dereitos, económicos ou de outro tipo, como quixemos argumentar antes- polos propios “beneficiarios” –sinaladamente as mulleres- senón que as cargas derivadas destas medidas son asumidas polos seus potenciais destinatarios e tamén polas empresas, que soportan cargas económicas e trastornos organizativos ocasionados pola implementación e o uso destas medidas. Tal vez conviñera, xa que logo, reflexionar se non debería ser, en todo ou en parte, a sociedade quen asumira esas cargas, pois a sociedade é, ó fin, quen se beneficia da contribución de novos individuos que realizan as familias, e que constituirán, en definitiva, o tecido productivo do mañá e polo tanto garantía de subsistencia da propia sociedade.

4 CAVAS, *op. cit.*, páx. 20.

Unha oportunidade louira para iso preséntase para cando se regule dunha vez a nova situación protexida do sistema de Seguridade Social que virá a chamarse “dependencia”. Sobre ela pode verse o Acordo para a Mellora e o Desenvolvemento do Sistema de Protección Social de 9 abril 2001 e o recén citado Informe sobre o Pacto de Toledo de 2 outubro 2003. Tamén máis abaixo falaremos sobre ela.

1.3. O papel dos sexos

Se a doutrina aborda a redución de xornada tendo moi en conta o fin “conciador” descrito, a aborda así mesmo sen perder de vista as implicacións que sobre o papel dos sexos foron tidas en conta tradicionalmente para conseguir ese fin conciador. Iso é algo facilmente apreciable na propia Lei, que pon un coidado inusual na súa redacción ata no xénero das verbas que utiliza.

E é que, como observou CAVAS, o das responsabilidades familiares é un redución do orde laboral que se resiste á igualación de homes e mulleres⁵, e iso pese á evidente intención lexislativa de inverter o lema do Fuero do Traballo que con eufemismo pretendía “liberar a muller do taller e da fábrica”.

Estas responsabilidades familiares, con todo, constitúen un factor diferencial perfectamente constatable e tutelado pola CE e pola lexislación ordinaria sen que poida considerarse discriminatorio o recoñecemento de certas posibilidades a quen as teña⁶, por canto supón, ademais, a especificación no orde laboral do deber de velar pola primeira infancia e a minusvalía recollidos na CE e no Código Civil⁷.

Cuestión máis delicada é cómo introducir ese recoñecemento de posibilidades a quen ten as responsabilidades familiares sen que se volva contra aquel a quen se recoñecen. Nos explicamos. Resulta meridianamente claro que, hoxe por hoxe, sen ter alcanzado aínda o modelo social que, segundo declaramos, queremos ter, arrastramos o modelo social anterior no que segue a ser a dona a primeira e principal mantedora da familia, sobre quen se poñen as cargas e responsabilidades propias da unidade familiar. Por iso a lexislación ultimamente orientouse –os exemplos das normas máis por enriba citadas son elocuentes– a protexer á muller, a compensar –aínda que de forma insuficiente– os inconvenientes derivados de ser ela quen asume a crianza e o coidado dos familiares que non están en idade activa.

Desde este punto, non se ve de todo claro que se dera, con franqueza, o paso descrito por SALA, dunha protección subxectiva da muller con responsabilidades familiares no seu traballo, a unha protección obxectiva das responsabilidades

5 CAVAS, *op. cit.*, páx. 20.

6 CAVAS, *op. cit.*, páx. 17.

7 Arts. 39.3 e 49 CE e arts. 154, 173.1 e 215 Código Civil. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, F., “Jornada reducida”, en AA.VV., *Estudios sobre la Jornada de Trabajo*, ACARL, Madrid 1991, páx. 209; CHARRO BAENA, P. / HERRAIZ MÁRTIN, M^a del S., “Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas”, AS nº 8, 1998, páx. 60.

familiares, independentemente de quen as asuma (home ou muller)⁸. E iso pese a que, como sostén o autor, sexa certo que as normas internacionais non se refiren “ás mulleres con responsabilidades familiares” se non ós “traballadores con responsabilidades familiares”. Pero como tamén reconece SALA, *ibidem*, “o primeiro que chama a atención é a ausencia das ‘responsabilidades familiares’ de entre as causas de discriminación que os arts. 4.2.c e 17.1 ET enumera ó establecer o principio de non discriminación ‘para o emprego ou unha vez empregados’”. Esta observación, que no principio pode parecer inocua desde o punto de vista sexual, é dicir, que o que postularía o autor sería unha simple salvagarda dos dereitos de quen ten responsabilidades familiares, con independencia do seu sexo, se converte, hoxe por hoxe, por mor do modelo social arrastrado do que xa temos falado, nunha clara discriminación sexual da muller. E o certo é que o obxecto da regulación debería ser –neste punto, SALA, máis optimista ca nos, afirma que o é xa– as responsabilidades familiares e non a muller. Porque protexer á muller é discriminala, porque é condenala –sen dar ó verbo un significado en exceso pexorativo, pero si unha connotación de “carga”– a ser a mantedora da familia.

Así o afirma o autor recén citado, segundo quen “toda hiper-protección xurídica nas condicións de traballo dun colectivo de traballadores determinado xera como reacción ou contrapartida un efecto pernicioso sobre o emprego nun mercado de demanda superior á oferta, como é o noso (*efecto boomerang*)”⁹. Quedan aínda no tempo relativamente próximos os exemplos deste efecto cando se lexislaba sen cuestionar o modelo social que xa non nos sirve –pero que nos resistimos a abandonar-. Nos referimos, vgr., ó tempo no que contraer matrimonio implicaba que a muller que traballaba pasase á situación de excedencia forzosa ou a extinguir o seu contrato con dereito á percepción dunha compensación económica “dote matrimonial” (*vid.* Decreto 2310/1970, de 20 agosto).

Aínda hoxe, a penúltima regulación conciliadora que temos citado, a Lei 39/1999, de 5 novembro, obedece notablemente á incorporación ó noso Dereito interno das Directivas comunitarias 92/85 e 96/34, que, respectivamente se refiren á aplicación de medidas para promover a mellora de seguridade e a saúde no traballo *da traballadora embarazada*, que dera a luz ou en período de lactación e ó permiso parental, que aínda que se atribúe na norma ós traballadores “homes e mulleres”, ten tamén unha ineludible connotación feminina.

Non debemos deixar de admitir, en calquera caso, que en efecto, e aínda que a situación do noso ordenamento, nas verbas de GÁRATE, dista moito de acometer unha regulación global e contén só regulacións puntuais que se presentan formalmente como susceptibles de favorecer a equiparación entre traballadores masculinos e femininos e de repartir con algo máis de equilibrio entre ambos as responsabi-

8 SALA, *op. cit.*, páx. 7.

9 SALA, *op. cit.*, páx. 12.

des familiares e laborais, nembargantes, os últimos eventos lexislativos (Lei 39/1999) amosan que o lexislador é consciente, por primeira vez, de que a existencia de responsabilidades familiares constitúe un obstáculo para a igualdade de oportunidades entre homes e mulleres e a plena integración destas últimas no mundo laboral¹⁰.

Apurando máis o razoamento, a existencia de responsabilidades familiares constitúe en efecto un elemento prexudicial para todo aquel que as asume, pois aínda que no sexo masculino non exista unha ostensible discriminación para a contratación, o home que asume responsabilidades familiares deixa de dedicar á empresa o 100 por 100 do seu tempo de actividade, coa consecuencia ineluctable da súa postergación no dereito de promoción profesional.

1.4. O futuro e o cambio social

Acaso, no futuro a medio prazo, toda esta problemática derive nun enfoque distinto do problema e en solucións polo tanto tamén distintas, porque pode correrse o perigo de que o cambio social, do modelo no que a nai é sostenedora da familia e o pai é quen aporta as rendas ó modelo no que estes roles son indiferentes ós sexos, remate nun terceiro modelo, non previsto, de pura e simple disgregación familiar. Dado o tempo que os pais de hoxe dedicamos ós nosos fillos –por mor das moitas horas de traballo– e dado tamén que os fillos os temos hoxe moito máis tarde, e polo tanto cando eles sexan tecido productivo nos seremos moito máis vellos do que son os nosos pais –os que practicamente e salvo excepcións, non tivemos que manter ou axudar –*dependencia*–, senón que máis ben seguen a facelo eles a nos coidando dos nosos fillos, que son os seus netos, non sería estraño un cambio radical do enfoque do problema no futuro a medio prazo, atraído polo seguinte razoamento, posto na testa dos nosos fillos: se cando fóramos nenos estivemos entre asistentes, xardíns de infancia, e actividades escolares e extraescolares, é xustificado que os nosos pais, agora, namentres nos estamos na posición laboral que eles tiveron, queden *atendidos* en institucións públicas ou privadas de atención a *terceira idade*.

1.5. Unha solución posible: a protección social da dependencia

Co termo *dependencia*, aparecido ultimamente nos textos que tenden a actualizar e garantir o futuro do sistema de Seguridade Social (Acordo para a Mellora e o Desenvolvemento do Sistema de Protección Social de 9 abril 2001 ou o recén publicado Informe sobre o Pacto de Toledo de 2 outubro 2003), se fai referencia á situación dos non activos –sinaladamente maiores de 65 anos, pero tamén menores de 16 e por extensión, todos aqueles que, por non traballar, dependen dos que o fan– que se considera merecedora da protección polo sistema de previsión social.

Nesta liña e en concreto respecto dos menores e o problema da conciliación da vida laboral e familiar, o Informe citado recolle, entre as orientacións da U.E. unha certamente interesante sobre a potenciación da incorporación da muller ó mercado de traballo. O interese da Comisión se explica cando (páx. 23, nota 18 do Informe)

¹⁰ GÁRATE, *op. cit.*, páx. 6.

extracta algún texto comunitario no que se reflexiona sobre as inferiores taxas de emprego feminino co respecto ó masculino. “Unha das razóns é as interrupcións da carreira laboral para coidar a outras persoas. Eses períodos poderían ter maior recoñecemento nos réximes de pensións”. É problema ó que se alude tamén cando se constata a necesidade de fomentar a natalidade, ó dicir que “sería posible lograr un efecto benéfico con postos de traballo e políticas públicas máis favorables, que permitan ós pais simultanea-la carreira profesional e as responsabilidades familiares” (páx. 24 do Informe).

Pero xa entre as conclusións do informe, o tema abórdase moito máis directamente, ó plasmar a necesidade de “estudiar mecanismos que incorporen os períodos de atención e coidado dos fillos ou persoas dependentes como elementos a considerar nas carreiras de cotización para evitar que os custos e as percibidas coma desvantaxes de asumir responsabilidades familiares constituían un obstáculo á natalidade na medida en que redunden en penalizacións ou menores niveis de protección individual”.

A urxencia dese estudio é evidente, e se está xa que logo no bo camiño, aínda que desde logo non é suficiente pois as implicacións do coidado dos fillos transcenden moito a mera desvantaxe “contributiva”.

En poucas verbas, non é dabondo con compensar esa perda porque tamén durante o coidado dos fillos hai que vivir de algo –e vivir non é meramente subsistir, senón manter o status socioeconómico da familia- e polo demais, a dedicación ó coidado dos fillos non suxire unha mera discriminación por razón de sexo. A discriminación o é tamén con respecto a quen, sen cargas familiares, resulta potencialmente –aínda que tamén de facto- máis atractivo para a empresa, non só á hora de contratar, senón á de realizar o dereito á promoción no traballo que tamén está na Constitución (art. 35.1 CE). E este segundo efecto prexudica tanto a homes como a mulleres, e cada vez máis, porque tamén, felizmente, cada vez máis –aínda que non se atopara o equilibrio- as cargas son compartidas.

2. A conciliación na Lei e na negociación colectiva

Vaise facer agora unha enunciación dos textos legais que contén regulacións de conciliación de vida laboral e familiar, e xunto con eles, nalgúns casos, uns breves comentarios sobre os defectos, ou as vantaxes que contén, e as súas solucións no primeiro caso, tanto as solucións posibles coma as adoptadas pola negociación colectiva de feito.

Neste eido, non tódalas accións de conciliación reguladas polos convenios teñen causa ou amplían as disposicións legais sobre o particular. De feito, as solucións conciliadoras poden ser moitas e diversas. Vgr., o convenio colectivo do Consorcio para a Extinción de Incendios e Salvamento de Murcia¹¹, establece un

11 Res. 16 xaneiro 2001, BO Murcia, 13 febreiro 2001, art. 57.

dereito dos traballadores de “permutar aquelas xornadas de traballo que por motivos persoais necesite cos da súa mesma categoría e condición profesional, sempre que o traballador non realice máis de 24 horas ininterrompidas de traballo...”, medida que claramente pode ser útil dende o punto de vista da conciliación da vida laboral e familiar; así como outras accións de fomento, vgr., axudas por matrimonio e natalidade (art. 65 do mesmo convenio), ou préstamos por necesidades urxentes, entre as que se atopan o matrimonio, nacemento de fillos, etc.¹² ou subvención para compra de vivenda habitual¹³. O convenio colectivo estatal de Tellas e ladrillos¹⁴ estende, vgr., a axuda por gastos de enterro á “parella de feito debidamente rexistrada” (art. 31). En materia de xornada, o convenio do persoal laboral da Xunta de Galicia¹⁵ dispón que “a traballadora embarazada terá dereito a escoller a data das súas vacacións regulamentarias”, e este mesmo convenio dispón axudas económicas para o caso no que o traballador teña ó seu cargo familiares diminuídos físicos ou psíquicos (art. 35).

Falouse máis por enriba da importancia que debера ter para a conciliación da vida laboral e familiar, a reagrupación familiar, só moi timidamente contemplada no art. 40.3 ET, para os casos de cónxuxes que traballan na mesma empresa. É este un terreo propicio para o seu desenvolvemento pola negociación colectiva. Existe así, por exemplo, unha cláusula convencional que contempla a excedencia por reagrupación familiar. Trátase do art. 28.1.d do convenio para o persoal laboral do Principado de Asturias¹⁶ o texto do cal é o seguinte:

“Poderá concederse a excedencia voluntaria por agrupación familiar, cunha duración mínima de dous anos e máxima de quince, ó persoal o cónxuxe ou convivinte do cal de feito resida noutro municipio por ter obtido e estar desempeñando un posto de traballo de carácter definitivo, como funcionario ou funcionaria de carreira ou como laboral, en calquera Administración pública, Organismo autónomo ou Entidade Xestora da Seguridade Social así como en Órganos Constitucionais ou do Poder Xudicial”.

A incorporación ó traballo deberá solicitarse alomenos un mes antes de concluír o período de quince anos de duración de esta situación, sendo declarado de oficio, no caso contrario, en situación de excedencia voluntaria por interese particular”.

En fin, o informe do CES recolle que é tamén bastante frecuente a previsión dentro do fondo social dos convenios de axudas económicas para sufragar gastos de xardíns de infancia, transporte escolar e gastos sanitarios de familiares.

12 Art. 12 convenio persoal da policía de Euskadi, Res. 7 marzo 2000, BO País Vasco 24 marzo 2000.

13 Art. 17 do mesmo convenio.

14 Res. 18 xullo 2003, BOE 12 agosto 2003.

15 Res. 18 abril 2002/23 maio 2002, DOGA 4 xuño 2002, art.23.

16 Res. 22 outubro, B.O. do Principado de 16 novembro 2002.

2.1. Permisos por razóns familiares

O art. 37.3 ET contempla tal clase de permisos, por matrimonio (15 días naturais), nacemento ou falecemento, accidente, enfermidade grave ou hospitalización de parentes (dous días ou catro se hai desprazamento), un día por traslado de domicilio e polo tempo indispensable para a realización de exames prenatais e técnicas de preparación ó parto que deban realizarse dentro da xornada.

A xustificación e as funcións destes permisos vense sen mais explicación. Cabe apuntar, unicamente, unha tendencia que, aínda que non está hoxe na Lei, adóptase na negociación colectiva para estender estes dereitos ós casos de familias de feito, e dicir, de parellas de feito. Vgr., *vid.* a regulación da Normativa Laboral (Convenio Colectivo) de RENFE, na que se estenden ás parellas de feito “os mesmos beneficios que a normativa laboral establece para os cónxuxes”, fixando os criterios e requisitos que permitan esta extensión. O mesmo sucede, vgr., no convenio de Pescanova Chapela SA¹⁷; ou no de DHL España SA¹⁸, que estende a licencia por matrimonio ás parellas de feito, regulando despois, nunha cláusula denominada “Política de igualdade e non discriminación” (Disp. Ad. segunda), que para ter dereito as devanditas parellas ós mesmos permisos e licencias que os matrimonios, deberase estar inscrito en calquera rexistro oficial de parellas de feito, ou acreditar dous anos de convivencia en común mediante certificado de empadroamento.

Outros convenios, simplemente melloran as prestacións estatutarias¹⁹.

2.2. Suspensión do contrato por risco durante o embarazo

O art. 48.5 contempla esta clase de suspensión. En xeral, os convenios colectivos poden conter –contén– melloras neste eido. Así, vgr., o Convenio Colectivo do Consorcio para a Extinción de Incendios e Salvamento de Murcia²⁰ establece (art. 42) o dereito da embarazada a ocupar un posto de traballo ou quenda distinto ó seu, sen mingúa de dereitos, así como ós permisos necesarios e unha prioridade para elixi-las súas vacacións regulamentarias.

2.3. Suspensión do contrato por maternidade

Como se sabe, a regulación desta suspensión –coñecida como permiso de maternidade, se atopa no art. 48.4 ET, e ten especiais normas reguladoras para o caso de que esta situación coincide, segue ou precede a unha situación de fin de contrato, IT e desemprego (art. 222 LGSS).

17 DOGA, 25 xuño 2003, art. 20.

18 Res. 7 febreiro 2002, BOE 26 febreiro 2002, art. 44.

19 Vgr., convenio empresa Thyssenkrupp Elevadores, SA, Huelva, Res. 17 xaneiro 2003, BOP 24 febreiro 2003, que eleva o permiso por nacemento a tres días laborables, e dous máis en caso de intervención quirúrxica por cesárea.

20 Res. 16 xaneiro, BORM 13 febreiro 2001.

Moito se ten falado sobre a necesidade de realizar accións de conciliación específicas con respecto a este permiso, que por razóns obvias é de titularidade da muller alomenos cando se trata de parto natural.

E o certo que a da maternidade é quizais unha das situacións que máis provoca a discriminación da muller no traballo, e non é menos certo que esa situación de discriminación ten a súa explicación –non a súa xustificación, aínda que si a súa explicación– no feito de que a contratación polo empresario dunha dona, ten máis consecuencias prexudiciais para a empresa que as propias da situación de maternidade na que a muller pode incurrir. Así, non se trata só de que o empregador ten que contar co feito de que a muller, de se-lo caso, pode ausentarse co seu permiso de maternidade durante 16 semanas, nas que o empregador terá que prover, no seu caso, a súa substitución. É que, ademais, durante ese tempo no que a muller non traballa –e por tanto, non cobra o seu salario, aínda que si o subsidio de maternidade– nembargantes non pode dicirse, co sistema legal na man, que xa que logo non cústalle diñeiro ó empregador, porque este, aínda que a muller non traballe, ten que cotizar por ela, e cústalle diñeiro durante o permiso de maternidade, a pesares de non traballar nin cobrar, e é este un prexuízo a maiores sobre ó de reorganización da actividade cando a muller disfruta o seu permiso.

Nas solucións máis radicais para evita-la discriminación, podería postularse un sistema no que fora imposible a discriminación, vgr., partindo do dato de que o permiso por maternidade alóngase durante 16 semanas, facendo obrigatorio o seu desfrute en 8 semanas para a nai e as outra 8 para o pai. Deste modo, ó empregador sería-lle indiferente contratar a un home ou a unha muller, porque calquera deles que tivera un fillo provocaría o permiso sen distinción de sexo. Nembargantes, a solución non é tan boa coma puidera parecer, dunha banda, porque con ela a muller perdería parte do dereito que agora ten, posto que agora é ela a titular do total das 16 semanas, e a que pode –a súa vontade– ceder parte delas, hasta 10, ó pai. Doutra, e non menos importante, porque na concepción deste permiso ten moita importancia –a maior– razóns fisiolóxicas e de psicoloxía social, e parece moi importante para o neno, e para a propia nai, que pasen xuntos o maior tempo posible ó principio da vida do neno, o que non só é aconsellable dende o punto de vida da estabilidade e saúde do neno, senón tamén da propia nai, sendo por exemplo aconsellable que o período de amamentamento se alongue o máis posible, e téndose comprobado que este vai finalizar, na maioría dos casos, cando a nai se reincorpora ó seu traballo.

Pero algúns convenios colectivos teñen atopadas vías intermedias moi interesantes. É o caso do convenio do persoal laboral do Principado de Asturias²¹ que no seu art. 27.1.1.D dispón a seguinte redacción:

“No caso do persoal masculino da Administración do Principado de Asturias, sempre que solicitaran, alomenos, o desfrute dun período de quince días de baixa de

21 Res. 22 outubro 2002, B.O. do Principado de 16 novembro 2002.

maternidade, a Administración do Principado de Asturias outorgaralles o dereito a unha semana de permiso retribuído que se achegará ó período solicitado á Seguridade Social polo pai, e que deberá ser disfrutado co anterior de modo ininterrompido.

Se o permiso solicitado fora superior a un mes natural, a Administración do principado de Asturias outorgará dúas semanas.

Se a licencia por maternidade/paternidade se compartise o 50% entre a nai e o pai, o número de semanas que se outorgarían por parte da Administración do Principado de Asturias sería de tres.

No caso do persoal feminino da Administración do Principado de Asturias, tería o dereito a similares períodos de permiso e nas mesmas condicións, sempre que cedera unha parte da licencia por maternidade a favor do pai”.

Como se ve, sen quitarlle dereitos á muller, esta regulación convencional fomenta o reparto de responsabilidades familiares entre os sexos, nunha regulación imaxinativa e favorecedora da conciliación da vida laboral e familiar.

Nembargantes, como recolle o informe do CES²², noutros casos, o contido dos pactos foi reproducido e aínda superado polas Leis que regulan a función pública ou o emprego público na Comunidade. É o caso da Lei 6/2002, de Cataluña, que estableceu o dereito dos funcionarios e empregados públicos a percibir o 100% da retribución no suposto de redución de xornada para atender a un menor ata que teña un ano. Noutras, aprobáronse leis que amplían a tódolos traballadores unha serie de melloras; en Castela e León os incentivos en forma de permiso adicional retribuído aplícanse a tódolos traballadores varóns, mentres que en Castela-A Mancha se subvenciona con 900 €/mes ós homes que se acollan a, como mínimo, un mes de excedencia para coidado de fillos se previamente disfrutaran de tres semanas de baixa por maternidade.

2.4. Permiso e redución por hospitalización de neonato

Segundo o art. 37.1 bis ET, tense un permiso nestes casos de ata unha hora con salario, de dous horas con diminución proporcional de salario. O primeiro dos supostos, polo tanto, sería un máis dos permisos que sistematicamente contempla o art. 37 ET, sen embargo, no segundo dos casos, se estaría ante unha redución de xornada de traballo ou suspensión parcial da mesma, que quedaría, coma a redución de xornada por motivos familiares (*vid. infra.*, 8.2.6), fora dos canles legais do art. 12.4 ET. Desde este punto de vista, as mesmas observacións que se fan máis abaixo para a devandita redución de xornada pódense facer para esta. Sen embargo, neste caso a autonomía negocial pode ter un campo de acción máis amplo, por exemplo, porque pode estender as condicións do permiso dunha hora ó caso da redución de

22 CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres*, CES, Madrid 2003, páx. 59, nota 21.

xornada de dúas horas, total ou parcialmente, ou ben con límites de tempo, de modo que, aínda que o traballador necesita máis dunha hora para atender estas circunstancias familiares, o instrumento xurídico escollido sexa o do permiso, e non o da redución de xornada, se esta non vai durar máis dunha semana, dun mes, ou o tempo que os negociadores conveñan en función dos seus intereses e experiencias.

2.5. Lactación

Este permiso, verdadeiramente moi reducido na regulación legal –dous medias horas se son dentro da xornada, pero só media hora se é ó principio ou ó remate da xornada (diaria), é frecuentemente ampliado pola negociación colectiva, que o estende en tódolos casos a unha hora, aínda que se desfrute ó principio ou ó remate da xornada²³. Pese a todo, e segundo recolle o informe do CES²⁴.

A Lei introduciu unha nova norma (art. 37.6 ET), segundo a cal, a concreción horaria deste permiso –e da redución de xornada por coidados familiares, que veremos despois– corresponde ó traballador. Nembargantes, a mesma norma di que as discrepancias xurdidas entre o empresario e o traballador sobre a concreción “serán resoltas pola xurisdicción... a través do procedemento establecido no art. 138 bis da LPL”.

Esta segunda referencia amosa un problema interpretativo importante, por canto o procedemento referido, esixe ó traballador a posición de demandante, e cun prazo de vinte días ¿de caducidade? para interpoñer a demanda, “a partires de que o empresario lle comunique a súa desconformidade coa concreción horaria ...”. Esta regulación desmonta a atribución ó traballador desa concreción horaria, que ven sendo mentira por canto ó empregador bástalle con opoñerse para que esa distribución horaria, ó que parece, non poda ter efectos, e o traballador teña que interpoñer a demanda.

A negociación colectiva é, entón, a solución doada para corrixir esta disposición legal moi defectuosa. Basta que o convenio colectivo introduza parámetros de fixación, nos que o traballador faga efectivo o seu dereito á concreción horaria para evitar o problema e o conseguinte preito. Deste xeito, pódense introducir cláusulas coma por exemplo: “O traballador fixará a concreción horaria do seu permiso de lactación, e o empresario non poderá mostrar desconformidade agás nos casos nos que a concreción coincida co período de maior actividade diaria da empresa, fixándose este período no tramo horario dende as 11.00 ata as 13.30 horas”, ou fórmulas similares.

23 Vgr., convenio do persoal laboral da Xunta de Galicia, Res. 18 abril 2002/23 maio 2002, DOGA 4 xuño 2002, art. 23; convenio de Cataluña para establecementos sanitarios da sanidade privada, Res. 12 agosto 2002, D.O. Generalitat 3 outubro 2002, art. 39.

24 CES, *op. cit.*, páx. 56; hai poucos convenios que melloren o contido do dereito á redución de xornada por lactación.

2.6. Reducción de xornada por coidados familiares

Son dous os casos desta redución; o dos neonatos hospitalizados, que permiten unha redución de xornada de máis dunha hora (porque ata unha hora é un permiso retribuído) e ata dous horas (art. 37.4.bis ET), e o da redución de entre un tercio e un medio da xornada por coidado de menores de seis anos, minusválidos ou parentes ata o segundo grao que por razóns de idade, enfermidade ou accidente non podan valerse por si mesmos (art. 37.5 ET); casos que permiten ademais novos contratos de interinidade por substitución das xornadas que foran reducidas (art. 5.2 RD 2720/1998) e que introducen o problema antes exposto da concreción horaria de redución, polo que as mesmas solucións son aplicables nestes casos.

As experiencias negociais de mellora dos mínimos legais, sobre todo en canto á redución de xornada por garda legal, son variadas. Seguindo o informe do CES, cabe observar que o máis natural é aumenta-la idade do fillo que da dereito á redución de xornada. Outras melloras consisten en modifica-lo umbral mínimo de redución, establecido polo ET en alomenos 1/3 da xornada, situándoo por exemplo en 1/4 e favorecendo así reducións de xornada que impliquen unha perda salarial de menor importancia. Con menor frecuencia se elevan as retribucións que corresponderían neste caso por riba do que sería proporcional á redución de xornada.

2.7. Excedencias por coidados familiares

Nestes casos, a excedencia ven con reserva de posto no primeiro ano, pero só con reserva de emprego nos seguintes ata os tres que como máximo contempla a Lei. E labor da negociación colectiva mellorar este sistema, a favor da conciliación da vida laboral e familiar, estendendo a reserva de posto de traballo ata os tres anos de excedencia por estas razóns.

Aínda queda moito camiño por andar nesta experiencia conciliadora. Así, a lexislación reconece xa o período de excedencia como de situación asimilada á alta²⁵. Ademais, o primeiro ano é considerado como de cotización efectiva segundo o art. 180.b LGSS, salvo para as prestacións por desemprego. Polo tanto, cabe, mellorar esta situación –aínda que non facelo supón unha rémora máis para a conciliación, dado que só se se ten fillos pode prantexarse este problema, porque quen non ten responsabilidades familiares nunca terá a necesidade desta excedencia- por exemplo pactando en convenio colectivo a suscripción de convenio especial para que todo o período de excedencia sexa cotizado e así o traballador con responsabilidades familiares non perda os seus dereitos ou expectativas de dereitos futuros (xubilación, etc.), polo feito e a obriga de ter que atender as súas responsabilidades familiares.

25 Art. 4 Lei 4/1995, de 23 marzo; art. 36.1.3º RD 84/1996, de 26 enero; D.A.3ª RD 1251/2001, de 16 novembro.

Outra forma de mellorar o sistema legal é facilita-la excedencia, por exemplo, reducendo de un ano a seis meses o período mínimo de desfrute²⁶. Según esta norma convencional, sen outros límites, o traballador “terá dereito ó seu posto de traballo co preaviso de dous meses”. Tamén é un sistema de mellora desta excedencia, a parte da súa prorroga por enriba dun ano, considerar o tempo de excedencia como de “servicios efectivamente prestados a efectos exclusivamente do cómputo da antigüidade”²⁷.

26 Convenio colectivo de depuración de augas residuais de Alicante, Res. 26 novembro 2001, BOP 12 decembro 2001, art. 32.

27 Convenio do persoal laboral do principado de Asturias, Res. 22 outubro 2002, BO do Principado de 16 novembro 2002, art. 26 e 28, no que a maiores se establece tamén que a reserva de emprego dos anos dous e tres da excedencia por coidado de familiares o será referida a “un posto na mesma localidade e de igual nivel e retribución”. O cómputo da antigüidade para estes casos atópase tamén, entre outros, no convenio de Cataluña para establecementos sanitarios da sanidade privada, Res. 12 agosto 2002, D.O. Generalitat 3 outubro 2002, art. 37.



A ORDENACIÓN DO TEMPO DE TRABALLO

CAPÍTULO SÉTIMO:
HORAS EXTRAORDINARIAS



HORAS EXTRAORDINARIAS

Dentro da xornada de traballo as horas extraordinarias desempeñan un papel fundamental. As normas laborais en materia de limitación da xornada ordinaria de traballo de nada servirían se simultaneamente permitísese a prolongación do tempo de traballo a través das chamadas horas extraordinarias, sen unha regulación paralela e en certa medida desincentivadora das horas mesmas. A normativa laboral experimentou modificacións importantes na materia que se centraron esencialmente na retribución das horas extraordinarias, o establecemento de topes máximos e a posibilidade da súa compensación con descansos. Estas modificacións caracterízanse, ademais de por unha maior flexibilidade, por unha considerable presenza da vontade das partes, manifestada a través da negociación colectiva ou do contrato individual de traballo.

1. Concepto de horas extraordinarias

1.1. Concepto legal

O art. 35.1 ET define as horas extraordinarias como “aquelas horas de traballo que se realicen sobre a duración máxima da xornada ordinaria de traballo, fixada de acordo co artigo anterior”. O concepto de horas extraordinarias é, pois, un concepto relacional e residual¹ respecto da xornada ordinaria de traballo: son horas extraordinarias as que exceden da xornada ordinaria de traballo. O problema é que non existe unha xornada normal ou ordinaria homoxénea para tódolos traballadores senón que, de acordo co art. 34 ET, a duración da xornada de traballo será a pactada nos convenios colectivos ou nos contratos de traballo. Ha de estarse, polo tanto, á xornada laboral ordinaria de cada traballador para identificar só como horas extraordinarias as que excedan desta. Todo iso xera unha potencial confusión entre as horas ordinarias e as extraordinarias.

Aínda que a xornada se mide por horas traballadas, poden utilizarse como períodos de referencia o día, a semana ou o ano. De feito, as limitacións á duración máxima da xornada fixadas no art. 34 ET, que se refiren á xornada ordinaria, afectan á xornada diaria, á semanal e á anual. Precisamente, esas limitacións deben terse en conta para os efectos de determina-las horas que han de ter necesariamente a consideración de horas extraordinarias, por exceder da xornada ordinaria máxima. Como parece lóxico, canto maior é o módulo ou período de referencia utilizado para fixa-la xornada ordinaria maior é tamén a dificultade de determina-las horas extraordinarias, a menos que o calendario laboral concrete as horas ordinarias de traballo que han de efectuarse en unidades temporais menores. Fóra deste suposto, deberá esperar á finalización do período de referencia para cualifica-las horas realizadas ó longo deste como ordinarias ou extraordinarias.

1 Concepto “esquivo” en palabras de DE LA VILA GIL, L.E-V., “El concepto de hora extraordinaria”, en Estudios sobre la ordenación de la jornada de trabajo, ACARL, 1991, p. 365.

O límite das nove horas diarias de traballo efectivo, salvo que por convenio colectivo ou acordo de empresa se estableza un límite distinto, significa que a falta dos referidos convenios ou acordos, as horas diarias de traballo efectivo que excedan de nove han de ter *necessiter*² a consideración de horas extraordinarias. Con todo sería posible pactar por convenio ou acordo colectivo unha distribución do tempo de traballo ordinario que supuxese algúns días ata doce horas ordinarias de traballo efectivo, pois o único límite que se establece no art. 34.3 ET a esta facultade é o das doce horas de descanso entre xornadas.

O límite semanal da xornada ordinaria actuará de forma diferente segundo se establecera ou non, mediante convenio colectivo ou acordo de empresa, a distribución irregular da xornada ó longo do ano, que deberá respectar en todo caso, segundo o art. 34.2 ET, os períodos mínimos de descanso diario e semanal. Se non se pactou a distribución irregular, terán a consideración de horas extraordinarias as que excedan das corenta horas semanais ou, no seu caso, da xornada semanal inferior que corresponda por convenio, pacto ou contrato. E se se pactou unha distribución irregular, computaranse como extraordinarias as que excedan da xornada semanal irregular prevista para cada semana en concreto.

E a xornada máxima anual ou a que poida corresponder a ciclos temporais inferiores³, que deriva do límite das corenta horas semanais de traballo efectivo de media en cómputo anual ou do límite inferior que no seu caso se pactara, opera de modo que terán a consideración de horas extraordinarias as que excedan anualmente dese límite.

Así as cousas, en función do que se estableza por convenio colectivo ou acordo de empresa, poden ter a consideración de horas extraordinarias ou mesmo de horas ordinarias as que excedan do límite diario das nove horas ordinarias de traballo efectivo así como as que excedan do límite semanal das corenta horas de traballo efectivo. Se non se establece nada, terán a consideración de horas extraordinarias. Pero poderá pactarse a súa consideración como horas ordinarias, sempre que se estableza unha distribución irregular da xornada. O que é seguro, aínda que se estableza unha distribución irregular, é que deberán ter a consideración de horas extraordinarias as que excedan da xornada máxima anual que resulta das corenta horas semanais de traballo efectivo de media en cómputo anual.

A esta primeira dificultade para os efectos de determinar as horas que deben ter a consideración de extraordinarias, engádese a de que por convenio colectivo ou contrato de traballo se pode fixar unha xornada de traballo inferior á prevista como xornada máxima polo ET. Nese caso consideraranse horas extraordinarias as que excedan da xornada pactada aínda cando non alcancen o tope da xornada máxima

2 SEMPERE NAVARRO, A.V., *El marco jurídico de las "horas extras"*, ÁS, nº 17, 2001 -BIB 2001/1597, p. 1-.

3 ALFONSO MELLADO, C.O. e GARCÍA ORTEGA, J., *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Tirant lo Blanch (Valencia 1994) p. 38.

legal diaria de nove horas, semanal de corenta ou anual de corenta horas semanais de media en cómputo anual. O importante, por iso é delimita-la xornada ordinaria.

Polo demais, a posibilidade de esixir non xa o traballo efectivo do traballador senón a súa dispoñibilidade, a través dos tempos de garda ou localización, cada vez máis frecuentes en distintas profesións, e mesmo das chamadas horas de dispoñibilidade que o empresario pode esixir ós traballadores en determinadas circunstancias, se así previuse en convenio colectivo, formula a dúbida da cualificación deste tempo de dispoñibilidade, cando o traballador queda obrigado unicamente a estar localizable por se se necesitan os seus servizos, pero sen presenza física no lugar de traballo e mentres non se produza a súa incorporación ó servizo. A xurisprudencia non o considera tempo de traballo efectivo e, polo tanto, tampouco de horas extraordinarias⁴. Salvo, por suposto, que se produza o chamamento e a dispoñibilidade se converta en prestación efectiva de traballo.

1.2. Caracterización

Da regulación do art. 35 ET despréndense unha serie de canons contribúen a perfila-la caracterización das horas extraordinarias e a delimita-lo seu concepto.

A realización de horas extraordinarias é voluntaria, salvo que se pactara en convenio colectivo ou contrato individual de traballo (art. 35.4 ET). Por conseguinte a prestación de traballo fóra da xornada ordinaria require en xeral un acordo entre empresario e traballador, que pode sobrevir no momento da realización das horas extraordinarias ou ser convido previamente por ámbolos dous mesmo xa en contrato individual de traballo. Cando non son voluntarias é cando a súa realización se pactou en convenio colectivo, pois este se impón a tódolos traballadores da unidade de negociación con independencia da súa vontade. Neste caso pódese falar de certo consentimento á súa realización, pero prestado non polos traballadores que han de realizalas senón polos seus representantes na negociación colectiva. Tamén desaparece a voluntariedade no suposto de exceso de horas “traballadas para previr ou reparar sinistros e outros danos extraordinarios e urxentes” (art. 35.3 ET).

A negativa do traballador á realización das horas extraordinarias non pode comportarlle un efecto prexudicial, salvo que se comprometese previamente á súa realización, e neste caso terá que estar ó pactado e as horas extraordinarias serán tan obrigatorias como as ordinarias, ou que a negativa supoña infracción do deber do traballador de cumprir coas súas obrigas, de acordo coas regras da boa fe e dilixencia, como no caso de non realización das horas extraordinarias por forza maior.

En canto á retribución das horas extraordinarias, o art. 35.1 ET difire ó convenio colectivo ou, no seu defecto, ó contrato individual, a opción entre paga-las horas extraordinarias en contía non inferior ó valor das horas ordinarias, ou compensalas por tempos equivalentes de descanso retribuído. E establécese como regra supletoria

4 STS do 18 de febreiro de 1991 (Ar 847), en unificación de doutrina.

que, a falta de pacto ó respecto, as horas extraordinarias deberán ser compensadas mediante descanso dentro dos catro meses seguintes á súa realización.

Á marxe da prohibición absoluta de realización de horas extraordinarias que afecta ós menores de dezaioito anos (art. 6.3 ET), ós traballadores nocturnos (art. 36.1 pár. segundo) e ós traballadores a tempo parcial, salvo neste último suposto respecto das horas de emerxencia do art. 35.3 ET (art. 12.4.c. ET), existe unha limitación máxima anual de oitenta horas extraordinarias para cada traballador, infranqueable tanto para a negociación colectiva coma para os contratos individuais de traballo que, non obstante, poden rebaixala. Non existen, en cambio, topes máximos diario ou semanal, salvo os derivados do respecto ós descansos garantidos legalmente.

Ese máximo anual de horas extraordinarias afecta os traballadores que realicen na empresa a xornada normal ou xeral, pero redúcese proporcionalmente para os traballadores que realicen unha xornada en cómputo anual inferior á xeral, “na mesma proporción que exista entre tales xornadas” (art. 35.2 ET). Ha de tratarse, non obstante, dun contrato a tempo completo porque os traballadores a tempo parcial non poden realizar horas extraordinarias senón complementarias.

Ademais, non se computan dentro dese límite máximo as horas extraordinarias que fosen compensadas mediante descanso dentro dos catro meses seguintes á súa realización. Esta salvidade respecto das horas extras compensadas con descanso xustifícase porque non se traballa máis horas totais que as ordinarias comprometidas, senón que simplemente se permite adiantar traballo ordinario, é dicir, o realizar antes do tempo en que inicialmente estaba previsto. Conséguese así unha distribución irregular da xornada, de modo que determinadas horas se realizan cando non estaban previstas a cambio de descansar en determinados momentos en que estaba previsto traballar. Esta posibilidade non afecta á media da xornada semanal en cómputo anual porque neste caso as horas extraordinarias se compensan con descansos retribuídos. Lógranse deste modo os mesmos efectos que coa distribución irregular da xornada prevista no art. 34.2 ET, pero sen esixir ningún tipo de control colectivo⁵ –nin convenio colectivo nin acordo de empresa-. As horas así compensadas permiten flexibiliza-la xornada de traballo sen necesidade de previsión en convenio ou acordo de empresa, e adaptala ás necesidades productivas do momento, sempre que se conte co consentimento do traballador para a súa realización. E aínda que non computan para os efectos do límite máximo de oitenta horas extraordinarias ó ano, é dicir, en doce meses, si parece que, neste caso, operaría o límite das oitenta horas extraordinarias non compensadas en catro meses. Só no momento en que esas horas extraordinarias son compensadas mediante descanso dentro dos catro meses seguintes á súa realización se exclúen do cómputo do límite máximo.

5 FERNÁNDEZ PRATS, C., *Las horas extraordinarias voluntarias a la luz de las últimas reformas*, AS, V, p. 763 ss. –BIB 1999544, p. 7-.

Tampouco se computan dentro dese límite máximo, nin sequera dentro do límite máximo da xornada ordinaria, as horas extraordinarias realizadas “para previr ou reparar sinistros e outros danos extraordinarios e urxentes”, sen prexuízo da súa compensación como horas extraordinarias (art. 35.3 ET).

Precisamente, para os efectos do cómputo de horas extraordinarias, o empresario debe rexistrar día a día a realización de tales horas e totalizalas no período, xeralmente mensual, cuberto polo recibo de salarios (art. 35.5 ET), no que debe constar co fin de facilita-la proba que ó respecto esixen os tribunais. Esta esixencia parece de difícil, por non dicir imposible, cumprimento nos supostos en que a xornada de traballo se computa anualmente, pois ata a finalización do período de referencia, a realización de certas horas só pode supoñer, todo o máis, unha especie de “indicio” de que poden ser extraordinarias⁶. Todo iso deriva nunha enorme dificultade de control por parte da actuación inspectora da Autoridade laboral.

Ó mesmo tempo, facúltase o Goberno, como medida de política de emprego, a suprimir ou reducir temporalmente o número máximo de horas extraordinarias “con carácter xeral ou para certas ramas de actividade ou ámbitos territoriais”. Con todo, aínda que o Goberno pode limitar ou mesmo suprimi-las horas extraordinarias, o que non pode facer é impoñe-la contratación de traballadores desempregados ás empresas. Polo demais, e aínda que esta medida non foi adoptada ata o momento, podería formularse a dúbida de se os Gobernos autonómicos poderían adoptar medidas semellantes nos seus respectivos ámbitos en execución da lexislación laboral. Si se destacou reiteradamente nos Acordos Interconfederais para a Negociación Colectiva a importancia da limitación das horas extraordinarias que non sexan estritamente necesarias como medida de creación e mantemento do emprego⁷.

Así as cousas, da regulación legal despréndese unha caracterización do tempo de traballo ordinario, e por ende das horas extraordinarias, tan flexible que esvaece o propio concepto destas e dificulta a delimitación e distinción entre o tempo ordinario e o extraordinario. A posible superación do máximo das nove horas ordinarias de traballo efectivo por convenio colectivo ou acordo de empresa, a potencial distribución irregular da xornada de traballo ó longo do ano, a facultade de establecer horarios flexibles, a posibilidade de esixir non xa o traballo efectivo do traballador senón a súa dispoñibilidade ou a eventualidade mesma de compensa-las horas extraordinarias con descansos equivalentes nos catro meses seguintes á súa realización, son factores todos eles que avogan por un concepto sumamente flexible das horas extraordinarias.

6 ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *Horas extraordinarias* (En torno al artículo 35), REDT, 2000, nº 100, p. 751.

7 Neste sentido, véxase o *Acordo Interconfederal para a Negociación Colectiva 2003* (BOA nº 47, do 24 de febreiro de 2003).

1.3. Clasificación

Conforme ó art. 35.3 ET o exceso das “horas traballadas para previr ou reparar sinistros e outros danos extraordinarios e urxentes” compénsanse como horas extraordinarias pero non computan como tales nin tampouco para os efectos da duración máxima da xornada laboral. Estas horas extraordinarias por forza maior, tamén chamadas horas de emerxencia, ademais, non son voluntarias senón que, conforme a reiterada xurisprudencia, derivan do deber básico do traballador de cumprir coas obrigas concretas do seu posto de traballo, de conformidade ás regras da boa fe e dilixencia, recollida no art. 5 a) ET e son obrigatorias para este, salvo que entrañen un risco grave e inminente para a súa vida ou a súa saúde, e neste caso, o traballador poderá interromper a súa actividade e abandona-lo lugar de traballo (art. 21.2 LPRL).

Fronte a estas, as horas extraordinarias propiamente ditas son con frecuencia clasificadas nos convenios colectivos en habituais e estruturais, para os efectos de prohibilas primeiras e permiti-las segundas, como se pasa a describir no seguinte apartado.

2. Horas extraordinarias estruturais e habituais

Aínda que a distinción entre horas extraoordinarias estruturais e horas extraordinarias habituais apenas ten unha formulación lexislativa positiva –agás, como se ha ver, algunhas referencias normativas regulamentarias na materia de cotización–, é sen embargo doado facer unha distinción teórica e de fundamento entre ambas dúas categorías.

Así, pertencen á caste das horas extraordinarias estruturais, nunha aproximación inmediata e sinsela, aquelas a realización das cales obedece precisamente a necesidades estruturais da empresa, e dicir, as que teñen coma causa, pura e simplemente, continxencias organizativas empresariais, ben sexan continxencias imprevisíbeis –e nesta subcategoría, moi ampla, entrarían tanto as horas de forza maior (aquelas destinadas a reparar danos extraordinarios e de reparación urxente, nos termos do art. 35.3 ET), a realización das cales, por outra banda sempre obrigatoria, explícase ben no eido da boa fe no desenvolvemento do contrato de traballo–; coma outra caste de traballo extraordinario que, ben que previsible, sen embargo é necesario en todos os casos proveer a súa realización con tempo de traballo extraordinario, sen que poda facerse con novas contratacións polas propias circunstancias do traballo do que se trata. Un exemplo ilustrará mellor esta última clase de horas extraordinarias. Trátase, vgr., das nomeadas operacións de “toma e deixe” de traballos (ou nomes similares), nos que o traballador que deixa o posto ten necesariamente, para que o traballo sexa productivo e a produción de actividade continúe sen interrupcións, que informar ó traballador que o releva das novidades e incidencias producidas no traballo durante a quenda que ocupou.

Estes servizos, como se di, non poden, en ocasións, ser realizados máis que con traballo extraordinario, dunha banda porque só o traballador que abandona o posto

sabe as incidencias e novidades que deben ser comunicadas ó traballador entrante, que á súa vez é a quen necesariamente ten que comunicarse ditos extremos para que poda realizar con efectividade o seu traballo, e doutra porque sendo así, e se se trata de postos que non podan quedar en baleiro nos intres de cambio de quenda, esixiráselle sempre un tempo no que ambos os dous traballadores estean conxuntamente no traballo –para a toma e deixe informada– e ademais, o traballador saínte nunca poderá abandonar o posto antes de que o entrante o tome e o faga debidamente informado, co que, ademais do tempo empregado na información, todos os atrasos do traballador entrante deberán ser asumidos polo saínte.

Á categoría de horas extraordinarias habituais, pertencerán, por contraposición á anterior categoría, aquelas que se fan por necesidades estritamente productivas, e non organizativas, da empresa, e dicir, pola necesidade ou a conveniencia de obter máis cantidade de produción, de modo que, desde un punto de vista xenérico, podería dicirse que ditas horas extraordinarias se evitarían coa contratación de novos traballadores, ben que, en función da periodicidade con que se faga este recurso ó tempo de traballo extraordinario para aumentar a produción, pode concluirse que en efecto, as horas extraordinarias supoñen a non contratación de novos traballadores, ou ben que dada a pouca frecuencia co que se recorre a elas por esta causa, supoñan meramente un recurso tamén organizativo do empregador, para cubrir unha esporádica necesidade de máis produción.

Pero como se di, non hai elementos lexislativos de diferenciación no réxime xurídico das horas extraordinarias estruturais e habituais, nin poden facerse clasificacións que determinen, polo só feito da súa conceptualización como tais, de obrigatorias ou voluntarias, ou outras conclusións en canto a súa limitación, retribución, tratamento xurídico, etc.

Os efectos legais, hoxe, ningunha diferenza de réxime xurídico legal existe entre as horas extraordinarias estruturais e habituais –por máis que haxa normas que contemplan especificamente as estruturais–, aínda que as primeiras teñan, razoablemente, unha maior aceptación desde o punto de vista da súa razoabilidade e xa que logo, unha propensión a ser mellor aceptadas que as segundas, a realización das cales sen embargo, aínda que é fortemente rexeitada desde o plano teórico polos traballadores e as organizacións sindicais –no entendemento de que non só son un elemento de maior explotación dos traballadores, que prexudica o seu descanso e a súa vida persoal, porque non lles permite unha libre disposición do tempo que non debería ser de traballo, senon tamén, e principalmente un elemento que impide o reparto do traballo e as novas contratacións, e xa que logo de insolidariedade e tensión entre os traballadores–, como se di, sen embargo, non se acada a súa eliminación, e aínda cabe dicir que o plano teórico contrasta co práctico, no que as horas extraordinarias habituais (termo en si mesmo contradictorio⁸) seguen a facerse,

8 cfr. entre outros PALOMEQUE LÓPEZ M. C., “Voluntariedad y obligatoriedad en la prestación de las horas extraordinarias”, en AA.VV., *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid 1991, pág. 426.

xa sexa de xeito voluntario ou obrigatorio⁹, e mesmos medran no seu número e supostos de realización, o que contrasta fortemente tanto coa escasez de emprego desde hai anos existente como co requerimento social dunha maior conciliación da vida laboral e familiar e, en xeral, dun maior espacío para o tempo persoal, de non traballo.

2.1. Horas extraordinarias estruturais

Precisamente as horas extraordinarias estruturais nacen, segundo as afirmacións doctrinais¹⁰, como resposta limitativa e racionalizadora ó aumento das horas extraordinarias, na Orde de 1 marzo 1983¹¹, sobre cotización adicional por percepcións derivadas de horas extraordinarias, o art. 1 da cal ofreceu unha definición, ben que non totalmente axeitada, das devantidas horas: “entenderáanse por horas extraordinarias estruturais as necesarias por pedidos imprevistos, períodos punta de produción, ausencias imprevistas, cambios de quenda ou outras circunstancias de carácter estrutural derivadas da natureza da actividade de que se trate, sempre que non podan ser substituídas pola utilización das distintas modalidades de contratación previstas legalmente”.

A norma fai ademais outras interesantes previsións sobre as horas extraordinarias estruturais, particularmente por canto no seu art. 3 encarga ós convenios colectivos a definición das horas estruturais, e ós acordos de empresa “a determinación en cada caso de qué horas extraordinarias das realizadas corresponden a tal definición”.

O que non fixo esta norma, nin ningunha outra posterior, é facer previsión alguna sobre o carácter obrigatorio ou voluntario da realización destas horas, o que fai que ese carácter se someta ó réxime xeral, segundo o cal (art. 35.4 ET) “a prestación de traballo en horas extraordinarias será voluntaria, salvo que a súa realización se pactara en convenio colectivo ou contrato individual de traballo...”.

Tampouco se atopa normativa algunha que dispoña sobre o cómputo destas horas extraordinarias para o límite xeral de 80 ó ano que establece o art. 35.2 ET. Xa que logo, habrá que entender tamén aplicable a elas o réxime xeral e o tope de 80 –no que haberá que achegar tanto as estruturais coma as habituais–, sen que, sen embargo, podan confundirse estas horas coas horas *de forza maior* a regulación das cales, no art. 35.3 ET, si as exclúe do tope máximo. Conven deixar isto claro, por canto houbo e hai normas –e interpretacións xurisprudenciais– que viron a oscurecer o panorama e a provocar a confusión por canto daban a entender que o

9 Ou de xeito máis ou menos obrigado ou inducido polo empregador, aínda que non exista na norma sectorial obrigatoriedade, pero isto é xa non un tema de regulación, senon de eficacia na protección dos traballadores (sobre elo, vide infra, no apartado dedicado ás horas extraordinarias habituais).

10 PALOMEQUE, *op. cit.*, pág. 426.

11 BOE de 7 marzo 1983.

número de horas estruturais podía rebasar o tope de oitenta¹². Así, o actual art. 111 LGSS, cun añadido pola Lei 13/1996, de 30 decembro, reza que “a cotización adicional por horas extraordinarias estruturais que superen o tope máximo de oitenta horas establecido no art. 35.2 do Estatuto dos Traballadores efectuarase mediante a aplicación do tipo xeral de cotización establecido para as horas extraordinarias na Lei de Orzamentos Xerais do Estado”.

O problema que deu lugar a esta dudosa normativa á súa xurisprudencia, non foi, sen embargo, unha discusión sobre a aplicabilidade ou non dos topes ás horas estruturais. O que sucedeu foi que, establecido para as horas extraordinarias unha cotización adicional nas normas de seguridade social¹³, cotización que –polas razóns das causas de realización de horas extraordinarias que máis por enriba se consignaron– era moito menos costosa no caso das horas estruturais que no das habituais, os convenios colectivos regularon como horas extraordinarias estruturais a gran maioría das que ían realizarse nas empresas –e entre elas moitas que, con toda probabilidade, non eran no fondo estruturais, senon habituais– para evitar o mau custo cotizatorio. O problema foi pois, xa que logo, o abuso na negociación colectiva da calificación das horas extraordinarias coma estruturais para cotizar o tipo reducido¹⁴, que fixo que o art. 89 da Lei 65/1997, de 30 decembro suprimira a distinción entre horas extraordinarias estruturais e habituais ós efectos de facer cotizar ambas as dúas ó mesmo tipo, para evitar así a deformación no concepto das horas estruturais que, co fin de evitar aboar máis cartos por cotización, se fixo na negociación colectiva, modificación normativa, por certo, que fai a algunha doutrina entender que ficou derogada a norma do art. 111 LGSS e a propia O. 1 marzo 1983¹⁵.

Pese a todo, nalgúns convenios colectivos seguen a formularse equívocas definicións de horas extraordinarias. Así, por exemplo, no Convenio Colectivo se definen como horas de forza maior, ademais das que o son, segundo o art. 35.3 ET, as motivadas por “paradas non programadas de Unidades de Producción”¹⁶, horas que

12 Unha exposición do problema, e os datos normativos, doctrinais e xurisprudenciais, en RODRÍGUEZ PASTOR, G., El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, págs. 109-110. Entre as sentencias que se citan, as SsTS 25 xuño 1996, Ar. 5500; 5 novembro 1996, Ar. 8270; 28 xaneiro 1997, Ar. 446 e 22 abril 1997, Ar. 3183.

13 Cotización adicional que vense recoñecendo coma un mero recargo impositivo, aínda que non ten efecto algún para as prestacións (Arts. 111 LGSS; art. 24.2 RD 2064/1995, de 22 decembro; art. 97.2.3.b Lei 61/2003, de 30 decembro), asunto sobre o que non podemos deternos agora, por no ser do tema de tempo de traballo que nos ocupa.

14 HERRERO ALARCÓN, F., “Artículo 111. Cotización adicional por horas extraordinarias” en AA.VV. (SEMPERE, dir.) Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social, Laborum, Murcia 2003, pág. 521.

15 ALONSO OLEA, M. / TORTUERO PLAZA, J. L., Instituciones de Seguridad Social, 18ª ed., Civitas, Madrid 2002.

16 CC da Empresa Fertiberia SA, Res. 17 xaneiro 2002, BOE 31 xaneiro 2002.

con toda claridade non son de forza maior, senon, como moito, estruturais –se en efecto as paradas son imprevistas e non se deben a unha programación establecida pola empresa, que poida ser prevista coa antelación suficiente como para reorganiza-lo traballo–.

Outros convenios definen de mellor xeito as horas extraordinarias que terán carácter estrutural. Vgr. o convenio dos Ferrocarriles Vascos, segundo o cal son estruturais as horas “necesarias para cubrir pedidos imprevistos ou transportes especiais; as que resulten como consecuencia de períodos punta de produción; as requiridas para cubrir ausencias imprevistas; as que surxan con ocasión de previr e/ou reparar danos e avarias nos materiais ou instalacións producidos durante a execución do servizo de transporte que impidan cumprir o servizo afectado; as provocadas por retrasos e outras causas análogas, as que resulten como consecuencia de cambios de quenda; as producidas por viaxes sen servizo e, en xeral, aquelas horas extraordinarias necesarias por circunstancias de carácter estrutural derivadas da natureza da actividade”¹⁷ Compre dicir que é o máis frecuente que os convenios dediquen as súas cláusulas á definición das horas estruturais e non ás habituais, pero iso non é ningunha omisión ou descuido dos negociadores, senon, máis simplemente, responde o feito de que, definidas as que son horas estruturais, serán habituais todo o resto de horas traballadas por riba da xornada ordinaria que non respondan á “estructuralidade”¹⁸.

Cabe tamén, vgr., deixa-la calificación como estruturais ou habituais para o momento en que se manifeste a necesidade de realización de horas extraordinarias¹⁹, o que pode ter o seu interese, se, por exemplo, como é no caso do convenio citado, no texto se pacta o carácter obrigatorio das estruturais e o carácter voluntario das habituais. En todo caso, sen embargo, este artellamento das horas ten o perigo da inseguridade xurídica, dunha banda, porque non se sabrá se as horas que se van a ofrecer son estruturais ou habituais ata o momento no que as persoas ou órganos encargados de facelo determinen o seu carácter, pero tamén, doutra banda, porque a calificación que fagan estas persoas ou órganos, debe someterse á legalidade vixente e ás regras da boa fe, e poden xurdir problemas sobre a corrección da calificación feita.

17 CC Ferrocarriles Vascos, Res. 17 decembro 2001, BO PV 7 xaneiro 2002, art. 39.

18 Segundo o art. 28 do CC de empresas depuradoras de Augas de Alicante (Res. de 25 novembro 2001, BO Alicante 12 decembro 2001), teñen carácter de horas estruturais as que veñan esixidas pola necesidade de reparar sinistros e outros danos urxentes e extraordinarios (repárese, sen embargo, que estas non son horas extraordinarias, senon de forza maior); en caso de risco de perdas en instalacións ou materiais e as necesarias por ausencias imprevistas, cambios de quendas ou outras circunstancias de carácter estrutural derivadas da natureza da actividade.

19 Como o fai o art. 9 CC. da empresa Thyssenkrupp Elevadores S.A., Res. 17 xaneiro 2003, BO Huelva 24 febreiro 2003, segundo o cal “a determinación do carácter estrutural ou de forza maior, en cada caso, se efectuará por parte do Delegado da empresa e do Delegado dos Traballadores”.

2.2. Horas extraordinarias habituais

Atendida tanto a definición das horas extraordinarias que fai o art. 35.1 ET como as consideracións recén expostas sobre o que son as horas extraordinarias habituais, tense a tentación de simplifica-la definición das horas extraordinarias habituais coma aquelas a realización das cales ten como simple obxecto ou causa de ser a evitación de novas contratacións; simplificación que, por outra banda, nin se alonxa moito da realidade, nin é extraño atopala en manuais ou traballos específicos sobre as horas extraordinarias.

Pero alomenos como liña de principio, e de cara a establecer os requerimientos que os convenios colectivos podrían ou deberían establecer cando regulan a realización de horas extraordinarias, cumpre dicir que, como dende antigo se ten establecido, o traballo extraordinario debe ter unha causa obxectiva de xustificación, apoiada na necesidade, como refiriu xa a antiga Lei de Xornada Máxima Legal de 1 xullo 1931 (art. 4), e que supondría evitar que as horas extraordinarias se fagan sen xustificación, convertíndose así non en extraordinarias senon en habituais, como ven sucedendo, antes e despois da súa regulación estatutaria²⁰.

Máis aló desta liña de principio, en efecto, a causa real que debe informar a realización das horas extraordinarias non baseadas en razóns estruturais non é tanto a mera “necesidade” do traballo –aínda que esta necesidade, naturalmente, dase sempre que se require traballo– senon a imprevisión sobre tal necesidade –aumento inesperado de pedidos; necesidade de repetir unha obra ou servicio, ou de fabricar de novo o produto, por defectos na anterior fabricación; ausencia dun traballador co traballo do cal se contaba para acadar a produción normal da empresa; etc.– imprevisión, que coma é lóxico, tería que deberse maiormente a factores externos á propia organización empresarial, e non a mala organización do empregador.

Pero, posto que a demostración da existencia de esas necesidades imprevistas é moi difícil na práctica, a Lei opta máis simplemente por establecer unhas normas limitadoras das horas extraordinarias –compensación por descansos ou límite numérico anual– que permite ó empregador a flexibilidade suficiente para afrontalas, atendendo ademáis a necesidade, moi admitida como liña de actuación teórica –menos na práctica– de limitar a realización de horas extraordinarias en canto supón unha lesión ó reparto do emprego, pois é claro que existe unha relación inversamente proporcional entre as horas extraordinarias habituais realizadas e as novas contratacións.

2.3. Voluntariedade. Limitación

Como se sabe, segundo o art. 35.4 ET, “a prestación de traballo en horas extraordinarias será voluntaria, salvo que a súa realización se pactase en convenio colectivo ou contrato individual de traballo, dentro dos límites...”.

20 ROA RICO, L. F., “Artículo 35. Horas extraordinarias”, en AA.VV., *Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo VII, Edersa, Madrid 1982, páx. 195.

O principio xeral é pois o de voluntariedade na realización de horas extraordinarias, o que significa que, se non existe pacto convencional ou contractual noutro senso, a realización de horas extraordinarias será puntualmente ofrecida polo empresario en cada caso ós traballadores que se requiran, individualmente, e estes, voluntariamente e tamén para cada ocasión, aceptarán ou rexeitarán a realización de horas extraordinarias.

Sen embargo, se se pactou en convenio colectivo ou en contrato a realización dun certo número de horas extraordinarias ou a súa obrigabilidade o réxime non é o mesmo. Os traballadores estarán, dentro dos termos do pacto, obrigados á realización das horas extraordinarias que requira o empregador conforme o pacto²¹, que pode facer cantas precisións teña por convinte, vgr., facer obrigatorias as estruturais e non as habituais²², aínda que para todas elas o réxime xurídico-legal sexa o mesmo, etc.

Máis dubidoso é si a mesma obrigación vincula tamén ó empregador, a quen corresponde o ofrecimento e o artellamento de horas extraordinarias, segundo o seu poder organizativo e directivo empresarial. Unha vez máis deberá estarse o pacto sobre horas extraordinarias e as súas prescricións específicas, pero poidera ocorrer que o traballador estea obrigado a manter as horas extraordinarias que previamente se houberan pactado. E, como se ten destacado doutrinalmente, iso poidera chocar co principio de existencia dunha causa obxectiva e xustificada para a prestación de horas extras²³ da que temos falado *supra*.

Outro dos aspectos que merece atención é o subxectivo, e dicir, a determinación concreta daqueles traballadores ós que o empregador ofrece concretamente a realización de horas extraordinarias. En principio o empregador ten plena liberdade para decidir a cal ou cales dos seus traballadores ofrece a realización de horas extraordinarias, e nin siquiera está obrigado a manter unha sorte de igualdade o reparto entre eles, de modo que pode ofrecerllas a uns traballadores e non a outros polas máis diversas consideracións, tais como adecuación do traballador ó traballo extraordinario que se precisa, confianza que lle produce ese traballador, oportunidade, etc. O único límite neste senso está na discriminación nos termos que no noso ordeamento está prohibida pola Constitución e pola Lei. Pero incluso neste caso, a consecuencia dunha discriminación no encargo de facer horas extraordinarias é dubidosa, como non sexa a indemnización pola discriminación padecida ou a posibilidade de

21 Vgr., no convenio da empresa Fertilberia, Res. de 17 xaneiro 2002, BOE de 31 xaneiro 2002, Art. 21, se establece a obriga de realizar as horas extraordinarias derivadas de paradas non programadas de unidades de produción. Aínda que exista erro ó calificar coma de forza maior esas horas, elo non obsta a validez da cláusula que as fai obrigatorias para os traballadores.

22 Como o fai o art. 9 do CC. da empresa Thyssenkrupp Elevadores S.A., Res. 17 xaneiro 2003, BO Huelva 24 febreiro 2003, aínda que a determinación de cales sexan as horas estruturais sexa moi deficiente, en canto se deixa para cada momento segundo decidan o delegado da empresa e o dos traballadores.

23 ROA RICO, *op. cit.*, páx. 197.

solicitar unha extinción causal do art. 50 ET, aínda que non é doado pensar nunha condea ó empregador que lle oblige a dar horas extraordinarias ó traballador discriminado, pola dificultade que tendría a execución desa condea.

En canto ós límites na realización de horas extraordinarias, como se sabe, o art. 35.2 ET establece un límite absoluto e de dereito necesario de 80 horas extraordinarias máximo por traballador e ano²⁴. Sen embargo, é este un límite moito menos determinante do que poidera parecer nunha primeira ollada. Polo pronto, a propia lei permite que as horas realizadas non computen para o límite se se compensan nos catro meses seguintes á súa realización. Pero es que esta posibilidade de compensación fai que sexa moi difícil determinar cando efectivamente se transpasa o límite pois, aínda que, por exemplo, un inspector de traballo atopase nunha empresa un caso no que un traballador tivera sobrepassado o límite nun momento dado, o empregador ten moitas posibilidades –salvo que houberan rematado xa os catro meses seguintes á realización de horas extraordinarias– de argumentar, simplemente, que o exceso vai ser compensado con descansos nesos catro meses, co que non parece posible sancionar pola transgresión dese pretendido límite de oitenta horas extraordinarias ó ano. É precisamente mediante a negociación colectiva como se poden establecer mecanismos de control efectivo para que non se sobrepase o límite, vgr., facendo previsións nas que se oblige a declarar cómo se compensarán as horas antes ou no momento do seu ofrecemento; etc. Tamén pode, por certo, o convenio colectivo, reducir o límite de oitenta horas ó ano de máximo e aínda prohibir pura e simplemente a realización de horas extraordinarias²⁵.

24 A Lei fala tamén dunha redución proporcional do límite “para os traballadores que pola modalidade ou duración do seu contrato realizan unha xornada en cómputo anual inferior á xornada xeral na empresa”, pero como nos traballos a tempo parcial está prohibida a realización de horas extraordinarias –que non obstante se substitúen coas complementarias– a referencia debe estar limitada ós traballos fixos discontinuos –que agora, posto que están no art. 15 ET, parece que se quere non sexan tratados como traballos a tempo parcial– e nos casos de contratos temporais. Sen embargo, a dificultade de detectar os casos nos que se transgrede o límite máximo de horas extraordinarias proporcionalmente establecido é tanta que probablemente este mandato legal fiquen nunha declaración de principio sen moita efectividade práctica.

25 Aínda que normalmente este extremo só se contempla como liña de principio. Vgr., CC do persoal laboral da Xunta de Galicia (Res. 23 maio 2002; DOGA 4 xuño 2002, art.27) “Se tenderá a reducir ó mínimo imprescindible as horas extraordinarias que non se deban a imprevistos e teñan un carácter excepcional. Como norma xeral a realización de horas extraordinarias terá sempre un carácter voluntario”; CC da empresa Fertiheria, art. 21 (Res. 17 xaneiro 2002, BOE 31 xaneiro 2002): “A dirección e os Sindicatos asinantes do presente Convenio afirman a necesidade de camiñar hacia a supresión de horas extraordinarias, favorecendo así unha política solidaria coa creación de emprego”. Tamén meramente ó “obxectivo de eliminación de xornada extraordinaria” refírese o art. 21 CC Ferrocarriles Vascos, Res. 17 decembro 2001, BO PV 7 xaneiro 2002. Un pouco máis aló, o CC de Augas municipais de Jávea (Res. 9 xullo 2001; BO Alicante 29 agosto 2001), art. 11, establece: “se procurará eliminar totalmente as horas extraordinarias, para o cal a Empresa procederá á revisión do seu proceso de traballo, en colaboración cos representantes dos traballadores, de forma que as necesidades do servizo poidan atenderse dentro da xornada laboral normal, sen precisión de horas extraordinarias. Só se realizarán as horas extraordinarias motivadas por forza maior, reparación de sinistros ou

3. Compensación das horas extraordinarias

Segundo o art. 35. 1 ET, “mediante convenio colectivo ou, no seu defecto, contrato individual, optárase entre aboa-las horas extraordinarias na contía que se fixe, que en ningún caso poderá ser inferior ó valor da hora ordinaria, ou compensalas por tempos equivalentes de descanso retribuído. En ausencia de pacto ó respecto, entenderase que as horas extraordinarias deberán ser compensadas mediante descanso dentro dos catro meses seguintes á súa realización”. Como é doado apreciar, do referido precepto derivan tres formas diferentes de retribuí-las horas extras voluntarias: a primeira, en metálico, porque así pactouse; a segunda, a través de descanso compensatorio, porque tamén se pactou; e a terceira, cando nada pactouse, mediante descanso nos catro meses seguintes á súa realización. Así as cousas, o que o lexislador quere é que sexan as propias partes as que fixen a forma de retribuí-las horas de traballo que excedan das da xornada ordinaria e, se aquelas nada din, que xogue o descanso compensatorio.

Agora ben, aínda que o habitual é que o pacto (colectivo ou individual) opte por compensa-las horas extras (todas), ben dunha forma, ben doutra. Resulta curioso comprobar como algunha norma convencional establece maneiras diferentes de compensa-las horas extras segundo o número das realizadas diariamente. Así se prevé que a primeira hora extra diaria se aboará con descanso, ata un máximo de corenta; a segunda compensarase, a opción do interesado, ben con descanso, ben en metálico a prezo de hora ordinaria, ata un máximo de vinte; e a terceira, tamén en metálico cunha recarga do setenta e cinco por cento e, igualmente, ata un máximo de vinte²⁶. Que a terceira hora extra diaria leve consigo unha recarga pode ter a finalidade de desincentiva-la súa realización para o empresario. Igual obxectivo ten a estipulación convencional que, á compensación en descanso, suma unha recarga económica do setenta e cinco por cento do valor das horas extras, cando as realizadas excedan un determinado número, aínda dentro do límite legal²⁷. Noutras ocasións, os convenios o que fan é elixir unha forma de compensación como prioritaria (principalmente, o descanso) e a outra como supletoria²⁸, o que se xustifica especialmente

outros danos extraordinarios, así como aquelas dimanadas de traballos cuxa interrupción implique para os usuarios graves deficiencias ou trastornos no suministro”.

O CC. do persoal laboral da CA de Asturias (Res. 22 outubro 2002, BO Principado Asturias 16 novembro 2002, art. 20) establece un interesante sistema no que, despois da liña de principio xeral na que prohibe a realización de horas extraordinarias, salvo circunstancias que describe e que son de forza maior e estruturais, establece, para as que non sexan de forza maior, un sistema no que as que non sobrepasen 40 anuais, serán compensadas ou aboadas a elección do traballador, sendo de obrigatorio para as restantes a súa compensación con descansos.

26 Art. 28, in fine, CC “Aceites Coosur, S. A.-N.” (res. DGT de 2 febreiro 1999; BOE de 2 marzo).

27 Art. 9. 4 CC “pastas, papel e cartón” (res. DGT de 25 xullo 2001; BOE de 17 agosto): a recarga aplícase a partir das 64 horas no ano 1999 e 52 no seguinte.

28 Art. 20 CC “comercio de flores e plantas” (res. DGT de 3 outubro 2000; BOE de 17 de igual mes); art. 46 CC persoal laboral “Administración Xeral do Estado” (res. DGT de 10 novembro 1998; BOE de 1 decembro) e art. 9. 4 CC “pastas, papel e cartón”, *cit.*

no caso de que aquel resultase imposible por razóns conxunturais²⁹ ou por prexudicar “o normal proceso do servizo”³⁰. En fin, tamén cabe que o convenio colectivo fixe un tipo de compensación (subsidiario) que só xogue en defecto de “pacto en contrario”³¹; ou que, previstas ámbalas dúas modalidades, atribúa ó traballador³² ou ó empresario³³ a competencia para elixir unha delas.

3.1. En metálico

En canto á retribución en metálico, o máis destacable é a liberdade de que gozan as partes para a súa determinación, pois, salvo o do valor da hora ordinaria, ningún outro límite ou requisito aquelas teñen que observar. Certamente, iso é así dende que a xa afastada reforma de 1994 suprimiu a esixencia de que as horas extras se retribuísen cunha recarga e que este non fose inferior ó 75 por cento do valor da hora ordinaria. Supresión que, entón, xustificouse como unha medida necesaria para desincentiva-la realización das horas en cuestión³⁴. Actualmente non existe recarga legal, pero as partes poden acordalo se o estimen conveniente, isto é, poden fixar unha retribución igual³⁵ ou superior á da hora ordinaria. Neste caso, aquelas tamén teñen liberdade para concreta-la súa entidade, sen estar condicionadas pola xa citada recarga. Neste sentido, é posible atopar convenios que seguen establecendo recargas, como o do vintecinco³⁶, trinta e cinco³⁷ ou cincuenta³⁸ por

29 Art. 24. 1. 2 CC persoal laboral “sector sanitario de Galicia xestionado por fundacións públicas sanitarias ou empresas públicas” (res. DXRL Xunta de Galicia de 6 maio 2002; DOG de 16 de igual mes).

30 Art. 16 CC “pompas fúnebres” (res. DXRL Xunta de Galicia de 15 marzo 2000; DOG de 23 maio). Tamén art. 61 CC “industria salinera” (res. DGT de 25 abril 2002; BOE de 23 maio).

31 Art. 18 CC “salóns de peiteado de señoras, cabaleiros, unisex e beleza” (res. DXRL Xunta de Galicia de 27 xuño 2002; DOG de 20 agosto). Tamén art. 32 CC “prensa non diaria” (res. DGT de 28 xuño 2002; BOE de 18 xullo) e art. 20 CC “autotaxi” (res. DGT Andalucía de 20 abril 2001; BOJA de 12 maio). En todos eles, se opta pola compensación en descanso.

32 Art. 73 CC “tellas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida” (res. DGT de 12 setembro 2000; BOE de 29 de igual mes).

33 Art. 16 CC “cámpings e cidades de vacacións” da provincia de Barcelona (res. DTT de 8 marzo 2001; DOGC de 9 maio).

34 Para DA FONTE LAVIN, M. [o réxime xurídico das horas extraordinarias (Granada, 2002), pp. 140 e ss.], a eliminación da recarga só favorece o empresario, pois as horas extras se seguen realizando igual.

35 Art. 16 CC “cámpings e cidades de vacacións” da provincia de Barcelona, *cit.*

36 Cfr. art. 16 CC “pompas fúnebres” e art. 73 CC “tellas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida”, *cits.*

37 Art. 16. 7 CC “establecementos financeiros de crédito” (res. DGT de 15 xaneiro 2003; BOE de 31 de igual mes).

38 Art. 24. 1. 2 CC persoal laboral “sector sanitario de Galicia xestionado por fundacións públicas sanitarias ou empresas públicas”, *cit.* e art. 16 CC “pastelería, confeitaría, bolería e repostería” da provincia de Ciudad Real (res. DPT de 24 abril 2001; BOP de 11 maio).

cento e, mesmo, mantendo o do setenta e cinco por cento³⁹. Nalgunha ocasión, a recarga varía segundo as horas extras se realizaran en días laborables ou non, establecéndose, por exemplo, un vintecinco ou cincuenta por cento⁴⁰; un cincuenta ou setenta e cinco por cento⁴¹ ou un setenta e cinco ou cento cincuenta por cento⁴², respectivamente. Ademais, tal e como prevé algún convenio, “manteranse as recargas superiores que as empresas viñeren aboando”⁴³, pois iso vén esixido polo principio da condición máis beneficiosa.

Agora ben, de non querer mellora-la da ordinaria, a retribución da hora extraordinaria será, necesariamente, igual que a daquela. Noutras palabras, non cabe que, por convenio ou contrato, fíxese unha compensación económica inferior á da hora de referencia (“en ningún caso poderá ser inferior”; art. 35. 1, cit.), pois se está ante un mínimo de dereito necesario. Así as cousas, resultaría criticable calquera intento de aplicación analóxica daquela xurisprudencia que, baixo a lexislación anterior, aceptou que, por convenio colectivo e en aras ó seu equilibrio interno, fixése unha retribución das horas extras por debaixo da recarga mencionada⁴⁴.

3.2. En descanso retribuído

A compensación en descanso retribuído cabe tanto por pacto expreso⁴⁵ como por defecto deste. No primeiro caso, o máis destacable é que o disfrute do descanso pode situarse no momento en que as partes desexen, isto é, dentro ou fóra dos catro meses seguintes á súa realización, o que non sucede no segundo. En efecto, en ausencia de acordo ó respecto, o lexislador prevé que o descanso sexa gozado, obrigatoriamente, dentro do seguinte cuadrimestre. Así as cousas, a situación do descanso dentro do referido período é unha norma dispositiva para as partes, que só xoga

39 Así, entre outros, apartado IV, 2, f) CC “3 M España, S. A-N.” (res. DGT de 22 outubro 1999; BOE de 11 novembro); art. 9 CC “autoescolas” (res. DGT de 26 xullo 2002; BOE de 13 agosto); art. 18 CC “fios, cordas e reses” (res. DPT Alacant de 25 xaneiro 2001; BOP de 16 febreiro); art. 8. II CC “oficinas e despachos” da provincia da Coruña (res. DPT de 19 abril 2001; BOP de 3 maio); art. 8 CC “establecementos sanitarios privados de hospitalización” da provincia de Biscaia (res. DPT de 2 abril 2001; BOP de 14 maio) e art. 28, in fine, CC “Aceites Coosur, S. A-N.”, cit.

40 Art. 16 CC “pompas fúnebres”, cit.

41 Art. 24. 1. 2 CC persoal laboral “sector sanitario de Galicia xestionado por fundacións públicas sanitarias ou empresas públicas”, cit.

42 Art. 20 CC “comercio de flores e plantas”, cit.

43 Art. 8 CC “establecementos sanitarios privados de hospitalización” da provincia de Biscaia, cit.

44 En igual sentido, ALARCON CARACUEL, M. R.: Artigo 35, no volume AAVV “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, dirixido por Monereo Pérez (Granada, 1998), p. 459 e GARCIA NINET, J. I.: *La nueva regulación de las horas extraordinarias: su compensación*, no volume AAVV “Otras modificaciones del Estatuto de los Trabajadores. Extinción individual y extinciones colectivas de trabajo”, CGPJ, 1995, núm. XII, p. 149.

45 Así sucede, v. gr., no art. 17. 2. 1 CC “A Casera, S. A-N.” (res. DGT de 25 outubro 2002; BOE de 13 novembro): “as horas extraordinarias compensaranse, exclusivamente, en tempo de descanso”.

subsidiariamente en defecto de pronunciamento expreso destas. Agora ben, cando o devandito pronunciamento existe, este é frecuente que se limite a reitera-la esixencia de que o descanso se sitúe dentro do cuadrimestre en cuestión⁴⁶ ou, ó máis, que se precise o momento exacto en que aquel se vaia gozar dentro deste último. Neste sentido, acordouse que o descanso se goce, por exemplo, no mes⁴⁷ ou nos dous⁴⁸ ou tres⁴⁹ meses seguintes.

Con previo pacto ou sen el, o desfrute do descanso dentro do referido ámbito temporal ten unha importante consecuencia: o non cómputo de tales horas extraordinarias dentro do límite das que legalmente poden realizarse (oitenta) (art. 35. 2 ET). Noutras palabras, as horas extras compensadas con descanso no seguinte cuadrimestre non se computan como tales para os efectos legais, pois se transforman nunha especie de horas anticipadas en cómputo cuatrimestral. Máis que horas extraordinarias son horas anticipadas que ó compensarse con descansos recobran o seu carácter ordinario, isto é, un mes trabállase máis pero outro menos, co que ó final do cuadrimestre non hai horas de traballo fóra da xornada ordinaria. A limitación da compensación ó referido arco temporal busca a inmediatez no descanso do traballador, o que supón un claro beneficio para a saúde deste. Dende o punto de vista do empresario, a medida analizada introduce unha maior flexibilidade na organización do traballo, pois -aumentándoa primeiro e diminuíndoa despois- permite a adaptación da xornada ordinaria ás necesidades productivas da empresa. Deste modo, non cabe negar que a compensación en descanso das horas extras actúa como mecanismo de distribución irregular da xornada, alternativo ó previsto no art. 34. 2 ET (convenio colectivo ou, no seu defecto, acordo entre a empresa e os representantes dos traballadores)⁵⁰.

En similitude coa fórmula utilizada para a compensación en metálico, o art. 35. 1 ET tampouco establece ningunha recarga para a compensación en descanso, limitándose a prever que, en caso de acordarse, as horas extraordinarias compensaranse “por tempos equivalentes de descanso retribuído”⁵¹. Loxicamente, a equivalencia no tempo de descanso é un mínimo de dereito necesario relativo, pois non cabe ofrecer un tempo de descanso inferior ó do traballo extraordinario. Agora ben, dito mínimo pode ser mellorado acordando descansos maiores, ben por pacto individual ou

46 Art. 16 CC “cámpings e cidades de vacacións” da provincia de Barcelona, *cit*.

47 Art. 32 CC “prensa non diaria”, *cit*.

48 Art. 16 CC “pompas fúnebres”, *cit*.

49 Art. 24. 1. 2 CC persoal laboral “sector sanitario de Galicia xestionado por fundacións públicas sanitarias ou empresas públicas”, *cit*.

50 Cfr. ALFONSO MELADO, C. L. e GARCIA ORTEGA, J.: *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo* (Valencia, 1994), pp. 40-41.

51 En igual sentido, art. 19 CC “AGA Airlines Ground Assistance, S. O.” (res. DGT de 16 abril 2002; BOE de 7 maio); art. 18 CC “salóns de peiteado de señoras, cabaleiros, unisex e beleza”, *cit*. e art. 34 CC “grandes almacéns” (res. DGT de 23 xullo 2001; BOE de 10 agosto).

colectivo. Neste sentido, son frecuentes os convenios que seguen establecendo, de forma expresa, distintas recargas. Así se dispón, por exemplo, que o “descanso, en ningún caso, será inferior ó douscentos por cento do tempo traballado en horas normais”⁵² ou que o traballador gozará “de, polo menos, 1’25 horas ”⁵³, unha hora e tres cuartos⁵⁴ ou dúas horas⁵⁵ de descanso por cada hora extra. A fixación das recargas pode estar especialmente aconsellada cando o traballo extra se executou en condicións especialmente penosas, como pode ser, por exemplo, en días festivos⁵⁶ ou en horario nocturno. Así, algúns convenios colectivos distinguen -aumentándoo- entre a recarga das horas extras realizadas neses casos e o aplicado ó resto de tales horas levadas a cabo en días laborables e en condicións ordinarias⁵⁷, de forma análoga ó xa exposto respecto da retribución en metálico. Polo demais, repárese en que, de optarse pola recarga, este debería aplicarse tanto ó descanso coma á retribución en metálico⁵⁸, pois aquel está máis relacionado coa prestación dun traballo extraordinario que coa elección dunha ou outra forma de compensación do mesmo. O que non parece criticable é que, fixando a recarga para ámbalas dúas modalidades de retribución, o do descanso compensatorio sexa maior⁵⁹, pois iso só persegue fomentar esta modalidade.

Cuestión importante é a da fixación da data de desfrute do tempo de descanso, pois nin para as partes nin para o lexislador é irrelevante cal sexa aquela. En principio, a elección da devandita data corresponde ó empresario, en canto titular do poder de dirección e organización. Non obstante o anterior, se a elección polo descanso compensatorio é realizada en pacto colectivo ou individual, parece lóxico que tamén sexa este quen prevexa o momento do seu desfrute. Agora ben, se a elección en cuestión se efectúa en pacto colectivo, aínda cabe que este remita aquela ó individual. Así, en ocasións prevese, por exemplo, que “os descansos compensatorios

52 Art. 17. 2. 1 CC “A Casera, S. A-N.”, *cit.*

53 Art. 32 CC “prensa non diaria”, *cit.*

54 Art. 9. 4 CC “pastas, papel e cartón”; art. 20 CC “autotaxi” e art. 8. II CC “oficinas e despachos” da provincia da Coruña, *cits.*

55 Art. 46 CC persoal laboral “Administración Xeral do Estado”, *cit.*

56 Art. 24. 1. 2 CC persoal laboral “sector sanitario de Galicia xestionado por fundacións públicas sanitarias ou empresas públicas”, *cit.*

57 Así, art. 30 CC “carpintería, ebanistería e actividades afíns” da provincia de Pontevedra (res. DPT Pontevedra de 9 abril 2001; BOP de 8 maio): o descanso dunha hora extra realizada en día laborable será dunha hora e corenta e cinco minutos e o da executada en día festivo de dúas horas e trinta minutos. En sentido similar, art. 46 CC persoal laboral “Administración Xeral do Estado”, *cit.*

58 Así sucede no art. 24. 1. 2 CC persoal laboral “sector sanitario de Galicia xestionado por fundacións públicas sanitarias ou empresas públicas”, *cit.*

59 Neste sentido, art. 73 CC “tellas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida”, *cit.*: a compensación en metálico ten unha recarga do 25 por cento e a do descanso do 75 por cento.

serán programados de común acordo por empresa e traballador interesado”⁶⁰. Sexa como for, o ideal sería que a data elixida atendese ós intereses de ámbalas dúas partes e, polo tanto, contase co seu consenso. Por parte do empresario, o importante é que o momento do descanso non interrompa ou afecte ó proceso productivo nin orixine a necesidade de que outros traballadores realicen máis horas extraordinarias. Neste sentido, algún convenio esixe que se atenda, preferentemente, ós “momentos de menor actividade da empresa”⁶¹. En canto ó traballador, o relevante é que o descanso en cuestión se concilie cos seus intereses persoais e familiares. Polo demais, a data do descanso pode estar relacionada coa súa forma de desfrute, pois, por exemplo, cando se opta pola súa acumulación en medias xornadas⁶² ou xornadas completas⁶³, estas poden estar ou non unidas ós períodos de vacacións ou doutros descansos. De non se optar pola súa acumulación en días completos, a situación das horas de descanso pode situarse ó final da xornada ordinaria diaria, co que esta quedaría reducida.

Sabido é que, de optarse expresamente polo descanso, este pode situarse no momento en que as partes desexen. Agora ben, mentres que a maioría dos convenios esixen que o devandito descanso sexa gozado “dentro do ano natural”⁶⁴, non falta algún outro que parece disentir de tal esixencia. Neste sentido, dispónse que, aínda que as situacións de déficit de horas serán computadas dentro do mencionado período, a súa recuperación será programada polas partes para “os doce meses seguintes á finalización do ano natural”; transcorrido o cal, dito déficit considerárase extinguido⁶⁵. A recuperación do descanso fóra do ano natural ten especial razón de ser cando, dentro deste, aquel resulta imposible, por realizarse as horas extras nos últimos meses do referido período.

Unha última precisión importante é a de que a forma de retribuí-las horas extraordinarias voluntarias (propostas polo empresario e libremente aceptadas polo traballador) -exposta nas páxinas precedentes-, rexe tamén para as obrigatorias (dirixidas a previr ou reparar sinistros ou outros danos imprevisibles e urxentes), tal e como prevé o art. 35. 3 ET. Agora ben, non falta algún convenio colectivo que introduce certas matizacións entre unhas e outras, pois mentres que para as primeiras

60 Art. 19 CC “AGA Airlines Ground Assistance, S. O.”. Tamén art. 16. 8 CC “establecementos financeiros de crédito” e art. 73 CC “tellas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida”, todos xa citos. Segundo o último, “empresa e traballador fixarán a data ou datas de desfrute (do descanso) no momento do seu ofrecemento e aceptación”.

61 Art. 19 CC “AGA Airlines Ground Assistance, S. O.”, *cit.*

62 Art. 32 CC “prensa non diaria”, *cit.*

63 Así, art. 34 CC “grandes almacéns” e art. 73 CC “tellas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida”, *cits.*

64 Art. 28, in fine, CC “Aceites Coosur, S. A-N.”, *cit.*

65 Art. 19 CC “AGA Airlines Ground Assistance, S. O.”, *cit.*

prevé exclusivamente a compensación en descanso para as segundas sinala que a opción por unha ou outra forma de retribución corresponde ó traballador⁶⁶.

⁶⁶ Art. 17. 2. 1 CC “A Casera, S. A-N.”, *cit.*



A ORDENACIÓN DO TEMPO DE TRABALLO

CAPÍTULO OITAVO:
O TRABALLO A TEMPO PARCIAL



O TRABALLO A TEMPO PARCIAL¹

Dun tempo a esta parte, o traballo a tempo parcial converteuse nun dos tópicos máis estudados do Dereito do Traballo. Aínda que os poderes públicos o conciben como un posible mecanismo eficaz para a inserción laboral e desenvolven políticas destinadas a incentivalo, é obxecto de certo rexeitamento por parte dos que deben poñelo en práctica, principalmente os empresarios e as súas asociacións, pero tamén, aínda que por distintos motivos, entre eles a evidente menor retribución total, polos traballadores e os seus representantes². Está aínda moi lonxe de iguala-los parámetros europeos³.

Realmente, a reforma do contrato a tempo parcial producida por a Lei 12/2001, do 9 de xullo, de medidas urxentes de reforma do mercado de traballo, preséntase como réplica á de 1998, ó igual que esta última apareceu no seu día como unha reacción á dos anos 1993-4. A reforma de 2001 preséntase como un intento de simplifica-la prolixa normativa do contrato a tempo parcial para que este contrato resulte máis apetecible ós ollos das organizacións empresariais. O problema de dotar ó contrato dunha maior flexibilidade radica no risco de incorrer nunha excesiva desregulación deste, que o deixe á libre disposición do empresario, e, con iso, incentivar indirectamente a substitución de emprego a tempo completo por emprego a tempo parcial en vez de, como se declara pretender coa reforma, a substitución de emprego temporal por emprego fixo a tempo parcial.

- 1 Prescínlese da análise da protección social dos traballadores a tempo parcial para facer maior fincapé no tema da xornada. Para unha análise en profundidade da materia, véxase PANIZO CARBALLOS, J.A.-N., La nueva regulación de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial (Comentarios al Real Decreto 1131/2002, del 31 de octubre), RMTAS, 2003, Extra Seguridade Social: jubilación flexible, pp. 151 e ss.
- 2 Menos da metade das persoas que traballan a tempo parcial, segundo datos do INE (Enquisa de poboación activa, EPA –www.ine.es/inebase–) dos últimos anos, aducen motivos propios para traballar en réxime de xornada a tempo parcial, como obrigas familiares, non querer traballar a xornada completa, asistencia a cursos, enfermidade ou incapacidade propia, etc A maioría das veces o traballo a tempo parcial é o último recurso do traballador, a falta dun traballo a tempo completo.
- 3 A incidencia do emprego a tempo parcial en España atópase aínda entre as máis baixas de toda a Unión Europea tanto no caso dos varóns coma no das mulleres. A escasa importancia desta xornada en España pode ser un dos factores que expliquen a resistencia á baixa da excesiva temporalidade. Polo demais, “a súa distribución por actividades económicas, moi concentrada en moi poucas ramas, fai pensar que sería necesario desenvolver políticas para o seu fomento máis alá das reformas da súa regulación legal”. Véxase a Presentación de J. MONTALVO CORREA á Memoria sobre la situación socio-económica e laboral de España, correspondente ó ano 2002, elaborada e publicada polo CES (Madrid 2003), p. IX. En realidade, o traballo a tempo parcial só ten relevancia no mercado de traballo español en tres ramas de actividade: educación, servicios persoais e servizo doméstico, que agrupan en total máis dun tercio do total do emprego a tempo parcial e só un 10% do total do emprego a tempo completo. No ano 2002, a xornada parcial supuxo nestas tres ramas, en relación coa xornada completa e segundo datos do INE (Enquisa de poboación activa-2002), respectivamente un 14, un 15 e un 48%.

A evolución do traballo a tempo parcial en España nos últimos anos non botou resultados demasiado positivos, a pesar das sucesivas reformas habidas, e se aumentou algo foi en relación coas mulleres⁴. Parece por iso que non son suficientes as reformas que se materializan na regulación do contrato a tempo parcial e que serían convenientes medidas de promoción máis activas para incentivar a súa extensión. A promoción efectiva deste tipo de xornada é, sen dúbida, un dos retos pendentes para o futuro⁵.

Ademais, o traballo a tempo parcial só ten relevancia no mercado de traballo español en tres ramas de actividade: educación, servizos persoais e servizo doméstico, que agrupan en total máis dun tercio do total do emprego a tempo parcial e só un 10% do total do emprego a tempo completo. No ano 2002, a xornada parcial supuxo nestas tres ramas, en relación coa xornada completa, respectivamente un 14, un 15 e un 48%⁶.

1. A Directiva 97/81/CE, relativa ó Acordo Marco sobre o traballo a tempo parcial

Xa no proceso de xestación do réxime legal de 1998 debe considerarse un fito importante, que debe ser destacado pola súa reincidencia na reforma de 2001, cal é a aprobación do Acordo Marco sobre o traballo a tempo parcial, ó pouco dotado de forza vinculante mediante a Directiva 97/81/CE, que atopou no Convenio 175 da OIT fonte importantísima de inspiración. Precisamente o interese en abordar unha reforma do traballo a tempo parcial, motivou que o Reino de España fose o primeiro Estado da Unión Europea en traspoñer-la Directiva do Consello 97/81/CE, de 15 decembro 1997, relativa ó Acordo Marco sobre o traballo a tempo parcial.

Deixando á parte polo momento o concepto de traballo a tempo parcial, as peculiaridades quizais máis relevantes do Acordo Marco sobre o traballo a tempo parcial poden sintetizarse en tres. En primeiro lugar, a súa cláusula 2, despois de remitir ó Dereito interno de cada Estado membro a definición de “contrato” o “relación de traballo”, admite, no seu apartado segundo, unha pequena marxe de manobra: os Estados membros, logo da consulta ós interlocutores sociais, poderán, por razóns obxectivas e de conformidade coa lexislación, os convenios colectivos, as prácticas nacionais, ou por acordo con aqueles, excluír total ou parcialmente das disposicións do Acordo Marco ós traballadores a tempo parcial que traballen de xeito ocasional. En tal caso, deberá reexaminarse periodicamente se as exclusións seguen sendo válidas en consideración á vixencia das devanditas causas obxectivas. A doutrina esforzouse en desentrañar-lo significado desta posible exclusión, que se refire ós traballadores a tempo parcial ocasionais. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO⁷

4 Non obstante, a proporción de traballo a tempo parcial das mulleres en España sobre o total da Unión Europea é 15 puntos inferior.

5 CES, Memoria sobre la situación socio-económica y laboral de España, cit., p. 282.

6 Segundo datos da EPA correspondentes ó ano 2002.

7 Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario, RL, nº 15-6, 1998, p. 70.

opinou, despois de subliña-lo seu carácter “sumamente restrictivo” que fai referencia a un traballo de pouca entidade en termos absolutos, non relativos. Por exemplo, a un contrato dunhas poucas horas, ou uns poucos días. Dende logo, non a traballos a tempo parcial de xornada moi reducida. Só a normativa de Seguridade Social, de conformidade coa doutrina do Tribunal das Comunidades⁸ e coa propia autolimitación obxectiva do propio Acordo, pode negar cobertura ós empregos marxinais⁹.

En segundo lugar o principio de non discriminación, que tanto preocupou á doutrina científica e xudicial. A materia tratouse tradicionalmente dende a perspectiva do concepto de discriminación indirecta, a partir da hipótese, case sempre contrastada, de que a muller é estatisticamente a que con maior asiduidade traballa a tempo parcial, aínda recoñecendo o incremento dos homes que traballan a tempo parcial, sobre todo en épocas de recesión económica e alto índice de desemprego. Por iso, cando entra en vigor a Directiva 97/81/CE, cóntase xa cun importante corpo de doutrina xudicial sobre o tema. Non obstante, esta xurisprudencia conta agora co apoio normativo da Directiva 2002/73/CE, que introduciu no art. 2.2 da Directiva 76/207 unha definición de discriminación indirecta¹⁰ que vén a recolle-las opinións que ata agora veu enunciando o Tribunal das Comunidades e as pautas seguidas polas Directivas 97/80, 2000/43 e 2000/78 nos seus respectivos ámbitos de actuación¹¹.

En relación co principio de non discriminación, o apartado segundo da cláusula 4 impón a aplicación do principio *pro rata temporis* cando “resulte axeitado”. A imprecisión da expresión suscita a dúbida de cando pode considerarse apropiado optar pola igualdade e cando pola proporcionalidade. Trátase dunha cuestión moi esquivada, remisa ó establecemento de principios xerais¹². Non obstante, parece que a aplicación do principio *pro rata temporis* debe considerarse a excepción e non a regra, pois conduce case sempre a un tratamento “menos favorable” ou

8 Vg., sentencias de 14 decembro 1995, asunto C-317/1993, Nolte, e asunto C-444/1993, Megner.

9 Sobre este particular, o Dereito Comunitario sepárase e mellora o Convenio nº 175 da OIT de 1994, o art da cal. 8 permite excluír das condicións de traballo garantidas ós traballadores a tempo parcial, con excepción da protección por maternidade, a aqueles os ingresos dos cales e duración do traballo sexan inferiores a límites mínimos determinados polos ordenamentos internos.

10 “Situación en que unha disposición, criterio ou práctica aparentemente neutros sitúan a persoas de unisexo determinado en desvantaxe particular con respecto a persoas do outro sexo, salvo que a devandita disposición, criterio ou práctica poida xustificarse obxectivamente cunha finalidade lexítima e que os medios para alcanza-la devandita finalidade sexan adecuados e necesarios”.

11 O art. 2.2 da Directiva 97/80/CE, relativa á carga da proba nos casos de discriminación por razón de sexo, ofreceu a primeira definición normativa de discriminación indirecta. Con posterioridade, e nos seus respectivos ámbitos de actuación, definiron a discriminación indirecta as Directivas 2000/43 e 2000/78.

12 Sobre ela, vg., DEL REY GUANTER, S. e VALVERDE ASENCIO, A., *La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenido*, RMTAS, nº 18, 1999, pp. 37 e ss.

discriminatorio do traballador a tempo parcial, contrario ó propio obxecto da cláusula cuarta e a maioría das condicións laborais presentan incuestionables problemas para aplicala¹³.

E en terceiro lugar o principio de voluntariedade da cláusula 5, en relación coa posibilidade de transferencia dun traballador dun traballo a xornada completa a unha a xornada parcial e viceversa, de acordo coas necesidades dos traballadores e as posibilidades da empresa, nunha liña aberta con certo éxito no Dereito holandés. Neste ordenamento, a promoción do tempo parcial non foi en substancial detrimento da calidade dos postos de traballo e, pola contra, constituíu unha arma de considerable efectividade para loitar contra o desemprego¹⁴.

2. Concepto. Forma

Qué sexa o traballo a tempo parcial e cál a súa diferenza coa xornada completa constitúe unha cuestión sometida a un alto grado de convencionalismo, como mostran os vaivéns que, en orde ó concepto, producíronse nos sucesivas reformas legais habidas na materia.

Os requirimentos de flexibilidade foron esvaecendo este concepto ata os perfís actuais da cláusula 3 do Acordo Marco sobre o traballo a tempo parcial, que, inspirado no art. 1 do Convenio nº 175 da OIT, concibe ó traballador a tempo parcial como aquel “a xornada normal de traballo do cal, calculada sobre a base semanal ou como media dun período de emprego de ata un máximo dun ano, teña unha duración inferior á dun traballador a tempo completo comparable”.

Tres son as cuestións que merecen destacarse deste concepto fronte á tendencia anterior: a primeira, que se permite considerar período de referencia non só a semana senón calquera outro módulo “ata un máximo dun ano”. A segunda, que se asume unha interpretación moi ampla de traballador a tempo parcial, que inclúe dende as xornadas máis insignificantes, non excluídas do ámbito de aplicación do Acordo –como se argumentou–, ata as máis amplas, lixeiramente inferiores á completa. E a terceira, que se opta por unha definición relacional, na que a clave se deriva cara ó concepto de “traballador a tempo completo comparable”.

Precisamente o apartado 2 da propia cláusula 3 describe a este como un traballador asalariado a tempo completo do mesmo establecemento que teña o mesmo tipo de contrato ou relación laboral e un traballo ou emprego idéntico ou similar, tendo en conta outras consideracións tales como a antigüidade e as cualificacións ou

13 CABEZA PEREIRO, J. e LOUSADA AROCHENA, J.F., *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial, Comares* (Granada 1999) pp. 67 e ss. DEL REY GUANTER, S. e VALVERDE ASENSIO, A. (*op. cit.*, p. 37) entenden, a partir dunha interpretación literal do art. 12 ET, que “o principio de proporcionalidade non parece atenderse de forma automática senón que parece que esixe o pronunciamento, neste sentido, dunha norma legal ou convencional”.

14 Véxase ó respecto, VV. AMPERIO. (coord SUPLOT, A.), *Trabajo y empleo: transformaciones del trabajo, futuro del Derecho del trabajo*, informe para a Comisión Europea, baixo a coordinación da Universidade Carlos III de Madrid, Tiranto o Blanch (Valencia 1999), pp. 125 e ss., e bibliografía aí citada.

competencias. E o apartado 3 ofrece unha definición subsidiaria, para o caso de que non exista un traballador a tempo completo comparable no mesmo establecemento. Nese caso, acudirase ó convenio colectivo aplicable ou, no seu defecto, de conformidade coa lexislación, ós convenios colectivos e ás prácticas nacionais.

Sen prexuízo dos problemas interpretativos que poden formularse, o que parece certo é que se ofrecen múltiples alternativas subsidiarias, que deben ser utilizadas nunha secuencia lóxica que prefire o elemento de comparación máis próximo ó máis remoto. Con iso pode resultar máis doado detectar tratamentos diferenciados entre traballadores a tempo completo e traballadores a tempo parcial.

En relación coa lexislación española e ó movemento pendular que se observa nas sucesivas reformas constitúe un fito importante, sen remontarse a antecedentes máis remotos¹⁵, o RD-lei 18/1993, de 3 decembro, que, fronte á situación anterior¹⁶, utiliza o módulo hora con abandono do diario, elimina o límite dos dous tercios da xornada habitual como elemento definidor do contrato e permite períodos de referencia anuais. As consecuencias son obvias: esváese a diferenza entre o traballo a tempo completo e a tempo parcial¹⁷ e asimilase a este o ata entón autónomo suposto dos traballadores fixos-discontinuos. Curiosamente, ademais, este concepto adíantase ós inmediatamente posteriores da OIT e da Unión Europea, agás nun aspecto de gran relevancia: o traballador a tempo completo comparable, o cal, na lexislación española, omítese para establecer como xornada de comparación a “habitual na actividade de que se trate nos devanditos períodos de tempo”, co que esta imprecisión resultaba realmente intranquilizadora.

En reacción a este modo de entende-lo contrato a tempo parcial, o RD-lei 15/1998, de 27 novembro, ofrece un concepto moito máis preciso, aínda que afastado dos precedentes máis próximos fraguados na OIT e na Unión Europea, ó establecer unha porcentaxe máxima de xornada –o 77% da xornada de referencia– para que poida falarse de traballo a tempo parcial¹⁸. Entende por tal “a prestación de servizos durante un número de horas ó día, á semana, ó mes ou ó ano inferior ó 77 por 100 da xornada a tempo completo establecida no convenio colectivo de aplicación ou,

15 Sobre estes, debe terse moi en consideración o estudo de BORRAJO DACRUZ, E., *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social*, RPS, nº 120, 1978, pp. 47 e ss. Correspondente á lexislación de 1984, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., “El trabajo a tiempo parcial”, en VV. AMPERIO, *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo III, EDESA (Madrid 1985) p. 303. Máis recentemente, ORTIZ LALLANA, C., *Algunos problemas del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial*, RL, nº 15-6, 1998, pp. 97 e ss.

16 Na versión do art. 12 do ET previa ó RD-lei 18/1993, de 3 decembro, “o traballador entenderase contratado a tempo parcial cando preste os seus servizos durante un determinado número de horas ó día ou á semana, ou de días á semana ou ó mes, inferiores ós dous tercios da proxección sobre tales períodos de tempo da xornada habitual na actividade”.

17 Ó respecto, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *El contrato a parcial*, RL, 1994-I, pp. 308 e ss.

18 No réxime anterior a 1993, o de 1984, existía un límite próximo: “número de horas ó día ou á semana, ou de días á semana ou ó mes, inferiores ós dous tercios da proxección sobre tales períodos de tempo da xornada habitual na actividade, aínda que os elementos de rixidez eran moito maiores.

no seu defecto, da xornada ordinaria máxima legal”, sen deixar, polo tanto, oco ás prácticas existentes en cada empresa ou en cada sector ou subsector.

En resposta a esta forma de defini-lo contrato a tempo parcial e retomando o movemento pendular que veu caracterizando as sucesivas reformas, o RD-lei 5/2001 primeiro, e a Lei 12/2001 catro meses despois, introducen de novo un cambio substancial, volvendo en parte ó modelo de 1993 aínda que aproximándose máis ó concepto do traballo a tempo parcial contido no Acordo Marco, ó incorpora-la figura do traballador a tempo parcial comparable¹⁹.

O art. 12.1 ET considera agora asinado o contrato de traballo a tempo parcial “cando se acorde a prestación de servizos durante un número de horas ó día, á semana, ó mes ou ó ano inferior á xornada de traballo dun traballador a tempo completo comparable”, entendendo por tal “o traballador a tempo completo da mesma empresa e centro de traballo, co mesmo tipo de contrato de traballo e que realice un traballo idéntico ou similar”, e tomando en consideración, a falta de traballador comparable, “a xornada a tempo completo prevista no convenio colectivo de aplicación ou, no seu defecto, a xornada máxima legal”.

Son trasladables a este concepto dúas das cuestións formuladas en relación ó concepto do Acordo Marco: a interpretación excesivamente ampla de traballador a tempo parcial e a remisión a unha definición relacional, o “traballador a tempo completo comparable”.

Con relación á primeira cuestión, aínda que se observa un achegamento á lexislación do Dereito comparado, perdeuse de novo a delimitación precisa entre os contratos a tempo parcial e os contratos a tempo completo. Con iso, queda aberta a posibilidade de presentar un contrato a tempo completo como contrato a tempo parcial con só reducir moi lixeiramente a xornada de traballo.

E en canto á definición relacional que acolle o pár. 2º do art. 12.1 ET, é de eloxiar que se intente busca-lo elemento de comparación no contexto máis próximo posible. A definición é practicamente homóloga á do Acordo Marco, se ben o lexislador español preferiu os termos “empresa e centro de traballo” ó de establecemento²⁰. Ademais, a falta de traballador a tempo completo comparable na mesma empresa, tómase en consideración subsidiariamente a xornada máxima a tempo completo prevista no convenio colectivo de aplicación ou, no seu defecto, a máxima legal, termos moito máis precisos que os do Acordo Marco.

19 Precisamente o máis rechamante da nova regulación e un dos puntos que máis desconformidade por parte da CEOE suscitou foi a supresión do tope do 77 por cento da xornada habitual como elemento delimitador do contrato a tempo parcial.

20 Con todo, iso pode supoñer excluír da comparación un traballador da mesma empresa que estea destinada noutro centro de traballo, así como traballadores de empresas contratistas ou subcontratistas ou de empresas de traballo temporal que presten servizos no mesmo lugar de traballo que o traballador con xornada menor. Véxase CAVAS MARTÍNEZ, F., *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial*; Ámbito subjetivo y situaciones afectadas, AS, nº 2, 2003 –BIB 200330, p. 10–.

Outro apartado non exento de controversia é o art. 12.4 a) ET, que impón a formalización “necesariamente por escrito, no modelo que se estableza” do contrato a tempo parcial e esixe que consten no contrato “o número de horas ordinarias de traballo ó día, á semana, ó mes ou ó ano contratadas e a súa distribución”. Non obstante, a existencia de forma escrita carece de carácter *ad solemnitatem*, pois a sanción fronte á súa inobservancia é que o contrato se presume celebrado a xornada completa, salvo proba en contrario que acredite o carácter a tempo parcial dos servizos, ademais da súa consideración como infracción grave por a LISOS.

O mesmo artigo, na reforma introducida polo RD-lei 15/1998 establecía ó respecto maiores esixencias, ou polo menos máis concretas. Ademais da distribución horaria debía figurar “a súa concreción mensual, semanal ou diaria, incluída a determinación dos días nos que o traballador deberá prestar servizos”. A pesar de que a reforma tiña certo matiz de redundancia, ó vir esixido xa con anterioridade no ámbito infralegal, polo art. 18.1 do RD 2317/1993, de 29 decembro, a constancia do “número e distribución de horas ó día, á semana, ó mes ou ó ano durante as que o traballador vai prestar servizos”²¹, a norma gañaba en claridade e esixencia. Pretendíase un contrato a tempo parcial máis predeterminado de antemán, no que o traballador podía coñecer con certeza cál sería o seu tempo de ocupación e cál o seu tempo libre para outras posibles actividades. E no que, por outra banda, a Inspección de Traballo e demais órganos de fiscalización, control ou axuizamento podían detectar con maior facilidade cando o traballador estaba a prestar horas de servizo máis alá do tempo contratado. Non en balde os novos requisitos de forma, situados no precepto propio do contrato a tempo parcial, constituíron unha das cuestións máis contestadas polas organizacións empresariais.

Con todo, ha de recoñecerse que a existencia de forma escrita producía efectos máis concretos cando se cumpría con esta que cando se incumpría. Neste último suposto, só os administrativos e presuntivos que se enunciaron. Pero, en caso de cumprimento, un indubidable maior control cara á realidade do que fixeran constar as partes contratantes.

A partir do R D-lei 5/2001 elimínase o último inciso que esixía que figurasen no contrato “a distribución horaria e a súa concreción mensual, semanal ou diaria, incluída a determinación dos días en que o traballador deberá prestar servizos”. Non obstante, a reforma carece neste punto de efectos prácticos. A simplificación do artigo non pode ser entendida, ó noso xuízo, como aumento discrecional do poder do empresario na distribución da xornada laboral. En consecuencia, a reforma non implica neste punto a flexibilización da determinación da xornada senón que esta

21 A este respecto, debe citarse algunha doutrina xudicial que interpretaba con rigor o devandito precepto regulamentario e repudiaba as cláusulas dos contratos a tempo parcial que establecían horarios flexibles. Nesta liña, vg., STSJ de Murcia de 16 abril 1998 (Ó, nº 1398, 1998): “Os contratos a tempo parcial... formalizaranse por escrito, no modelo oficial que figura no anexo deste Real Decreto, no que deberá constar, entre outros elementos, ...o número e distribución de horas ó día, á semana, ó mes ou ó ano durante as que o traballador vai prestar servizos”.

se ha de continuar concretando, de acordo co art. 18.1 do RD 2317/1993, coa precisión suficiente como para permitir ó traballador coñecer con relativa seguridade o seu horario de traballo e facilita-lo labor de inspección dos órganos competentes que, noutro caso, non poderían fiscalizar axeitadamente o cumprimento do contrato de traballo no caso do traballo a tempo parcial.

3. Distribución da xornada e dispoñibilidade

No contrato a tempo parcial debe, polo tanto, concretarse coa precisión suficiente a duración da xornada. De modo expreso esixe o art. 12.4.a-n) que consten no contrato “o número de horas ordinarias de traballo ó día, á semana, ó mes ou ó ano e a súa distribución”. Polo demais, o art. 12.4 ET contén outras tres previsións en relación coa xornada de traballo no traballo a tempo parcial que presentan particularidades respecto da xornada de traballo a tempo completo.

En primeiro lugar, a letra b) posibilita a realización da xornada a tempo parcial “de forma continuada ou partida”, ó igual que no traballo a tempo completo. Pero, y aquí está a diferenza, cando a xornada diaria se realice de forma partida e sexa inferior á dos traballadores a tempo completo, só se permite unha única interrupción, salvo que outra cousa se dispoña en convenio colectivo sectorial, ou, no seu defecto, de ámbito inferior. A finalidade desta limitación é impedir que poidan dilatarse de forma excesiva ó longo de todo o día as horas de traballo efectivo dos traballadores a tempo parcial con xornada inferior á dos traballadores a tempo completo, ata o punto de esixir, na práctica, a total dispoñibilidade do traballador nunha xornada equivalente á xornada a tempo completo, baixo o subterfuxio de concentrar-la súa xornada parcial en varios períodos moi breves. Por iso, a limitación non afecta ós traballadores a tempo parcial a xornada diaria da cal é igual á dos traballadores a tempo completo. Ademais, esta protección dos traballadores a tempo parcial pode, non obstante, excepcionarse, por convenio colectivo que estableza máis dunha interrupción na xornada diaria partida destes, aínda que non por contrato de traballo. Con iso trátase de harmonizar esta protección coas esixencias organizativas dos empresarios.

En segundo lugar, na letra c) prohibese con carácter xeral a realización de horas extraordinarias para os traballadores a tempo parcial, salvo a de horas extraordinarias debidas a forza maior, sen posibilidade de ningunha outra excepción, nin por negociación colectiva nin por contrato de traballo.

E en terceiro lugar, tamén na letra c) e en certo modo en compensación pola prohibición de realización de horas extraordinarias, permíteselle-la realización de horas complementarias nos termos establecidos no art. 12.5 ET²², e, como di o propio art. 12.5 no seu primeiro parágrafo “no seu caso, nos convenios colectivos sectoriais ou, no seu defecto, de ámbito inferior”. Preténdese, así, flexibilizar en certa medida a xornada ordinaria pactada nun contrato de traballo a tempo parcial de

22 Vide infra horas complementarias.

duración indefinida, sempre que se acorde a través dun pacto específico –o pacto de horas complementarias– a posibilidade de realizar horas complementarias ou adicionais á xornada ordinaria pactada. A súa realización efectiva dependerá da vontade do empresario, en períodos probablemente de maior actividade empresarial.

4. Voluntariedade e “despedimentos parciais”

Xa se aludiu anteriormente ó principio de voluntariedade que se manifesta no Acordo Marco sobre o traballo a tempo parcial. Supón un dereito individual atribuído ó traballador con carácter irrenunciable. A trasposición deste principio ó Dereito interno, instrumentada sobre todo nas letras e), f) e g) do art. 12.4 ET constituíu sen dúbida, xunto á regulación das horas complementarias, a grande novidade do RD-lei 15/1998, de 27 novembro. Ata entón suscitárase unha viva polémica sobre se era posible utiliza-lo art. 41.1 a) do Estatuto dos Traballadores –modificación substancial das condicións de traballo en materia de xornada– para que o empresario impuxese ó traballador o tránsito dun contrato a xornada completa noutro a tempo parcial ou, menos frecuentemente, viceversa²³. E, unha vez publicada a Directiva 97/81, relativa ó Acordo Marco sobre o traballo a tempo parcial, non faltaron autorizadas voces que denunciaron a falta de adecuación entre a devandita norma derivada e o ordenamento interno²⁴.

A cláusula 5.2 contén unha regra que pretende invalida-lo despedimento, derivado do rexeitamento dun traballador a ser transferido dun traballo a tempo completo a outro a tempo parcial, ou viceversa. Esta causa “non debería por si mism[a] constituír un motivo válido de despedimento”. Sen embargo, na práctica aparece fortemente matizada pola salvidade que se expresa inmediatamente a continuación: “sen prexuízo da posibilidade de realizar despedimentos, de conformidade coas lexislacións, convenios colectivos e prácticas nacionais, por outros motivos tales como os que poden derivarse das necesidades de funcionamento do establecemento considerado”. Esta regra, inspirada no art. 19 da Recomendación número 182 da OIT, suscita unha serie de cuestións de interese. A primeira, que intenta preserva-la vontade do traballador no cambio de xornada, na liña dos sistemas nacionais que establecen modelos de contrato a tempo parcial mellor estruturados, como é o caso de Holanda²⁵. A segunda, e derivada da anterior, que o carácter voluntario produce problemas ó pretender coonestarse coas necesidades organizativas da empresa. Por iso, o Acordo reconece que o empresario, cando o traballador rexeita o cambio de xornada, pode recorrer á extinción do contrato –despedimento, di sen ambaxes a

23 Sobre esa polémica, CABEZA PEREIRO, J. e LOUSADA AROCHENA, J.F., El nuevo régimen legal..., pp. 76-7, e bibliografía aí citada.

24 En efecto, argumentouse que a posibilidade de cambio de xornada completa a tempo parcial, se imposto unilateralmente polo empresario, pugnaba coa cláusula 5.2 do Acordo, a menos que se entendese que o art. 41 do Estatuto dos Traballadores en modo ningún amparaba unha modificación substancial de xornada nos termos descritos. Ó respecto, BALLESTER PASTOR, M.A-N., *La adecuación de la normativa española...*, cit., p. 90.

cláusula 4.2- por necesidades de funcionamento da empresa. Con iso, a cláusula de garantía relativízase moito, ata o punto de protexe-lo traballador só contra a acción disciplinaria do empresario. En definitiva, suscita a grande pregunta de se non sería máis aconsellable garanti-la potestade da empresa para modificar substancialmente a xornada se existen causas empresariais para iso, o que suporía unha redución da xornada e, polo tanto, un “despedimento parcial”, ante a perspectiva de que acaso, polas mesmas causas, recorra a medidas máis drásticas. Porque compatibiliza-la vontade do traballador coas necesidades da empresa non sempre é tarefa posible.

En termos xerais, a letra e) do art. 12.4 traspón fielmente a cláusula 5.2. da Directiva. En primeiro lugar, proclama que “a conversión dun traballo a tempo completo nun traballo a tempo parcial e viceversa terá sempre carácter voluntario para o traballador e non se poderá impoñer de forma unilateral ou como consecuencia dunha modificación substancial das condicións de traballo ó amparo do disposto na letra a) do apartado 1 do artigo 41”²⁶. Iso significa que o empresario non pode recorrer ós procedementos previstos no art. 41 ET con causa habilitante (económica, técnica, organizativa ou productiva) para operar unha conversión contractual dun traballo a tempo completo nun traballo a tempo parcial ou viceversa, senón que precisa o acordo do traballador²⁷. O recurso empresarial ó art. 41.1. a) sería posible sempre que non se producise aquela conversión contractual e que o contrato continuase sendo a tempo completo ou a tempo parcial, segundo o caso. Co cal, en principio desaparece a vella discusión doutrinal á que máis arriba se fixo referencia.

A xurisprudencia unificadora descartou a figura do despedimento parcial no caso de perda dunha contrata dun centro de traballo para unha empresa de limpeza, entendendo que a correlativa redución de horario da traballadora que prestaba servizos supón unha modificación substancial das condicións de traballo²⁸.

E a propia letra e) conclúe declarando, en consonancia coa Directiva, que “o traballador non poderá ser despedido nin sufrir ningún outro tipo de sanción ou efecto prexudicial polo feito de rexeitar esta conversión, sen prexuízo das medidas que, de conformidade co disposto nos artigos 51 e 52 c) desta Lei, poidan adaptarse por causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción”. Como se destacou, en relación á cláusula 5.2 do Acordo Marco, esta salvidade relativiza moito a garantía de indemnidade²⁹.

25 Neste sentido, VV. AMPERIO. (coord. SUPLOT, A.), *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, cit., p. 125.

26 Sobre este inciso, véanse interesantes consideracións en DEL REY GUANTER, S., e VALVERDE ASENCIO, A., *La nueva regulación del contrato a tiempo parcial...*, op. cit., pp. 38 e ss.

27 CASAS BAAMONDE, M^a.E., *Los contratos de trabajo a tiempo parcial: contrato a tiempo parcial, contrato fijo-discontinuo y contrato de relevo*. (En torno ó artigo 12), REDT, n^o 100, p. 429.

28 STS do 20 de novembro de 2000 –Ar 10294–.

29 Así as cousas, aínda que cabería que o empresario intentase en fase de consultas e de acordo co art. 51 ET que os representantes dos traballadores aceptasen recomendar ós traballadores a necesidade de

Por outra banda, non resulta claro se o despedimento que se basee exclusivamente na negativa do traballador ó cambio de xornada debe merecelle a cualificación de nulo ou de improcedente. Procederá a nulidade se o despedimento carece dos requisitos de forma propios da extinción por causas obxectivas (arte. 53 ET e 122.2 LPL) ou, no seu caso, das esixencias e trámites do despedimento colectivo (arte. 51 ET e 124 LPL). Se se cumpren os requisitos de forma do despedimento obxectivo, ou se procede a un despedimento disciplinario baseado na negativa do traballador a acepta-la conversión contractual, a cualificación será a de improcedencia, a menos que poida acreditarse a vulneración dun dereito fundamental ou algunha das causas de discriminación prohibidas pola Constitución ou a lei ou outra das causas legais de nulidade, ós efectos de que poida condenarse á readmisión obrigatoria do traballador. E iso porque a xurisprudencia se desviou da súa anterior construción sobre o despedimento nulo en fraude de lei fronte a supostos legais prohibitivos do exercicio da facultade empresarial de despedimento disciplinario³⁰.

A continuación, a propia letra e) do art. 12. 4 establece unha serie de deberes informativos do empresarios e correlativos dos traballadores, todos eles instrumentais para garanti-la efectiva aplicación do principio de voluntariedade no traballo a tempo parcial. Nesta materia, os convenios colectivos, preferentemente os de sector, están chamados a desempeñar un papel de certa importancia³¹.

E, no seu terceiro inciso, establece certas preferencias de emprego para os que soliciten o retorno á situación de orixe, dende a que transitaron ó tempo parcial ou á xornada completa. Tales preferencias concrétnanse no “acceso a un posto de traballo vacante... que exista na empresa correspondente ó seu mesmo grupo profesional ou categoría equivalente”. Tamén se outorgan, e con igual prioridade, ós traballadores contratados inicialmente a tempo parcial que prestaran servicios durante tres ou máis de tres anos na empresa, para a cobertura das vacantes a xornada completa correspondentes ó seu mesmo grupo profesional ou categoría equivalente. Estas preferencias formulan certas dificultades. Polo menos en aparencia, sométense á preferente do excedente voluntario e, con toda probabilidade, ás preferencias de emprego do RD 1451/1983, de 11 maio. A esta consecuencia e, en xeral, á debilidade destes dereitos, conduce o propio tenor literal da norma, cando declara que “con carácter xeral, as solicitudes a que se refiren os parágrafos anteriores deberán ser tomadas en consideración, na medida do posible, polo empresario. A denegación da solicitude

pacta-la conversión contractual so pena de que visen extinguidos os seus contratos, trataríase dun acordo sen relevancia xurídica, dada a voluntariedade dos traballadores para acepta-la conversión ou non mediante pacto novatorio. Véxase SALA FRANCO, T., citado por LOUSADA AROCHENA, J.F., *El principio de voluntariedad en el nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, AS, nº 6, 2001 -BIB 200165 p. 4-.

30 CASAS BAAMONDE, M^a.E., *Los contratos de trabajo a tiempo parcial...*, pp.430-1; CABEZA PEREIRO, J. e LOUSADA AROCHENA, J.F., *El nuevo régimen legal...*, pp. 77-8.

31 Sobre o particular, GARCÍA BLASCO, J., *El papel de la negociación colectiva en el contrato de trabajo a tiempo parcial*, MTAS, nº 18, 1999, pp. 61 e ss.

deberá ser notificada polo empresario ó traballador por escrito e de xeito motivado". Co cal, e sen prexuízo do que poida establecerse ó respecto nos convenios colectivos, a regulación legal da conversión voluntaria de traballos a tempo parcial en traballos a tempo completo e viceversa simplemente dá dereito ós traballadores a que a eventual denegación empresarial sexa notificada ó traballador solicitante por escrito e de xeito motivado.

A regulación estatutaria, por tanto, e aínda que se remite en varias ocasións ó que poida establecerse por convenio colectivo en relación cos procesos de mobilidade voluntaria dende o traballo a tempo completo ó traballo a tempo parcial e viceversa, é o suficientemente exhaustiva como para poder aplicarse sen necesidade do seu desenvolvemento a través da negociación colectiva, un desenvolvemento que polo demais pode resultar profundamente proveitoso.

5. Horas complementarias

Ata a entrada en vigor do ET do 1980, foi unha cuestión controvertida se se consideraban horas extraordinarias as que excedían da xornada habitual do sector de que se tratase ou só as que excedesen da máxima legal³². A Lei optou pola primeira das alternativas e abortou a doutrina ata entón elaborada sobre as horas complementarias. Case vinte anos despois, o R D-lei 15/1998 resucita esta vella categoría, aínda que restrinxida ó traballo a tempo parcial. E resucítase dun modo curioso: precisamente para prohibi-lo recurso ás horas extraordinarias. O art. 12, no seu aptdo. 4º, letra c) dispón que "os traballadores a tempo parcial non poderán realizar horas extraordinarias, salvo nos supostos ós que se refire o apartado 3 do artigo 35 [horas traballadas para reparar sinistros e outros danos extraordinarios e urxentes]. A realización de horas complementarias rexerase polo disposto no apartado 5 deste artigo". É dicir, as horas extraordinarias³³ substitúense por unhas horas complementarias³⁴. Por iso pode resultar discutible a situación sistemática do réxime de horas complementarias. Probablemente o seu lugar natural, máis que en sede de contrato a tempo parcial, sería tralas horas extraordinarias. Así, dotaríase de maior unidade

32 Vide. Este debate en ROA RICO, "Horas extraordinarias", en VV. AMPERIO., *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo VII, Edersa (Madrid, 1982), pp. 151 ss. e bibliografía aí citada.

33 Para unha análise desta cuestión antes da novísima reforma. GÓMEZ ABELLEIRA, F., *Las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial*, AS, nº 19, 1998, pp. 21 ss.

34 Pódese apunta-la existencia de certas institucións concomitantes ás horas complementarias, sobre todo en Dereito francés –quizais o réxime máis próximo ó dereito español–, que prevé a existencia dunhas homónimas heures complémentaires, e en Dereito alemán, coa controvertida e moito máis flexible cláusula kapovaz³⁵. Non obstante, unhas e outro constitúen sistemas con trazos de flexibilidade moito máis claros e contundentes que os do Dereito español. Sobre un e outro ordenamento, CABEZA PEREIRO, J. e LOUSADA AROCHENA, J.F., *op. cit.*, pp. 36 ss. Tamén, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., *El trabajo a tiempo parcial desde una perspectiva comparada*, *cit.*, pp. 25 e ss.

normativa ás cuestións referentes ó tempo de traballo á vez que se reduciría nunha parte considerable, un precepto, como o art. 12 ET, trapalleiro en exceso³⁵.

O réxime de horas complementarias só se pode aplicar ós contratos a tempo parcial indefinidos que se subscriban con posterioridade á entrada en vigor do RD-lei 15/1998. Con respecto ós traballadores a tempo parcial os contratos dos cales formalizásen se con anterioridade á entrada en vigor deste, o pacto de horas complementarias só será posible, conforme á disp. transit. primeira do RD-lei, cando se trate de relacións laborais indefinidas. Se se conclúe o devandito pacto, queda excluída a posibilidade de realizar horas extraordinarias, a salvo das previstas no apartado 3 do art. 35. ET. Polo tanto, segue sendo posible a realización de horas extraordinarias no caso de contratos temporais a tempo parcial subscritos antes do día 27 novembro 1998 e de contratos indefinidos parciais anteriores en que non se concluíse o pacto de horas complementarias.

En relación cos contratos posteriores, a realización das horas complementarias limitáse ós contratos a tempo parcial indefinidos, como ratifica a regra b) do art. 12.5 ET. Prodúcese deste modo certa descompensación entre estes e os contratos de duración determinada, produto do obxectivo de incentiva-los primeiros³⁶.

A realización de horas complementarias, as cales o lexislador define de forma farto máis concreta e precisa que as horas extraordinarias, depende dun pacto entre o empresario e o traballador. Non é posible, pois, que, como con excesiva frecuencia sucede con respecto ás horas extraordinarias, a súa obrigatoriedade prodúzase por convenio colectivo. Trátase dun pacto sometido ó principio xeral da autonomía da vontade, pero moi fortemente intervido pola lei e, eventualmente, polo convenio colectivo. En realidade, ó traballador pouco campo de decisión quedalle máis que presta-lo seu consentimento ou non á realización de horas complementarias, e determina-lo seu número, pero xa dentro dos moi estrictos límites legais, estes parcialmente susceptibles de relativización mediante convenio colectivo.

O pacto de horas complementarias goza de certa autonomía con respecto ó propio contrato a tempo parcial: pode realizarse co propio contrato ou máis tarde e pode quedar sen efecto ou ser substituído por outro distinto. Tamén pode quedar sen efecto, de acordo coa letra g) do art. 12.5 ET, por renuncia do traballador, aínda que só en determinadas situacións –responsabilidades familiares e necesidades formativas ou outro contrato a tempo parcial con incompatibilidade horaria- e con determinados requisitos temporais e formais –unha vez cumprido un ano dende a súa celebración e cun preaviso de quince días-. O que non alcanza a expresa-lo precepto é se a renuncia do traballador, en caso de necesidades formativas ou outro contrato a

35 Neste mesmo sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *Las horas complementarias*, RMTAS, nº 18, 1999, p. 87.

36 Neste sentido pronúnciase RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *Las horas complementarias*, op., cit., p. 117.

tempo parcial con incompatibilidade horaria, debería afectar só a unha parte das horas complementarias –a aquelas afectadas pola incompatibilidade– ou a todas. Aínda que a dicción literal parece referirse á renuncia total, pois se fala de deixar sen efecto o pacto, loxicamente se houberse compatibilidade horaria respecto da realización de tódalas horas complementarias non habería posibilidade de renuncia. As dúbidas poderían formularse nos supostos nos que existise compatibilidade horaria para realizar algunhas horas complementarias pero non para outras. ¿Podería o traballador renunciar tamén á realización das que resultasen compatibles ou, pola contra, podería ser obrigado polo empresario a realizalas? Nada impediría á autonomía contractual individual acordar un novo pacto de horas complementarias que posibilitase a realización de horas complementarias en horario compatible coas necesidades formativas ou o outro contrato a tempo parcial. Pero se non hai un novo pacto, ¿abondaría o anterior para poder obrigar ó traballador á realización das horas complementarias compatibles co novo horario do traballador? Non estaría de máis que a negociación colectiva incidise nesta cuestión para previr posibles desacordos entre empresario e traballador.

O contrato subsiste con independencia de que se realicen ou non este tipo de horas. Sen embargo, a existencia de horas complementarias depende de que o contrato manteña a súa condición de contrato a tempo parcial e o número daquelas vai estar condicionado pola porcentaxe de parcialidade en relación coa xornada de convenio ou da máxima legal³⁷. Por outra parte, o pacto, como requisito de eficacia –máis dubidoso resulta que se trate dun requisito de validez– debe formalizarse por escrito, de modo tal que, en caso de inobservancia da devandita forma, desprégase o *ius resistendae* do traballador³⁸.

O número máximo de horas complementarias que se poden realizar será do 15 por 100 das horas ordinarias obxecto do contrato, aínda que por convenio colectivo de ámbito sectorial ou, no seu defecto, de ámbito inferior, poderá establecerse outra porcentaxe máxima, que en ningún caso excederá do 60 por 100 das horas ordinarias contratadas. Neste punto, a Lei 12/2001 incrementou a porcentaxe máxima do 30 por 100 previsto polo RD-lei 15/1998 ó 60 por 100. Aínda que o límite de horas complementarias que poden realizarse por pacto é agora moito menor, a reforma non é censurable, pois é o traballador quen decide, en último termo, pactar ou non co empresario a realización de horas complementarias. Debe repararse, eludindo por agora a cuestión do tipo de convenio que pode actuar sobre o réxime de horas complementarias, en que a norma, a este respecto, prescinde doutros referentes máis remotos, seleccionados para defini-lo contrato a tempo parcial, e opta por referir esas porcentaxes ás horas ordinarias contratadas. É dicir, poderá realizar maior

37 VALDÉS DAL RÉ, F., *Una nueva modalidad de jornada de trabajo: las horas complementarias en el contrato de trabajo a tiempo parcial* (I), RL, nº 20, 1999, p 5.

38 Sobre as consecuencias do incumprimento da forma escrita, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *Las horas complementarias*, cit., pp. 94 e ss.

número de horas complementarias aquel traballador o contrato do cal se conclúa por unha porcentaxe maior da xornada, aínda que sempre que non sexa abondo próximo á xornada do traballador a tempo completo comparable ou, no seu defecto, á xornada máxima de convenio ou á máxima legal. Porque, se isto último sucede, haberá de estar a un ulterior límite legal: “a suma das horas ordinarias e das complementarias non poderá exceder do límite legal do traballo a tempo parcial definido no apartado 1 deste artigo”.

En canto á realización das horas complementarias, debe sempre atender ós límites de xornada que establece o ET, especialmente nos seus arts. 34, 36 y 37³⁹. Ademais, e aínda que a distribución das horas complementarias debe aterse ó que o convenio colectivo de aplicación e o pacto de horas complementarias estableza⁴⁰, o empresario, se outra cousa non se dispón en convenio colectivo, debe preavisa-lo traballador con sete días de antelación para que este deba prestar aquelas. Contrasta en certo modo coa rixida esixencia de que no contrato a tempo parcial formalizado por escrito conste a distribución das horas de traballo.

Polo que se refire á retribución e cotización polas horas complementarias, a letra f) do art. 12.5 parte dunha absoluta equiparación coas horas ordinarias⁴¹, que contrasta coas regras, case sempre específicas, das horas extraordinarias, establecidas no art. 35 ET pero, sobre todo, nos convenios colectivos. Deste réxime debe destacarse a súa toma en consideración para os efectos do cumprimento dos períodos de carencia –e, por ende, a súa cotización en iguais condicións que se de horas ordinarias se tratase-. O empresario non sente ningún incentivo especial para que as horas se consideren como ordinarias ou complementarias, fronte ó seu interese, ben entendible, de que determinado número de horas mereza a consideración de extraordinarias. E o traballador a tempo parcial que realice horas complementarias vese beneficiado no cumprimento dos períodos mínimos de carencia e, no caso específico da pensión de xubilación, na porcentaxe da base que vaia xerar: ó coeficiente do 1'5 haberá que engadir a toma en consideración de máis horas que as que constitúen as previstas no seu contrato⁴². Para tales efectos, establécese que se recollan no recibo individual de salarios e nos documentos de cotización á Seguridade Social tanto o seu número como a súa retribución. En consecuencia, e aínda que a súa realización ten carácter máis flexible e dependerá en último termo do que establecera o convenio colectivo de aplicación e o pacto de horas complementarias, as horas complementarias son a tódolos efectos parte da xornada ordinaria de traballo pactada nos contratos a tempo parcial de duración indefinida.

39 Aínda que deberán terse en conta as regras especiais establecidas no RD 1561/1995, de 21 setembro, sobre xornadas especiais de traballo.

40 A reforma do eliminou o réxime supletorio que, en ausencia de norma autónoma ó respecto, o propio art. 12.5 ET contiña, pois a letra e) establecía un sistema de distribución trimestral a característica principal da cal consistía nunha posibilidade de transferencia limitada das horas non realizadas nun trimestre ó inmediatamente posterior, con fortes condicionantes.

41 Nada obsta, con todo, a que a súa retribución poida ser mellorada por convenio colectivo.

Precisamente en relación coa posible diferenza de réxime xurídico entre horas extraordinarias e horas complementarias, debe terse en conta a xurisprudencia comunitaria⁴³, na que tódalas cuestións se suscitaron dende a perspectiva da non discriminación por razón de sexo. En concreto, a sentenza do TJCE de 15 decembro 1994, *Helmig*⁴⁴, resolveu o suposto dunhas traballadoras a tempo parcial o exceso de horas das cales con respecto á xornada reducida que contrataran non se retribuíu co suplemento previsto para as extraordinarias senón como horas ordinarias, en canto que o convenio aplicable só prevía o devandito suplemento para o tempo de traballo que excedese da xornada ordinaria de traballo. As traballadoras argumentaban que a devandita medida producía un impacto adverso no colectivo de traballadores a tempo parcial, formado por unha proporción maior de mulleres que de homes. Sen embargo, o Tribunal resolve a cuestión prexudicial formulada declarando que non existe discriminación indirecta, posto que os traballadores a tempo parcial percibían, a igualdade de horas traballadas, a mesma retribución global que os traballadores a xornada completa. De feito, se superaban o límite da xornada ordinaria prevista nos convenios colectivos, percibían tamén o complemento salarial por horas extraordinarias.

Resulta así perfectamente lícito que os convenios colectivos prevexan unha retribución da hora complementaria equivalente á da ordinaria –de acordo, polo demais, coa letra f) do art. 12.5 ET–, mentres que establezan unha retribución superior para as horas extraordinarias. Semellante regulación convencional, á vista da doutrina do *Helmig*, será perfectamente compatible co principio de non discriminación salarial por razón de sexo do art. 28 ET.

Polo demais, o RD-lei 5/2001 suprimiu a letra i) do art. 12.5 ET, que regulaba o réxime de consolidación na xornada ordinaria das horas complementarias. Acaso simplificando en exceso⁴⁵, cabe dicir que tal consolidación era un dereito do traballador, que debía preavisa-lo seu empresario, e que se producía nas porcentaxes do 30 e 50 por 100 da media anual das horas complementarias realizadas nun período, respectivamente, dos dous anos a partir da vixencia do pacto e dos dous anos seguintes, aínda que sempre respectando un resto mínimo do 4 por 100 de horas complementarias e o límite do contrato a tempo parcial. Aínda que este apartado i) revestía unha considerable complexidade legal, é pernicioso privar ó traballador do dereito a consolidar horas complementarias como xornada ordinaria. Mellor sería remiti-la cuestión a unha norma regulamentaria ou á negociación colectiva e ó pacto.

42 Sobre o particular, CABEZA PEREIRO, J., en CABEZA PEREIRO, J. e LOUSADA AROCHENA, J.F., *El nuevo régimen...*, cit., pp. 144 e ss.

43 Un estudio detido desta pode atopar en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario*, RL, nros 15-6, 1998, pp. 43 e ss.

44 Asuntos acumulados C-399/1992, C-409/1992, C-425/1992, C-34/1993, C-50/1993 e C-78/1993.

45 Deben citarse, como particularmente convincentes, as exposicións da materia de RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *Las horas complementarias*, cit., pp. 110 ss. e de VALDÉS DAL RÉ, F., *Una nueva modalidad de jornada: las horas complementarias en el contrato de trabajo a tiempo parcial (II)*, RL, nº 21, 1999, pp. 4 ss.

6. Experiencias da negociación colectiva

A lectura atenta do art. 12 do Estatuto dos Traballadores, despois das súas reformas de 1998 e 2001, xera certas incertezas. Por unha parte, a lei dótese dun carácter moi reglamentarista que deixa poucas aberturas á intervención da norma de rango inferior de desenvolvemento da Lei. Pero, por outra, deixa amplos espazos á negociación colectiva, case sempre mediante remisións expresas, aínda que en ocasións de modo máis implícito. Algunha vez remite sen máis á negociación colectiva e outros ó convenio colectivo en xeral. En todos estes supostos a remisión podería entenderse nun sentido amplo, non restrinxida á negociación estatutaria nin ó convenio colectivo estatutario, senón extensible ós convenios colectivos de eficacia limitada e ós acordos ou pactos informais de empresa⁴⁶.

Outras veces, en cambio, aínda que tamén xenericamente e con independencia do seu ámbito territorial, remítese ó convenio colectivo sectorial, admitindo só o de ámbito inferior (de parte dun sector, de empresa ou de ámbito inferior á empresa) en defecto daquel, e iso sen que se explique doadamente por qué unhas remisións son máis restrictivas que outras. En certo modo, ó situarse reiteradamente no ámbito da negociación sectorial, preténdese implantar certa homoxeneidade reguladora, aínda que sen renunciar á función de adaptación ás peculiaridades que presenten as características productivas de unidades inferiores, especialmente de empresa, en defecto de convenio de sector⁴⁷.

Iso pode formular dúbidas de interpretación. Así, en principio pode entenderse que a regulación dos convenios sectoriais se impón sobre a potencial regulación anterior de convenios de ámbito inferior⁴⁸. Pero chegouse a defender na doutrina, e en absoluto de forma infundada, que o convenio de empresa só pode regular estas materias nas que o art. 12 remite con preferencia ó convenio de sector, cando non exista convenio de sector, non cando o convenio de sector non considere a posibilidade correspondente⁴⁹.

Ademais, por outro lado, ó referirse xenericamente ós convenios colectivos sectoriais, con independencia do seu ámbito territorial, poden formularse supostos de concorrencia entre convenios colectivos sectoriais de diferente ámbito xeográfico, que haberá que resolver polas normas xerais do art. 84. En principio, prevalece o convenio sectorial anterior durante a súa vixencia sobre o posterior, calquera que

46 CASAS BAAMONDE, M^a.E., *Los contratos de trabajo a tiempo parcial...*, p. 446.

47 PRADOS DE REYES, F.J., *Cláusulas de contratación y empleo en la negociación colectiva*, DL, nº 64, 2001, p. 53.

48 A pesar da regra xeral de prevalencia do convenio anterior no tempo, con independencia do seu ámbito, recollida no art. 84, parágrafo 1º ET. Véxase CASAS BAAMONDE, M^a.E., *Los contratos de trabajo a tiempo parcial...*, p. 445.

49 Neste sentido, VALDÉS DAL RÉ, F., *Una nova modalidade de jornada de trabajo: las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial*, cit., pp. 8-9. Despois de meditalo criticamente e con detemento, parece razoable tal postura.

sexa o ámbito dun e outro, e salvo o que, de acordo co art. 83.2 ET, poida establecerse en acordo intersectorial ou de sector. Pero, sempre que se cumpran as esixencias do parágrafo segundo do art. 84 ET é posible que un convenio colectivo de sector afecte ó disposto nun convenio anterior de ámbito superior, salvo nas materias que o parágrafo terceiro declara non negociables en ámbitos inferiores. Precisamente entre estas materias están “as modalidades de contratación, agás nos aspectos de adaptación ó ámbito da empresa”. Por conseguinte, en tales aspectos poderán mesmo prevalecer os convenios sectoriais de ámbito inferior posteriores sobre os convenios sectoriais de ámbito superior anteriores.

Non está de máis recordar que a estrutura da negociación colectiva española caracterízase por un alto grado de atomización e dispersión de unidades de negociación e que son mínimos os sinais de evolución que poden apreciarse ó respecto⁵⁰. Dende a década dos oitenta os Acordos Interconfederais asinados reiteran a súa vontade de propiciar unha estrutura negocial máis axeitada, en función das circunstancias en cada caso concorrentes. Pola súa banda, o Acordo Interconfederal para a Negociación Colectiva de 1997, para evita-la atomización existente, elixía como unidade dominante ou principal á unidade sectorial de ámbito estatal, á que reservaba determinadas materias, entre outras “a xornada máxima efectiva de traballo no cómputo que acorden as partes”⁵¹, en tanto que outras podían ser desenvolvidas ou mesmo negociadas en ámbitos inferiores (convenio sectorial de ámbito inferior ou convenio de empresa). Non obstante, os AINC 2002 e 2003 non insisten nos obxectivos do de 1997. Non conteñen referencias á problemática da estrutura da negociación colectiva e céntranse na fixación dos criterios xerais que deben presidi-las diferentes negociacións, calquera que sexa o ámbito negocial elixido.

Por outra parte, as relacións entre convenio colectivo e art. 12 son diversas⁵²: algunhas responden ó principio de que o convenio complementa a norma legal⁵³, outras, a que a norma legal só desempeña un papel supletorio da cláusula

50 Entre os avances producidos pódense sinala-los Acordos de substitución das Ordenanzas Laborais e Regulamentacións de Traballo, dentro do seu proceso de derogación; e a aparición de Acordos Marco en importantes sectores ou ramas de actividade –construción, metal, madeira, axencias de viaxe, artes gráficas, banca, caixas de aforro, educación, químicas, perfumerías, etc –, nos que se intenta fixa-los ámbitos de negociación por materias en distintos niveis, e, mesmo, normas de concorrencia entre as diferentes unidades de negociación. Con todo, as súas propostas non son uniformes e a experiencia non é todo o positiva que cabería esperar, polo incumprimento por parte da negociación colectiva de ámbito inferior ó sectorial estatal das regras de ordenación e articulación establecidas a nivel estatal. Véxase CES, *Memoria sobre la situación socio-económica y laboral de España*, cit., p. 395-6.

51 RL, 1997-I, p. 1349.

52 Ó respecto, GARCÍA BLASCO, J., *op. cit.*, p. 51.

53 Arts. 12.1 pár. segundo, 12.4 d), e) e g) e 12.5 ET.

convencional⁵⁴, e outras, en fin, á utilización autónoma da negociación colectiva para incentiva-lo traballo a tempo parcial⁵⁵.

Estas reformas propiciaron a consideración máis específica por parte dos interlocutores sociais da materia de tempo parcial na negociación colectiva. Ata entón, poucos eran os convenios que se preocuparan por establecer previsións específicas para estes traballadores, polo demais, necesarias case sempre por circunstancias estruturais do propio sector productivo⁵⁶. O propio Acordo Interconfederal para a Negociación Colectiva 2003⁵⁷ indica que a lexislación laboral traslada competencias á negociación colectiva para concretar e adaptar aspectos das distintas modalidades de contratos as circunstancias das empresas. No mesmo Acordo faise constar, como dato positivo, o maior tratamento nos convenios dalgúns aspectos relativos ó emprego e á contratación. Precisamente en relación coa diminución da excesiva temporalidade na contratación en España⁵⁸, o Acordo 2003 sinala que os contratos a tempo parcial indefinidos permiten conxuga-la estabilidade no emprego con necesidades productivas variables das empresas, polo que o fomento dun uso adecuado de tales contratos a través da negociación colectiva pode ser unha alternativa á contratación temporal ou á realización de horas extraordinarias en determinados supostos.

As remisións concretas do art. 12 á negociación colectiva son varias. No propio concepto de traballo a tempo parcial atópase unha remisión, pois, a falta de traballador comparable a tempo completo na empresa, considerarase a xornada a tempo completo fixada por convenio colectivo. Podería discutirse sobre se esta referencia inclúe convenios colectivos estatutarios e tamén extraestatutarios, ou se alcanza tamén ós acordos de empresa. Malia que parece oportuno inclinarse polas respostas máis flexibles e expansivas, chama a atención que unha cuestión de suma transcendencia como é a que agora se comenta non se circunscriba ó convenio de sector.

O apartado 4 do art. 12 contén varias chamadas á autonomía colectiva. A primeira, para substituír unha regra que, con carácter supletorio, enuncia a lei: cando o contrato a tempo parcial leve consigo a execución dunha xornada diaria inferior á dos traballadores a tempo completo e esta realícese de forma partida, só será posible efectuar unha única interrupción na devandita xornada diaria. Sen embargo, iso será así “salvo que se dispoña outra cousa mediante convenio colectivo sectorial ou, no

54 Arts. 12.4.b) e 12.5 c) e d) ET.

55 Arts. 12.4.f) e 12.6.d) ET.

56 Caso daquelas actividades nas que prolifera o traballo fixo-discontinuo. Para unha análise xeral da negociación colectiva nesta materia, outra vez debe citarse o traballo de GARCÍA BLASCO, *op. cit.*, pp. 47 ss.

57 Asinado o 30 de xaneiro de 2003 por CEOE, CEPYME, CCOO e UGT. Véxase BOE, nº 47, do 24 de febreiro de 2003.

58 A escasa importancia do traballo a tempo parcial en España é un dos factores ós que se atribúe a resistencia á baixa da excesiva temporalidade.

seu defecto, de ámbito inferior". A este respecto, GARCÍA BLASCO⁵⁹ achega algúns datos sobre cláusulas convencionais que outorgan garantías mínimas de continuidade de xornada para os traballadores a tempo parcial. Aquí xa nos atopamos cunha chamada que, sen excluír ó convenio de ámbito inferior, outorga preferencia ó sectorial.

A continuación, remítese á negociación colectiva unha das cuestións máis espiñentas, como é a de recoñece-los dereitos dos traballadores a tempo parcial de xeito proporcional, en función do tempo traballado, excepciónando a regra xeral de equiparación de dereitos cos traballadores a tempo completo. A Lei non discrimina entre ámbitos negociais e outorga nesta materia campo de actuación á negociación conxuntamente con instrumentos heterónomos, de rango legal ou regulamentario. Tamén debe criticarse esta opción legal. A materia resulta o suficientemente complexa e delicada como para actuar con suma cautela e con criterio restrictivo, pois se trata de excepciónar unha regra xeral –principio de igualdade– máis vantaxosa da que pretende impoñerse a aquela –principio de proporcionalidade–. As cláusulas convencionais, ó igual que as legais e regulamentarias, deben interpretarse e vulgarse con sumo rigor en canto que eventualmente lesivas dun dos principios máis básicos do noso ordenamento xurídico. Sobre esta materia, a única xustificación ó demasiado xenérico precepto legal reside na aínda máis xenérica cláusula 4.2 do Acordo Marco sobre o traballo a tempo parcial. Non se debe obviar que, cando menos, o precepto legal establece implicitamente algunhas limitacións ó principio de proporcionalidade: a posibilidade do seu desfrute pola natureza –cuantificable– do dereito; a súa aplicación *pro rata temporis*, é dicir en función do tempo traballado; e o seu recoñecemento expreso por disposicións legais e regulamentarias e nos convenios colectivos.

As letras e) e g) do art. 12.4, co fin de facilita-lo tránsito do tempo completo ó tempo parcial e viceversa, conteñen tres remisións –a última só permite a conversión do tempo completo ó tempo parcial–, sen que loxicamente os convenios poidan regular ese tránsito en prexuízo do traballador e, moito menos, prescindir para iso do consentimento do traballador. Curiosamente nas tres dáse preferencia ó convenio sectorial sobre o de ámbito inferior. A primeira refírese ós procedementos de información sobre as vacantes a tempo completo e a tempo parcial e solicitude de conversión de contrato ou de incremento de xornada. Non se entende ben por qué nesta materia se restrinxe a actuación do convenio de empresa, no que potencialmente poderán preverse procedementos máis áxiles e adaptados ás concretas necesidades dos traballadores e do propio empresario. A segunda opera en relación ós procedementos e requisitos para exercer-los dereitos de preferencia de acceso a vacantes, nos termos que establece o inciso terceiro do art. 12.4.e-v). A este respecto tamén prevalece o convenio de sector sobre o de empresa, nunha opción acaso menos discutible que no suposto anterior. O convenio podería mesmo

59 *Op. cit.*, p. 56.

configura-la conversión contractual como un dereito dos traballadores e impoñe-la súa obrigatoriedade ó empresario. E tamén parece menos controvertible, polos mesmos motivos, a terceira, contida na letra g), que contempla a posibilidade de establecer requisitos e especialidades “principalmente por razóns familiares ou formativas” para a conversión de contratos a tempo completo en contratos a tempo parcial, pero nada se di da conversión de contratos a tempo parcial en contratos a tempo completo. A voluntariedade, en canto dereito irrenunciable do traballador, esixe a concorrencia da vontade do traballador para a conversión. Non pode, por iso, obrigarse por convenio colectivo o traballador a acepta-la conversión⁶⁰. Sen embargo, os convenios colectivos si poden impoñer obrigas de conversión contractual vinculantes para o empresario.

Tamén a letra f) encomenda ós convenios colectivos o establecemento de “medidas para facilita-lo acceso efectivo dos traballadores a tempo parcial á formación profesional continua, co fin de favorece-la súa progresión e a súa mobilidade profesionais”⁶¹, aínda que, para este suposto, sen discriminar unidades de negociación.

Polo que respecta á materia das horas complementarias, xa o encabezamento do art. 12.5 advirte que o seu réxime pode establecerse, “no seu caso, nos convenios colectivos sectoriais ou, no seu defecto, de ámbito inferior”. Debe apreciarse, pois, que nesta materia, de novo o convenio de empresa queda relegado, como instrumento defectivo o de sector. A autonomía colectiva pode actuar en dúas cuestións fundamentais: a primeira, aumentar ou diminuí-la porcentaxe máxima das horas ordinarias que poden alcanza-las complementarias. O máximo legal -15 por 100- pode transcenderse ata o límite dun 60 por 100, sempre que con esta porcentaxe acrecida non se supere o umbral que separa o tempo parcial da xornada completa. A segunda, tanto ou máis importante que a anterior, se refire á distribución e realización das horas complementarias pactadas en contrato individual. Ademais -non resulta claro se a este respecto o convenio de sector se imporí-a ó de empresa-, dá a impresión de que a letra h) do art. 2.5 habilita ós convenios colectivos para engadir requisitos ó pacto de horas complementarias.

Por último, a letra d) do art. 12.6, en sede de contrato de relevo, encomenda á negociación colectiva o establecemento de medidas para impulsa-la celebración de contratos de relevo. Cuestión esta que o lexislador, consciente da escasa utilización ata a data destas modalidades de contratos e incentivos á contratación, pretende impulsar, calquera que sexa o ámbito negocial de que se trate.

60 É o traballador individualmente considerado, non o empresario nin os titulares da autonomía colectiva, quen debe aceptar ou non en último termo o apso do contrato a tempo parcial ó contrato a tempo completo.

61 Sobre esta cuestión, deben tomarse en consideración, para os efectos compensatorios, os asuntos Lewark e Freers e Speckmann, *cits.* Na cabeza PEREIRO, J. e LOUSADA AROCHENA, J.F., *op- cit.*, p. 14.

Se se examina a regulación convencional do contrato a tempo parcial, advírense as dificultades de adaptación dos convenios colectivos ás sucesivas reformas habidas na regulación do contrato a tempo parcial. Así, non resulta de todo estraño atopar regulacións convencionais de todo obsoletas e mesmo diverxente co vixente réxime xurídico deste.

Polo demais, a pesar de que os espazos ofrecidos á negociación colectiva son moi amplos, non foron demasiado aproveitados polos interlocutores sociais⁶². Entre os aspectos máis regulados polos convenios colectivos sobre esta materia⁶³, destacan algúns. Así, os referidos a establece-lo propio concepto de traballo a tempo parcial. En ocasións non se establece un límite de xornada máxima de carácter xeral, senón un límite para categorías profesionais, o que confirma a vinculación do concepto de tempo parcial á xornada correspondente ó ámbito no que se vai desenvolver. Outras veces, establécense límites á duración da xornada en tempo parcial⁶⁴ –límites mínimos, para evita-la marxinalidade de determinadas contratacións e límites máximos para excluír situacións que, pola súa proximidade á prevista para o traballo a tempo completo, non xustifican a contratación a tempo parcial⁶⁵-. E outros mesmo ó número de contratacións a tempo parcial que poden realizarse⁶⁶.

Outro dos aspectos máis aludidos na negociación colectiva é o dereito preferente do traballador a tempo parcial a ocupar postos de traballo vacantes a tempo

62 Véxase CES, Memoria sobre la situación socio-económica y laboral de España, cit., p. 427-8. Segundo os datos provisionais do MTAS referidos ó ano 2002, respecto dos convenios rexistrados a 31 de decembro de 2002, o 7,1 por cento dos convenios acollen este tipo de cláusulas, que son moito máis frecuentes na negociación colectiva sectorial que na negociación colectiva empresarial. Polo demais, o 23,3 por cento dos traballadores están afectados polos devanditos convenios.

63 Véxase PRADOS DE REYES, F.J., *Cláusulas de contratación y empleo en la negociación colectiva*, cit., pp. 55 e ss.

64 Máis que restriccións á contratación son auténticas alteracións do réxime normativo.

65 Por exemplo, os de “Xastrería, modistería, camisería e demais actividades afíns á medida” –Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 12 de xullo de 1999 (BOA, nº 179, do 28 de xullo de 1999), art. 31-, que autoriza o contrato a tempo parcial, sempre que como mínimo a xornada laboral sexa de 15 horas; “Marroquinería, Coiros repuxados e similares” interprovincial, de Madrid e zona centro –Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 22 de xullo de 2003 (BOA, nº 188, do 7 de agosto de 2003), art. 46 a)-, que fixa a xornada anual mínima do contrato indefinido a tempo parcial dos fixos xornais en mil horas de traballo efectivo; Interprovincial do “comercio de flores e plantas” –Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 26 de xuño de 2003 (BOA, nº 179, do 28 de xullo de 2003), art. 11-, que establece un límite non inferior a vinte horas á semana ou oitenta ó mes, sendo en cómputo anual inferior ó 77% da xornada de traballo anual establecida no mesmo convenio; “Empresas organizadoras do xogo do Bingo” –Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 24 de novembro de 2003 (BOA, nº 296, do 11 de decembro de 2003), art. 12.3-, que fixa unha duración entre 16 e 30 horas semanais.

66 “Empresas organizadoras do xogo do Bingo” – Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 24 de novembro de 2003 (BOA, nº 296, do 11 de decembro de 2003), art. 12.3-, establece que non poden exceder do 33 por cento do persoal fixo pactado no convenio.

completo⁶⁷ ou con maior xornada, sempre que se cumpran determinados requisitos, como que sexa do mesmo grupo profesional e centro de traballo ou que se reúnan os requisitos de capacidade, titulación e idoneidade para esta⁶⁸.

Tamén adoita ser tomada en consideración na negociación colectiva a equiparación de dereitos entre traballadores a tempo parcial e a tempo completo. É frecuente atopar cláusulas xenéricas que deixan, non obstante, aberta a posibilidade do principio de proporcionalidade en relación coas limitacións que se deriven da natureza e duración do contrato, ou mesmo cláusulas máis concretas para a aplicación do principio de proporcionalidade en materia de salario⁶⁹.

Así mesmo, adoitan recollerse na negociación colectiva as regras sobre a realización, número e distribución das horas complementarias. En liñas xerais, a regulación convencional adoita ir dirixida a incrementa-la súa porcentaxe, establecido legalmente nun 15 por cento da xornada ordinaria obxecto do contrato, pero que pode chegar ó 60 por cento⁷⁰. Non obstante, séguense detectando, aínda que cada vez menos, actitudes de rexeitamento cara a esta prolongación da xornada, ata o punto de preverse a conversión do contrato en contrato a tempo completo⁷¹.

E, finalmente, desapareceron bastantes alusións que antes se atopaban en relación coas interrupcións posibles en caso de traballo a tempo parcial con xornada diaria partida, inferior á dos traballadores a tempo completo. O ET limita as devanditas interrupcións a unha, pero considera a posibilidade do seu incremento mediante convenio colectivo.

67 Interprovincial do “comercio de flores e plantas” – Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 26 de xuño de 2003 (BOA, nº 179, do 28 de xullo de 2003), art. 11-; “Grandes almacéns” –Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 23 de xullo de 2001 (BOA, nº 191, do 10 de agosto de 2001), art. 11-.

68 “Centros de asistencia e educación infantil” –Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 31 de xullo de 2003 (BOA, nº 201, do 22 de agosto de 2003), art. 20-.

69 Non, en cambio, en relación con outros conceptos tamén de natureza económica non salarial, como o plus de transporte, as axudas de custo e outros conceptos de carácter indemnizatorio.

70 “Centros de asistencia e educación infantil” – Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 31 de xullo de 2003 (BOA, nº 201, do 22 de agosto de 2003), art. 20-, que eleva o límite ó 20 por cento; o mesmo límite establece o de “Colexios Maiores Universitarios” –Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 12 de setembro de 2001 (BOA, nº 235, do 1 de outubro de 2001), art. 14-; un límite do 30% no de “Universidades Privadas, Centros Universitarios Privados e Centros de Postgraos” –Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 5 de setembro de 2001 (BOA, nº 226, do 20 de setembro de 2001), art. 12, h)-; e un 40 por cento o de “Grandes almacéns” – Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 23 de xullo de 2001 (BOA, nº 191, do 10 de agosto de 2001), art. 11-, aínda que se excede do 15 por cento das horas ordinarias contratadas pode dar lugar á consolidación dunha parte destas nos termos que sinala o convenio. Ademais, esixe que a realización de horas complementarias vaia unida ó inicio ou fin da xornada ordinaria ou en días en que haxa xornada ordinaria, para un mínimo de catro horas continuadas.

71 Interprovincial do “comercio de flores e plantas” – Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 26 de xuño de 2003 (BOA, nº 179, do 28 de xullo de 2003), art. 11-.

En fin, tres trazos deben destacarse para concluír coa intervención da negociación colectiva na materia: o primeiro, a dificultade de esexese da lei. As remisións son plurais, cuantitativa e cualitativamente falando, e esixen un coñecemento xurídico profundo para explotar tódalas posibilidades que o lexislador outorgou ás mesas de negociación. O segundo, o compromiso do lexislador coa autonomía colectiva. En poucos preceptos a interrelación entre norma autónoma e heterónoma resulta tan fecunda potencialmente como no art. 12. E o terceiro, a preferencia polas fontes sectoriais, pero sen discriminar entre elas, fronte ás de empresa, sen dúbida reflecto do carácter pactado da reforma de 1998 do art. 12 do Estatuto dos Traballadores.

7. O contrato de relevo e a xubilación parcial

En correspondencia coa súa escasa utilización práctica, o contrato de relevo, reflecto español de institucións paralelas nos ordenamentos xurídicos francés⁷² e italiano⁷³, foi obxecto dunha moi discreta atención por parte da doutrina xudicial⁷⁴. As últimas reformas dende o RD-lei 15/1998, de 27 novembro, consolidada polo que se refire ós aspectos de Seguridade Social, polo RD 144/1999, de 29 xaneiro⁷⁵ e a nova redacción dada ó apartado 6 do art. 12 pola Lei 12/2001, camiñan na mesma senda de incrementa-los trazos de flexibilidade dunha relación a tres bandas entre empresario, traballador parcialmente substituído e relevista. Todo iso, para servir á fin ó que se dirixe esta modalidade contractual, cal é non tanto a creación de emprego como a repartición do existente.

A pesar de que o índice de contratos de relevo subscritos no ano 2002 segue sendo realmente baixo ⁷⁶, a porcentaxe de convenios que inclúen cláusulas referidas a a “creación de emprego por xubilación parcial (contrato de relevo)” e tamén o de traballadores afectados por estes mantén unha lixeira tendencia á alza. Segundo datos provisionais do MTAS, correspondentes ó ano 2002, un 12,4 por cento dos convenios incluían cláusulas ó respecto e eses convenios afectaban a un 22,1 por cento dos traballadores -1.727.031 traballadores-.

72 Trátase de *préretraite progressive*. Sobre el, GAUDEMET, E, *Lles contrats deas solidarité*, Droit Social, nº4, 1982, pp. 337 e ss.

73 O pre pensionamiento progresivo. Ó respecto, FILADORO, C., *Il part estafe* (Milán, 1995) pp. 25 ss.

74 Tampouco se abordou o seu estudio sistemático en excesivos estudos concretos. Poden citarse, vg., os de GARRIDO PÉREZ, E., *El contrato de relevo*, MTSS (Madrid, 1987), LÓPEZ CUMBRE, L., *Contrato de relevo u distribución del tiempo de trabajo. La jubilación al servicio de la repartición del empleo*, Tr.S-N, nº85, 1998, pp. 50 e ss. e MELLA MÉNDEZ, L., *Consideraciones sobre el contrato de relevo*, Ó, nº 46, 1998, pp. 865 e ss.

75 “Polo que se desenvolve, en materia de acción protectora da Seguridade Social, o Real Decreto-Lei 15/1998, de 27 novembro, de medidas urxentes para a mellora do mercado de traballo en relación co traballo a tempo parcial, e o fomento da súa estabilidade”.

76 7.312, segundo datos do CES, Memoria sobre a situación socio-económica e laboral de España, *cit.*, p. 421.

A flexibilización da regulación legal obsérvase no ámbito do contrato de traballo do traballador relevista. En primeiro lugar, non se prexulga que a relación laboral deste traballador deba ser a tempo parcial, senón que se declara expresamente que “o contrato de relevo poderá asinarse a xornada completa ou a tempo parcial”⁷⁷. De modo que o contrato de relevo, non debe considerarse como unha modalidade máis de contrato a xornada reducida, pois transcende das regras do art. 12 do ET, en canto que o lexislador non prexulga que sexa necesariamente a tempo parcial. Si o é o contrato do traballador parcialmente xubilado, por canto debe reducir como mínimo o 25 por 100 da súa xornada. Esta previsión, en principio positiva dende unha política de fomento do emprego, só é criticable dende a perspectiva de que poida supoñer unha expulsión de facto do traballador prexubilado da súa empresa e, por ende, do mercado laboral.

Por outra banda, non é preciso que o candidato a relevista teña que ser un desempregado, pois pode tratarse tamén dun traballador que tivese concertado coa empresa un contrato de duración determinada. Non soluciona a regulación legal os supostos formulados xa ante os tribunais de desempregados que foron traballadores indefinidos na empresa e causan baixa voluntaria nesta, subscribindo, nun breve lapso temporal, un contrato de relevo con esta, o que constitúe unha fraude de lei⁷⁸.

E tampouco é necesario que o traballador ó que parcialmente substitúase haxa cumprido a idade para poder xubilarse. En coherencia con iso, non se extingue necesariamente o contrato de relevo polo cumprimento da devandita idade. Agora ben, a existencia do contrato de relevo imponse só nos casos de xubilación parcial antes do cumprimento da idade necesaria para acceder á devandita situación. Nos demais casos, é dicir, cando o traballador que pretende xubilarse parcialmente xa cumpriu a idade de xubilación ou o parcialmente xubilado antes da devandita idade a cumpre, a celebración do contrato de relevo é voluntaria para o empresario. Esta posibilidade vai afectar á duración do contrato. Cando se celebra antes de que o traballador que se xubila parcialmente teña a idade de xubilación, pode facerse por tempo indefinido ou polo tempo que lle reste ó traballador para alcanza-la idade de xubilación. Cumprida a devandita idade, en cambio, pode renovarse de ano en ano ata que se extinga pola xubilación total do relevado. E se se celebra cando o traballador que pretende reducir parcialmente a súa xornada laboral e acceder á xubilación parcial cumpriu xa a idade de xubilación, pode tamén renovarse por períodos anuais ata a súa extinción pola xubilación total do devandito traballador.

Tamén merece un comentario positivo a circunstancia de que un e outro –relevista e relevado– poidan simultanear o seu horario de traballo. Neste sentido,

77 Aínda que o art. 12.5, xa na súa versión anterior o RD-lei 15/1998, establecía que “a empresa...que dará obrigada a manter cuberta, como mínimo, a xornada de traballo substituída...”

78 Non obstante, a doutrina xudicial maioritaria ó respecto admite a contratación ó amparo dunha interpretación literal en exceso da norma legal, que esixe, simplemente, que o traballador estea desempregado. Véxase IGARTUA MIROU, M^a.T., *Xubilación parcial y contrato de relevo*. Problemas relativos

a empresa pode prever que o traballador desempregado complete a xornada do prexubilado ou ben que ámbolos dous coincidan na prestación dos seus servizos. Tal circunstancia, ademais de permitir unha máis flexible organización dos recursos humanos, propicia que o traballador parcialmente xubilado transmita o seu caudal profesional ó novo traballador, nunha sorte de contrato con vertente formativa implícita.

Recoñécese, ademais, de modo expreso a posibilidade de que o relevista desempeñe non exactamente o mesmo posto de traballo do traballador substituído, senón un similar⁷⁹. Entende por tal a lei, “o desempeño de tarefas correspondentes ó mesmo grupo profesional ou categoría equivalente”. Esta definición, na que latexa con forza a influencia da mobilidade funcional do art. 39 ET, abre novas posibilidades de organización flexible do traballo por parte da empresa, e posibilitase a incorporación de traballadores con aptitudes profesionais máis útiles á entidade que as dos parcialmente xubilados.

E, finalmente, o lexislador chama á negociación colectiva como instrumento de impulso para a celebración de contratos de relevo⁸⁰.

Tres comentarios máis cabe formular respecto do contrato de relevo. O primeiro deles versa sobre a crecente similitude entre este e o contrato de interinidade. En efecto, ó admitirse no art. 5.2. b) do RD 2720/1998, de 29 decembro, a posibilidade de interinidades parciais, no caso –tomado a xeito de exemplo– de redución de xornada por motivos familiares do art. 37.5 do ET, pero extensible a “outros supostos en que, de conformidade co establecido legal ou convencionalmente, acordárase unha redución temporal da xornada do traballador substituído”, as diferencias entre unha e outra modalidade contractual son ontoloxicamente inexistentes, a salvo da posibilidade de que o relevista exceda a xornada deixada vacante polo relevado. Así pois, as distancias entre ámbalas dúas alcanza só a cuestións accesorias.

a la interpretación del requisito de estar “desempleado” impuesto al relevista. Comentario a la Sentencia del TSJ de Navarra del 30 de julio de 2002, ÁS, nº 18, 2002 (BIB 2002282). En relación coaxubilación anticipada ós 64 anos, pero nun suposto similar, a STSJ da Comunidade Valenciana do 24 de xullo de 2001 apreciou maquinación fraudulenta para xubila-lo actor sen contratar outro traballador novo e, en definitiva, amortizando un posto de traballo, “o que sen dúbida vai contra a letra e o espírito da norma”.

79 A doutrina xa ratificara esta posibilidade antes da reforma do ano 1998, como poñen de manifesto, con oportuna cita xurisprudencial, IGLESIAS CABERO, M. e MARÍN CORREA, J.M., *Comentario de urgencia...*, cit., p. 54.

80 O convenio aplicable a “Grandes almacéns” – Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 23 de xullo de 2001 (BOA, nº 191, do 10 de agosto de 2001), art. 11-, permite, para facilitar e axilizar este tipo de contratacións, que o traballador relevista poida pertencer a un grupo profesional distinto do xubilado parcialmente. Polo demais, establece que as empresas deberán facilitar a xubilación parcial dos traballadores que o soliciten, cumprindo as formalidades que conduzan á realización do correspondente contrato de relevo.

O segundo, recoñecido no propio Acordo Interconfederal para a Negociación Colectiva 2003, é que os contratos de relevo permiten a inserción laboral e son un instrumento útil para abordar renovacións de persoal e posibles reestructuracións.

E o terceiro refírese ós efectos da xubilación parcial no apartamento parcial dos traballadores maduros do mercado de traballo. Neste sentido, o contrato de relevo constitúe un instrumento que propicia xubilacións parciais anticipadas e que, por outra banda, dificulta o establecemento de medidas de prolongación ou flexibilización da idade de xubilación e á vez fomenta a súa prolongación parcial⁸¹.

Pola súa banda, considérase xubilación parcial a iniciada despois do cumprimento dos sesenta anos, simultaneamente á celebración dun contrato de traballo a tempo parcial entre o xubilado e a empresa, e vinculada ou non a un contrato de relevo, de conformidade co establecido nos arts. 12.6 ET, 166 LGSS e 9 ss. e disposición adicional primeira do RD 1131/2002⁸².

Para acceder á situación de xubilado parcial esíxense varios requisitos. En primeiro lugar, ser traballador por conta allea e estar integrado en calquera Réxime da Seguridade Social. En segundo lugar, reunir tódalas condicións para ter dereito á pensión contributiva de xubilación, salvo a idade, que ha de ser, polo menos, de sesenta anos. En terceiro lugar, concertar, de acordo coa empresa, un contrato de traballo a tempo parcial, reducindo a xornada de traballo e o salario, entre un mínimo dun 25 por cento e un máximo dun 85 por cento, nos termos previstos no art. 12.6 ET. En principio, e posto que o traballador está en activo, parece que non habería ningún impedimento legal para que, en vez dun novo contrato de traballo a tempo parcial, producísese unha conversión voluntaria do contrato a tempo completo nun traballo a tempo parcial, de acordo co art. 12.4 e) ET⁸³. E en cuarto lugar, se o traballador se xubila parcialmente antes dos sesenta e cinco anos de idade, a empresa deberá asinar un contrato de relevo cun traballador desempregado ou cun traballador temporal da empresa, que ocupe, polo menos, a xornada abandonada polo xubilado parcial e mante-lo contrato de relevo ata que sexa obrigatorio.

Tamén no ámbito do contrato de traballo do traballador que se xubila parcialmente se produciron significativas novidades, na mesma tendencia de flexibilizar esta relación complexa para convertela en máis atractiva e utilizada.

En primeiro lugar, en relación coa idade do traballador parcialmente xubilado. Se ata o RD-lei 15/1998 esta tiña que ser, como máximo, de tres anos inferior á esixida para ter dereito a pensión contributiva de xubilación da Seguridade Social, agora é bastante con que sexa, como máximo, cinco anos inferior. Polo demais, a

81 Sobre estas cuestións, in extenso, Informe sobre vida laboral y prejubilaciones. Comisión de Relaciones Laborais, Emprego e Seguridade Social do CES, exemplar fotocopiado.

82 Art. 9 RD 1131/2002.

83 RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *La flexibilidad de la edad de jubilación (e III): jubilación aplazada y jubilación gradual*, RL, nº1, 2003, pp. 10-1.

xurisprudencia e a doutrina mantiveron que a idade á que se refería o art. 12.6 ET –“que habrá de ser inferior en, como máximo, cinco anos á esixida”– non era necesariamente a xeral do art. 161.1 LGSS, senón que tamén debía considerarse a anterior que se aplica en determinados sectores específicos polas súas condicións especiais de penosidade, de acordo co art. 161.2 da propia Lei. Esta tese foi mesmo confirmada polo art. 8 do RD 144/1999, de 29 xaneiro: “...a tales efectos, teranse en conta as bonificacións ou anticipacións de idade que, no seu caso, correspondan”⁸⁴. Sen embargo, a redacción do art. 166.2 LGSS veu a establecer maior precisión na esixencia dunha idade inferior a cinco anos, como máximo, “á esixida con carácter xeral” e, finalmente, o RD 1131/2002, en desenvolvemento do art. 166.4 LGSS é tallante a esixi-lo cumprimento dos sesenta anos para acceder á xubilación parcial e o cumprimento dos sesenta e cinco, “sen que, para tales efectos, téñanse en conta as bonificacións ou anticipacións da idade de xubilación que correspondan”, para esixir ou non á empresa a concertación simultaneamente dun contrato de relevo.

E en segundo lugar, flexibilízase a redución de xornada. Con anterioridade, tiña que producirse en, exactamente o 50 por cento. Agora, pode realizarse entre un 25 por cento, como mínimo, e un 80 por cento, como máximo, da xornada e, correspondentemente, do seu salario. O contrato a tempo parcial do xubilado parcialmente é así a única excepción ó art. 12.1 ET ó esixi-lo art. 12.6 ET para a celebración deste contrato, que agora tamén pode concertarse con traballadores da empresa que xa cumpriran a idade de xubilación, que se produza unha redución da xornada e do salario do traballador xubilado parcialmente de entre un 25 e un 85 por cento. Cuestión distinta é a intensidade da xornada que se estableza no contrato de relevo, que pode ser a tempo completa ou parcial, co mínimo da redución da xornada do traballador que se acolle á citada fórmula de xubilación⁸⁵.

Ademais, debe repararse en que a nova dicción legal do art. 12.6 ET expresa, precisamente, “da súa xornada de traballo” e non, como anteriormente, “da xornada de traballo”, signo de que o traballador prexubilado podería ser, inicialmente, un traballador a tempo parcial, de modo que as devanditas porcentaxes operarían sobre unha xornada xa inicialmente inferior á máxima de convenio. Con todo, o art. 10 a) do RD 1131/2002 sinala expresamente no seu parágrafo segundo que as porcentaxes mínima e máxima de redución da xornada se entenden referidos a unha xornada de traballo dun traballador a tempo completo comparable.

Precisamente en relación coa exclusión do acceso ó traballo a tempo parcial por razón da idade e ó conseqüente desfrute da xubilación parcial ós que xa traballan a tempo parcial debe terse en conta a xurisprudencia comunitaria, onde a cuestión de

84 Así o pon de manifesto, vg., MELLA MÉNDEZ, L., *Consideraciones...*, cit., p. 870.

85 CAVAS MARTÍNEZ, F., *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial; Ámbito subjetivo y situaciones afectadas*, cit., p. 9.

novo se suscitou dende a perspectiva da non discriminación por razón de sexo, en canto que esa medida é menos favorable para as traballadoras que para os traballadores, ó ser considerablemente máis alto a porcentaxe de mulleres que ocupan empregos a tempo parcial que a de homes. En concreto, a STJCE do 11 de setembro de 2003, *Steinicke*⁸⁶, resolveu unha cuestión prejudicial que formulaba o suposto dunha funcionaria alemá a tempo parcial á que a lexislación vixente ata o 30 de xuño de 2000 lle esixía, para acceder ó *Altersteilzeit*, traballar a tempo completo, polo menos, tres anos nos cinco inmediatamente anteriores ó comezo do emprego a tempo parcial. O TJCE considerou a disposición controvertida contraria á Directiva 76/207, a menos que puidese xustificarse “por razóns obxectivas e alleas a toda discriminación por razón de sexo”.

8. Tempo parcial e xubilación flexible

En definitiva, o binomio xubilación parcial-contrato de relevo cumpre unha dobre finalidade. Por unha parte, permitir ó traballador anticipa-la súa idade de xubilación e/ou abandona-la súa actividade laboral gradualmente, de modo que durante o último tramo da súa actividade laboral pode compaxina-lo traballo a tempo parcial co cobro, tamén parcial, da pensión de xubilación. E, por outra banda, reparto do emprego ó vincular nuns casos con carácter obrigatorio e noutros con carácter meramente facultativo a xubilación parcial á subscrición polo empresario dun contrato de relevo cun desempleado ou un traballador temporal da empresa. As últimas reformas parecen prima-la primeira finalidade sobre a segunda, pero non tanto para incentiva-la anticipación da idade de xubilación do traballador como para fomenta-la súa continuación no traballo, aínda que sexa con redución da súa xornada laboral. Neste ámbito inclúense diversas medidas, tanto directas como indirectas para alonga-la vida laboral dos traballadores –bonificacións nas cotas da Seguridade Social–, mesmo máis alá dos 65 anos –bonificacións de cota e forma de cálculo da pensión–⁸⁷.

Precisamente tal é a finalidade da Lei 35/2002, do 12 de xullo, que establece, de acordo coas novas medidas que recomenda a Unión Europea de prolonga-la vida activa dos traballadores⁸⁸, a chamada “xubilación flexible”, prevista no art. 165.1 parágrafo 2º LGSS e 4 e ss. RD 1132/2002.

A xubilación flexible pode entenderse en dous sentidos. Nun sentido amplo, fai referencia á posibilidade de que o suxeito gradúe o momento en que desexa acceder

86 Asunto C-77/02.

87 Vide. DEL REY GUANTER, S./ GALA DURÁN, C., La regulación de la jubilación gradual y flexible: análisis del contenido de la Ley 35/2002, del 12 de julio y de los RR.DD. 1131 e 1132/2002, del 31 de outubro, RL, nº 11, 2003, pp. 31 e ss.

88 Sobre estas medidas, as súas causas e as fórmulas incorporadas nos ordenamentos xurídicos dos Estados membros para garanti-lo sistema flexible de xubilación, véxase LÓPEZ CUMBRE, L., Jubilación flexible en la Unión Europea, RMTAS, 2003, Extra Seguridade Social: xubilación flexible, pp. 77 e ss.

á condición de pensionista de xubilación (adiantado, coetáneo ou postergado respecto do previsto como ordinario), así como a intensidade da condición (total ou parcial, plena ou suspensa)⁸⁹.

O art. 5 do RD 1132/2002 define como situación de xubilación flexible “a derivada da posibilidade de compatibilizar, unha vez causada, a pensión de xubilación cun traballo a tempo parcial, dentro dos límites de xornada a que se refire o artigo 12.6 da Lei do Estatuto dos Traballadores, coa consecuente minoración daquela en proporción inversa á redución aplicable á xornada de traballo do pensionista, en relación á dun traballador a tempo completo comparable, nos termos sinalados no apartado 1 do artigo 12 da Lei do Estatuto dos Traballadores”. En canto ó procedemento previsto no art. 6 RD 1132/2002 para o recoñecemento da xubilación flexible, esíxese, que o pensionista, antes de iniciar-lo traballo a tempo parcial, o comunique á entidade xestora.

A xubilación flexible é, polo tanto, outra modalidade de xubilación que permite compatibilizar un traballo a tempo parcial, no que se estipulou unha redución de xornada e de salario entre un 25 e un 85 por cento, cunha pensión de xubilación proporcionalmente reducida. Pero, a diferenza da xubilación parcial, prodúcese dende a situación de xubilación total anticipada ou ordinaria, é dicir, da pensión de xubilación xa causada, en vez de dende a situación de laboralmente activo. Iso supón, para a Seguridade Social, un aforro da parte da pensión de xubilación que se corresponde co tempo do traballo a tempo parcial que pasara a desenvolve-lo xubilado. Con todo, trátase dunha vía un tanto restrictiva xa que para acceder á xubilación flexible se esixe un contrato de traballo a tempo parcial, cos límites do art. 12.6 ET, pero exclúese o desenvolvemento dunha actividade por conta propia a tempo parcial⁹⁰.

Estableceuse así unha regulación diferenciada da xubilación parcial e da xubilación flexible, aínda que non deixan de ser “especies dun mesmo xénero”⁹¹. En efecto, a xubilación parcial pode ser concibida como un xénero que dá lugar a tres especies diferentes: a xubilación parcial anticipada, antes dos 65 anos de idade, con contrato de relevo; a xubilación parcial autónoma, unha vez cumpridos os 65 anos pero dende a situación de laboralmente activo; e a xubilación parcial sobrevida ou xubilación flexible, á que se accede dende a situación de xubilado pola realización dun traballo a tempo parcial. O requisito común de toda xubilación parcial é a existencia de que o pensionista parcial concerte un contrato de traballo a tempo parcial⁹².

89 SEMPERE NAVARRO, A.V., Una primera reflexión sobre la jubilación “flexible”, ÁS nº 12, 2002 (BIB 2002720, p.1).

90 PANIZO CARBALLOS, J.A-N., *De nuevo sobre la jubilación flexible* (Comentario ós Reais Decretos 1131/2002 e 1132/2002), RL, nº 1, 2003, pp. 83 e ss.

91 RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *La flexibilidad de la edad de jubilación (e III): jubilación aplazada y jubilación gradual*, cit., p. 4.

92 Art. 10 RD 1131/2002.

O art. 8 RD 1132/2002 establece regras para computa-las cotizacións efectuadas durante o traballo a tempo parcial para os efectos de determinar cómo se calcula a pensión de xubilación unha vez que o parcialmente xubilado cesa definitivamente no traballo a tempo parcial fronte ás contidas no art. 162.6 LGSS, nos casos en que se aplican as bonificacións do art. 112 bis. É precisamente a toma en consideración daquelas cotizacións a que formula dúbidas sobre a aplicación á xubilación flexible das bonificacións de cotas previstas no art. 112 bis LGSS, aínda cumpríndose os requisitos deste artigo -65 ou máis anos de idade e 35 ou máis anos cotizados-, coa desincentivación que iso pode supoñer para o empresario na celebración de contratos a tempo parcial por tempo indefinido.



A ORDENACIÓN DO TEMPO DE TRABALLO

CAPÍTULO NOVENO:
TRABALLO FIXO-DISCONTINUO



TRABALLO FIXO-DISCONTINUO

Sen dúbida o traballo fixo-discontinuo é un dos que máis oscilacións lexislativas –aínda que non achegamentos substantivos de fondo calado– tivo co gallo das reformas recentes. A partir da súa confusión no eido dos contratos a tempo parcial, coa Lei 10/1994, do 19 de maio, pasando pola reforma do *part time* logo do Acordo entre o Goberno e as centrais sindicais máis representativas de ámbito estatal cristalizado no RD-lei 15/1998, do 27 de novembro, pasando polo progresivo distanciamento do traballo fixo-discontinuo que non se repite a datas certas –isto é, o que non se coñece especificamente como traballo fixo-periódico– na Lei 55/1999, de medidas fiscais, administrativas e de orde social, e rematando coa separación definitiva entre o traballo a tempo parcial e fixo-periódico dunha banda e o fixo discontinuo doutra na reforma laboral do 2001 (RD-lei 5/2001, do 2 de marzo e Lei 12/2001, do 9 de xullo), logo afondada coas vacilacións relativas ó réxime da prestación por desemprego, en primeiro termo denegada ós fixos-periódicos (RD-lei 5/2002, do 24 de maio) e logo referida en termos xerais ó desenvolvemento regulamentario (Lei 45/2002, do 12 de xullo).

O dito feixe de reformas, coa excepción relativa da Lei 12/2001, do 9 de xullo, que deu redacción actual á liña oitava do art. 15 ET, non introduciu máis que pequenas indicacións sobre a regulación substantiva desta modalidade de traballo, que nas súas coordenadas máis esenciais está desenvolvida na negociación colectiva. Hai convenios que, polas específicas circunstancias estacionais nas que se desenvolve o labor que tratan, conteñen referencias moi específicas que regulan o seu réxime xurídico nos seus aspectos máis concretos. Polo tanto, a atención destas páxinas se vai dedicar basicamente á descrición e valoración destas cláusulas, sen prexuízo das referencias normativas que sexan necesarias, e excluindo deliberadamente os aspectos de Seguridade Social, afastados do obxecto da análise deste estudio relativo ó tempo de traballo.

Tampouco a doutrina científica se ten dedicado monograficamente a esta materia, á marxe dalgún achegamento puntual de indubidable interese¹. Si que hai pronunciamentos xudiciais recentes sumamente interesantes, e que configuran un corpo de xurisprudencia do TS e xurisprudencia menor na regulación de temas tan esenciais como a diferenza entre o contrato eventual ou o de obra e servizo co fixo discontinuo ou a fixación do *dies a quo* para impugnar o despedimento derivado da falla de chamamento. Cuestións ás que se fará referencia no seu momento oportuno.

Como primeira constatación á vista das normas convencionais e os seus contidos, debe recoñecerse que baixo a cobertura do tópico do traballo fixo-discontinuo acubillanse realidades moi diversas, que van dende actividades da colleita ou tratamento de produtos agrarios –sen dúbida as máis salientables cuantitativa e

1 Vg., GARCÍA ORTEGA, J., *Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos*, Bosch (Barcelona, 1990) y YANINI BAEZA, J., *La contratación para trabajadores fijos discontinuos*, Mc Graw Hill (Madrid, 1998).

cualitativamente-, ata a pesca e industrias conserveiras, pasando polos transportes, a hostalería, actividades cíclicas nas Administracións Públicas, calzado, axencias de viaxes...Ademais, o estudio desta materia máis en profundidade creba algúns dos tópicos legais hoxe en día máis importantes, como é a diferenza entre o traballo fixo-periódico e fixo-discontinuo. Diferencia que unicamente se mantén no eido dos conceptos e da teoría xurídica, pero que, no seu contraste coa realidade, se esvaece en situacións de moi difícil encadramento. Na práctica, a inmensa maioría dos preceptos convencionais regula a actividade de temporada encadrándoa no traballo fixo-discontinuo e non no fixo-periódico e, aínda que en ocasións dita regulación poida ser errónea, debe recoñecerse que a fixeza na data da reincorporación ó traballo resulta moi excepcional e restrinxida a actividades con calendarios estritamente programados e pouco variables.

Ademais, a flexibilidade que o ET amosa na regulación do traballo fixo-discontinuo multiplícase na negociación colectiva, en preceptos que en moitas ocasións son de moi dubidosa legalidade, senón claramente ilegais, en cuestións como vacacións, xornada máxima ou horas extraordinarias, nunha liña que tenta favorecer a saturación de xornadas destes traballadores. Noutras ocasións, a utilización do principio de proporcionalidade, no canto do de equiparación de dereitos, produce situacións evidentemente discriminatorias para os traballadores fixos-discontinuos. Cuestións todas estas que merecerán comentario crítico nalgunhas pasases das páxinas que seguen.

E outro dato introductorio máis ven dado pola concentración de actividades fixas discontinuas en determinadas zonas xeográficas, como quizais sexa o caso máis salientable da Rexión de Murcia. Este feito produce cláusulas convencionais especialmente interesantes e complexas nos convenios colectivos da mesma, que sen dúbida se trasladan duns a a outros sectores de actividade -vg., agrios, tomate, pesca de baixura-. Á marxe das críticas de que podan ser obxecto, e que deron lugar a moi interesante doutrina do TS² que será obxecto de análise, debe destacarse o seu valor como modelos para a regulación do traballo fixo-discontinuo alén do ámbito territorial no que se xestaron.

1. Concepto

A partir da descrición do traballo fixo discontinuo que aporta o art. 15.8 do ET, baseada nos datos de que os traballos non se repitan en datas certas e en que se correspondan co volume normal de actividade da empresa, hai unha gran variedade de actividades e sectores que se poden corresponder coa mesma. Certos convenios engaden algún dato máis -vg., que son incertos tanto o inicio como a duración do

2 En particular, STS do 17 decembro 2001 (Ar. 2028/02).

período de actividade e inferiores á xornada anual³, ou que non se esixe a prestación de servizos durante tódolos días que no conxunto do ano teñen a consideración de laborables con carácter xeral, desenvolvéndose os días de prestación de servizos ben nun ou ben en varios períodos de actividade laboral⁴. En ocasións, expresan a causa da dita incerteza –vg., porque as empresas realizan a súa produción sobre pedimentos en firme e non para stock, ou a causa da irregularidade dos mesmos, derivada dos cambios da climatoloxía e da moda⁵, porque os centros de traballo funcionan nada máis que determinados días da semana ou porque a actividade ou afluencia de público se incrementa en determinadas épocas do ano⁶, ou ben enuncian as interrupcións propias da actividade de que se trata⁷-. Outros preceptos establecen que terá a consideración de fixo discontinuo todo traballador ou traballadora que fora obxecto de chamamento durante dúas campañas consecutivas para desenvolver o mesmo posto de traballo⁸, ou que nas dúas anteriores campañas

3 Art. 15 do convenio colectivo estatal da industria do calzado, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 11 xullo 2000 (BOE do 3 agosto 2000). Na mesma liña, art. 24.2 do convenio colectivo de viaxeiros por estrada da provincia de Valencia, publicado por Resolución do 5 de febreiro do 2003 (Boletín Oficial da Provincia de Valencia do 14 de abril do 2003). Quizáis no obxectivo destas cláusulas nalguna ocasión se plasme a decantación polo réxime xurídico do traballo fixo discontinuo para evitar problemas na protección por desemprego derivados da aplicación das regras do fixo periódico. Probablemente sexa este o obxecto da redacción, realmente redundante, do art. 5 do texto articulado do convenio colectivo intersectorial de hostalería de Valencia e a súa provincia para os anos 2001-2003, publicado por Resolución do 16 de outubro do 2001 (Diario Oficial da Generalitat de Valencia do 23 de decembro do 2001). Sobre esta cuestión antes do RD-lei 5/2002, CABEZA PEREIRO, J., Desempleo de trabadores fijos periódicos, AS, nº 12, 2001.

4 Art. 11 do convenio colectivo de traballo para o sector de industrias vinícolas de Navarra, publicado por Resolución do 5 de febreiro do 2002 (Boletín Oficial de Navarra do 10 de marzo do 2002).

5 Art. 15 do convenio colectivo estatal da industria do calzado (cit.)

6 Art. 9 do convenio colectivo estatal para as empresas organizadoras do xogo do bingo 1999, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 13 de outubro do 1999 (BOE do 19 de novembro do 1999).

7 De especial interese nesta liña é o art. 19 b) do II convenio colectivo para a flota pesqueira da pesca de baixura da Rexión de Murcia, publicado por Resolución do 7 de marzo do 2002 (Boletín Oficial da Rexión de Murcia do 3 de marzo do 2002): “dada a peculiaridade do traballo na pesca terán a consideración de interrupcións as que proveñan das seguintes causas: a) paradas biolóxicas ou técnicas decretadas por calesquera Administracións públicas que impidan o exercicio da pesca; b) varadas obrigatorias para o cumprimento dos requisitos de seguridade a bordo e navegabilidade, esixidas polas autoridades marítimas ou pesqueiras, e durante as cales interrómpease a actividade pesqueira por quedar o barco en terra; c) circunstancias climatolóxicas que polo estado da mar ou o vento impidan o exercicio da actividade pesqueira ou a navegación; d) circunstancias técnicas derivadas de avarías nos instrumentos de navegación, propulsión ou aparellos de pesca, que impidan ó barco facerse á mar ou lle obriguen a regresar a porto; e) calesquera outras derivadas da propia natureza da actividade pesqueira e que impidan o exercicio desta actividade, como son o exceso de materia orgánica en determinados ciclos dos ecosistemas mariños e outros de análoga natureza”.

8 Art. 12 do convenio colectivo da industria azucreira 200-2002, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 2 de outubro do 2000 (BOE do 16 de outubro do 2000). Na mesma liña, art. 30 do convenio colectivo de empresas de colectividade en comedores escolares de xestión

traballara –probablemente como eventual– unha determinada porcentaxe das xornadas hábiles⁹.

Evidentemente, hai sectores de actividade cíclica pola súa natureza, de xeito que as condicións de traballo que regulan se dirixen basicamente a traballadores fixos-discontinuos¹⁰. Esta circunstancia se reflicte nalgún caso xa na descrición do ámbito funcional do convenio, na que en ocasións se expresa que a actividade das empresas é intermitente, o que xustifica a esixencia de poder ampliar a xornada dos traballadores fixos discontinuos¹¹.

En relación coa diferenza entre traballadores a tempo parcial indefinidos e traballadores fixos discontinuos, os convenios amosan o confuso vaivén lexislativo producido nos anos recentes. Por exemplo, é moi significativo algún convenio, previo á reforma laboral do 2001 pero posterior á Lei 55/1999, do 29 de decembro, que diferencia entre fixos discontinuos –os contratados ó abeiro do art. 15.6 ET, na súa redacción anterior á Lei 10/1994, e do art. 11 do RD 2104/1984– e contratados a tempo parcial indefinido. A estes últimos asimila totalmente ós fixos discontinuos, xa que se rexen polas regras introducidas pola Lei 55/1999, do 29 de decembro, relativas ós traballadores que non son chamados en datas certas¹². Non obstante, outros preceptos análogos, xa posteriores á Lei 12/2001, do 9 de xullo expresan que desaparece a diferenza entrámbalas dúas figuras –fixos discontinuos e contratados a tempo parcial indefinidos–, de xeito que as empresas se obrigan a transformar os contratos a tempo parcial indefinidos en fixos discontinuos e a incluílos nas quendas de chamamento logo dos antigos fixos discontinuos, con

directa dependentes do Departamento de Educación, Universidades e Investigación do Goberno Vasco para os anos 2003 a 2007, publicado por Resolución do 22 de xuño do 2003 (Boletín Oficial do País Vasco do 28 de agosto do 2003): os que foran contratados temporalmente por obra e servizo determinado por un curso escolar e ó seguinte ano se lles reiterara a contratación, deberáselles facer neste segundo ano un contrato pola modalidade de fixo discontinuo.

- 9 Vg., art. 4 do convenio colectivo de traballo para manipulación e envasado de agrios da Rexión de Murcia, publicado por Resolución do 20 de xullo do 2000 (Boletín Oficial da Rexión de Murcia do 5 de setembro do 2000): terán a consideración de fixos discontinuos os que na segunda campaña prestasen servizos durante máis do 50 por 100 da media dos días traballados na mesma. Así mesmo adquirirán dita condición os traballadores eventuais que presten servizos nas empresas durante tres anos consecutivos, con independencia do número de días de prestación de servizos.
- 10 Outro, dirixidos basicamente ós mesmos, establecen sistemas clasificatorios específicos para traballadores fixos discontinuos. Vg., art.45.1 do convenio colectivo básico de ámbito estatal para a fabricación de conservas vexetais, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 11 de novembro do 1997 (BOE do 25 de novembro do 1997)
- 11 Vg., art. 2 do convenio colectivo de traballo para manipulado e envasado de tomate fresco da Comunidade Autónoma de Murcia, publicado por Resolución do 11 de marzo do 2003 (Boletín Oficial da Rexión de Murcia do 31 marzo 2003). Ás cuestións de xornada dos traballadores de campaña faise referencia máis tarde.
- 12 Art. 4 do convenio colectivo de traballo para manipulación e envasado de agrios da Rexión de Murcia (cit.)

seguridade por mor da antigüidade¹³. Pola súa banda, son moi poucos os preceptos que se refiren a traballadores de chamamento certo, sen que caiba citar convenios que regulen especificamente o traballo fixo periódico¹⁴.

2. Traballadores fixos discontinuos e eventuais

Non se trata nestas páxinas de abondar nas diferencias entre o contrato fixo discontinuo e o eventual. Xa se veu que algún convenio consideraba fixo-discontinuo ó traballador que traballara, quizais nunha porcentaxe mínima de xornadas, nas dúas ou tres campañas anteriores. Así mesmo se vai facer análise das regras convencionais de conversión de contratos eventuais en fixos discontinuos.

Si que cómpre cando menos anotar a recente doutrina xudicial do TS relativa ó diferente réxime xurídico de ámbalas dúas figuras contractuais. En concreto, a STS do 17 decembro 2001¹⁵, no seu voto maioritario declarou a ilegalidade do art. 21 do anterior convenio colectivo de manipulado e envasado de tomate fresco na Rexión de Murcia, que establecía que os traballadores eventuais serían chamados ó traballo e retribuídos exclusivamente os días en que foran precisos os seus servicios na empresa. Segundo o Alto Tribunal, ademais dos preceptos do Código Civil sobre o réxime xeral dos contratos, a dita cláusula convencional infrinxía os mandatos imperativos do art. 15.1 b) do ET ó establecer un híbrido entre contrato eventual e fixo discontinuo non previsto legalmente.

Por outra banda, no eido da Administración pública foi moi controvertida a diferenza entre o contrato de obra e servizo e o fixo discontinuo, en relación con actividades que se repiten ciclicamente e que constitúen necesidades permanentes para o mantemento de certos servicios públicos. A dificultade estriba en que o contrato de obra nestas situacións moitas veces se xustifica na existencia dunha dotación extraorxamentaria necesaria para o mantemento do dito servizo e que procede dunha entidade distinta da contratante, de xeito que a temporalidade ven da man da incerteza da dotación económica. Por máis que a doutrina xudicial ó respecto considera restrictivamente o contrato de obra ou servizo nestas circunstancias, máxime logo da introducción dunha nova causa de despedimento obxectivo –a e)– no art. 52 ET, o certo é que segue vixente nos seus trazos máis característicos¹⁶. O que non é impedimento para que a xurisprudencia do TS se

13 Art. 29 do convenio colectivo de traballo para o manipulado e envasado de tomate fresco da Comunidade Autónoma de Murcia (cit.)

14 Especialmente curioso resulta o art. 19.6º do II convenio colectivo para a flota pesqueira da pesca de baixura da Rexión de Murcia (cit.): aínda que a actividade é, por definición e polas causas expresadas para as interrupcións, basicamente incerta, todos os traballadores que prestaran servizos na anterior campaña deben ser chamados o mesmo día.

15 Ar. 2028/2002. Sobre ela, CABEZA PEREIRO, J, *La perspectiva del tiempo parcial y del trabajo fijo-discontinuo*, AS, nº 22, 2002, pp. 23 ss.

16 Sobre esta cuestión, BALLESTER PASTOR, Mª A., *Estado de la cuestión y perspectivas de los fijos discontinuos en la Administración*, STS en u.d. de 30 de abril de 2001, AL, nº 10, 2003, pp.827 ss.

vaia decantando pola apreciación de fraude de lei en contratos de obra e servizo que encobren unha relación indefinida, de tipo fixa discontinua¹⁷.

Xa de novo en referencia á negociación colectiva, cómpre referirse a convenios que exclúen radicalmente que se poda desenvolver traballo fixo discontinuo a través de traballadores eventuais e restrinxen o labor destes a facer fronte a situacións ou incrementos previsiblemente temporais da actividade da empresa que non poidan ser atendidos co seu cadro de persoal. Polo tanto, as necesidades permanentes deben ser atendidas con traballadores fixos discontinuos¹⁸. Variantes da anterior alternativa, hai cláusulas que expresan a preferencia absoluta dos fixos discontinuos fronte a novas contratacións, de xeito que as empresas non poden chamar a outros traballadores mentres non estean de alta ou foran chamados todos os que figuran no cadro de persoal como traballadores fixos discontinuos¹⁹. Outros, nunha liña máis flexible, admiten a contratación eventual coa condición de que o nivel de produción acade certos umbrais²⁰.

Na mesma lóxica expresada no parágrafo anterior, os convenios tamén inclúen regras que obstan ó cesamento do traballador fixo discontinuo na campaña de que se trata ata tanto non foran dados de baixa todos os traballadores eventuais da mesma categoría²¹.

E, sen prexuízo de todo o dito, hai convenios que conteñen preferencias para a contratación eventual de traballadores que foran contratados anteriormente un certo número de ocasións, ao efecto de poder chegar ós umbráis que lles outorgan a condición de traballadores fixos discontinuos²².

3. O chamamento dos traballadores fixos discontinuos

Sen dúbida é desta cuestión central da que máis se preocupa a negociación colectiva ao regular o traballo fixo discontinuo, probablemente porque a norma

17 Entre a doutrina xudicial máis recente, vg., STS do 14 marzo 2003 (Ar. 4502)

18 Art. 9 do convenio colectivo de hostalería de Bizcaia, publicado por Resolución do 2 de agosto do 2000 (Boletín Oficial do País Vasco do 4 de setembro do 2000).

19 Art. 11 do convenio colectivo de traballo para o sector de industrias vinícolas de Navarra, publicado por Resolución do 5 de febreiro do 2002 (Boletín Oficial de Navarra do 10 de marzo do 2002).

20 É o caso do art. 17 do convenio do sector de empacquetados de plátanos para a illa da Palma para os anos 2002-2003 (Boletín Oficial da provincia de Tenerife do 10 de xaneiro do 2002): cando o nivel de produción supere o 80 por 100, a empresa poderá contratar persoal temporal. Aínda que como obxectivo se expresa o de garantir, no período de maior actividade, que os fixos discontinuos cheguen ó 100 por 100 da xornada. Tamén, art. 7.1.2 f) do convenio colectivo para o sector de conservas, semiconservas, afumados, cocidos, secados, elaborados, salazóns, aceites e fariña de pescados e mariscos (cit.)

21 Nesta liña, art. 4 do convenio colectivo de traballo para manipulación e envasado de agrios da Rexión de Murcia (cit.)

22 Un esbozo de regulación con esta finalidade no art. 4 b) do convenio colectivo de traballo para manipulación e envasado de agrios da Rexión de Murcia (cit.)

legal tradicionalmente –e así o fai na actualidade– non estableceu máis norma que unha remisión global ós convenios colectivos para que establezan a forma e a orde dos chamamentos.

Como cuestión previa, o inicio da actividade ven dado polo comezo da temporada. Ó respecto, hai convenios que aportan criterios orientativos. Por exemplo, establecen unha franxa temporal na que se produce o período de maior actividade no sector²³. Algún precepto illado deixa á potestade discrecional da empresa a determinación do momento de inicio da actividade²⁴ en regra que, interpretada na súa estricta literalidade, parece contraria ós principios xerais dos contratos, en tanto deixa a unha das partes o cumprimento do pactado²⁵. Outros convenios, pola súa banda, obrigan a que os contratos de traballo dos fixos discontinuos expresen o mes previsible de comezo e final de cada período ou ciclo estacional de produción²⁶.

Xa no que se refire ós criterios de preferencia para o chamamento, sen dúbida o máis característico e consolidado é o da antigüidade. Moitos convenios refírense a el sen máis precisións²⁷. Outros precisan que o criterio da antigüidade haino que aplicar dentro de cada grupo profesional²⁸, ou dentro de cada

23 Vg., art. 17.1 do convenio do sector de empacquetados de plátanos da illa da Palma para os anos 2002-2003 (cit.)

24 Art. 31 do convenio colectivo de traballo para manipulado e envasado de tomate fresco da Comunidade Autónoma de Murcia (cit.)

25 Art. 1256 do Código Civil: “a validez e o cumprimento dos contratos non poden deixarse ó arbitrio dun dos contratantes”. Precepto utilizado pola antecitada STS do 17 de decembro 2001 (Ar. 2028/2002) para excluír o traballo “a chamada”.

26 Art. 24.2 do convenio colectivo de transporte de viaxeiros por estrada da provincia de Valencia, publicado por Resolución do 5 de febreiro do 2003 (Boletín Oficial da Provincia de Valencia do 3 de abril do 2003).

27 Entre outros, art. 10 do convenio colectivo de empresas de colectividade en comedores escolares de xestión directa dependentes do Departamento de Educación, Universidades e Investigación do Goberno vasco para os anos 2003 a 2007 (cit.): por rigurosa orde de antigüidade, en función das necesidades do servizo en cada momento. Así mesmo, art. 10 do convenio colectivo entre granxas escolas e o seu persoal, publicado por Resolución do 20 de marzo do 2003 (Boletín Oficial do País Vasco do 14 de abril do 2003), art. 17.1 do convenio do sector de empacquetados de plátanos para a illa da Palma para os anos 2002-2003 (cit.), art. 44 do convenio colectivo para as industrias de fabricación e venda de pan de Cantabria, publicado por Resolución do 28 de agosto do 2003 (Boletín Oficial de Cantabria do 4 de agosto do 2003) ou art. 46 do convenio colectivo provincial regulador das condicións de traballo nas empresas consignatarias de buques da provincia de Barcelona e dos traballadores das mesmas para os anos 2003 a 2005, publicado por Resolución do 2 de xullo do 2003 (Diario Oficial da Generalitat de Cataluña do 4 de agosto do 2003).

28 Vg., art. 45.1 do convenio colectivo básico de ámbito estatal para a fabricación de conservas vexetais (cit.), aínda que contén unha precisión para o persoal de oficio, o chamamento do cal se fará segundo a antigüidade na súa categoría e oficio. O mesmo criterio da antigüidade dentro de cada grupo profesional no art. 23.2 do convenio colectivo de traballo do sector da industria de hostalería e turismo de Cataluña para o período do 1 de maio do 2001 ao 30 de abril do 2004, publicado por Resolución do 2 de setembro do 2001 (Diario Oficial da Generalitat de Cataluña do 20 de setembro do 2001).

categoría²⁹. Ou, restrinxindo máis o ámbito de aplicación do mesmo, expresan que hai que estar á especialidade dentro de cada categoría profesional³⁰, ou dentro de cada sección³¹, ou á categoría e sección productiva de cada empresa³². En resumo, concrecións deste criterio en atención ó sistema clasificatorio, máis ríxido ou flexible, que rexa en cada empresa. Aínda que, en sentido inverso, e co obxectivo de gardar en maior medida a preferencia dos traballadores máis antigos, hai convenios que ó regularen esta materia lembran o dereito do empresario para o desenvolvemento da mobilidade funcional recoñecida polo ET³³.

Incluso nesta última liña apuntada hai que referirse a normas que contemplan que os traballadores fixos discontinuos teñan preferencia para actividades que non sexan intermitentes nin de campaña, senón correspondentes a outro tipo de necesidades das empresas³⁴.

As mesmas preferencias relacionadas coa antigüidade empréganse tamén ós efectos da preferencia para os cesamentos ó remate da campaña, de xeito que os máis antigos, no seu caso dentro de grupo, categoría, especialidade ou sección, son os que permanecen ata que xa foran cesados os máis novos³⁵. Ou ós

29 Art. 6 do convenio colectivo de traballo para a manipulación e envasado de agrios da Rexión de Murcia (cit.), art. 29 do convenio colectivo de traballo para manipulado e envasado de tomate fresco da Comunidade Autónoma de Murcia (cit.) e art. 7.1.2 c) do convenio colectivo para o sector de conservas, semiconservas, afumados, cocidos, secados, elaborados, salazóns, aceites e fariña de pescados e mariscos, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 22 de outubro do 2001 (BOE do 8 novembro 2001). Aínda que este convenio matiza dita preferencia garantíndolles a todos os traballadores ou traballadoras o mesmo período útil de traballo ó cabo do ano, de xeito que, de faltarlles días a un grupo de traballadores, deberá ser chamado con prioridade.

30 Art. 11.3 do II convenio colectivo do ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 9 de maio do 1999 (BOE do 13 de maio do 1999). Á especialidade se refire tamén o art. 9.2 do convenio colectivo estatal para as empresas organizadoras do xogo do bingo (cit.)

31 Art. 14.1 do convenio colectivo da industria azucreira 2000-2002 (cit.)

32 Art. 24.5 do convenio colectivo de transporte de viaxeiros por estrada da provincia de Valencia (cit.)

33 Art. 45 do convenio colectivo da industria azucreira 2000-2002 (cit.) Ou que, nos casos de ascenso do traballador, reservan o seu número de orde de antigüidade para o seu chamamento na anterior categoría, como o art. 45.1 d) do convenio básico de ámbito estatal para a fabricación de conservas vexetais (cit.) Ou que prevén cambios temporais de categoría para asegurar a súa estabilidade como fixo discontinuo (art. 5.5 do Anexo IV do convenio colectivo do ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, cit.)

34 Art. 14 do convenio colectivo da insutria azucreira 2000-2002 (cit.)

35 Entre outros, art. 10 do convenio colectivo de empresas de colectividade en comedores escolares de xestión directa dependentes do Departamento de Educación, Universidades e Investigación do Goberno vasco para os anos 2003 a 2007 (cit.), art. 24.5 do convenio colectivo de transporte de viaxeiros por estrada da provincia de Valencia (cit.), art. 17.1 do convenio do sector de empacquetados

de prolongación da actividade dos traballadores acordada polo empresario³⁶.

Á vista da posibilidade de que existan dous traballadores coa mesma antigüidade e prioridade de chamamento, hai que subliñar algunha norma convencional que desfai dita igualdade dando preferencia ó traballador que obtivese máis puntuación no concurso-oposición correspondente ou, subsidiariamente, ó de máis idade³⁷. E outra que se preocupa de fixar criterios concretos e específicos de medición da antigüidade ó únicos efectos da preferencia na convocatoria dos fixos discontinuos³⁸.

En fin, aínda que moi excepcionais, hai que referirse a cláusulas que se afastan do criterio de antigüidade. Por exemplo, algunha que establece, en seguimento da liña prevista en preceptos como os arts. 40, 51, 52 ou 68 do ET, a preferencia no chamamento dos que ostenten a condición de representantes legais dos traballadores³⁹.

Xa non en referencia estricta a cuestións de prioridade no chamamento, outros preceptos convencionais regulan aspectos técnicos do mesmo. Por exemplo, que debe convocarse con anterioridade ós xefes de sección ou ós encargados, por razóns eminentemente organizativas⁴⁰ ou –en cláusula que esvaece ata o límite a diferenza entre o traballo de chamamento a data certa e a data incerta– que o mesmo se ten que realizar por seccións completas de traballadores⁴¹.

de plátanos para a illa da Palma para os anos 2002-2003 (cit.), art. 6 do convenio colectivo de traballo para a manipulación e envasado de agrios da Rexión de Murcia (cit.) ou art. 29 do convenio colectivo de traballo para manipulado e envasado de tomate fresco da Comunidade Autónoma de Murcia (cit.)

36 Art. 9.2 do convenio colectivo estatal para as empresas organizadoras do xogo do bingo (cit.) Aínda que precisa este precepto que iso será así sempre que o traballador non teña suspendido o seu contrato por un tempo igual ou superior ó da prolongación. Nestes casos, a aceptación por parte do traballador será obrigatoria.

37 Art. 11.3 do Anexo IV do II convenio colectivo do ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (cit.)

38 Art. 6 do convenio colectivo de traballo para manipulación e envasado de agrios da Rexión de Murcia (cit.): terase en conta, en primeiro lugar, o número de días traballados dende 1974, incluíndo os consignados por calquera concepto nos modelos TC-1 e TC-2 e, subsidiariamente, a data de inscrición no Libro de Matrícula. Criterios algúns deles periclitados á vista das recentes reformas legais. Así mesmo, expresa o convenio que se computan os días en que o fixo discontinuo non traballou a causa de IT, en función dos que prestou servizos durante o dito período o seguinte en antigüidade.

39 Art. 3 do Anexo II –industrias de obtención de fibra de algodón e aproveitamento de subproductos– do convenio colectivo xeral de traballo da industria textil e da confección, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo (BOE do 13 agosto 2003). Aínda que limitado á campaña de desmontación do algodón.

40 Art. 15 do convenio colectivo da industria do calzado (cit.)

41 Art. 15 do convenio colectivo da industria do calzado (cit.)

E para facer efectivos os dereitos de preferencia na convocatoria de campaña, hai múltiples cláusulas convencionais que establecen a obriga de que a empresa elabore unha lista, censo ou escala, na que consten as correspondentes antigüidades de cada traballador⁴², nalgúns casos con obriga de renovación periódica, vg. anualmente⁴³. Normalmente, os convenios establecen que da dita lista hai que entregarlles unha copia ós representantes legais dos traballadores, ós efectos do seguimento e control deste tipo de traballo⁴⁴, establecéndose en ocasións prazos determinados para a referida entrega⁴⁵. Ademais, hai preceptos que impoñen a obriga de dar publicidade á lista, vg., no taboleiro de anuncios do centro de traballo⁴⁶ e que recoñecen expresamente o dereito ou a obriga dos traballadores de presentar queixas á empresa relativas á antigüidade recoñecida na mesma⁴⁷.

Verbo da forma do chamamento, hai convenios que se preocupan de que se sega unha determinada canle de comunicación, coa finalidade de que poda probarse nalgunha medida que a empresa cumpriu a obriga na orde prevista segundo a preferencia correspondente. Nesta liña, merecen destacarse cláusulas que impoñen carta certificada da empresa ao traballador con acuse de recibimento ou outro procedemento análogo⁴⁸, ou que simplemente existen notificación escrita⁴⁹, ou mesmo “forma comprobable”⁵⁰.

42 Entre outros, art. 46 do convenio colectivo do sector de fabricación do calzado artesán, manual e ortopedia e a medida e talleres de reparación e conservación de calzado usado, e duplicado de chaves de ámbito estatal, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 24 de xuño do 2001 (BOE do 11 xullo 2001) e art. 6 do convenio colectivo de traballo para manipulación e envasado de agrios da Rexión de Murcia (cit.)

43 Art. 11.4 do convenio colectivo do ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (cit.). “a 31 de decembro de cada ano”, establece o art. 11 do convenio colectivo de traballo para o sector industrias vinícolas de Navarra (cit.)

44 Art. 46 do convenio colectivo do sector de fabricación do calzado artesán, manual e ortopedia e a medida e talleres de reparación e conservación de calzado usado, e duplicado de chaves de ámbito estatal (cit.), art. 11.4 do Anexo IV do convenio colectivo do ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (cit.), art. 24.5 do convenio colectivo de transporte de viaxeiros por estrada da provincia de Valencia (cit.)

45 Por exemplo, de 45 días, como o art. 11 do convenio colectivo de traballo para o sector industrias vinícolas de Navarra (cit.)

46 Art. 11 do convenio colectivo de traballo para o sector industrias vinícolas de Navarra (cit.) ou art. 7.1.2 c) do convenio colectivo para o sector de conservas, semiconservas, afumados, cocidos, secados, elaborados, salazóns, aceites e fariña de pescados e mariscos (cit.)

47 Art. 6 do convenio colectivo de traballo para manipulación e envasado de agrios da Rexión de Murcia (cit.)

48 Vg., acordo 12 do convenio colectivo da industria azucreira 2000-2002 (cit.) e art. 23.2 do convenio colectivo de traballo do sector da industria de hostalería e turismo de Cataluña para o período do 1 de maio do 2001 ao 30 de abril do 2004 (cit.)

49 Entre outros, art. 11 do convenio colectivo de traballo para o sector industrias vinícolas de Navarra (cit.)

50 Art. 7.1.2 c) do convenio colectivo para o sector de conservas, semiconservas, afumados, cocidos, secados, elaborados, salazóns, aceites e fariña de pescados e mariscos (cit.)

E as comunicacións de inicio de campaña deben chegarlles ós interesados con certa antelación. A estes efectos, os convenios colectivos conteñen previsións diferentes, que van de preaviso certamente breves, vg. de tres días⁵¹ ou sete días⁵², ata outros máis amplos, de quince días⁵³ ou un mes⁵⁴.

Non faltan convenios que remiten a forma do chamamento ó costume do lugar. Nestes casos, se o traballador alega que non se presentou ó traballo porque o dito chamamento non se produciu, a empresa virá obrigada a efectuar un novo chamamento mediante comunicación escrita na que constará o lugar de traballo e a súa data de iniciación⁵⁵.

Hai algunha norma que distingue entre o chamamento producido co gallo do inicio da campaña, que debe realizarse cun preaviso máis amplo, do que se fai logo de iniciada a prestación de servicios cando a empresa requira máis traballadores, a existencia de anticipación dos cales na chamada é máis pequena⁵⁶.

Ademais, algúns destes convenios establecen obrigas dos traballadores de contestar expresamente ó chamamento. Por exemplo, á semana⁵⁷, ós dez⁵⁸ ou ós quince⁵⁹ días de ter recibido a notificación do mesmo.

51 Art. 11 do convenio colectivo de traballo para o sector industrias vinícolas de Navarra (cit.) En termos parellos, o art. 7.1.2 b) do convenio colectivo para o sector de conservas, semiconservas, afumados, cocidos, secados, elaborados, salazóns, aceites e fariña de pescados e mariscos (cit.) otorga ó traballador un prazo de tres días para incorporarse ás tarefas.

52 Art. 12.2 do convenio colectivo laboral para 2000-2001 das empresas e traballadores de perfumería e afíns, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 15 de maio do 2000 (BOE do 1 de xuño do 2000). Unha semana establece o art. 15.2.1 do convenio colectivo da industria do calzado (cit.)

53 Art. 24.2.3 do convenio colectivo de transporte de viaxeiros por estrada da provincia de Valencia (cit.), art. 23.2 do convenio colectivo de traballo do sector da industria de hostalería e turismo de Cataluña para o período do 1 de maio do 2001 a 30 de abril do 2004 (cit.) e art. 19.7º do II convenio colectivo para a flota pesqueira da pesca de baixura da Rexión de Murcia (cit.)

54 Vg., art. 11.7 do Anexo IV do II convenio colectivo do ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (cit.)

55 Art. 6 do convenio colectivo de traballo para manipulación e envasado de agrios da Rexión de Murcia (cit.)

56 Vg., art. 24.2.3 do convenio colectivo de transporte de viaxeiros por estrada da provincia de Valencia (cit.): quince días antes do inicio das actividades e tres días con posterioridade ó mesmo, nos casos nos que a empresa requira máis traballadores.

57 Art. 19.7º do II convenio colectivo para a flota pesqueira da pesca de baixura da Rexión de Murcia (cit.)

58 Art. 23.2 do convenio colectivo de traballo do sector da industria de hostalería e turismo de Cataluña para o período de 1 de maio do 2001 a 30 de abril do 2004 (cit.) O incumprimento do traballador ou traballadora de tal formalidade implicará a súa renuncia ó posto de traballo.

59 Art. 11.7 do Anexo IV do II convenio colectivo do ente público Aeropuertos y Navegación Aérea (cit.) Expresa este convenio ó respecto que na súa resposta o traballador debe indicar a dispoñibilidade para ocupar o seu posto de traballo.

Maila existencia de diversas cláusulas ó respecto, non abundan as que establezan unhas consecuencias concretas para o caso de que calquera das dúas partes incumpra as súas obrigas de preaviso na forma prevista na norma convencional. Cómpre referirse a algunha delas que, inspirada nas regras previstas para a denuncia dos contratos temporais, prevén indemnizacións recíprocas entrámbalas dúas partes de tantos días como prazo omitido⁶⁰.

Unha situación específica e que se pode producir con certa asiduidade no caso dos traballadores fixos discontinuos é a de que, chegadas as datas do chamamento, o interesado estea prestando servicios para outra empresa. A esta particular situación da resposta certo precepto, que outorga un novo prazo de preaviso ó traballador que xustifique debidamente e con antelación suficiente esta circunstancia, ós efectos de que poda extinguir ou suspender a súa relación coa outra empresa con cumprimento dos prazos de preaviso correspondentes⁶¹.

E, se non se produce o chamamento, o art. 15.8 do ET expresa que o traballador pode reclamar en procedemento de despedimento ante a xurisdicción competente, iniciándose o prazo para iso dende o momento en que tivese coñecemento da falla da convocatoria. Sobre este particular, hai que ter en conta a xurisprudencia do TS, que declara que se debe estar á mesma regra nos casos de contratos de obra e servicio concertados en fraude de lei nos que o contrato subxacente é un fixo discontinuo⁶².

Ademais desta doutrina xudicial, outra vez hai que ter en conta a negociación colectiva que aporta interesantes regras ó respecto do cómputo do prazo de caducidade. Por exemplo, e á marxe dos convenios que reiteran a expresión do ET⁶³, certos preceptos concretan o *dies a quo* para o inicio do cómputo e expresan, vg., que coincidirá co derradeiro día do mes indicado como de comezo da temporada⁶⁴, ou conceden un prazo específico para a interposición da demanda⁶⁵.

60 Art. 19.7 do II convenio colectivo para a flota pesqueira de baixura da Rexión de Murcia (cit.)

61 Art. 24.2.4 do convenio colectivo de transporte de viaxeiros por estrada da provincia de Valencia (cit.) Aínda que este dereito se entende sen prexuízo da facultade da empresa para chamar ós traballadores seguintes na lista de chamamento.

62 STS do 27 de marzo do 2002 (Ar. 5312) In casum, a entidade empregadora resolvía os contratos temporais e lles indicaba ós traballadores que se poría en contacto con eles ó inicio do seguinte curso para “comentar unha nova contratación de existir dispoñibilidade polas dúas partes”.

63 Art. 7.1.2 do convenio colectivo para o sector de conservas, semiconservas, afumados, cocidos, secados, elaborados, salazóns, aceites e fariña de pescados e mariscos (cit.) Tamén, art. 23.3 do convenio colectivo de traballo do sector da industria de hostalería e turismo de Cataluña para o período do 1 de maio do 2001 a 30 de abril do 2004 (cit.)

64 Art. 15.2.1 do convenio colectivo da industria do calzado (cit.)

65 Esta é a opción dun precepto de moi dubidosa legalidade neste aspecto, como é o art. 46 do convenio colectivo para as industrias de fabricación, venda e distribución de pan de Cantabria (cit.) Segundo o mesmo, a demanda se poderá interpor cando se teña coñecemento da non chamada “pero

Así mesmo, hai que destacar certa cláusula que establece un sistema máis favorable para o traballador, segundo o que, no caso de incumprimento pola empresa, poderá optar por reclamar por despedimento ó abeiro da lexislación laboral ou ben demandar que se lle pague a retribución correspondente ó día ou días non traballados e percibidos⁶⁶. Sen prexuízo de que dita alternativa non estea clara -evidentemente, aínda que se condene ó empresario por despedimento improcedente este terá que pagar, en concepto de salarios de tramitación, a salvo das regras sobre paralización dos mesmos do art. 56 ET, os salarios correspondentes ós referidos días- da a impresión de que se o traballador escolle a segunda opción poderá obter unha sentenza que lle recoñeza a condición de traballador fixo discontinuo e obrigue á empresa a pasar por tal recoñecemento, coas consecuencias inherentes ó mesmo.

Á hipótese contraria de que o traballador non acuda á convocatoria da empresa tamén lle presta atención a negociación colectiva. Por exemplo, para expresar que, se así sucede e o traballador non ten causa xustificada, produciase a baixa automática e extinguírase o contrato a tódolos efectos⁶⁷. Ou para conceder certo prazo máis ou menos breve dende que o traballador se debeu reincorporar para constatar o seu abandono do posto de traballo⁶⁸. Algunha cláusula establece simplemente que a non reincorporación ó ser chamado entenderase como dimisión voluntaria do traballador, coa conseguinte extinción do seu contrato de traballo⁶⁹, ou prevé a posibilidade de que o traballador xustifique a súa ausencia nunha data anterior á de reincorporación ó traballo⁷⁰. En parella liña, outros textos convencionais optan por outorgarlle a eficacia dunha denuncia á omisión do traballador a dar resposta en prazo e coas formalidades previstas no mesmo ó chamamento efectuado pola empresa⁷¹.

en todo caso ós dous meses de non terse producido esta". O texto reproducido, en canto admite o transcurso do prazo de caducidade da acción de despedimento á marxe do coñecemento polo traballador do non chamamento, haino que considerar en contravención dos arts. 15.8 e 59.3 do ET, por aplicación do principio *pro actione*.

66 Art. 17.1 do convenio colectivo do sector de empacquetados de plátanos para a illa da Palma para o ano 2002 e 2003.

67 Art. 15.2.1 do convenio colectivo da industria do calzado.

68 De tres días, no Acordo 12 do convenio colectivo da industria azucreira 2002-2002 (cit.)

69 Art. 11.8 do Anexo IV do II convenio colectivo do ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (cit.)

70 Art. 24.2.4 do convenio colectivo de transporte de viaxeiros por estrada da provincia de Valencia (cit.) E, se non se produce a xustificación, o traballador causará baixa voluntaria automaticamente. Pola súa banda, o art. 11 do convenio colectivo de traballo para o sector industrias vinícolas de Navarra (cit.) non impón que a xustificación deba ser necesariamente anterior ao inicio da prestación de servizos.

71 Vg., art. 23.2 do convenio colectivo de traballo do sector da industria de hostalería e turismo de Cataluña para o período do 1 de maio do 2001 a 30 de abril do 2004 (cit.)

Hai convenios que tratan en termos menos drásticos para o traballador o desatendimento por este da convocatoria efectuada pola empresa. Nesta liña, unha consecuencia que se contempla nalgunha cláusula consiste simplemente na perda da antigüidade do interesado, o que produce a súa postergación en chamamentos posteriores⁷². E, no plano colectivo, a consecuencia obvia da conducta do traballador que non acude á convocatoria é o corremento na lista e o chamamento do seguinte en prioridade⁷³.

A reincorporación do traballador fixo discontinuo producirase coas mesmas prerrogativas e dereitos que tiña con anterioridade. A este respecto, hai que citar certo convenio que expresa que o interesado se reincorporará coa mesma categoría, no mesmo posto e con idénticas funcións e condicións que as que tiña con anterioridade⁷⁴, aínda que hai que lembrar, como xa se apunto *supra*, que outras cláusulas contemplan expresamente a posibilidade do exercicio do *ius variandi* do empresario para facilitar a ocupación efectiva do dito traballador.

Paralelamente, hai que facer referencia a algunhas normas relativas á finalización de campaña. Aínda que probablemente non susceptible de estenderse a outros sectores nos que se desenvolva traballo de temporada, convén destacar certa cláusula de convenio que obriga a obter a conformidade por escrito dos representantes legais dos traballadores para o cesamento da referida campaña ou, de non houber representantes, a conformidade do conxunto do cadro de persoal⁷⁵. Ou, en referencia a cuestións formais, si que ten potencialmente máis capacidade de xeneralizarse a previsión de que nas comunicacións de remate da temporada se faga constar a data de reinicio da mesma⁷⁶, ou de que un organismo de control ou regulación da actividade certifique ou acredite o remate do período de actividade⁷⁷.

72 Esta é a regra prevista, vg., no art. 6 do convenio colectivo de traballo para manipulación e envasado de agrios da Rexión de Murcia (cit.)

73 O art. 17.4 do convenio colectivo do sector de empaquetados de plátanos para a illa da Palma para o ano 2002 e 2003 (cit.) prevé o chamamento ó seguinte da lista e así sucesivamente ata que haxa un traballador dispoñible.

74 Art. 19.7º do convenio colectivo para a flota pesqueira da pesca de baixura da Rexión de Murcia (cit.)

75 Art. 19.5º do convenio colectivo para a flota pesqueira da pesca de baixura da Rexión de Murcia (cit.) Ademais, a duración dos períodos de inactividade, con carácter xeral, será determinada pola comisión paritaria do convenio. E, se afectan unicamente a unha embarcación, se acordarán entre a empresa e a representación dos traballadores no barco. Outros convenios simplemente esixen que se lle dea conta do remate da campaña á representación sindical existente na mesma e ás organizacións sindicais asinantes do convenio. Neste sentido, art. 7.1.2 do convenio colectivo para o sector de conservas, semiconservas, afumados, cocidos, secados, elaborados, salazóns, aceites e fariña de pescados e mariscos (cit.)

76 *Ibid.*

77 Art. 7.1.2 do convenio colectivo para o sector de conservas, semiconservas, afumados, cocidos, secados, elaborados, salazóns, aceites e fariña de pescados e mariscos (cit.). Certificación da confraría de pescadores, cámara de comercio, organización de produtores, etc. Ademais o mesmo precepto expresa que a finalización da campaña -"suspensión do contrato"- deberá ser notificada por escrito ó traballador, xustificándose ademais a necesidade da suspensión.

Por último, merece destacarse algunha cláusula que, ó obxecto de facilitarlles a todos os traballadores a información relevante referida ós chamamentos, establece que a regulación ao respecto no convenio colectivo debe incluírse no clausulado de cada contrato fixo discontinuo⁷⁸.

4. A antigüidade dos traballadores fixos discontinuos

Anteriormente se fixo referencia á antigüidade como criterio de preferencia na convocatoria dos traballadores fixos discontinuos nos períodos de campaña. Neste epígrafe se vai tratar fundamentalmente a súa perspectiva no que atinxe ó complemento persoal. Ó respecto, a cuestión máis relevante é a do cómputo ou non a estes efectos dos períodos de inactividade. A lexislación, en principio, nada dispón en relación cos fixos discontinuos. Si verbo dos fixos-periódicos, en tanto que traballadores a tempo parcial, de xeito que para eles debe rexer o principio de igualdade de dereitos en relación cos traballadores a xornada completa, agás cando corresponda pola súa natureza a aplicación do principio de proporcionalidade.

Para os fixos discontinuos, xa que logo, e en principio, hai certa marxe de liberdade na configuración do dito complemento. Non obstante, convén ter en conta dúas circunstancias: a primeira, que con toda probabilidade sexa especialmente prexudicial para estes traballadores que se lles compute unicamente o período ou períodos de ocupación efectiva e non os de inactividade se seguidamente o pagamento do complemento se produce en proporción á xornada anual desenvolvida, como sucede nos casos dos traballadores a tempo parcial. E a segunda, que hai que ter en conta que entre as actividades de temporada hai algunhas delas nidiamente feminizadas. Nestas, hai que ter en conta toda a doutrina xudicial interna e do Tribunal de Xustiza das Comunidades relativa á discriminación indirecta por razón de xénero⁷⁹.

Xa en referencia ás cláusulas dos convenios colectivos, hai que recoñecer que moitos deles, en cláusulas que nalgún caso ou situación poderían merecer a consideración de discriminatorias, recoñecen os complementos de antigüidade en atención ó tempo de traballo efectivo. Algúns non se refiren expresamente ós traballadores fixos discontinuos, aínda que está clara a referencia implícita as mesmos⁸⁰. Outros si que regulan especificamente a adquisición do dereito e pagamento destes complementos

78 Art. 19.4º do convenio colectivo para a flota pesqueira da pesca de baixura da Rexión de Murcia (cit.)

79 Particularmente, o asunto Hill e Stapleton, C- 243/95, sentenza do 17 de xuño do 1998.

80 Vg., art. 20.2 do convenio colectivo para o sector de conservas, semiconservas, afumados, cocidos, secados, elaborados, salazóns, aceites e fariña de pescados e mariscos (cit.): "para o cómputo da antigüidade se terá en conta todo o tempo servido na mesma empresa, considerándose como efectivamente traballado tódolos meses ou días nos que haxa percibido un salario ou remuneración, ben sexa por servizos prestados ou en vacacións, licencias retribuídas ou cando reciba unha prestación económica temporal por accidente de traballo ou enfermidade". Na mesma liña, art. 30 do convenio colectivo de traballo das industrias de derivados dos agrios para a provincia de Valencia, publicado por Resolución do 3 de agosto do 2003 (Diario Oficial da Generalitat de Valencia do 14 de setembro do 2003).

salariais para os mesmos, e optan por idéntico criterio de días efectivamente traballados⁸¹, e incluso recoñecen expresamente que en contía proporcional á dun traballador de prestación de servizos continuada⁸².

Ó contrario, e en criterio que semella en principio máis acertado, diversos convenios optan pola toma en consideración de todo o tempo desde o inicio da prestación efectiva de servizos, sen diferenciar entre períodos de actividade e períodos de inactividade. Algúns expresan que se computará a antigüidade a todos os efectos dende a sinatura do contrato de traballo⁸³, ou que acumularán a antigüidade dende o seu ingreso na empresa, centro ou actividade⁸⁴. Outros optan por facer referencia expresa a que tamén computan os períodos de inactividade⁸⁵.

E, como cuestión instrumental, hai que destacar algún precepto que impón á empresa a certificación de servizos desenvolvidos polo traballador fixo discontinuo ó remate do período de actividade⁸⁶.

81 Art. 45.1 do convenio colectivo básico de ámbito estatal para a fabricación de conservas vexetais (cit.) Aínda que en regra de dereito transitorio, dispón o que segue: “os traballadores fixos discontinuos devengarán o complemento persoal de antigüidade, computándose os bienios a razón do tempo efectivamente prestado uo, o que é igual, por cada catrocentos días de traballo efectivo”. O mesmo criterio no Acordo 23 do convenio colectivo da industria azucreira 2000-2002 (cit.), de aplicación conxunta aos traballadores fixos discontinuos, a tempo parcial, eventuais, interinos e de duración determinada.

82 Art. 16 do convenio colectivo de traballo para manipulado e envasado de tomate fresco da Comunidade Autónoma de Murcia: “os traballadores fixos discontinuos consolidarán en concepto de antigüidade, cuatrienios ó 5'25 por cento -mesma porcentaxe que os traballadores fixos- do seu salario base, computándose un cuatrienio por cada 950 días de traballo efectivo na empresa, sen que establecera interrupción na súa vinculación á mesma por causas imputables ó traballador”.

83 Esta é a fórmula empregada polo art. 9.1 do convenio colectivo estatal para as empresas organizadoras do xogo do bingo (cit.), en cláusula tamén referida especificamente ós traballadores fixos discontinuos.

84 Art. 15 do I convenio colectivo para empresas de atención especializada no ámbito da familia, infancia e xuventude, na Comunidade Autónoma de Valencia, publicado por Resolución do 20 de decembro do 2001 (Diario Oficial da Generalitat de Valencia do 12 de febreiro do 2002).

85 En fórmula especialmente axeitada, art. 19.8 do II convenio colectivo para a flota pesqueira da pesca de baixura da Rexión de Murcia (cit.): “...lles será recoñecida expresamente a antigüidade que tivesen na empresa e/ou embarcación, recoñecéndolles...tamén a efectos de antigüidade e, por tanto, de posibles dereitos indemnizatorios ou de outro tipo, os períodos de inactividade entre campañas”. En termos parellos, art. 17 do convenio colectivo de traballo para as industrias dedicadas á limpeza de edificios e locais de Álava, publicado por Resolución do 23 de xullo do 2003 (Boletín Oficial do Territorio Histórico de Álava do 28 de agosto do 2003).

86 Art. 31 do convenio colectivo de traballo para manipulado e envasado de tomate fresco da Comunidade Autónoma de Murcia (cit.)

5. O tempo de traballo dos traballadores fixos discontinuos

É sen dúbida unha das cuestións de máis difícil encaixe para este tipo de traballos. De feito, foi o problema de máis imposible encaixe para subsumilos no ámbito dos contratos a tempo parcial e a primeira materia na que se requeriu unha modificación do art. 12 do ET para adaptar a súa regulación ás específicas esixencias dos traballadores de campaña, en concreto na Lei 55/1999, do 29 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e de orde social. Na actualidade, o art. 15.8 establece que no contrato deberá facerse constar “*de maneira orientativa, a xornada laboral estimada e a súa distribución horaria*”.

De feito, esta incerteza da xornada, ademais da circunstancia da discontinuidade na prestación de servizos, é a nota máis salientable do traballo fixo discontinuo. E, ademais, o estímulo máis interesante para a conversión de contratos eventuais en fixos discontinuos, sobre todo despois da anteriormente referida STS do 17 de decembro do 2001. O certo é que a negociación colectiva ten cláusulas ó respecto de interese. En particular, a partir de que a Lei 55/1999, do 29 de decembro, destopase o límite máximo da xornada dos traballadores de chamamento incerto alén do 77 por 100 da xornada máxima de convenio. Pero tamén a partir da Lei 12/2001, do 9 de xullo.

Nesta liña son frecuentes as cláusulas de convenios que establecen xornadas máximas para os traballadores fixos discontinuos próximas á que corresponde a un traballador fixo ordinario. Por exemplo, un máximo do 90 por 100 da xornada anual establecida no convenio para o persoal a tempo completo, de tal xeito que se supera esa porcentaxe o contrato se considerará en fraude de lei e fixo ordinario⁸⁷. Ou un número de horas anuais non superior ás 1620 ó ano⁸⁸. En termos xerais, hai unha tendencia a establecer un número máximo de horas ao ano moi próxima á dos traballadores con contratos de prestación de servizos continuada, aínda que con referencia expresa a que ese número máximo non se garante⁸⁹.

87 Art. 46 do convenio colectivo do sector de fabricación de calzado artesán manual e ortopedia e a medida e talleres de reparación e conservación do calzado usado, e duplicado de chaves de ámbito estatal (cit.)

88 Art. 15 do convenio colectivo da industria do calzado (cit.)

89 Nesta liña, art. 18 do convenio colectivo de traballo para manipulación e envasado de agrios da Rexión de Murcia: 1790 horas anuais de traballo efectivo, fronte á xornada completa de convenio, de 1800 horas, aínda que o cumprimento da totalidade desta xornada depende do traballo existente en cada momento na empresa. Aínda así, poderá excederse dito límite, en concepto de horas extraordinarias, co límite de que o traballador fixo discontinuo non pode igualar ou superar a xornada máxima a tempo completo. En termos parellos, art. 28 do convenio colectivo de traballo para manipulación e envasado de tomate fresco da Comunidade Autónoma de Murcia: unha xornada de referencia de 1818 horas para os traballadores fixos discontinuos, lixeiramente inferior ás 1826 horas anuais, a prevista para os traballadores de prestación de servizos continuada. E coa mesma limitación: en todo caso, o fixo discontinuo non pode alcanzar a xornada a tempo completo.

Estas cláusulas amosan unha das funcións máis salientables que hoxe en día está chamado a desenvolver o traballo fixo discontinuo, como é a de absorber as fluctuacións de xornada nas actividades nas que a empresa non pode garantir a ocupación efectiva e uniforme do traballador ó longo de todo o ano. A flexibilidade na concreción da xornada constitúe un elemento importante de adaptabilidade para as empresas que, deste xeito, contarán cun incentivo para a conversión de contratos eventuais ou de obra e servizo en contratos fixos discontinuos.

En ocasións, o que incorporan os convenios é unha garantía de ocupación mínima do traballador, que matiza a flexibilidade na concreción da xornada. Por exemplo, algún deles establece un mínimo de ocupación efectiva do 80 por 100 da xornada semanal durante o período de ocupación alta⁹⁰, ou mesmo unha presunción de xornada completa diaria derivada do propio feito do chamamento⁹¹. Claro que, cando os períodos de referencia son breves -vg., día ou semana-, a tendencia é a de equiparar a xornada dos fixos discontinuos e os fixos a tempo completo ordinarios, nos períodos de actividade⁹².

Outras cláusulas, en realidade máis fieis á esencia orixinaria do traballo fixo-discontinuo, establecen un período mínimo de interrupción entre campañas⁹³. Aínda que hai normas autónomas que non fan esa fixación, senón que a confían á comisión paritaria do convenio con carácter xeral e, con carácter particular, a acordo da empresa coa representación legal dos traballadores⁹⁴.

Evidentemente, a consecuencia de que se exceda o límite máximo de xornada previsto no convenio colectivo para os fixos discontinuos ten que ser a súa consideración como fixos continuos. Algún precepto expresamente a recoñece, como xa se veu ó abordar o concepto de traballo fixo-discontinuo⁹⁵.

90 Art. 17.1 do convenio colectivo do sector de empacados de plátanos para a illa da Palma 2002-2003 (cit.)

91 Art. 17.2 do convenio colectivo do sector de empacados de plátanos para a illa da Palma 2002-2003 (cit.): "cada vez que o/a traballador/a sexa chamado/a a traballar, significará que desenvolveu o seu labor durante unha xornada completa, independentemente do número de horas efectivamente traballadas, salvo que non se poida desenvolver-las mesmas por forza maior".

92 Art. 75 do convenio colectivo de traballo de ámbito estatal para as industrias do curtido, correas e coiros industriais e curtición de peles para peletería para o ano 2000, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 11 de xullo do 2000 (BOE do 3 de agosto do 2000).

93 Art. 15 do I convenio colectivo para empresas de atención especializada no ámbito da familia, infancia e xuventude, na Comunidade Valenciana (cit.) Establece unha interrupción superior a dous meses para que o contrato mereza a consideración de fixo discontinuo.

94 Art. 19.5º do II convenio colectivo para a flota pesqueira da pesca de baixura da Rexión de Murcia.

95 Ademais, art. 24.2.6 do convenio colectivo de transporte de viaxeiros por estrada da provincia de Valencia (cit.)

Verbo das horas extraordinarias, e á marxe da posibilidade anteriormente apuntada de que coa súa utilización o traballador fixo discontinuo chegue -aínda que non exceda- á xornada dun traballador de prestación de servicios continuada, hai convenios que, en seguimento do art. 35 do ET, e unha vez que os traballadores fixos discontinuos non merecen a consideración de traballadores a tempo parcial, establecen un límite máximo igual á porcentaxe de oitenta que resulte da proporción realizada dun traballador fixo continuo⁹⁶.

Máis interese teñen outras cláusulas que obrigan ó traballador fixo discontinuo a realizar horas extraordinarias anteriormente aos fixos de xornada continuada, agás que xustifiquen a súa negativa a realizalas⁹⁷.

Especialmente complexas resultan algunhas cláusulas relativas ás vacacións. Verbo das mesmas, hai que lembrar a regra, contida nos sucesivos decretos de regulación do salario mínimo interprofesional, segundo a que, no caso dos traballadores temporeiros os servicios dos cales a unha mesma empresa non excedan de cento vinte días no ano, a retribución das vacacións percibirase rateada e conxuntamente co salario mínimo interprofesional, nos supostos en que non haxa coincidencia entre o período de desfrute das mesmas e o tempo de vixencia da prestación de servicios. A partir desta regra a negociación colectiva actuou en numerosas cláusulas, moitas das que exceden claramente do marco legal e non semellan axustadas a dereito.

Tamén hai que ter en conta a regra do art. 209.3 da Lei Xeral de Seguridade Social, que tacitamente admite que as vacacións dos traballadores fixos discontinuos coincidan co período ou períodos de inactividade, ó contemplar o adiamento no nacemento do dereito ás prestacións por desemprego ata o remate do prazo teórico de consunción daquelas.

Algunhas das cláusulas simplemente reiteran a referida regra dos decretos anuais de salario mínimo interprofesional, aínda que sen limitala ó traballadores que presten servicios cento vinte días ó ano ou menos⁹⁸. Outras, en termos bastante máis incisivos, establecen o criterio da proporcionalidade da duración das vacacións. Por exemplo declarando que serán proporcionais ás dun traballador fixo continuo que desfrute do tempo previsto no art. 38 ET ou no convenio colectivo de aplicación⁹⁹. Non obstante, hai normas convencionais que, con bastante mellor criterio, optan por aplicar o principio de igualdade e concederlle a mesma duración de vacacións a

96 Art. 29 do convenio colectivo da industria azucreira 2000-2002.

97 Art. 32 do convenio colectivo de traballo para manipulación e envasado de agrios da Rexión de Murcia (cit.)

98 Art. 36.4 do convenio colectivo básico estatal para a fabricación de conservas vexetais (cit.)

99 Vg., art. 9 do convenio colectivo de empresas de colectividades en comedores escolares de xestión directa dependentes do Departamento de Educación, Universidades e Investigación do Goberno Vasco para os anos 2003-2007, correspondentes ós anos escolares (cit.), con regra parella á do art. 209.3 da Lei Xeral de Seguridade Social.

todos os traballadores indefinidos do cadro de persoal, con independencia de que sexan ou non traballadores de campaña, aínda que aparentemente limitan esta equiparación ós fixos discontinuos que desenvolven a xornada máxima anual prevista para eles, aplicando para os demais o principio de proporcionalidade¹⁰⁰.

En realidade, a aplicación do criterio proporcional, aínda que maioritario, semella contrario ó ordenamento xurídico. En primeiro termo, porque cómpre lembrar que os traballadores fixos discontinuos non son temporais, senón indefinidos, de xeito que se rexen directamente polo art. 38 do ET. E, en segundo, porque ata a Lei 12/2001, do 9 de xullo merecían a consideración de traballadores a tempo parcial, para os que a regra da proporcionalidade unicamente cabe cando resulte axeitada, esixencia que non se cubre no caso das vacacións. Todo iso sen prexuízo de que o desfrute proporcional pode encubrir algún tipo de discriminación indirecta no caso dos colectivos de fixos discontinuos máis feminizados.

Cuestión distinta é a das datas de vixencia das vacacións. Estas poden coincidir total ou parcialmente co período posterior ó remate da campaña, sempre e cando, de acordo cos arts. 109.1, alíneas tres e catro, e 209.3 LXSS, se liquide e cotice complementariamente polas vacacións non disfrutadas, ou –o que sería unha desexable mellora de negociación colectiva para evitar as dificultades resultantes da correspondente situación asimilada á alta– o traballador permaneza de alta na Seguridade Social. Unicamente nestes termos son legais as previsións convencionais de que tan só é obrigado o desfrute das mesmas para aqueles traballadores fixos discontinuos que presten servicios alomenos durante once meses ó ano¹⁰¹, ou similares.

Outro problema de legalidade suscitase verbo da cuestión anteriormente apuntada de que hai diversos convenios que estenden a regra da percepción rateada da retribución das vacacións ó longo do período de actividade, aínda que este exceda dos cento vinte días. Porque, ó se inclúen nos convenios cláusulas deste tipo, o corolario lóxico é que durante o período correspondente a vacacións non se cobra cantidade algunha¹⁰², o que, dende logo, é contrario cando menos á periodicidade

100 Vg., art. 17 do convenio colectivo de traballo para manipulación e envasado de agrios da Rexión de Murcia (cit.) Igualmente, art. 9 do convenio colectivo de traballo para manipulado e envasado de tomate fresco da Comunidade Autónoma de Murcia.

101 Art. 17 do convenio colectivo de traballo para manipulación e envasado de agrios da Rexión de Murcia (cit.) O art. 9 do convenio colectivo de traballo para manipulación e envasado de agrios da Rexión de Murcia (cit.) expresa que o desfrute só é obrigado para aqueles fixos discontinuos que presten servicios ata esgotar a xornada máxima destes traballadores. Aínda así, e en cláusula que semella claramente ilegal por contraria aos arts. 34 e 38 do ET, continúa este precepto como segue: “debido á estacionalidade e discontinuidade propia do sector, aínda sendo obrigado o desfrute, os traballadores fixos discontinuos poderán optar por non disfrutar a metade das súas vacacións, as cales poderán ser disfrutadas en anos sucesivos. A prestación de servicios nese período, se considerará horas extraordinarias, pero se aboarán sen recargo algún, é dicir ó valor da hora normal, e non computarán como parte da súa xornada anual”.

102 Art. 17 do convenio colectivo de traballo para manipulación e envasado de agrios da Rexión de Murcia (cit.) e art. 9 do convenio colectivo de traballo para manipulación e envasado de tomate fresco da Rexión de Murcia (cit.)

mensual da retribución establecida no art. 29.1 ET. E, probablemente, ó principio de que as vacacións teñen que ser necesariamente retribuídas, polo demais contido no convenio nº 132 da OIT, relativo a vacacións anuais pagadas.

En fin, regras adicionais sobre vacacións previstas na normativa convencional refírense a datas e quendas de desfrute, períodos mínimos para traballadores que prestaron servizos durante unha porcentaxe determinada do ano¹⁰³, ou fraccionamento ou continuidade das mesmas¹⁰⁴.

Polo que atinxe á posibilidade de que os traballadores fixos discontinuos presten servizos a tempo parcial dentro do período de actividade, mailo chamamento do art. 15.8, inciso último do ET ós convenios colectivos de ámbito sectorial para que acorden a utilización desta posibilidade cando as peculiaridades do sector así o aconsellen, o certo é que son excepciónais estas previsións nas cláusulas convencionais¹⁰⁵.

O que si ten algún convenio, como residuo -sen dúbida interesante- do tempo en que o traballo fixo discontinuo tiña a consideración de traballo a tempo parcial, é a regra da voluntariedade na conversión da xornada de completa a fixa discontinua, acompañada das correspondentes obrigas informativas da empresa ó seu cadro de persoal¹⁰⁶.

E, xa para rematar con cuestións referidas a tempo de traballo, hai convenios que establecen sistemas específicos de control do mesmo, as máis das veces co obxectivo de levar conta dos chamamentos¹⁰⁷, aínda que noutras coa máis xenérica finalidade de realizar o seguimento do absentismo ós efectos da mellora de incapacidade temporal¹⁰⁸. E algúns que contemplan certas especialidades ó elaboraren as empresas os calendarios en relación cos traballadores de temporada¹⁰⁹.

103 *Ibid.*

104 Art. 10 do convenio colectivo de traballo para as industrias dedicadas á limpeza de edificios e locais de Álava (cit.)

105 Entre elas, art. 5 do texto articulado do convenio colectivo intersectorial de hostalería de Valencia e a súa provincia para os anos 2001, 2002 e 2003.

106 Art. 15.2.2 do convenio colectivo da industria do calzado (cit.)

107 Vg., art. 17.3 do convenio colectivo do sector de empaquetados de plátanos para a Illa da Palma para o ano 2002 e 2003: “diariamente levarase un control, entre o encargado do almacén ou a persoa en quen delegue a empresa e un dos representantes dos/as traballadores/as ou dun/a traballador/a elixido en assemblea, ó efecto convocada das persoas que traballaran en dito día. Este documento será asinado e selado pola empresa, e ó mesmo lle dará o visto bo á parte social. Estenderase por duplicado, quedando unha copia en poder da empresa e outra en poder dos traballadores ou os seus representantes”.

108 Vg., art. 29.3 do convenio colectivo para a industria de conservas e salazóns da provincia de Huelva, publicado por Resolución do 10 de setembro do 2002 (Boletín Oficial da provincia de Huelva do 15 de outubro do 2002).

109 Art. 10 do convenio colectivo de traballo para as industrias dedicadas a limpeza de edificios e locais de Álava (cit.)

6. Conversións de eventuais en fixos discontinuos e de fixos discontinuos en fixos continuos

En relación coa posibilidade de que os convenios colectivos regulen a conversión de contratos temporais en contratos fixos discontinuos, tamén promovida polo art. 15.8 ET, de novo hai que referirse fundamentalmente ós convenios da Rexión de Murcia, que son os que establecen sistemas máis interesantes¹¹⁰.

Sen prexuízo dalgunhas ideas que se apuntaron co gallo da referencia ó concepto de traballador fixo discontinuo, relativas á consideración automática como tales dos que prestan servicios un número determinado de campañas, unha regulación prototípica é, en liñas xerais, como segue: a) preferencia para ser contratados como eventuais durante unha segunda campaña para os traballadores que na anterior desenvolveran labor alomenos un 25 -ou 30- por 100 da media dos días traballados por fixos discontinuos e conversión en fixos discontinuos se alcanzaran o 65 por 100 da mesma; b) adquisición automática da condición de fixos discontinuos ó comezo da terceira campaña dos traballadores que na segunda traballaran un 50 -ou 40- por 100 ou máis da media dos días traballados¹¹¹, agás cesamento voluntario ou ausencias inxustificadas, e mantendo a preferencia para ser contratados como eventuais cando chegaran ó límite do 25 por 100 pero non do 50; c) en todo caso, adquisición automática da condición de fixos discontinuos logo de traballar como eventuais durante tres anos, con independencia do número de días de prestación de servicios; e d) establecemento de certas regras transitorias para situacións anteriores á entrada en vigor do convenio.

Outros convenios limitáanse a establecer preferencias dos eventuais para ser convertidos en fixos discontinuos¹¹². En liña paralela, hai cláusulas que incorporan certas preferencias para que os traballadores fixos continuos adquiren a condición de traballadores fixos de prestación de servicios continuada¹¹³. E, ademais, convén subliñar normas que, en relación coa substitución dos xubilados anticipados á idade de 64 anos, clarexan que, maila prohibición polo art. 3 do RD 1194/1985, do 17 de xullo, de que a contratación do substituto sexa a tempo parcial, se manterán as preferencias dos traballadores fixos discontinuos¹¹⁴.

110 De novo hai que ter como referencias os convenios para manipulación e envasado de agrios e de manipulado e envasado de tomate fresco. De eles -arts. 4 e 30, respectivamente- se extraen os contidos que se glosan.

111 Con regras concretas para o cómputo destes días.

112 Art. 15.2.2 in fine do convenio colectivo da industria do calzado (cit.), en preferencia subordinada á dos traballadores fixos de xornada completa. Tamén, art. 7 do convenio colectivo laboral de ámbito estatal para o sector de axencias de viaxes, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 12 de febreiro do 1996 (BOE do 29 de febreiro do 1996).

113 Vg., art. 8 do Anexo IV do II convenio colectivo do ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea e art. 7.1.2 e) do convenio colectivo para o sector de conservas, semiconservas, afumados, cocidos, secados, elaborados, salazóns, aceites e fariña de pescados e mariscos (cit.)

114 Art. 20 do convenio colectivo estatal para as industrias de hormas, tacóns, cuñas, pisos e cambrillóns

7. Suspensións do contrato e outras vicisitudes

Outra cuestión sumamente interesante neste tipo de traballos e que non está clara en absoluto é a das interrupcións da prestación de servizos dentro da campaña. Como queira que moitos convenios establecen, como xa se veu, xornadas máximas anuais que non se garanten, da a impresión de que os períodos de non ocupación nos mesmos se conciben como interrupcións esporádicas do traballo sen necesidade de tramitar o oportuno expediente de regulación de emprego suspensivo. Noutras verbas, a cláusula de xornada máxima non garantida actuaría a xeito de paraugas para todo tipo de *mora accipiendi* por parte do empresario, o que convertería na práctica ó traballador fixo discontinuo en alguén bastante semellante a un traballador a chamada.

Non obstante, dita conclusión non é mantible, entre outras razóns pola imposibilidade, anteriormente sinalada, de deixar o cumprimento dun contrato ó arbitrio dunha das partes -art. 1256 do Código Civil-. Alén diso, porque o art. 15.8 esixe que no contrato individual formalizado por escrito conste de xeito orientativo a xornada laboral estimada e a súa distribución horaria. Polo tanto, as irregularidades na prestación do traballo ou as fallas de ocupación do traballador para as que non sería precisa autorización administrativa ó abeiro do art. 47 ET e concordantes serían unicamente as que se puideran abeirar dentro do previsto orientativamente no contrato. As que se afastaran do mesmo esixirían expediente de regulación de emprego.

A cuestión, de límites sen dúbida escuros, ten importantes consecuencias prescricionais -coa excepción dos traballadores encadrados no Réxime Especial Agrario da Seguridade Social-, segundo o art. 208.1.4 da Lei Xeral de Seguridade Social e o art. 1.5 do Regulamento de Protección por Desemprego, como polo demais ven ratificando a máis moderna doutrina xudicial¹¹⁵.

Na negociación colectiva hai, dende logo, preceptos que, en termos máis ou menos claros, remiten á autoridade laboral a autorización para a interrupción ou suspensión do traballo dentro da campaña¹¹⁶. Ou que esixen expediente de regulación de emprego para os casos nos que non se inicie a temporada, se inicie pero non se necesite todo o persoal ou ben, unha vez iniciada, teña que ser suspendida¹¹⁷.

de madeira e corcho, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 11 de xullo do 1999 (BOE do 28 de xullo do 1999). Aínda que na actualidade este matiz é superfluo ó non seren os fixos discontinuos traballadores a tempo parcial.

115 Entre outras, STS do 5 de febreiro do 2003 (Ar. 3045).

116 Vg., acordo 14.3 do convenio colectivo da industria azucreira 2000-2002 (cit.) Ou art. 7.1.2 b) do convenio colectivo para o sector de conservas, semiconservas, afumados, cocidos, secados, elaborados, salazóns, aceites e fariña de pescados e mariscos (cit.)

117 Art. 11.2 do Anexo IV do II convenio colectivo do ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (cit.)

Outros convenios omiten toda referencia ó xeito de instrumentarse a paralización do traballo, opción que, cando menos, produce unha forte inseguridade xurídica¹¹⁸.

Do mesmo xeito, hai convenios que optan por concibir como períodos de interrupción -isto é, períodos á marxe da temporada- circunstancias que, noutro caso, esixirían autorización administrativa para suspender contratos. O que suscita a dúbida das diferencias, outra vez inseguras, entre o concepto de suspensión dentro do período de actividade e período de inactividade¹¹⁹.

Así mesmo, os convenios colectivos se refiren a outras causas de suspensión, aínda que normalmente para afirmar que as mesmas non afectarán á condición de indefinido do traballador fixo discontinuo¹²⁰. E, verbo da excedencia voluntaria, introducen limitacións relativas ó período de permanencia nesta situación inferiores ós máximos legais do art. 46 ET¹²¹.

8. Salarios e conceptos extrasalariais.

Liquidación ó remate do período de actividade

En relación coa retribución dos traballadores fixos discontinuos, a máis interesante especialidade –o pagamento rateado do salario das vacacións– xa foi anteriormente obxecto de análise. A maiores, algún convenio establece un parámetro orientativo de horas traballadas ó mes durante a campaña, no que vai incluída a parte proporcional de domingos e festivos¹²².

Tamén hai que anotar algunha cláusula relativa a gastos de desprazamento e dietas. En ocasións declaran a igualdade de dereitos en relación cos traballadores de prestación continuada de servizos¹²³. En relación co desprazamento ó lugar de traballo

118 Vg., art. 31 do convenio colectivo de traballo para manipulado e envasado de tomate fresco da Comunidade Autónoma de Murcia (cit.): "...os traballadores fixos discontinuos...cesarán no seu traballo...cando por falta de materia prima, situación comercial, etc., se suspenda temporalmente a actividade nos almacéns, sempre tendo en conta o que dispoñía a lexislación que os regulaba a efectos de preferencia dos traballadores considerados como fixos discontinuos".

119 Quizais o exemplo máis claro sexa o do art. 19 do II convenio colectivo para a flota pesqueira da pesca de baixura da Rexión de Murcia: concibe como circunstancias interruptivas que definen o traballo fixo discontinuo, entre outras, as paradas biolóxicas, circunstancias climáticas ou avarías.

120 Vg., art. 11.6 do Anexo IV do II convenio colectivo do ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (cit.)

121 Entre outros, art. 46 do convenio colectivo de manipulado e envasado de cítricos, froitas e hortalizas para a Comunidade Valenciana 2000-2003, publicado por Resolución do 29 de novembro do 2000 (Diario Oficial da Generalitat Valenciana do 5 de febreiro do 2001). Establece unha duración máxima de dous anos, ademais dunha porcentaxe máxima do 5 por 100 de traballadores de cada categoría profesional como tope de desfrute simultáneo da excedencia voluntaria. A mesma limitación de dous anos no art. 20 do convenio colectivo de traballo do sector da industria de hostalería e turismo de Cataluña (cit.)

122 Art. 17.5 do convenio colectivo do sector de empaquetados de plátanos da Illa da Palma (cit.) En concreto, 173 horas de traballo efectivo mensual.

123 Art. 30 do convenio colectivo da industria azucreira 2000-2002 (cit.)

producido polo chamamento, algún convenio establece a obriga da empresa de asumir os gastos cando o período de actividade é de moi breve duración¹²⁴. Polo demais, para outros conceptos extrasalariais como axudas de estudo ou de matrimonio, se establece tamén o principio de igualdade cos traballadores fixos continuos, agás períodos breves de prestación de servizos dentro da temporada¹²⁵.

Finalmente, na cuestión de liquidación económica ó remate da campaña a penas hai especialidades. Entre outras, o establecemento de regras concretas para a mesma, segundo un salario hora que inclúe prorratas de pagas extraordinarias, vacacións, domingos e festivos¹²⁶. Polo demais, non faltan convenios que declaran a aplicabilidade de todas as garantías ordinarias á liquidación destes traballadores¹²⁷.

* * *

En termos xerais, a regulación convencional dos traballadores fixos discontinuos reflicte as numerosas especialidades deste tipo de traballo, que resolve con mellor ou peor fortuna. As cuestións que foron obxecto de análise nas páxinas anteriores poñen de manifesto, ademais doutras cuestións, as posibilidades de desenvolvemento do mesmo, sen prexuízo de que algunha delas merece a consideración, como xa se apuntou, de abusiva ou en fraude de lei.

124 Art. 23 do convenio colectivo de traballo para o sector da industria da hostalería e turismo de Cataluña para o período do 1 de maio do 2001 ó 30 de abril do 2004 (cit.) Para os casos nos que o fixo discontinuo se chama para períodos de actividade inferiores a quince días, o empresario ten que asumir o billete ordinario de tren ou autobús de liña regular máis unha cantidade en concepto de dieta de 15 euros e 3 céntimos. Ademais, poderá pactarse o traslado en vehículo propio.

125 Vg., arts. 29 e 30 do convenio colectivo para a industria de conservas e salazóns da provincia de Huelva (cit.)

126 Acordo 21 do convenio colectivo da industria azucreira 2000-2002.

127 Art. 3.2 do convenio colectivo do sector de industrias de bebidas refrescantes da provincia de Pontevedra, publicado por Resolución da Delegación provincial de Pontevedra da Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais do 3 de agosto do 2003 (DOG do 14 de setembro do 2003).



A ORDENACIÓN DO TEMPO DE TRABALLO

CAPÍTULO DÉCIMO:

TEMPO DE TRABALLO E NOVAS TECNOLOXÍAS



TEMPO DE TRABALLO E NOVAS TECNOLOXÍAS

1. Ideas xerais

Sabido é que nas últimas décadas o sistema productivo, económico e, mesmo, social experimentou profundas transformacións debido á introducción das chamadas “novas tecnoloxías”. En relación coa prestación de traballo, resulta doado apreciar como a cada vez máis sofisticada tecnoloxía da informática e telecomunicación -da unión da cal nace a telemática- permite un novo desenvolvemento e configuración desta, chegando a liberala, nalgúns casos, dos límites de espazo e tempo nos que tradicionalmente desenvolveuse. Certamente, as novas tecnoloxías non só se aplican ó traballo realizado nos típicos centros de traballo, modernizándoo, senón que tamén permiten que aquel saia deses marcos e se leve a cabo noutros novos. Gáñase, pois, flexibilidade no desenvolvemento da prestación de traballo, dando lugar a unha nova modalidade deste, o “teletraballo”, tamén denominado, aínda que con menos fortuna, “traballo periférico”, “traballo remoto” o “traballo a distancia”¹. Concretamente, a súa orixe xa se sitúa nas últimas décadas do século pasado, aínda que non será ata os últimos anos deste cando empece a implantarse de forma significativa -especialmente a través de convenios colectivos- en certos países europeos, como Alemaña, Reino Unido, Países Baixos, Italia, Francia e, mesmo, España². Esta nova forma de traballar tamén xera unha nova clase de traballadores, os teletraballadores, as particularidades dos cales determinan un réxime xurídico propio.

Neste sentido, o 20 de setembro de 2001, os interlocutores sociais a nivel europeo (CULOMBIO, UNICE-UEAPME e CEEP) iniciaron negociacións sobre o teletraballo coa intención de alcanzar un Acordo Marco sobre este (art. 138 TCE³), que finalmente se subscribiu o 16 de xullo de 2002⁴. O devandito Acordo marco persegue, basicamente, dous obxectivos: o primeiro, o de dotar dunha regulación uniforme e, polo tanto, de seguridade xurídica esta nova forma de traballar. O segundo obxectivo é o de animar ás partes sociais dos distintos Estados asinantes á posta en marcha de diferentes iniciativas de teletraballo, para desenvolver tódalas posibilidades que este ofrece, incrementando así o emprego existente⁵.

1 MELLA MENDEZ, L.: *Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo*, ÁS, 1998, núm. 11, p. 45.

2 No noso país foron escasos os convenios que fixeron referencia ó teletraballo, como exemplo, cabe cita-lo art. 19, C) CC “Ibermática, S. A-N.” (1996 a 1998) (res. DGT de 22 abril 1997; BOE de 6 maio); art. 36 CC “Siemens Nixdorf Sistemas de Información, S. A-N.” (1997-1998) (res. DGT de 6 novembro 1997; BOE de 25 novembro); art. 17 CC “DHL Internacional España, S. A-N.” (res. DGT de 3 marzo 1998; BOE de 25 marzo) e art. 12, núm. 4, CC “Telefónica de España, SAU” (res. DGT de 12 xuño 2001; BOE de 2 xullo).

3 Tratado de 25 marzo 1957, constitutivo da Comunidade Europea. Versión consolidada trala modificación do Tratado de Amsterdam de 2 outubro 1997.

4 Cfr. MELLA MENDEZ, L.: *Comentario general al Acuerdo marco sobre el teletrabajo*, RL, 2003, núm. 1, pp. 21 e ss.

5 Así, art. 17 CC “DHL Internacional España, S. A-N.”, cit.: “prevese a posibilidade de crear emprego adicional mediante a modalidade de teletraballo”.

En canto ó seu concepción, o Acordo marco define o teletraballo como unha “forma de organización e/ou execución do traballo, que utiliza a tecnoloxía da información, no contexto dun contrato ou relación de traballo, onde o traballo, que tamén podería ser executado no local do empresario, é realizado fóra deste local conforme a uns termos acordados” (cláusula II). Aínda dentro da súa amplitude, a definición en cuestión só alude ó teletraballo que se desenvolve dentro do marco dun contrato de traballo ou relación laboral, isto é, o que queda incluído no Dereito do Traballo. Neste sentido, é máis restrictiva que a no seu día adoptada pola “Fundación Europea para a mellora das condicións de vida e traballo”, a cal consideraba como teletraballo “calquera forma de traballo desenvolvida, por conta dun empresario ou un cliente”, por un traballador dependente, autónomo ou a domicilio “e efectuada, regularmente ou durante unha parte importante do tempo de traballo, nun ou máis lugares diversos do posto de traballo tradicional, utilizando tecnoloxía informática e/ou de telecomunicación”⁶. Á parte de ós subordinados ou dependentes *sensu strictu*, aquí tamén se incluía ós traballadores a domicilio e os autónomos, sobre os cales o Acordo garda silencio.

Tendo en conta o concepto de teletraballo do Acordo marco, resulta claro que este se caracteriza por⁷: a) a utilización dun particular e novo instrumento de traballo, cal é o ordenador ou videoterminal, ó que pode acompañar outra tecnoloxía da información (v. gr., videoconferencia ou telefax); b) o traballo a distancia, isto é, fóra da empresa, o que, segundo algúns autores, non é cousa nova, senón a máis vella do Dereito do Traballo (o traballo a domicilio, típico da era preindustrial)⁸; c) a existencia dunha rede de telecomunicación que permita o contacto entre a sede central e a descentralizada; d) a modificación da estrutura organizativa tradicional; e d), como consecuencia do anterior, unha maior flexibilidade na distribución, uso e xestión do traballo⁹. Con todo, os dous elementos básicos e imprescindibles a concorrencia dos cales se esixe acumulativamente para estar ante un suposto de teletraballo son o uso das novas tecnoloxías da información e o traballo a distancia; os demais son derivacións daqueles.

6 Telework-Impact on living and working conditions (Dublín, 1984), pp. 5 e ss.

7 Vide. RIZZO, R.: Introduzione, no volume “*Telelavoro. LITRO 'ufficio a distanza'*” (Roma, 1995), p. 11.

8 Así, VENEZIANI, B.: *Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato*, GDLRI, 1987, núm. 33, p. 13; GAETA, L.: *Il telelavoro: legge e contrattazione*, GDLRI, 1995, núm. 68, p. 552.

9 Para AMORA [I requisiti delle attività “telelavorabili”, no volume “*Il telelavoro. Teorie e applicazioni*”, 2ª edic. (Milán, 1996), p. 47], a diferenza entre teletraballo e traballo ordinario áchase en dous datos: a ausencia e o cambio de información. Entendidos, o primeiro, como posibilidade de operar en ausencia dunha organización concreta e de interlocutores presentes fisicamente; o segundo, como posibilidade de crear e de operar con códigos simbólicos, a través de canles adaptadas ó obxecto, sen necesidade da presenza física de persoas ou cousas.

Que no teletraballo a prestación laboral se realice a distancia ou fóra do local da empresa implica que aquela pode ser realizada en varios lugares respecto dos que se teña dispoñibilidade ou uso. Esta intencionada indeterminación do concreto lugar onde haxan de prestarse os servizos permite entender incluídos na definición que se comenta varios tipos de teletraballo, entre eles, os seguintes:

a) O *teletraballo “na casa”, a domicilio ou electronic home work*, que pode ser desenvolvido no propio domicilio ou outro lugar similar de carácter privado. Sen dúbida, é o suposto máis habitual, ata o punto de que a súa masiva implantación leva á confusión do xénero coa especie, ó considera-lo teletraballo como unha mera e nova modalidade do tradicional traballo a domicilio. Cando no apartado seguinte se estudie o réxime do tempo de traballo e descanso partirase deste suposto.

b) O *centro de teletraballo comunitario*, o cal está provisto dunha ampla gama de servizos técnicos e a disposición dunha pluralidade de usuarios, entre os que se poden conta-los traballadores (subordinados) que prestan servizos para unha empresa. A creación do devandito centro busca compartilo gasto e o uso dos complexos sistemas informáticos, así como crear un espazo comunitario que proporcione servizos paralelos, como pode ser unha sala de reunións.

E c) O *teletraballo móbil, mobile teleworking, working out o telework on the road*, que, como indican as súas diversas denominacións, pode desenvolverse en calquera lugar distinto do propio da empresa, o cal non está previamente fixado e pode cambiar constantemente (v. gr., o propio domicilio do traballador, o seu automóbil, un medio de transporte público ou a empresa dun cliente). Esta modalidade é moi usada por empresas que prestan servizos en varias zonas ou a clientes que se achan dispersos, co que se facilita a mobilidade e rapidez na devandita prestación. O seu emprego parece xustificarse especialmente naqueles casos nos que o reducido número de clientes dunha concreta área xeográfica non compensa a creación nesta dun centro de traballo fixo ou a actividade empresarial a desenvolver fóra da empresa soluciónase cun ou varios teletraballadores móbiles, o que, sen dúbida, xera un gasto menor que o derivado da existencia do devandito centro.

Noutra orde de cousas, os interlocutores sociais son conscientes das múltiples vantaxes que esta nova forma de traballar ofrece, tal e como xa apuntan na cláusula I do Acordo, ó prever que o teletraballo permite “concilia-lo traballo e a vida social por parte dos traballadores”, ó proporcionarlles “unha maior autonomía na realización das súas tarefas”. En efecto, unha das grandes vantaxes desta nova modalidade de traballo é a flexibilidade e liberdade que o traballador adquire, pois, ó realizar a prestación laboral fose do centro de traballo da empresa -xeralmente no seu domicilio ou outro lugar da súa dispoñibilidade-, aquel pode, en principio, organiza-la súa xornada laboral e o seu tempo de traballo e ocio como estime conveniente. Así, pode afirmarse que o teletraballo facilita a incorporación ó mercado de traballo de determinados grupos de persoas con dificultades para atopar emprego, como son, por exemplo, as mulleres -ás que tamén alude a referida cláusula I-,

ás que se lles permite salva-las dificultades de compaxina-la vida profesional e persoal (v. gr., coidado de nenos e anciáns). Doutro lado, esta maior liberdade e autonomía de que dispón o traballador pode servir para aumenta-la súa produtividade, pois a menor vixilancia empresarial lle permite traballar máis comodamente e sen as presións propias do ambiente de traballo da empresa¹⁰. Con todo, esta maior produtividade require que o traballador posúa unhas determinadas calidades persoais ou carácter (v. gr., seriedade, capacidade de organización e concentración) que lle permitan administrar correctamente a autonomía de que dispón.

Agora ben, en relación co recén exposto, cabe ter en conta que o grao de liberdade e autonomía de que dispoña o traballador vai depender non só do lugar ónde se presten os servizos -empresa ou domicilio ou outro lugar similar-, senón tamén do sistema de interconexión que, no seu caso, exista entre o teletraballador e o empresario. En efecto, a comunicación entre estes pode ser de tres tipos: a) *off line*, na que o traballador desenvolve a súa prestación laboral desconectado do ordenador central da empresa, polo que, ó relegarse a comunicación só ó principio e ó final da prestación, aquel traballa cunha grande autonomía; b) *on way line*, que permite certa interacción entre o teletraballador e a empresa, ó poder aquel comunicarse con esta cando queira, pero non á inversa; e c) *on line*, na que a comunicación é posible en ámbalas dúas direccións e en calquera momento da que se fixara como xornada laboral. Esta última modalidade é a preferida polos empresarios ávidos de exercer-lo seu poder directivo e control de forma instantánea e en calquera momento sobre os traballadores, polo que, precisamente por iso, é a que resta máis autonomía a estes. Certamente, neste caso o control empresarial pode ser, mesmo, máis intenso que no suposto ordinario da prestación laboral. Así as cousas, resulta claro que, aínda que o Acordo marco parece asociar “teletraballo” a “maior autonomía”, non todo suposto de teletraballo vai xerar, automaticamente, unha maior liberdade e flexibilidade para os traballadores que se acollan a el, sendo os dous primeiros os máis recomendables neste sentido.

Á parte das xa mencionadas, cabe pensar noutras vantaxes do teletraballo que polo seu carácter económico contribúen a fomenta-lo emprego, e que, aínda sen mención expresa, puideron ser tidas en conta polos asinantes do Acordo estudado, entre elas, as seguintes: a) reduci-los custos das empresas, por implicar unha menor necesidade de ampliación ou mantemento das instalacións destas e un menor gasto en maquinaria, luz e outros servizos similares; b) favorece-lo xurdimento de novas organizacións empresariais, pequenas e medianas, que, ó non necesitar de forte investimento de capital para situar fisicamente as súas instalacións, poden contratar un maior número de traballadores e, polo tanto, crear máis emprego; c) permitila descentralización xeográfica ou expansión das empresas xa existentes, a través da presenza en novos mercados, captación de novos clientes e ofrecemento de novos

10 Aludía a algunhas destas vantaxes o art. 19, C) CC “Ibermática, S. A-N.” (1996 a 1998), cit.: “a implantación deste sistema permite unha flexibilidade horaria total, cun menor volume de desprazamentos e un maior nivel de concentración”.

servicios; d) constituír unha válida alternativa á necesidade de traslado, mobilidade xeográfica¹¹ e, mesmo, despedimento dos traballadores por peche do actual centro de traballo; ou, en fin, e) ofrecer á sociedade, gracias á combinación das técnicas da comunicación e da informática, unha serie de novos produtos e servicios, tales como a teleinformación ou a telemedicina, o que tamén contribúe á creación de emprego.

2. A ordenación do tempo de traballo e descanso no teletraballo

2.1. Cara a unha maior flexibilidade do teletraballador

En aras a evita-la dispersión e certas disfuncionalidades, o estudio do réxime do tempo de traballo e descanso no teletraballo vaise centrar na que é a súa modalidade máis habitual: o teletraballo a domicilio. En principio, cando se pensa nesta nova forma de traballar, parece claro que unha das grandes vantaxes que esta implica é a dunha maior liberdade na organización do traballo por parte de quen o presta. Neste sentido, o Acordo de 2002 prevé que, “dentro do marco da lexislación, os convenios colectivos e as normas da empresa aplicables, o teletraballador xestionará a organización do seu tempo de traballo” (cláusula IX), isto é, aínda observando os límites e requisitos previstos na correspondente normativa, o principal responsable da organización do tempo de traballo quérese que sexa o propio traballador. Os mencionados límites parecen apuntar ós poderes de dirección e disciplinario do empresario, polo que corresponde a este indicar ó traballador a concreta tarefa a realizar ou servizo a prestar e, no seu caso, impoñe-las oportunas sancións. Dentro deses límites -reitero-, búscase que o teletraballador organice os seus tempos de traballo e descanso como estime conveniente, o que supón para aquel a posibilidade de administra-lo factor tempo do modo máis beneficioso para este, tanto dende o punto de vista da produtividade coma da harmonización da vida persoal e familiar. En efecto, tal flexibilidade ou autonomía na organización do indicado factor posibilita unha nova interrelación entre a vida laboral e a vida privada, para axustar ámbalas dúas ás particulares circunstancias de cada traballador.

Agora ben, aínda que a idea xeral é a de que o traballador teña unha maior flexibilidade na organización do tempo de traballo, resulta claro que aquel será maior ou menor en función da modalidade de teletraballo de que se trate e da comunicación que exista coa empresa, pois se aquela é *on line* ou interactiva o empresario está en condicións de organizar e controla-la prestación laboral do teletraballador coma se este estivese na propia empresa, marcando a xornada, horario ou pausas a

12 Cfr. SELLAS I BENVINGUT, R.: *El régimen jurídico del teletrabajo en España* (Navarra, 2001), pp. 111 e ss.

11 Así, art. 12, núm. 4, CC “Telefónica de España, SAU”, cit., segundo o que “esta forma de traballar permite o desenvolvemento de novas actividades por parte dos empregados que actualmente ocupan postos menos prioritarios, co que se consegue reduci-la mobilidade xeográfica nos procesos de relocalización dos devanditos empregados”.

través de sofisticados programas informáticos, podendo chegar a ser o control tan ou máis angustioso que se o traballador se achase no tradicional centro de traballo. Sen embargo, se o traballador traballa desconectado da empresa, total ou parcialmente (*on way line*), o control do traballo diario parece difícil, pospoñéndose aquel ó termo da tarefa ou contrato¹². Neste caso, é evidente que a liberdade organizativa do traballador en canto ó factor tempo será maior; quizais o Acordo marco estaba pensando nel. Con todo, de igual modo cabe a posibilidade de que o devandito Acordo, coñecedor das diferentes modalidades de conexión empresa-traballador, busque establece-lo que debe se-la regra xeral tamén no teletraballo interactivo, salvo pacto en contrario. De ser así as cousas, con independencia de conexión directa ou non coa empresa, o teletraballador será o único que poida organiza-lo seu tempo de traballo e descanso. No caso de existir conexión telemática simultánea e quere-lo empresario suxeita-lo traballador á disciplina horaria e de xornada do resto de traballadores da empresa debería pactalo expresamente con el.

Así as cousas, e dado que o tan citado Acordo alude á liberdade organizativa do traballador “dentro do marco da lexislación”, cabe preguntarse sobre a aplicación da normativa sobre xornada prevista no ET (arte. 34 e ss.). A resposta depende da modalidade de conexión e do pactado. No caso de teletraballo interactivo no que o traballador se somete ós dictados da empresa en materia de tempo de traballo é posible e recomendable a aplicación da devandita normativa, pois, no caso contrario, a ausencia de límites podería significa-lo retorno a xornadas de traballo abusivas ó carecer dos correspondentes descansos. Neste sentido, non se esqueza que unha das primeiras finalidades da regulación da xornada foi a de limita-lo tempo de traballo para protexe-la saúde dos traballadores. Parece lóxico pensar que nestes supostos se estará ante traballadores pouco cualificados que realizan tarefas repetitivas que doadamente poden someterse ós dictados dunha xornada de traballo estándar. Pola contra, cando se trate de traballadores moi cualificados, que desenvolven tarefas intelectuais ou que implican un alto grado de creación, o normal será que traballen desconectados da empresa e, polo tanto, sen suxeición á súa xornada, senón á que eles libremente elixan. Así, será libres para determinar cantas horas desexan traballar, con qué horario e cando e canto desexan descansar.

Á marxe dos dous supostos extremos recén comentados (control continuo pola empresa e total ausencia deste), cabe aludir a outros intermedios, nos que, a pesar de non existir unha comunicación interactiva constante, a liberdade do teletraballador para elixi-lo seu horario e descansos está parcialmente limitada, ben por pactos previos, ben por outras circunstancias. Sucede o primeiro cando as partes acordan a existencia dun determinado período durante o cal a comunicación (ata entón inexistente ou existindo solo vía traballador-empresa) faise interactiva e a empresa pode comunicarse e controla-la actividade do teletraballador. Noutras ocasións, a limitación procede do horario de funcionamento das computadoras centrais da empresa que condicionan, á súa vez, o do ordenador do traballador, que non pode funcionar sen o arranque daquelas; ou das esixencias do mercado, como sucede cando o

traballador realiza funcións de televenda ou información ó público; ou, mesmo, da chamado teledisponibilidade, que merece estudio á parte.

2.2. A flexibilidade horaria e os seus inconvenientes

Como xa se apuntou, aínda que unha das grandes vantaxes do teletraballo - especialmente do desconectado, total ou parcialmente- é a de permitir concilia-lo traballo coa vida persoal e familiar a través da elección do horario laboral, resulta fundamental que o traballador posúa unhas determinadas calidades persoais (v. gr., seriedade, responsabilidade, capacidade de organización e concentración) que lle permitan administrar correctamente a autonomía de que dispón. No caso contrario, múltiples son os efectos negativos que poden presentarse, entre eles, os seguintes:

a) *Adición ó traballo*, como sucede cando o traballador non separa claramente o tempo de traballo do de descanso, deixando de respectar este. En efecto, que o posto de traballo se sitúe no propio domicilio ou outro lugar similar proporciona unha gran comodidade ó traballador, ó permitirlle incorporarse a este cando desexe, podendo prolongar a xornada laboral o que estime conveniente. Así pode suceder cando o traballo asignado é excesivo ou o seu resultado se suxeita a un prazo de entrega demasiado breve ou aquel resulta apaixonante e absorbente. Se o traballador non pon atención en observar un determinado horario laboral e se deixa levar por esa dinámica de traballo e máis traballo ten altas posibilidades de converterse nun adicto a este. Tal situación pode xerarlle serios problemas físicos (por exemplo, dores de costas ou cabeza, alteracións da vista, cansazo), psicolóxicos (estrés, esgotamento mental, irritabilidade) e, mesmo, familiares e sociais (desatención á familia e amigos). Para evitar estes efectos negativos, é evidente que o traballador, unha vez fixado o seu horario laboral -ben libremente, ben conxuntamente coa empresa-, debe respectalo, o que tamén implica descansar fóra deste.

Cuestión interesante relacionada con este risco é a da consideración xurídica do tempo de traballo que supera a xornada ordinaria inicialmente fixada. En principio, a resposta non resulta doada e hai que ter en conta o sistema de conexión traballador-empresa, quen fixa a xornada e o horario e o sistema de retribución utilizado. Certamente, se a comunicación é interactiva, o habitual será que a xornada e o horario sexan fixados pola empresa ou de mutuo acordo entre as partes e que o sistema de retribución sexa por unidade de tempo, dado que a empresa pode controlar-lo tempo real utilizado no desenvolvemento da prestación. En tal caso, aínda cabe precisar que non todo o tempo extra que o teletraballador utiliza para cumprir co encargado pode considerarse como horas extraordinarias. A devandita cualificación dependerá de quen sexa o responsable da realización de tales horas. Se é o empresario, porque a tarefa asignada require máis tempo do inicialmente previsto, ditas horas poderán considerarse extraordinarias e gozarán do seu réxime xurídico (art. 35 ET). Pola contra, se o exceso de horas invertidas depende da vontade do traballador, pois non son realmente necesarias para concluí-la tarefa, aquelas non poderán cualificarse de extraordinarias.

Tampouco procede falar de horas extras cando o traballador está desconectado da empresa e o sistema de retribución é por unidade de obra. En tal caso, a fixación da xornada e do horario depende do traballador e o empresario limitase a pagar un prezo polo resultado alcanzado con independencia do tempo invertido na súa realización. En tal caso, é evidente que non procede falar de xornada ordinaria e extraordinaria.

Algo similar ó recén exposto sucede co traballo en horario nocturno, pois se este é elixido libremente polo traballador para realiza-la súa prestación laboral -porque nel se sente máis cómodo ou máis concentrado-, parece claro que non procede esixir ó empresario unha compensación por iso. Todo o contrario do que sucedería se o horario nocturno fose esixido pola empresa.

b) *Diminución do rendemento laboral*. Este efecto negativo pode considerarse o contrario do antes exposto, pois, segundo sexa o carácter do traballador, o teletraballo -especialmente o desconectado- pode conducir, curiosamente, a un efecto ou outro. Certamente, se o carácter e a capacidade de concentración e organización daquel é escasa e débil, de seguro que a opción por esta forma de traballar non será boa e xerará problemas de rendemento. O traballador séntese só e afastado da empresa e é incapaz de marcarse un horario e respectalo por si mesmo. En tales casos, o ideal é que o teletraballo sexa interactivo e o traballador respecte o horario da empresa, así se sentirá máis apoiado e integrado na organización empresarial.

Doutro lado, á diminución do rendemento pode contribuí-lo feito de compartir baixo un mesmo teito traballo e vida privada¹³. En tales casos, a tendencia do traballador pode se-la de simultanea-la prestación laboral coa realización de actividades persoais, como, por exemplo, o arranxo da casa ou o coidado dos familiares que viven nesta. Conscientes destes problemas, algúns dos convenios colectivos existentes xa chaman a atención sobre o feito de que o teletraballo significa máis autonomía, pero tamén, seguramente, máis responsabilidade. Dito doutro modo, a busca -non sempre doada- dun equilibrio entre a vida privada e a profesional, o que leva a concluir que, polo feito de atoparse no domicilio particular ou outro lugar similar, non se pode descoida-lo traballo por atender a intereses persoais, sexan do tipo que sexan. Cando os teletraballadores son mulleres e hai na casa nenos pequenos ou anciáns é doado comprende-la tentación de querer simultanea-lo coidado destes e o traballo. Tal compatibilidade non hai que descartala de forma absoluta (precisamente esa é unha das grandes vantaxes do teletraballo), pero hai que ter claro cál é o tempo de traballo e o que non para poder cumprir con ámbolos dous obxectivos de forma satisfactoria. Pode axudar a distinguir ámbalas dúas facetas a separación física do lugar dedicado a traballo do resto da vivenda; así mesmo, resulta aconsellable que os membros da familia teñan restrinxido o acceso a aquel, co fin de salvagarda-la tranquilidade do traballador e a integridade dos instrumentos de traballo.

13 MELLA MENDEZ, L.: *Sobre una nueva manera de trabajar*, cit., p. 60.

E c) *Desvinculación da empresa e os seus obxectivos*. Outro inconveniente que pode presentar esta nova forma de traballar é a progresiva perda de interese do traballador pola empresa e todo o que esta significa, especialmente se o primeiro non comparte horario, nin tempo de dispoñibilidade coa segunda ou está totalmente desconectado desta. En efecto, o afastamento físico do empresario, dos compañeiros de traballo e, en xeral, da vida empresarial pode levar ó traballador a sentirse alleo a esta e pensar máis como un autónomo. Agora ben, ó mesmo tempo tamén existe o risco de que a perda de interese sexa á inversa, isto é, que a empresa vaia deixando de ter en conta o traballador en relación con certas decisións laborais, e iso porque a diferenza de horarios de traballo pode dificulta-la comunicación con este. Así as cousas, parece claro que en ningún caso resulta aconsellable que o traballador quede totalmente desconectado da empresa, sendo o ideal unha fórmula mixta que implique, por exemplo, compartir parte do horario laboral ou tempo de dispoñibilidade, ou a fixación de determinados días á semana ou ó mes para que o traballador poida visitar a empresa ou viceversa. Neste último caso, a visita pode realizarse dentro do horario laboral do traballador ou non, segundo se conveña entre as partes.

Como se aprecia, a flexibilidade -especialmente horaria- que o teletraballo achega ó traballador presenta, á parte de vantaxes, importantes riscos. Todos eles haberán de ser tidos en conta ó elixi-la implantación desta forma de traballar na empresa e os traballadores que poderán desenvolvela.

2.3. Teledispoñibilidade

Ó igual que no caso de certos traballadores ordinarios a actividade dos cales o require (v. gr., traballadores moi especializados), os teletraballadores tamén poden ver condicionada a súa liberdade persoal e tempo de descanso pola chamada dispoñibilidade, aquí teledispoñibilidade. Trátase da posibilidade de que o teletraballador estea a disposición da empresa durante un determinado tempo, á marxe da xornada ordinaria, para resolver cuestións de traballo, se aquela o estima necesario. En principio, nada parece impedi-la existencia desta figura en calquera das modalidades de teletraballo, se ben a mesma parece especialmente útil naquelas nas que o traballador está desconectado da empresa e, polo tanto, esta non pode comunicarse con el cando quere. A modalidade de teletraballo ante o que se estea determinará a situación da teledispoñibilidade nun momento ou outro.

Resulta difícil determina-la natureza xurídica dese tempo de teledispoñibilidade, pois non se está ante un tempo de traballo efectivo nin tampouco ante un tempo de descanso, senón ante algo intermedio ou *sui generis*. O traballador non traballa, pero debe estar preparado para facelo ou atender a calquera outra cuestión laboral que se lle formule durante este, no caso contrario, o empresario podería chegar a facer uso do seu poder disciplinario imponéndolle a sanción correspondente¹⁴. Isto último

14 RAY, J. E.: *Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination*, DS, 1992, núm. 1, p. 530; THIBAUT ARANDA, J., op. cit., p. 55 e ss.

reflicte que a existencia deste tempo favorece especialmente o empresario, pois, unha vez acordado, o traballador ten verdadeira obriga xurídica de respectalo estando localizable e facendo o que se lle demande. Dende logo que o feito de que se utilicen as novas tecnoloxías e de que o traballador sitúe o seu lugar de traballo no seu propio domicilio ou outro lugar similar facilita, de ser necesario, a inmediata reincorporación a aquel.

Dado que esta figura reporta vantaxes especialmente para a empresa, o seu válido establecemento debe condicionarse a uns requisitos mínimos, entre eles, os seguintes:

a) *Voluntariedade por parte do traballador.* Certamente, dado que é o principal prexudicado ó limita-lo seu tempo de descanso, a teledisponibilidade non pode impoñerse a aquel, senón que debe someterse ó seu libre consentimento. Neste sentido, o empresario pode propoñela ó traballador, pero debe ser este quen, tras coñecer exactamente ó que quedaría obrigado, libremente decida se a acepta ou non. Neste último caso, o traballador non pode sufrir ningún tipo de sanción, nin económica nin de mingua das súas condicións laborais. Así as cousas, a súa previsión en lei ou convenio colectivo debe remitir, finalmente, á vontade individual das partes, especialmente á do traballador.

b) *Acoutamento temporal,* pois non cabe comprometer unha dispoñibilidade polo total do tempo de descanso. Loxicamente, iso sería abusivo para o traballador que, por razóns de saúde, necesita dispoñer dun tempo seu exclusivo para poder dedicalo ás súas actividades privadas, desconnectando totalmente das preocupacións do traballo. Dado que esta teledisponibilidade supón unha invasión dun tempo similar ó de traballo no de descanso, resulta claro que a súa aceptación se condiciona á fixación duns estritos límites temporais. Deste modo, antes da súa aceptación, deben quedar claramente fixados as horas e os días da semana nos que o traballador debe poñerse a disposición do empresario (v. gr., tódolos días unha hora de oito a nove ou dous días de oito a once). Dependendo do tipo de teletraballo ante o que se estea, a situación da dispoñibilidade pode variar, pois mentres que no interactivo se situará tralo final da xornada laboral que se comparte coa empresa, no desconnectado pode situarse durante a mesma xornada daquela (por exemplo, polas mañás), dado que o traballador pode te-la súa xornada laboral noutro horario. A duración da teledisponibilidade debe estar en función das necesidades reais que a xustifican, podendo aumentar ou diminuír segundo estas o requiran.

E c) *Compensación axeitada.* Dado que a aceptación da figura examinada xera deberes para o traballador, como o de acharse atento e dispoñible ante a chamada da empresa, parece claro que aquel debe recibir unha compensación axeitada. Aínda que a devandita compensación dependerá do pactado polas partes, en principio, parece que aquela pode ter carácter económico ou doutro tipo, como descanso compensatorio ou outras melloras laborais. Sexa como for, a compensación ten que ser xusta e axeitada, isto é, atender ás limitacións reais que xera o traballador. Agora ben, non parece que poida chegar a equipararse á do traballo efectivo, pois a carga adoita ser menor que a deste.

Como se aprecia, a figura da teledisponibilidade supón un elemento máis de flexibilidade no teletraballo, que, coa observancia das garantías debidas, pode levar consigo vantaxes para ámbalas dúas partes da relación laboral, á vez que reforzar esta.



A ORDENACIÓN DO TEMPO DE TRABALLO

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMEIRO:
ABSENTISMO LABORAL



ABSENTISMO LABORAL

1. Concepto

Quizais uns dos eidos nos que a negociación colectiva desenvolve un labor máis creativo sexa o relativo ás inasistencias ó traballo. En realidade, a partir dunhas poucas referencias legais no Estatuto dos Traballadores, basicamente contidas nos arts. 20.4 (*o empresario poderá verificar o estado de enfermidade ou accidente do traballador que sexa alegado por este para xustificar as súas faltas de asistencia ó traballo, mediante recoñecemento a cargo de persoal médico. A negativa do traballador a ditos recoñecementos poderá determina-la suspensión dos dereitos económicos que puideran existir a cargo do empresario por ditas situacións*), 52 d) (despedimento obxectivo por faltas de asistencia xustificadas), art. 54.2 (despedimento disciplinario por faltas de asistencia ou de puntualidade), e 64.1.8º (*o comité de empresa terá as seguintes competencias...coñecer, trimestralmente a lo menos, as estatísticas sobre o índice de absentismo e as súas causas...*) os convenios inclúen referencias bastante máis amplas, nas que o abeiro nos ditos preceptos é a excepción e non a regra.

Debe destacarse que non hai demasiados criterios uniformes sobre a negociación colectiva desta materia, feito do que se deriva unha regulación moi diversa nos convenios e unha dificultade grande na identificación de parámetros comúns. En realidade, as partes sociais lle conceden ó tópico do absentismo unha importancia considerable, como se deduce da abundancia de cláusulas verbo do mesmo, pero sen que acade a centralidade doutras materias máis clásicas. Como manifestación desta idea, pode destacarse, vg., que o Acordo Interconfederal de Negociación Colectiva para o ano 2003 non lle dedique atención, ou que sexan moi excepcionais os convenios estatais de sector que establezan o ámbito territorial ou funcional no que se deba regular o tema do absentismo¹.

Como primeira cuestión de contido, e a partir da toma de postura de que o absentismo constitúe un dos meirandes problemas das empresas e dos traballadores, cos seus efectos fondamente negativos na competitividade e mesmo nas perspectivas de crecemento do tecido productivo, diversas cláusulas convencionais detéñense en establecer unha definición concreta do termo “absentismo”. Por exemplo, hai preceptos que a aportan co gallo da regulación dos complementos por incapacidade temporal vencellados a un certo tope máximo de inasistencias e a concretan como “*a falta de traballo por incapacidade temporal derivada de enfermidade común ou accidente non laboral*”, resultado dunha fórmula na que o dividendo é o número de horas de

1 Entre os que si que remiten a un ámbito concreto, vg., art. 4 do convenio colectivo de grandes almacéns, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 23 de xullo do 2001 (BOE do 10 agosto 2001), que reserva o tratamento do absentismo como materia propia e exclusiva do ámbito estatal. Na liña oposta, o art. 50 do convenio colectivo da industria salineira, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 25 de abril do 2002 (BOE do 23 de maio do 2002) remite a corrección do absentismo ós niveis inferiores ó estatal. A mesma opción no art. 67 do convenio colectivo xeral do sector da construción, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 26 xullo 2002 (BOE do 10 agosto 2002).

ausencia por incapacidade temporal derivada de enfermidade común ou de accidente non laboral e o divisor o número de horas teóricas laborais do período considerado por número de traballadores do cadro de persoal, de xeito que o cociente haino que multiplicar por cen².

Con carácter máis xeral, e sen se cinguir necesariamente ó complemento do subsidio de Seguridade Social, moitas cláusulas enumeran certas inasistencias xustificadas que non deben tomarse en consideración no cálculo do absentismo. Por exemplo, e na mesma órbita da mellora da incapacidade temporal, algunha delas exclúe o crédito de horas dos representantes legais dos traballadores³, ou outras ausencias por causas como folga legal, vacacións, baixa por maternidade, incapacidade temporal de longa duración –entendéndose por tal a que dura máis de vinte días–, incapacidade temporal derivada de continxencia profesional ou permisos previstos no convenio colectivo⁴. Ou, no recoñecemento do dereito dos traballadores á participación nos beneficios, se desbotan as ausencias retribuídas que recoñece o convenio, En fin, outro tipo de cláusula convencional inclúe todos os permisos, sexan retribuídos ou simplemente xustificados e, na liña de facilitar os dereitos derivados da maternidade e o puerperio, deixa de computar tamén as situacións de risco durante o embarazo e as enfermidades causadas polo embarazo, parto ou lactación⁵. Con mellor criterio, algún convenio colectivo, logo de incluír unha longa lista de inasistencias que non se toman en consideración⁶, remata facendo referencia, en

2 Art. 64 do convenio colectivo xeral do sector da ferralla, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 12 setembro 2002 (BOE do 30 setembro). En idénticos termos, art. 110.2 b) do II convenio colectivo xeral de derivados do cemento, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 11 setembro 2001 (BOE do 1 outubro). En seguimento deste último, art. 77.2 b) do convenio colectivo do sector dos derivados do cemento da Coruña, publicado por Resolución da Delegación provincial da Coruña da Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais do 23 xullo 2001 (DOG do 30 xaneiro 2002).

3 Vg., art. 24 do convenio colectivo xeral da industria textil e da confección, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 29 xullo 2003 (BOE do 14 agosto). Nos mesmos termos, art. 38 do convenio colectivo de Pescanova, s.a., Bonanova, s.a. e Sofitransa dos, s.l., publicado por Resolución da Delegación provincial de Pontevedra da Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais do 14 novembro 2000 (DOG do 11 xaneiro 2001).

4 Art. 23 bis do convenio colectivo do grupo de marroquinería, coiros repuxados e similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid e Palencia, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 22 xuño 2003 (BOE do 7 agosto 2003).

5 Arts. 7 e 33 do convenio colectivo estatal para o sector de axencias de viaxe, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 30 de abril do 2003 (BOE do 8 de xullo 2003).

6 Matrimonio, nacemento de fillo, enfermidade ou accidente graves, intervención cirúrxica ou pasamento de familiares ata o segundo grao de consanguinidade ou afinidade –con asimilación das relacións derivadas da parella de feito debidamente acreditada mediante a súa inscrición no correspondente rexistro público–, traslado do domicilio habitual, polo tempo indispensable para o cumprimento dun deber de carácter público e persoal, realización de funcións sindicais ou de representación do persoal nos termos establecidos legal ou convencionalmente, os permisos por lactación dun fillo menor de nove meses, as ausencias derivadas de hospitalización, as ausencias debidas a

termos xenéricos, ós “supostos de suspensión do contrato de traballo por causas legalmente establecidas, agás a incapacidade temporal”, deixándose así claro que o que se persegue é a baixa derivada de continxencia común⁷. Ou, como expresa a mesma cláusula, o obxectivo é a redución das causas de absentismo nas que, cunha actuación realista e negociadora, se poida conseguir a súa redución a curto e medio prazo⁸. En fin, cómpre citar algunha cláusula que limita as inasistencias derivadas de incapacidade temporal en función da súa duración, como unha que, en contra do criterio expresado no art. 52 d) do ET, non toma en consideración as de pouca duración, como as baixas producidas nos dez primeiros días⁹. Ou outra que deixa de tomar en consideración as ausencias orixinadas por hospitalización, intervención cirúrxica ou descanso por maternidade¹⁰. Merece destacarse, pola súa claridade e sinxeleza, certo precepto que deixa á marxe do cómputo as circunstancias previstas no dito art. 52 d) ET¹¹.

Así pois, e en termos xerais, se pode concluír que as ausencias que se toman en consideración son as derivadas de continxencia común e, nas máis das veces, cando non alcanzan unha duración considerable, que seguindo a regra do art. 52 d) do ET, se pode situar nos vinte días.

Á marxe deste cómputo, cómpre subliñar algunha cláusula de estilo nos convenios colectivos das Administracións Públicas, referida á dimensión do absentismo como barreira á mellora dos sistemas e procedementos da calidade na prestación do servizo

accidente laboral, as ausencias ocasionadas pola suspensión da actividade no caso de risco de accidente cando así se decreta pola autoridade laboral ou o decida a dirección da empresa, sexa ou non a instancia dos representantes dos traballadores ou os permisos por maternidade.

- 7 Art. 43 do convenio colectivo de perfumería e afíns, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 31 maio 2002 (BOE do 18 xuño 2002). Con practicamente os mesmos termos, art. 40 do convenio colectivo para o sector das conservas, semiconservas, afumados, cocidos, secados, elaborados, salazóns, aceites, fariña de pescados e mariscos, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 22 outubro 2001 (BOE do 8 novembro 2001). Así mesmo, art. 36.3 do XIII convenio colectivo xeral da industria química, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 7 xuño 2001 (BOE do 26 xuño 2001).
- 8 Art. 43 do convenio colectivo de perfumería e afíns (cit.).
- 9 Art. 16 do convenio colectivo estatal de estacións de servizo, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 24 xaneiro 2002 (BOE do 13 febreiro 2002).
- 10 Art. 41 do XVIII convenio colectivo dos bancos privados, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 5 novembro 1999 (BOE do 26 novembro 1999). Exclúe expresamente o período de descanso por maternidade o art. 10.2 do convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón (cit.)
- 11 Art. 50 do convenio colectivo do sector de derivados do cemento de Pontevedra, publicado por Resolución da Delegación provincial de Pontevedra da Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais do 9 agosto 2001 (DOG do 19 outubro 2001).

público ós cidadáns¹², coa consecuente necesidade de introducir as medidas de corrección que sexan necesarias.

2. Publicidade e medición. Outras medidas instrumentais

Aos efectos de levar control dos índices de absentismo, pero tamén ós de res-trinxir o abuso das inasistencias, certos preceptos convencionais se preocupan de establecer mecanismos de publicidade dos índices existentes, para o que o taboleiro de anuncios dos centros de traballo xoga unha función destacada, as máis das veces en conxunción cos representantes legais dos traballadores ou mesmo as organizacións sindicais. Por exemplo, establecendo unha publicidade mes a mes do índice resul-tante¹³, da que nalgún caso, ademais de ós representantes legais dos traballadores, hai que remitir copia á comisión paritaria do convenio¹⁴.

Co mesmo obxecto de control antes referido, a negociación colectiva inclúe ó regular o absentismo certos contidos relativos á medición do mesmo e á mellora dos sistemas empregados¹⁵, así como o establecemento de criterios obxectivos no seu cómputo¹⁶, na liña de facilitar o seguimento das inasistencias dos traballadores e a elaboración de estudos sobre as causas das mesmas, co fin de adoptar medidas que sexan eficaces para a súa redución¹⁷. Entre outras consecuencias, o acadamento do absentismo medio pode dar lugar á negociación de medidas para a súa diminución¹⁸.

E merece salientarse de xeito especial algunha cláusula que regula en detalle as “normas a seguir nos casos de ausencia do centro de traballo”¹⁹, divididas en tres normas xerais e outros tres casos específicos. As xerais, consistentes en que toda ausencia debe ser coñecida con anterioridade, que a súa petición debe constar por

12 Entre outros, art. 18 do acordo regulador das condicións de emprego do persoal funcionario do Concello de Tomiño, publicado por Resolución da Delegación provincial de Pontevedra da Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais (DOG do 22 marzo).

13 Art. 64 do convenio colectivo xeral do sector de ferralla (cit.)

14 Art. 110 do II convenio colectivo xeral de derivados do cemento (cit.)

15 Vg., art. 43 do convenio colectivo para o persoal laboral do Consello de Administración do Patrimonio Nacional, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 5 marzo 2002 (BOE do 14 marzo 2002). En termos semellantes, art. 18 do acordo regulador das condicións de traballo do persoal funcionario do Concello de Tomiño (cit.)

16 Art. 38 do convenio colectivo estatal para o sector de axencias de viaxe (cit.)

17 Entre outros, art. 45 do convenio colectivo único para o persoal laboral ó servizo da Administración do Estado, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 24 novembro 1998 (BOE do 1 decembro 1998). En termos parellos, habilitando á comisión paritaria, art. 40 do convenio colectivo do sector das conservas, semiconservas, afumados, cocidos, secados, elaborados, salazóns, aceites, fariña de pescados e mariscos (cit.)

18 Como impón o art. 50 do convenio colectivo do sector dos derivados do cemento de Pontevedra (cit.) Ou, segundo expresa o art. 38 do convenio colectivo para o sector de axencias de viaxe (cit.), “...o establecemento de medidas correctoras do absentismo”.

19 Art. 45 do convenio colectivo de matadoiros de aves e de coellos (cit.)

escrito e que se deberá xustificar o motivo da ausencia documentalmente. Os casos específicos refírense ás faltas de puntualidade²⁰, ás visitas médicas²¹ e ó cumprimento dun deber público²².

Hai que facer mención do mesmo xeito a preceptos que reducen o prazo para os traballadores notificaren á empresa a ausencia estendida pola Seguridade Social ou a mutua, por exemplo a 24 horas²³, ou que establecen controis periódicos dos traballadores de baixa por parte do médico de empresa, de existir este, incluíndose a posibilidade de visita domiciliaria para os casos nos que o traballador non se poida desprazar²⁴.

3. Funcións dos representantes legais dos traballadores

En seguimento do art. 64 ET, a negociación colectiva atribúe á representación unitaria dos traballadores unha importante función na loita contra o absentismo. Hai incontábeis cláusulas de convenios que simplemente reiteran a función do comité de empresa prevista no número 8º da liña primeira do dito precepto²⁵, ou que incorporan moi pequenas variantes, como o establecemento dunha periodicidade

20 Segundo o precepto, descontarase o tempo perdido a custe. Permitirase a entrada no traballo ata unha hora e media despois do comezo da xornada. Ata dita hora límite esperarase a que se cumpra a fracción da media hora para a incorporación ó traballo. Do mesmo xeito, algún outro convenio colectivo establece o desconto a custe das inasistencias, sen prexuízo das sancións que correspondan en aplicación da lexislación vixente. En concreto, art. 45 f) do convenio colectivo de matadoiros de aves e coellos (cit.)

21 Verbo das visitas médicas, o convenio establece que, no caso de saídas ó médico do seguro, a empresa aboará tres horas cando a visita coincida con horario de traballo. Para o seu aboamento, será preceptivo que o volante estea asinado e datado polo médico. O resto das horas de ausencia descontaranse a custe ou ben recuperaranse.

22 Caso no que o tempo empregado será retribuído. Ademais, a empresa axustará o horario que precise o traballador co fin de que poda dar o debido cumprimento ó seu deber. No caso da renovación do documento nacional de identidade, a súa renovación será retribuída cada cinco anos. Considerarase que toda persoa ten que estar provista de DNI ó seu ingreso na empresa. No caso de citación polo Goberno Militar, sempre e cando o traballador non estea de permiso do servizo militar. O documento de citación será o xustificante da ausencia. A revista militar considerarase como permiso particular.

23 Art. 15.1 do convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón.

24 *Ibid.*

25 Entre outros, art. 45 do convenio colectivo interprovincial da industria metalgráfica e de fabricación de envases metálicos, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 24 setembro 2003 (BOE do 14 outubro 2003), art. 32 do convenio colectivo nacional para a industria de fabricación de alimentos compostos para animais, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 9 xullo 2003 (BOE do 19 agosto 2003), art. 54 do III convenio colectivo estatal de residencias privadas de persoas maiores e do servizo de axuda a domicilio, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 7 de xullo do 2003 (BOE do 30 xullo 2003), anexo 6 do XII convenio colectivo da empresa ONCE e o seu persoal, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 17 marzo 2003 (BOE do 4 abril 2003), art. 36 do acordo marco para o sector de industrias de augas de bebidas

mensual no canto de trimestral na información ao dito órgano de representación²⁶. Ás veces se dispón que, para o caso de non existiren representantes legais dos traballadores, a información deberá ser dirixida ó conxunto do cadro de persoal²⁷.

Como competencias adicionais, hai preceptos que prevén reunións entre a dirección da empresa e a representación dos traballadores para comprobaren e estudieren a diminución do índice de absentismo²⁸. Ou que expresan que o comité de empresa ou os delegados de persoal deberán prestar a súa colaboración coa dirección, entre outros, no tema do absentismo²⁹. Ou que encomendan á representación

envasadas, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 24 febreiro 2003 (BOE do 12 marzo 2003), art. 101 do convenio colectivo estatal para as industrias extractivas, industrias do vidro, industrias cerámicas e para as do comercio exclusivista dos mesmos materiais, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 3 setembro 2002 (BOE do 24 setembro 2002), art. 66 do convenio colectivo de perfumería e afíns (cit.), art. 12.2 do convenio colectivo estatal para a industria fotográfica, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 18 decembro 2001 (BOE do 15 xaneiro 2002), art. 12.2 do convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 25 de xullo 2001 (BOE do 17 agosto 2001), art. 63 do convenio colectivo estatal de industrias lácteas e os seus derivados, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 20 xuño 2001 (BOE do 10 xullo 2001), art. 76 do XIII convenio colectivo xeral da industria química (cit.), art. 23 do convenio colectivo do sector da pizarra de Ourense e Lugo, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Relacións Laborais do 22 maio 2003 (DOG do 1 xullo 2003), art. 30 do convenio colectivo das empresas organizadoras do xogo do bingo, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Relacións Laborais do 27 febreiro 2003 (DOG do 8 abril 2003), art. 91 do convenio colectivo da Compañía de Radiotelevisión de Galicia, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Relacións Laborais do 28 xuño 1999 (DOG do 18 agosto 1999), art. 56 do convenio colectivo do sector da construción e obras públicas da provincia da Coruña, publicado por Resolución da Delegación provincial da Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais da Coruña do 4 outubro 2002 (DOG do 8 novembro 2002), art. 8 do convenio colectivo do sector da sanidade privada, establecementos sanitarios de hospitalización, asistencia, consulta e laboratorios de análises clínicos da Coruña, publicado por Resolución da Delegación provincial da Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de A Coruña do 6 xuño 2001 (DOG do 27 agosto 2001), ou art. 40 do convenio colectivo do siderometal e talleres de reparación de vehículos da provincia de Ourense, publicado por Resolución da Delegación provincial da Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de Ourense do 21 outubro 2002 (DOG do 16 decembro 2002).

26 Art. 24 do convenio colectivo xeral da industria textil e da confección (cit.) A mesma periodicidade no art. 15 do convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón.

27 Art. 23 do convenio colectivo do grupo de marroquinería, coiros repuxados e similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid e Palencia (cit.)

28 Art. 23 do do grupo de marroquinería, coiros repuxados e similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid e Palencia (cit.) Ou, simplemente, "para...o seguimento do absentismo", como expresa o art. 20 do convenio colectivo de explotacións cerámicas españolas, s.a., publicado por Resolución da Delegación provincial de Lugo da Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais do 21 novembro 2001 (DOG do 27 marzo 2002). Este precepto establece, ademais, que as reunións terán periodicidade mensual.

29 Art. 64 do do grupo de marroquinería, coiros repuxados e similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid e Palencia (cit.), anexo 6 do XII

legal dos traballadores a función de facer campaña ó obxecto de concienciar os traballadores encol do problema e cooperaren coa empresa nas campañas educativas que promova³⁰. Nun banzo superior da escada hai que destacar preceptos que establecen o deber de consulta ós representantes dos traballadores nas decisións relativas á tecnoloxía, organización do traballo e utilización de materias primas que teñan repercusión na saúde física ou mental do traballador e, en consecuencia, no seu absentismo laboral³¹. E, alén desta posibilidade, merece subliñarse o establecemento expreso nalgunha cláusula da posibilidade de emprender negociacións verbo do absentismo cando este acade certas porcentaxes, con eficacia demorada á entrada en vigor do seguinte convenio colectivo³². En fin, outros preceptos, en linguaxe pouco clara, habilitan ó comité de empresa para a análise do índice de absentismo e para o establecemento das medidas que considere oportunas³³.

Noutras ocasións, os convenios atribúen competencias, sen prexuízo das que ostentan os comités de empresa ou os delegados de persoal, a outros órganos de representación ou simplemente de participación. Neste eido, e como parece lóxico pola súa indubidable conexión coa prevención de riscos laborais, hai abondosas cláusulas que remiten certas competencias sobre absentismo ó comité de seguridade e saúde laboral. Entre outras, competencias relativas á investigación verbo das causas do absentismo³⁴. Ou, quizais con mellor criterio, de investigación das súas causas, pero unicamente no ámbito das enfermidades profesionais³⁵. Outra cláusula lle concede o dereito, que lle corresponde en idénticas condicións ó delegado de prevención, de conseguir do empresario as estatísticas encol do índice de absentismo e as súas causas³⁶.

convenio colectivo da empresa ONCE e o seu persoal (cit.) ou art. 45 do convenio colectivo de matoqueiros de aves e coellos, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 26 outubro 2000 (BOE do 17 novembro 2000).

30 Art. 48 do XIII convenio colectivo interprovincial de Ford España, SA, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 20 febreiro 2002 (BOE do 12 marzo 2002).

31 Art. 43 do convenio colectivo de perfumería e afíns (cit.). Tamén, art. 40 del convenio colectivo para o sector das conservas, semiconservas, afumados, cocidos, secados, elaborados, salazóns, aceites, fariña de pescados e mariscos (cit.) e art. 36 do XIII convenio colectivo xeral da industria química (cit.)

32 Art. 50 do convenio colectivo do sector de derivados do cemento de Pontevedra (cit.).

33 Art. 15 do convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón (cit.)

34 Art. 27 do III convenio colectivo estatal de residencias privadas de persoas maiores e do servizo de axuda a domicilio (cit.)

35 Art. 24 do convenio colectivo do sector de residencias privadas de anciáns de Galicia, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Relacións Laborais do 24 marzo 1998 (DOG do 12 xuño 1998). O mesmo criterio no art. 29 do convenio colectivo da sanidade privada de Lugo, publicado por Resolución da Delegación provincial da Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de Lugo do 6 agosto 2001 (DOG do 7 novembro 2001).

36 Art. 16 do convenio colectivo do sector de empresas concesionarias de servizos municipais de aparcamento e/ou retirada de vehículos da vía pública da Coruña, publicado por Resolución do Delegado

En termos máis xerais, hai abondosas cláusulas de convenios que relacionan a diminución do absentismo cunha correcta organización da medicina de empresa e unha axeitada protección da saúde física e mental dos traballadores³⁷, na liña da mellora das condicións de traballo e do ambiente de traballo, en seguimento da normativa interna e da OIT³⁸.

Así mesmo ostentan facultades nesta materia, por previsión de normas convencionais, as comisións paritarias, ás que se ten que informar sobre as medidas que se tomen para reducir o absentismo³⁹, ou se lles faculta, vg., para o seguimento puntual deste problema⁴⁰, ou para a busca das causas que o favorecen co fin de reducilas con medidas e estudos pertinentes⁴¹, ou para establecer medidas correctoras en función de circunstancias do sector, territoriais ou de empresa, a partir de criterios obxectivos para a súa medición e para acadar un coeficiente normal e reducir o absentismo inxustificable⁴². Tamén hai convenios que as habilitan para o estudo das estatísticas relativas a este tema e ás súas causas, e lles encomendan a coordinación e a esixencia na aplicación das medidas e solucións ós organismos da Seguridade Social e, en especial, ó Instituto Nacional da Saúde⁴³. Outras cláusulas apoderan á comisión paritaria para modificar as porcentaxes de absentismo que limitan o complemento do subsidio por incapacidade temporal, especialmente no caso das enfermidades que requiren

provincial da Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais da Coruña do 1 febreiro 2001 (DOG do 21 marzo 2001).

37 Vg., art. 43 do convenio colectivo de perfumería e afíns (cit.), art. 48 do XIII convenio colectivo de Ford España, SA, art. 36 do XIII convenio colectivo xeral da industria química (cit.), art. 19 do convenio colectivo do sector de fabricantes de ataúdes de Ourense, publicado por Resolución da Delegación provincial da Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de Ourense do 14 xuño 2001 (DOG do 31 agosto 2001) e art. 50 do convenio colectivo do sector de derivados do cemento da provincia de Pontevedra (cit.)

38 Vg., cunha referencia ós convenios da OIT, art. 40 do convenio colectivo do sector das conservas, semi-conservas, afumados, cocidos, secados, elaborados, salazóns, aceites, fariña de pescados e mariscos (cit.) A mesma referencia no art. 36 do XIII convenio colectivo xeral da industria química (cit.)

39 Art. 43 do convenio colectivo para o persoal laboral do Consello de Administración do Patrimonio Nacional (cit.) ou art. 45 do convenio colectivo único para o persoal laboral ao servizo da Administración do Estado (cit.) Unha cláusula particularmente formalizada inclúese no art. 50.1 do convenio colectivo do sector dos derivados do cemento de Pontevedra (cit.) Segundo a mesma, as empresas que empreguen alomenos ó 51 por 100 dos traballadores do sector comprométese a presentar mensualmente ante a comisión paritaria os datos relativos ó absentismo de cada unha delas, ó obxecto do seu coñecemento e análise, utilizando a tal efecto o impreso incorporado ao texto do convenio no anexo IV.

40 Art. 16 do convenio colectivo estatal de estacións de servizo (cit.)

41 Art. 19 do convenio colectivo do sector de fabricantes de ataúdes de Ourense (cit.)

42 Art. 38 do convenio colectivo estatal para o sector de axencias de viaxe (cit.)

43 Art. 48 do XIII convenio colectivo interprovincial de Ford España, SA (cit.) A referencia ó Instituto Nacional de Saúde haberá que estendela ós servizos autonómicos de saúde con competencias na xestión da prestación en especie de asistencia sanitaria.

hospitalización, e lle reservan o dereito de comprobar o cumprimento das normas establecidas a tal obxecto, así como o establecemento das accións que se estimen procedentes para o seu control⁴⁴.

Na mesma orientación, outros convenios habilitan a unha comisión paritaria específica, como pode ser a de clasificación profesional, no eido da que se poden elaborar propostas ou acadar acordos que, no seu caso, se incorporarán ó convenio, relativos ó absentismo no sector e as posibles medidas correctoras⁴⁵, ou conceden competencias a comisións descentralizadas para cuestións como negociar medidas correctoras do absentismo a partir de criterios obxectivos para a súa medición⁴⁶.

En fin, cómpre citar algunha referencia illada que contempla competencias subsidiarias para as organizacións sindicais asinantes do convenio colectivo, para o caso de non existir representantes legais dos traballadores, e referidas a que se lles entregue copia mensual dos índices de absentismo⁴⁷.

En liñas xerais, xusto é recoñecer que a negociación colectiva mellora e afonda nas competencias dos órganos de representación e de participación dos traballadores. Quizais máis nos de composición paritaria, con presenza de representantes dos empresarios ou das organizacións empresariais, ós que dota de importantes funcións de información, análise, estudo, negociación e toma de medidas. Neste ámbito, cómpre salientar as que se lle confiren ás comisións paritarias, en seguimento do art. 85.1 do ET, e as dos comités de seguridade e saúde, vencelladas a análise das continxencias profesionais das empresas incluídas no eido de aplicación do convenio colectivo.

Pero tamén hai que destacar as facultades adicionais que se confiren á representación unitaria ou sindical dos traballadores. A partir das meramente informativas previstas no art. 64 ET, os convenios lles sitúan nunha posición de maior implicación, con funcións que ás veces se refiren á conclusión de acordos de empresa sobre esta concreta materia. Aínda que hai que constatar como a meirande parte dos convenios omiten toda referencia ou simplemente reiteran a función que lles confire o dito art. 64 ET.

44 Art. 6.9 do convenio colectivo para os centros de Madrid e para o Centro de Investigación Tecnolóxica de Pontevedra de ENCE, SA, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 18 febreiro 2002 (BOE do 11 abril 2002).

45 Disp. transit. primeira do convenio colectivo nacional das industrias de pastas alimenticias, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 30 xaneiro 2003 (BOE do 18 febreiro 2003).

46 Ás comisións paritarias zonais, segundo o art. 40 do convenio colectivo do sector das conservas, semiconservas, afumados, cocidos, secados, elaborados, salazóns, aceites, fariña de pescados e mariscos (cit.) Ou simplemente para recibir copia mensual, coas mesmas condicións que ós representantes legais dos traballadores, dos índices de absentismo, como sucede no caso das comisións paritarias de interpretación do convenio provincial correspondente, segundo o art. 110 do III convenio colectivo xeral de derivados do cemento (cit.)

47 Art. 110 do III convenio colectivo xeral de derivados do cemento (cit.)

4. Complementos por incapacidade temporal

Sen dúbida a medida que nos convenios colectivos ten máis incidencia no absentismo é o complemento por incapacidade laboral. Certamente, as cláusulas convencionais ao respecto conteñen moi diversos matices que cómpre analizar, pola súa transcendencia na materia.

A meirande parte dos preceptos diferencian entre continxencia profesional e común, aínda que hai algúns que establecen o mesmo réxime con independencia da orixe da continxencia⁴⁸ e renuncian, en consecuencia, a fiar a mellora á loita contra o absentismo laboral. Verbo da primeira, a tónica xeral é o complemento ata o 100 por 100 do salario percibido en activo e dende o primeiro día de baixa⁴⁹. En canto á segunda, hai convenios que establecen o día de inicio da mellora no decimosexto de baixa, en coincidencia co primeiro día no que non hai responsabilidade directa da empresa na prestación básica⁵⁰, ou no vixésimo primeiro, cando a porcentaxe da prestación básica se equipara á das continxencias profesionais⁵¹, ou no decimoprimeiro, baleirando de mellora os dez primeiros días⁵², ou no décimo⁵³. Por

48 Vg., art. 33 do convenio colectivo estatal para o sector das axencias de viaxe (cit.), art. 46 do convenio colectivo estatal de prensa non diaria, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 28 de xuño do 2002 (BOE do 18 de xullo do 2002), art. 6.9. do convenio colectivo de ENCE, SA (cit.), art. 45 f) do convenio colectivo de matadoiros de aves e coellos (cit.), art. 20 do convenio colectivo do sector de panaderías da provincia da Coruña (cit.), art. 45 do convenio colectivo estatal para empresas organizadoras do xogo do bingo, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 10 de xaneiro do 2001 (BOE do 30 xaneiro 2001) e art. 63 do convenio colectivo estatal de prensa diaria, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo (BOE do 25 de decembro do 2002).

49 Nesta liña, entre outros, art. 64 do convenio colectivo xeral do sector da ferralla (cit.), art. 6.9. do convenio colectivo de ENCE, SA (cit.), art. 16 do convenio colectivo estatal de estacións de servizo e art. 20 do convenio colectivo do sector de panaderías da provincia da Coruña, publicado por Resolución da Delegación Provincial da Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais da Coruña do 8 agosto 2002 (DOG do 16 setembro 2002). Aínda que neste último caso ata un prazo máximo dun ano.

50 Así o fai o art. 64 do convenio colectivo xeral do sector da ferralla. Igualmente, art. 77 do convenio colectivo do sector de derivados do cemento da provincia da Coruña (cit.), art. 16 do convenio colectivo da empresa Cotelsa, centro de traballo de San Cibrao, publicado por Resolución do Departamento de Traballo de Guipuzcoa, sen data (BO de Guipuzcoa do 1 xaneiro 2001) e art. 23 do convenio colectivo provincial de transporte de viaxeiros por estrada de Ourense, publicado por Resolución da Delegación Provincial da Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais (DOG do 31 xullo 2003).

51 rt. 6.9. do convenio colectivo de ENCE, SA (cit.), art. 45 f) do convenio colectivo de matadoiros de aves e coellos (cit.), art. 20 do convenio colectivo do sector de panaderías da provincia da Coruña (cit.) e art. 45 do convenio colectivo estatal para empresas organizadoras do xogo do bingo, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 10 de xaneiro do 2001 (BOE do 30 xaneiro 2001).

52 Art. 16 do convenio colectivo estatal de estacións de servizo (cit.)

53 Art. 40 do convenio colectivo de Paradores de Turismo de España, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 12 decembro 2001 (BOE do 4 xaneiro 2002).

suposto, cabe referirse a normas convencionais que reservan o complemento á incapacidade temporal derivada de continxencia profesional⁵⁴. Aínda cabe citar certo convenio que, en termos hipotéticos, establece o complemento a partires do día trixésimo primeiro⁵⁵. En ocasións, e como xa se anticipou, o complemento é do 100 por 100, o mesmo que no caso das continxencia profesionais, rexistrándose cláusulas que tamén conceden o complemento dende o primeiro día no caso das continxencias comúns⁵⁶. Incluso no eido das continxencias profesionais hai diferencias dependendo se se trata dun accidente de traballo convencional ou *in itinere*⁵⁷. Do mesmo xeito, e outravolta en relación coas continxencias comúns, algún precepto discrimina positivamente o caso das hospitalizacións, para prever o pagamento do complemento ata o 100 por 100 do salario en activo durante os primeiros quince días da mesma⁵⁸, ou sen limitación temporal, con equiparación plena ás continxencias profesionais⁵⁹, e xa se trate de hospitalización ambulatoria ou domiciliaria⁶⁰. Ás veces, o complemento no caso das hospitalizacións é menor que

54 É o caso do art. 33 do convenio colectivo para perruquerías de donas, cabaleiros, unisex e beleza, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Relacións Laborais do 27 de xuño do 2002 (DOG do 20 de agosto do 2002), ou do art. 65 do convenio colectivo estatal de tellas, ladrillos e pezas especiais de arxila cocida, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo (BOE do 12 agosto 2003). Aínda que salva os demais complementos por incapacidade temporal que se veñan percibindo nas distintas provincias.

55 Art. 16 do convenio colectivo da empresa Cotelsa, centro de traballo de San Cibrao (cit.), para o caso de eventuais futuros incrementos do absentismo.

56 Art. 12 do convenio colectivo do sector de empresas concesionarias de servizos municipais de aparcamento e/ou retirada de vehículos da vía pública da Coruña (cit.) Claro que, nestes casos, así como en todos nos que a mellora se conceda dende o primeiro día para a incapacidade temporal derivada de continxencia común e antes do cuarto día, non é tecnicamente un complemento, senón unha mellora que non conta con prestación básica de referencia.

57 Entre outros, no art. 6.9 do convenio colectivo de ENCE, SA (cit.). No caso de accidente *in itinere* establece o mesmo réxime que para as continxencias comúns: 100 por 100 do salario e da antigüidade, pero a partires do 21 día de baixa.

58 Art. 16 do convenio colectivo estatal de estacións de servizo. O art. 62 do convenio colectivo estatal de empresas de seguridade, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo (BOE do 20 febreiro 2002) establece o pagamento do 100 por 100 do salario en caso de hospitalización durante corenta días máximo.

59 Art. 45 f) do convenio colectivo de matadoiros de aves e coellos (cit.) Tamén, art. 16 do convenio colectivo da empresa Cotelsa, centro de traballo de San Cibrao (cit.) Este convenio expresa "hospitalización ou intervención cirúrxica sempre que exista baixa por IT". Na mesma liña, art. 41 do XVIII convenio colectivo estatal da Banca Privada. O art. 45 do convenio colectivo estatal de empresas organizadoras do xogo do bingo (cit.) establece un período máximo de seis meses de percepción da mellora ata o 100 por 100 do salario.

60 Art. 12 do convenio colectivo do sector de empresas concesionarias de servizos municipais de aparcamento e/ou retirada de vehículos da vía pública da Coruña (cit.)

para as continxencias profesionais, pero maior que para as comúns ordinarias⁶¹. Por outra banda, en ocasións se condiciona o tratamento máis favorable das continxencias comúns con hospitalización a que o índice de absentismo non sufra variacións negativas⁶². Ademais, nos ditos casos de hospitalización se prevé en ocasións o mantemento do complemento na contía específica aínda que parte do tempo o traballador ou traballadora estea hospitalizado e outra parte non⁶³. E cabe referirse a cláusulas que limitan o complemento, no eido das continxencias comúns, a certas patoloxías, probablemente porque delas se ten a convicción de que se orixinan no ámbito profesional⁶⁴.

Nalgún convenio, o feito obxectivo da hospitalización, no canto de actuar como elemento de mellora do complemento, fai as veces de criterio limitativo, vg., para discriminar positivamente o accidente de traballo en exclusiva no caso en que implique hospitalización⁶⁵. No caso de non haber hospitalización, o complemento unicamente se paga ata un máximo de 45 días.

En xeral, cando o complemento é derivado de continxencias comúns, hai unha tendencia na negociación colectiva cara á limitación temporal da súa percepción. Ademais dos límites no *dies a quo* xa sinalados, hai experiencias de variar o porcentaxe aplicable ó longo do período de baixa, normalmente en termos crecentes canto máis se alongue a situación⁶⁶, ou que limitan o tempo máximo da mellora en

61 Art. 20 do convenio colectivo do sector de panaderías da provincia da Coruña (cit.) Do 95 por 100, en tanto que para as incapacidades temporais derivadas de continxencia profesional é do 100 por 100 e de comúns sen hospitalización do 90 por 100. Aínda que iso era así para o ano 2002, mentras que para 2003 xa se equiparaba ó 100 por 100 das continxencias profesionais.

62 Art. 20 do convenio colectivo do sector de panaderías da provincia da Coruña (cit.)

63 Art. 62 do convenio colectivo estatal de empresas de seguridade, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo (BOE do 20 febreiro 2002).

64 É o caso das enfermidades listadas no art. 16 do convenio colectivo estatal de estacións de servizo: pancreatitis aguda e agudización das crónicas. Enfermidade inflamatoria intestinal. Enfermidade de Crown ou colite ulcerosa. Hepatite aguda infecciosa. Hepatite crónica activa. Cirroses hepáticas en proceso de descompensación. Déficit funcional do esqueleto axial con necesidade de rehabilitación. Hernia de disco. Fracturas óseas. Insuficiencia renal aguda. Insuficiencia renal crónica descompensada. Tuberculose. Meninxite. Infarto agudo de miocardio. Anxina de peito, con máis dun mes de evolución, en cambio. Accidente cerebro-vascular agudo recuperable. Insuficiencia respiratoria aguda. Ademais, todas aquelas enfermidades que necesiten hospitalización e mentras dura a mesma.

65 Art. 23 do convenio colectivo provincial de transporte de viaxeiros por estrada de Ourense (cit.)

66 Desta liña participa, vg., o art. 16 do convenio colectivo estatal de estacións de servizo: do decimo-primeiro ao vixésimo día de baixa, complemento de ata o 85 por 100 da base de cotización correspondente. E do vixésimo primeiro ata o nonaxésimo día, ata o 100 por 100 da dita base de cotización. Igualmente, art. 20 do convenio colectivo do sector de panaderías da provincia da Coruña (cit.): 90 por 100 durante os primeiros seis meses e 100 por 100 do sétimo ó duodécimo mes. En parecidos termos, art. 62 do convenio colectivo estatal de empresas de seguridade (cit.): do primeiro ó terceiro día de baixa, e por unha soa vez ó ano, o 50 por 100 da base de cotización, do cuarto ó vixésimo, o 80 por 100 da base de cotización, do vixésimo primeiro ó cuadraxésimo, o 100 por 100

termos máis estritos dos da duración máxima da prestación básica⁶⁷, vg., ata o día sesenta de baixa⁶⁸, ou durante seis meses⁶⁹, en ocasións prorrogábeis unicamente por outros seis⁷⁰. Algúns convenios prevén melloras alén do primeiro ano de baixa por incapacidade temporal derivada de enfermidade, pero en contías decrecentes⁷¹. Así mesmo, e na liña de loitar contra as baixas de breve duración, hai preceptos de convenios que establecen un período mínimo de baixa para que se complemente a prestación básica, período que pode ser, vg., de trinta días⁷². Ou que contemplan dito período mínimo ós efectos de que se complemente a prestación básica dende o primeiro día ata acadar o 100 por 100 do salario percibido en activo no caso das conxuncias comúns⁷³.

Outra técnica –vencellada en ocasións, como se verá máis tarde, ao porcentaxe total de absentismo– consiste en limitar non tanto a porcentaxe, senón os conceptos que se inclúen para o cálculo da mellora. Na determinación da porcentaxe, algún convenio remite sinxelamente á base de cotización⁷⁴. Outros preceptos se parán en establecer que conceptos salariais se inclúen a estes efectos⁷⁵. Especial mención merecen certas cláusulas que recollen variables verbo da percepción ou non das

da base de cotización, e do cuadrexésimo primeiro ó sexaxésimo, o 90 por 100 da base de cotización, sen que alén deste intre se estableza complemento da prestación básica.

67 Art. 16 do convenio colectivo estatal de estacións de servizo (cit.) Ou art. 40 do convenio colectivo de Paradores e Turismo de España (cit.), aínda que unicamente para os casos en que o absentismo suba alomenos unha décima.

68 Art. 23 do convenio colectivo provincial de transporte de viaxeiros por estrada de Ourense (cit.)

69 Art. 45 do convenio colectivo estatal de empresas organizadoras do xogo do bingó (cit.)

70 Art. 20 do convenio colectivo do sector de panaderías da provincia da Coruña (cit.)

71 Nesta liña, art. 34 do XVIII convenio colectivo estatal da Banca privada (cit.): 75 por 100 durante o segundo ano e 50 por 100 ao longo do terceiro.

72 Art. 20 do convenio colectivo do sector de panaderías da provincia da Coruña (cit.)

73 Art. 41 do XVIII convenio colectivo da Banca Privada (cit.). Establece que, nos tres primeiros días de ausencia, o persoal deixa de adquirir o dereito ó vinte por cen da retribución diaria e do cuarto ó décimo día de baixa o dez por cen. Porén, cando a situación de enfermidade dure máis de quince días ininterrompidos, adquirírase o dereito á retribución íntegra dende o primeiro día de ausencia.

74 Art. 16 do convenio colectivo estatal de estacións de servizo (cit.)

75 Por exemplo, art. 40 do convenio colectivo de Paradores de Turismo de España, cit. En concreto, toma en consideración salario base, prorrato de pagas extraordinarias, complemento ad personam, prima de produción e, no seu caso, plus de residencia. Á súa vez, o art. 12 do convenio colectivo do sector de empresas concesionarias de servizos municipais de aparcamento e/ou retirada de vehículos da vía pública da Coruña (cit.) inclúe os conceptos de soldo convenio, complemento de posto de traballo e antigüidade. O art. 41 do XVIII convenio colectivo estatal da Banca privada exclúe para o cálculo da mellora o plus de calidade de traballo. Pola súa banda, o art. 62 do convenio colectivo estatal de empresas de seguridade (cit.) inclúe ó salario base a parte correspondente ó plus de perigosidade.

horas extras no complemento ou da prorrata de horas extraordinarias⁷⁶. Cabe referirse a algunha cláusula que reconece o dereito a pagas extraordinarias en situación de incapacidade temporal diferenciadas dos complementos mensuais e que se perfeccionan por tempo pasado de baixa⁷⁷.

Por outra banda, rexístranse convenios que, como lembranza da derogada regra procedente da Lei de Contrato de Traballo, conceden o dereito ó salario durante catro días ó ano no caso de enfermidade xustificada. Máis ben conceden nestes días unha porcentaxe da retribución, que pode ser o 50 por 100 do seu salario⁷⁸, ou o 76 por 100⁷⁹.

Noutra orde de cousas, e como consecuencia da reforma producida por Real Decreto-lei 5/2002, logo convertido en Lei 28/1992, do 24 novembro, de medidas orzamentarias urxentes, e da xurisprudencia do TS en aplicación da cláusula *rebus sic stantibus*⁸⁰, algúns convenios inclúen cláusulas que limitan a responsabilidade das empresas verbo das melloras do subsidio de incapacidade temporal para o caso hipotético de que se produza un cambio normativo na materia. Nesta liña, vg., hai que referirse a convenios que remiten á comisión paritaria as adecuacións oportunas⁸¹, ou que establecen que as empresas, en ningún caso, soportarán incremento algún no complemento económico por incapacidade temporal se por modificación lexislativa ou regulamentaria se produciran reducións das porcentaxes nas prestacións da Seguridade Social⁸², ou que autoriza ás empresa para diminuír as prestacións na mesma porcentaxe na que se modifique por norma de rango superior a contía da prestación básica⁸³.

Así mesmo, e como medida máis característica, os convenios vinculan o mantemento do complemento, ou a súa contía, ós índices de absentismo. En ocasións, os ditos índices refírense exclusivamente ós traballadores individuais afectados, establecendo, vg., que non teñen dereito á mellora os traballadores os índices dos cales

76 Vg., art. 77 do convenio colectivo do sector de derivados do cemento da provincia da Coruña (cit.): excluíndose a de horas extraordinarias -aínda para o complemento de incapacidade temporal derivada de continxencias profesionais- e a prorrata das pagas extraordinarias. Aínda que estas se percibirán íntegras en concepto de complemento na mesma data que os demais traballadores, agás no caso dos traballadores que percibiran prorrateadas as pagas extraordinarias, no que o complemento se prorrateará do mesmo xeito.

77 Art. 16 b) do convenio colectivo de Cotelsa, para o seu centro de traballo de San Cibrao (cit.).

78 Art. 33 do convenio colectivo estatal para o sector das axencias de viaxe (cit.)

79 Art. 6.9 do convenio colectivo de ENCE, SA (cit.)

80 Vg., STS do 26 de marzo do 1996 (rec. nº 2109/95).

81 Art. 33 do convenio colectivo de axencias de viaxe (cit.)

82 Artículo 36 do XIII convenio colectivo xeral da industria química (cit.)

83 Art. 63 do convenio colectivo estatal de prensa diaria (cit.)

excedan do 5 por 100 en cómputo anual⁸⁴, ou que deixan de telo os traballadores cun índice superior ó 4 por 100 durante un período de tres meses naturais⁸⁵. Sen embargo, o máis común é fiar a mellora, ou a súa porcentaxe, ó índice global de absentismo no cadro de persoal⁸⁶, medíndose, vg., o absentismo medio no mes⁸⁷. Mesmo hai cláusulas que refiren a porcentaxe máxima ben ó sector contemplado na súa totalidade, ben a calquera das empresas incluídas no seu ámbito de aplicación⁸⁸, ás veces considerando unicamente as enfermidades⁸⁹. Algún convenio non establece directamente a porcentaxe dende que desaparece ou mingua o complemento, senón que fía o seu establecemento, así como o das enfermidades ou accidentes de circulación que non deban tomarse en consideración, a unha comisión específica, que adopte a decisión á vista do índice de absentismo nos tres derradeiros anos⁹⁰.

Mención especial merecen certas cláusulas que non refiren o absentismo a unha porcentaxe concreta, senón que conceden a mellora condicionada a que o índice de absentismo non sufra modificación á alza en relación co existente no mes anterior á sinatura do convenio⁹¹. Engadíndose que con certa periodicidade –vg., semestralmente– se revisará a variación dos índices existentes⁹² e que, se se incrementa en máis dunha décima, retirárase da base para o cálculo da mellora a prima de produción⁹³, se a continxencia é común e non se produce internamento hospitalario. Como variante do anterior, cómpre citar certo convenio que reconece un complemento de ata o 100 por 100 do salario en activo dende o primeiro día, pero que se reduce se a comisión paritaria do convenio constata que o absentismo se incrementa en máis dun 1 por 100⁹⁴. E, como cláusula de peche, pode facerse referencia á

84 Art. 33 do convenio colectivo de axencias de viaxe (cit.) Ós ditos efectos, deixan de computar certas inasistencias. A mesma porcentaxe e parellas regras de cómputo no art. 45 f) do convenio colectivo de matadoiros de aves e coellos (cit.)

85 Art. 43 do convenio colectivo de perfumería e afíns. Sen que computen as faltas ininterrumpidas de máis de 21 días. A mesma regulación no art. 36 do XIII convenio colectivo xeral da industria química (cit.)

86 Así o fai o art. 64 do convenio colectivo xeral do sector da ferralla (cit.)

87 Art. 6.9 do convenio colectivo de ENCE, SA (cit.)

88 Art. 16 do convenio colectivo estatal de estacións de servizo (cit.) Establece o límite no 5 por 100.

89 Art. 16 do convenio colectivo estatal de estacións de servizo (cit.)

90 Art. 16 do convenio colectivo da empresa Cotelsa, centro de traballo de San Cibrao (cit.)

91 Art. 40 do convenio colectivo de Paradores de Turismo de España, SA (cit.)

92 Art. 40 do convenio colectivo de Paradores de Turismo de España, SA (cit.)

93 *Ibid.*

94 Art. 12 do convenio colectivo do sector de empresas concesionarias de servizos municipais de aparcamento e/ou retirada de vehículos da vía pública da Coruña (cit.) A partir do dito incremento, nas dúas primeiras baixas de cada traballador no ano complementarase dende o quinto día e, na terceira e seguintes, dende o oitavo día.

pasaxe dun convenio que exclúe a posibilidade de que se perda o dereito á retirada do complemento de incapacidade temporal por non telo eliminado en ocasións anteriores⁹⁵.

Alternativas das anteriores cláusulas son as que establecen unha porcentaxe decrecente de mellora, inversamente proporcional ó incremento do absentismo derivado de continxencia común ou profesional⁹⁶. Ou que, partindo dun complemento do 100 por 100 con independencia da orixe da continxencia, impoñen un deber de negociar o tratamento e mellora dos índices de absentismo ó empeoraren estes⁹⁷.

Outra medida de loita contra o absentismo que conta con algún exemplo na negociación colectiva é a de complementar unicamente a primeira baixa por continxencias comúns do traballador en cada ano⁹⁸, ou establecer a mellora dos tres primeiros días de baixa por continxencias comúns limitada á primeira baixa anual⁹⁹.

Por certo, é moi significativo o índice de absentismo tido en conta para limitar a mellora ós efectos de apreciar o xeral no sector. Porque hai exemplos de normas convencionais que fan depender a mesma de índices de absentismo relativamente cativos, como o 2 por 100¹⁰⁰, ou o 2'25 por 100¹⁰¹, pasando por outras que o fixan en porcentaxes máis convencionais, como o 4 por 100¹⁰², ata chegar a convenios que contemplan umbrais comparativamente amplos, como o 8 por 100¹⁰³, ou o 9 por 100¹⁰⁴.

95 Art. 36 do XIII convenio colectivo xeral da industria química.

96 Exemplo característico desta posibilidade é o art. 15.2 do convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón (cit.). Segundo este precepto, do 0 ata o 3'5 do absentismo do conxunto dos traballadores nos derradeiros doce meses percibirase o 100 por 100 do salario. O 3'51 por 100 ata o 4'5 por 100, o 95 por 100 do salario, do 4'51 ó 5 por 100 de absentismo, o 90 por 100 do salario, do 5'01 ó 6 por 100, o 85 por 100 do salario, e do 6'01 ata o 7 por 100 de absentismo, o 80 por 100 do salario.

97 Art. 47 do convenio colectivo de grandes almacén, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 23 de xullo do 2001 (BOE do 10 agosto 2001).

98 No art. 15.2 do convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón (cit.)

99 Art. 62 do convenio colectivo estatal de empresas de seguridade (cit.)

100 É o caso do art. 64 do convenio colectivo xeral do sector da ferralla (cit.)

101 Art. 77 do convenio colectivo do sector de derivados do cemento da provincia da Coruña (cit.)

102 Art. 36 do XIII convenio colectivo xeral da industria química (cit.)

103 Art. 71 do convenio colectivo xeral da industria textil e da confección (cit.), aínda que en referencia á paga de beneficios.

104 Art. 23 bis do convenio colectivo de marroquineiría, coiros repuxados e similares (cit.), en cláusula referida ó complemento anti-absentismo. A mesma porcentaxe no art. 40 do convenio colectivo para o sector de conservas, semiconservas, afumados, cocidos, secados, elaborados, salazóns, aceites e fariña de pescados e mariscos (cit.)

E, co aforro de custes en melloras derivadas do pagamento menor por calquera das circunstancias descritas, hai que facer referencia a convenios que regulan o destino do mesmo. Por exemplo, para incorporar melloras futuras á mesma continxencia de incapacidade temporal, ou a outras como as de morte e supervivencia¹⁰⁵.

Evidentemente merecen crítica os convenios¹⁰⁶ que establecen melloras para o subsidio por maternidade de ata o 100 por 100 do salario percibido en activo, pois a esta cantidade xa chega a prestación básica de Seguridade Social, a partir da Lei 42/1994, do 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e de orde social. Aínda máis desafortunada é algunha cláusula convencional que, probablemente de xeito involuntario e pretendendo referirse ó subsidio por maternidade, incorre en tratamentos prexudiciais do embarazo que con seguridade non son aplicables por rotundamente contrarios ó principio de non discriminación. Por exemplo, a pasaxe convencional que expresa que “a situación de baixa debida a embarazo contemplárase tal como determina a lexislación vixente, non sendo aplicable esta cláusula en tal situación”¹⁰⁷.

E aínda son excepciónais os convenios que introducen, como sen dúbida debían introducir outros que prevén melloras do subsidio de incapacidade temporal, complementos para a situación de risco durante o embarazo¹⁰⁸.

Como resumo verbo deste epígrafe, hai que recoñecer que a negociación colectiva contén diversas fórmulas de utilización da mellora de incapacidade temporal como instrumento de xestión da diminución do absentismo. Sen que deixe de haber cláusulas criticables, ben é certo que unha descrición das máis significativas aporta, como é o obxecto destas páxinas, interesantes elementos para a súa utilización na negociación colectiva ou nos acordos de empresa. Elementos que non se orientan, cando menos tan directamente como a normativa estatal, ó control do fraude, senón a establecer mecanismos de incentivo individuais e colectivos que redunden nun meirande índice de asistencia e asiduidade nas empresas.

105 Nesta liña cómpre citar o art. 41 do XVIII convenio colectivo estatal da Banca privada. En concreto, a seguinte pasaxe: “5. Coas cantidades deixadas de aboar polas ausencias mencionadas, no punto 1 deste artigo constituirase por cada ano natural un fondo en cada empresa que se destinará a complementa- las percepcións dos traballadores enfermos durante o segundo e terceiro anos de enfermidade, de forma que a súa retribución alcance a totalidade da que percibiría en situación activa. Co exceso, no seu caso, se satisfaría un subsidio por falecemento, que sería o cociente de dividir o montante total de dito exceso entre o número de empregados que, pertencendo á plantilla activa, tivera falecido no mesmo ano natural que se computa”.

106 Vg., art. 6.9 do convenio colectivo de ENCE, SA (cit.) ou art. 45 do convenio colectivo estatal de empresas organizadoras do xogo do bingo (cit.)

107 Art. 20 do convenio colectivo do sector de panaderías da provincia da Coruña (cit.).

108 Entre eles, vg., art. 45 do convenio colectivo estatal de empresas organizadoras do xogo do bingo: “nos casos de maternidade, nos que, por prescripción facultativa, perigue a saúde da nai ou do feto, e non sexa posible a adaptación a outro posto de traballo que non supoña tal perigo, percibirase o 100 por 100 do salario neto do mes anterior dende o primeiro día da baixa, hasta o momento do parto”.

Todo o dito sen que se pretenda desestimar a eficacia dos mecanismos estatais do control do absentismo, centrados basicamente no control da incapacidade temporal e nas regras que establece o RD 575/1997, do 18 de abril, e normativa concordante. A estes efectos, probablemente a aplicación dos convenios colectivos requira unha coordinación máis estreita entre os órganos encargados da mesma, os das entidades xestoras e as mutuas de accidentes de traballo e enfermidades profesionais.

5. Medidas salariais e nas condicións de traballo na loita contra o absentismo

Outro dos eixes máis significativos na negociación colectiva nesta materia refírese a certas consecuencias salariais vinculadas ó incremento ou diminución do índice de absentismo. En síntese, se trata de correccións nos complementos salariais recollidas nalgúns convenios colectivos. Sen dúbida as máis significativas son as cláusulas que prevén complementos de traballo do tipo de primas antiabsentismo o pluses de asistencia. Algunhas delas –que expresamente recollen na súa denominación unha referencia ó absentismo– ligan o complemento ó absentismo individual do traballador en cada mes¹⁰⁹, concibíndoo incluso como consolidable para os casos nos que o absentismo colectivo do cadro de persoal experimente unha diminución relevante ó longo dun ano¹¹⁰.

Como é evidente, as primas de asistencia e asiduidade teñen unha moi directa relación co problema. Á marxe das asistencias e inasistencias que se computan no seu cálculo –cuestión anteriormente abordada en termos xerais– algunhas cláusulas establecen unha adquisición día a día do dereito á prima, sempre que se renda segundo o esixible, de tal xeito que o seu importe por día traballado diminúa na mesma medida na que aumenten as horas de ausencia do traballador¹¹¹. Na mesa liña de actuación, hai que destacar algún precepto convencional que vincula de xeito expreso a necesidade de combater o absentismo co artellamento dun plus de asistencia e actividade, a inclusión do cal encomenda ós convenios de ámbito inferior e que se irá xerando por cada día efectivamente traballado co rendemento normal esixible¹¹².

Así mesmo, hai que referirse a algúns que engaden unha porcentaxe á paga de beneficios para os casos nos que o absentismo total non chegue a certo límite ó

109 Art. 23 bis do convenio colectivo de marroquinería, coiros repuxados e similares (cit.)

110 No mesmo art. 23 bis do convenio colectivo de marroquinería, coiros repuxados e similares: se o índice de absentismo en cómputo anual baixa na empresa alomenos un 10 por 100 sobre o índice de absentismo do ano anterior, consolidarase o dereito para o seguinte ano e así sucesivamente, e a cantidade pasará a forma parte do salario real.

111 Art. 67 do convenio colectivo xeral do sector da construción para os anos 2002 a 2006, publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 26 de xullo do 2002 (BOE do 10 agosto 2002).

112 Art. 50 do convenio colectivo da industria salineira (cit.).

longo do período de referencia¹¹³. E, para os casos en que se alcance ou supere dito umbral, certas cláusulas establecen o pagamento desta porcentaxe unicamente aos traballadores que non incorran en absentismo ou o fagan nun límite considerablemente inferior¹¹⁴. Aínda que en ocasións, a imaxe e semellanza do que sucede coas melloras da incapacidade temporal, os convenios conteñen unha táboa de porcentaxe decrecente na participación en beneficios a medida que ascende a porcentaxe colectiva de inasistencias¹¹⁵.

Merecen comentario convenios que, ó estableceren criterios para regular a produtividade, refírense ó absentismo como un dos principais factores que inciden sobre a mesma¹¹⁶. O que invita a pensar que quizais nas futuras regulacións convencionais nesta materia haxa cláusulas que empreguen o absentismo como parámetro para a súa toma en consideración. De feito, a regulación actual nalgún precepto prevé a súa avaliación como factor corrector para determinar a paga de produtividade, entre un mínimo e un máximo¹¹⁷. Outra cláusula, na descrición do plano de obxectivos da entidade, identifica tres parámetros clave que se van empregar como elementos de medida do nivel de produtividade a partir do 2003, un dos que

113 Art. 71 do convenio colectivo xeral da industria textil e da confección (cit.) A porcentaxe é dun 4'4 por 100 adicional, incrementado co premio de antigüidade, nos casos en que o absentismo no alcance o oito por cen en ningún dos meses de cada semestre natural, tomándose en conta o cadro de persoal efectivo de obreiros e de servizos auxiliares do centro de traballo.

114 É o caso dos subsectores da industria textil e da confección. Por exemplo, o art. 9 do anexo II do convenio: industrias de obtención de fibras de algodón e aproveitamentos de subproductos: traballadores as ausencias dos cales non cheguen ó 4 por 100 do cómputo persoal mensual. A mesma regra no anexo III (industria textil do proceso algodoneiro), aínda que limitándose o absentismo ó 3 por 100 en cómputo persoal mensual. O mesmo 3 por 100 no art. 13 anexo IV (industria textil e da confección, xénero de punto, calcetería e medias), o art. 11 do anexo VII (industria textil de fibras diversas), o art. 13 do anexo VIII (industria textil da seda). O 4 por 100 se establece tamén como límite no art. 9 do anexo V (industria textil do proceso laneiro). Pola súa banda, o art. 10 do anexo IX (industria da confección) concede o pagamento adicional ós traballadores cuxa asistencia ó traballo rebase o 93 por 100 das horas laborais mensuais.

115 É o caso do art. 15 do anexo X do convenio colectivo da industria textil e da confección (industrias de fabricación de alfombras, tapices e moquetas): se o absentismo non supera o 8 por 100, percibirase un 4,40 por 100. Se non supera o 5 por 100, percibirase un 5,40 por 100. Se non supera o 4 por 100, percibirase un 6'40 por 100. E, se non se supera o 3 por 100, un 7'40 por 100.

116 Art. 10 do convenio colectivo estatal de empresas de mediación nos seguros privados, aprobado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 30 abril 2003 (BOE do 22 maio 2003). En liña parella, art. 25.2 do convenio colectivo estatal para as industrias extractivas, industrias do vidro, industrias cerámicas e do comercio exclusivista dos mesmos materiais (cit.)

117 O mesmo convenio colectivo estatal de empresas de mediación nos seguros privados acompáñase dun acta final pola que se fixan os importes para os anos 2002 e 2003 da paga de produtividade, entre unha cantidade mínima e outra máxima en función do nivel de cada traballador. E expresa o seguinte: "ó obxecto de poder retribuír a cada traballador pola súa aportación á consecución dos obxectivos xerais, procederase a avaliar nesta ocasión a cada un deles polo grao de absentismo observado durante o ano 2003. Derivado de dita avaliación obterase un factor corrector que permitirá determinar-lo importe final da paga de cada traballador, dentro do rango establecido (cantidade mínima cantidade máxima)".

é o absentismo¹¹⁸, ó que se lle atribúe un 15 por 100 de ponderación relativa¹¹⁹. En parella liña de actuación, certas cláusulas ligan unha mellora adicional do incremento retributivo anual a diversos criterios, entre eles que diminúa o absentismo colectivo nunha porcentaxe determinada ó longo da vixencia do convenio¹²⁰.

Verbo do desconto de salarios polas faltas inxustificadas de asistencia e puntualidade, das que xa antes se falou, debe remarcarse que non teñen en si mesmas unha natureza sancionadora, o que fai que sexan compatibles coa sanción que se impoña ó traballador en seguimento da normativa disciplinaria convencional¹²¹. Aínda que hai convenios colectivos que combinan estas medidas con outras que xa teñen natureza sancionadora e que así mesmo se refiren á adquisición do dereito ós salarios¹²².

Xa á marxe da estrutura retributiva e das repercusións salariais, hai que facer mención a outras consecuencias nas condicións de traballo derivadas do incremento ou diminución das inasistencias. Entre outras medidas, hai normas convencionais que establecen a posibilidade de cambio de quenda para os casos en que o absentismo acada certa porcentaxe, empregando ós ditos fins criterios obxectivos e de rotación de afectados, e polo tempo en que se manteña semellante índice¹²³. Ou que establecen unha lista especial para a cobertura de vacantes temporais derivadas de diversas incidencias, entre outras o absentismo pendente de xustificación¹²⁴.

118 Cláusula 5 do XIV convenio colectivo de RENFE, aprobado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 18 de xullo do 2003 (BOE do 11 de agosto 2003). Os outros dous parámetros son o resultado e a ratio de ingresos por traballador.

119 *Ibid.* Establecéndose un obxectivo de mellora do absentismo do 10 por 100 para 2003 e do 5 por 100 para 2004 en relación co valor obxectivo acadado no 2003.

120 Art. 19 do convenio colectivo de Izar, Construcións Navais, SA, centros de traballo de Sevilla, Puerto Real, Fene, Sestao, Gijón, Carenas de Cádiz, Propulsión e Enerxía de Manises e oficinas centrais "El Plantío", publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo do 20 febreiro 2002 (BOE do 14 marzo 2002). O obxectivo refírese a unha diminución do absentismo do 5 por 100 durante a vixencia do convenio.

121 Declarando expresamente esta compatibilidade, art. 43 do convenio colectivo para o persoal laboral do Consello de Administración do Patrimonio Nacional (cit.).

122 Por exemplo, merece salientarse o art. 16 do convenio colectivo de Explotaciones Cerámicas Españolas, SA (cit.), que establece un catálogo sancionador específico do absentismo. Á marxe doutras sancións máis graves para as inasistencias reiteradas, sancións que poden chegar ó despedimento, cómpre reproducir as dúas primeiras liñas do precepto: "ó obxecto de evita-lo absentismo laboral establécense as seguintes sancións: a) por perda dun día de traballo sen xustificación, o traballador perderá o dereito a percibir o salario e demais conceptos relativos a dito día e o plus de asistencia correspondente a un mes. b) Se se producise a falta ó traballo durante dous días consecutivos ou alternos no prazo de 30 días, sen causa xustificada, o traballador perderá o dereito á prima de produción e o plus de asistencia correspondente a tres meses..."

123 Art. 24 do convenio colectivo xeral da industria textil e da confección (cit.), con comunicación ó intereseado e ós representantes dos traballadores.

124 Anexo nº 11, 7 do pacto suscrito entre as centrais sindicais e o SERGAS sobre nomeamentos e contratos temporais do persoal estatutario nas institucións sanitarias, publicado por Resolución do 21 de decembro do 1995 (DOG do 19 de xaneiro do 1996).

Outras cláusulas, nunha liña contraria, establecen certas vantaxes para os traballadores que, a título individual, acrediten baixos niveis de absentismo. Entre elas, a valoración positiva deste feito, para os que anteriormente prestaran xa servicios na empresa, ós efectos da admisión de novo persoal¹²⁵. A mesma ponderación positiva faise a outros afectos, como o dos ascensos a niveis superiores da empresa¹²⁶, ou, en termos xerais, na regulación da promoción profesional¹²⁷.

Finalmente, debe facerse referencia a algunha cláusula que establece consecuencias colectivas especialmente significativas, como é a de que a superación de certo índice do absentismo supón incumprimento do convenio e terá a condición de causa para a denuncia do mesmo¹²⁸.

125 Art. 7 do convenio colectivo estatal para axencias de viaxes (cit.) Valora positivamente un absentismo inferior ó 5 por 100 da xornada anual pactada.

126 Art. 11 do convenio colectivo estatal para axencias de viaxes (cit.) Valora positivamente o feito de acreditar un absentismo inferior ó 5 por 100 da xornada laboral durante o ano inmediatamente anterior.

127 Véxase, vg., art. 9 do convenio colectivo de Izar, Construcións Navais, SA para os centros de traballo do estaleiro de Sevilla, Puerto Real, Fene, Sestao, Gijón, carenas de Cádiz, propulsión e enerxía de Manises e oficinas centrais “El Plantío” (cit.)

128 Art. 40 do convenio colectivo para o sector das conservas, semiconservas, afumados, cocidos, secados, elaborados, salazóns, aceites, fariña de pescados e mariscos (cit.)



A ORDENACIÓN DO TEMPO DE TRABALLO

CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO:
A EXPERIENCIA COMPARADA SOBRE
ORDENACIÓN E REDUCIÓN DA XORNADA DE
TRABALLO



A EXPERIENCIA COMPARADA SOBRE ORDENACIÓN E REDUCCIÓN DA XORNADA DE TRABAJO

1. Estratexias de flexibilización da xornada: distribución irregular e redución de xornada

En relación coa flexibilización da xornada de traballo, pódese observar unha tendencia nos Estados comunitarios a introducir distintas estratexias. Unha delas consiste en ofrecer certo grao de liberdade na organización do tempo de traballo. Neste sentido pódese cita-lo caso do sector metalúrxico alemán, no que se permite, en vez de cobra-las horas extraordinarias, rexistralas nunha especie de “cartilla de aforro de horas” que permite compensalas con descansos retribuídos cando o traballador o requira. Ou tamén o traballo a domicilio, especialmente, anque aínda reservado a determinadas categorías profesionais de certos sectores económicos, na súa versión moderna de teletraballo ou traballo a distancia, que permite ós traballadores presta-los seus servizos dende o seu domicilio particular como asalariados *on line* ou en rede.

Unha segunda táctica, que polo demais se vén observando de modo xeneralizado dende a década dos oitenta, aínda que con porcentaxes moi diferentes nos diversos Estados, consiste na redución do tempo de traballo. Aínda que esta diminución se debe en boa parte á intervención dos interlocutores sociais a través da negociación colectiva –casos de Holanda Dinamarca e Alemaña-, interesa tamén destaca-lo impulso que trataron de darlle algúns gobernos para facer fronte ó problema do desemprego –caso de Francia-. Ponse o acento na política de redución do tempo de traballo para posibilita-la actividade laboral e a obtención dunha renda económica por todo cidadán. Como reza o slogan “traballar menos para traballar todos”. Non se trata xa só de reduci-lo tempo medio de traballo nos últimos anos da vida laboral, para facer compatible o traballo a tempo parcial co cobro dunha pensión de xubilación parcial, senón de reduci-lo tempo de traballo ó longo de toda a vida laboral do traballador.

Así, nas últimas décadas, a reordenación do tempo de traballo foi visto como un elemento esencial de grande actualidade en Europa para facer fronte ó desemprego, especialmente en países con altos índices de desocupación e en momentos de alto desemprego¹. De aí que resulte frecuente opoñer dous tipos de sistemas en relación co tempo de traballo. Uns, os dos países escandinavos e saxóns, que utilizan a redución da xornada como medio de mellora-las condicións de traballo e a conciliación da vida familiar e laboral. Outros, os continentais –Bélxica, Francia, Alemaña, Italia, Holanda...-, que o empregan como instrumento de política de emprego².

1 DEL REY GUANTER, S., *La reordenación del tiempo de trabajo*, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (Madrid 1998), p. 1.

2 DE NIEVES NIETO, N., *La reducción del tiempo de trabajo en Francia: la segunda Ley Aubry del 19 de enero de 2000*, AS, 2000, nº 20 –BIB 200112, p. 1-.

De tódolos xeitos, as opinións dos expertos sobre a posibilidade de crear emprego a partir de redución da xornada laboral distan de ser unánimes e poñen sobre a mesa a cuestión da repartición do traballo entre homes e mulleres.

2. A redución do tempo de traballo en Francia. A Lei de redución negociada do tempo de traballo. A volta atrás

A redución do tempo de traballo foi un tema permanentemente á orde do día en Francia, en especial dende mediados dos anos oitenta. Concibiuse como un instrumento ó servizo da política de emprego dirixido á repartición do emprego existente. Non é, polo tanto, unha novidade das Leis Aubry I e II. Deben destacarse polo menos catro fitos importantes ata estas famosas Leis. En primeiro lugar, a Lei Delaberre, do 28 de febreiro de 1986, relativa á negociación colectiva sobre o tempo de traballo, que permitiu a introdución dunha modulación anual da duración do traballo a cambio dunha redución da duración semanal media. A modulación só podía ser implantada por acordo ou convenio sectorial. En segundo lugar, a Lei Seguin, do 19 de xuño de 1987, relativa á negociación colectiva sobre ordenación do tempo de traballo, que retomou o principio da negociación de modulación anual, pero eliminou a obriga dunha contrapartida en termos de redución da duración, así como a obriga do establecemento a través de acordos colectivos. En terceiro lugar, a Lei quinquenal sobre o traballo, o emprego e a formación profesional, do 20 de decembro de 1993, que, aínda que tivo escasa utilización, estableceu unha exoneración parcial das cargas sociais do empregador por tres anos se acordaba a redución de polo menos o 15 por cento da xornada inicial, contratando polo menos un 10 por cento do persoal e mantendo o nivel durante tres anos, con obriga de redución de salarios. E en cuarto lugar, a Lei Robien, do 11 de xuño de 1996, sobre o desenvolvemento do emprego para a ordenación e a redución convencional do tempo de traballo, que reduciu as cargas patronais como contrapartida a reducións da duración do traballo de polo menos o 10 por cento –a redución das cargas patronais era maior se a redución da duración do traballo superaba o 15 por cento–, sempre que a medida fose acompañada dun acordo negociado a nivel de centro de traballo, empresa ou sector para a creación de empregos (“convenios ofensivos”) ou, en caso de plan social, para o mantemento dunha parte do persoal (“convenios defensivos”).

Polo tanto, xa na Lei Robien se prevían as dúas modalidades: a ofensiva, que esixía, para a diminución efectiva das cotizacións sociais, a creación de emprego e o mantemento do novo nivel de emprego polo menos durante dous anos. E a defensiva, que trataba de evitar despedimentos previstos nun expediente de regulación de emprego, e que requiría o compromiso de mante-lo nivel de emprego durante o tempo fixado no acordo.

Tralas anteriores experiencias, o Ministerio do Emprego e a Solidariedade francés³, coa finalidade de crear emprego, propuxo un plan de redución da xornada

3 Coa ministra Martine Aubry á cabeza.

semanal ata un tope máximo de 35 horas. A Lei Aubry I⁴, nº 98-461, do 13 de xuño de 1998, de orientación e fomento da redución do tempo de traballo⁵, aprobouse cuns prazos de aplicación: para empresas de máis de vinte traballadores, o 1 de xaneiro de 2000, e para empresas de menos, o 1 de xaneiro de 2002. Se, chegado o termo, a redución non se produciu e mantense a xornada de 39 horas, prevé a lei que se consideren extraordinarias as horas da 36 á 39.

O seu obxectivo é, como na lei que a precedeu, incentivar, como técnica de política de emprego, ás empresas á redución do tempo de traballo, para crear novo emprego ou mante-lo emprego que periga pola necesidade dunha reestructuración. Atribúese tamén, como na Lei Robien un papel fundamental á negociación colectiva de ámbito empresarial, infraempresarial ou sectorial.

O acordo negociado, ofensivo ou defensivo, resulta necesario para recibi-los incentivos, que consisten tamén en bonificacións ou reducións nas cotizacións sociais dos traballadores ós que se aplicaba a redución, e, no seu caso de acordo ofensivo, ós traballadores contratados. En ámbolos dous tipos de acordos as axudas financeiras son fixas e calcúlanse por traballador e ano durante a execución do acordo de redución de xornada. Consisten en deducións nas cotizacións sociais a cargo do empresario tanto por continxencias comúns como profesionais e asistencia familiar e son regresivas ano tras ano durante a súa aplicación. A axuda é maior se a redución da xornada é superior ó 15 por cento e vai acompañada dun incremento –ou un mantemento no cado de acordos defensivos– do 9 por cento do persoal en relación co persoal afectado pola redución. Se a redución é do 10 por cento, o incremento ou mantemento do persoal debe ser do 6 por cento. A empresa comprométese a manter como mínimo durante dous anos os contratos realizados. E as axudas financeiras acórdanse entre empresa e Estado por un período de 5 anos dende a redución (ou de tres prorrogables dous anos máis en caso de acordos defensivos).

O que introduce de novidoso é unha definición de tempo de traballo efectivo, acorde coa Directiva 93/104/CE, como tempo en que o traballador permanece a disposición do empresario atendendo as súas directrices e sen poder dedicarse

4 DE NIEVES NIETO, N., *Notas sobre la reducción del tiempo de trabajo en Francia e Italia*, ÁS, 1999-V, pp. 801 e ss. –BIB 1999358–.

5 Acompañada dos Decretos nº 98-493 a 497, do 22 de xuño de 1998, que complementan e clarifican a súa aplicación: Decreto nº 98-493, relativo ó campo de aplicación, que contén unha lista de organismos que non poden beneficiarse da axuda prevista pola lei; Decreto nº 98-494, relativo ó fomento financeiro á redución do tempo de traballo, que establece o baremo do importe da redución das cotizacións aplicables ás empresas, Decreto nº 98-495, sobre o control da execución dos convenios concluídos entre o Estado e as empresas; Decreto nº 98-496, relativo ó descanso diario, e Decreto nº 98-497, relativo a determinadas sancións. Ademais, o Ministerio do Emprego e a Solidariedade dicou dúas Circulares: do 24 de xuño de 1998, relativa á redución dos tempos de traballo; e do 25 de febreiro de 1999, para os establecementos protexidos e os centros de traballo para traballadores minusválidos.

libremente ás súas ocupacións persoais. Esíxese dispoñibilidade, submisión ó poder directivo do empresario e imposibilidade de dedicarse ós seus asuntos. E, en coherencia con iso, esíxese, para que a redución sexa incentivada, que afecte a tempo de traballo efectivo e non a períodos de descanso intraxornada.

Ademais, a Lei Aubry I prevía, xunto á redución da xornada, técnicas de flexibilización desta para ofrecer certa marxe de liberdade ó empresario e ó traballador na organización do tempo de traballo. Por un lado, a “anualización” do tempo de traballo, é dicir, a posibilidade de distribución irregular da xornada de traballo ó longo do ano, de modo que nalgúns semanas se poida traballar máis de 35 horas sempre que esas horas de máis sexan compensadas con horas de menos noutras semanas do ano. E, por outro, mesmo a “plurianualización”⁶, podendo supera-lo límite do ano a través de a *compte épargne-temps*, especie de conta de aforro moi personalizada, que permite ó traballador ir acumulando as horas de traballo que excedan da xornada ordinaria para compensalas con períodos de descanso cando estime conveniente.

Non obstante, e aínda que foron numerosos os acordos negociados logrados, o contido dalgúns deles non respondeu o espírito da Lei, ben porque, para adaptarse á redución, acudíase ó subterfuxio de aumenta-las horas extraordinarias, ben porque se tratou de reduci-la xornada suprimindo períodos de descanso en vez de períodos de traballo efectivo.

A Lei Aubry II, nº 2000-37, do 19 de xaneiro de 2000, relativa á redución negociada do tempo de traballo⁷, introduce importantes modificacións no Código de traballo francés, no art. L-212. Fixa en 35 horas semanais de traballo efectivo de media, en cómputo anual, e en 1600 horas anuais, a duración máxima da xornada a partir do 1 de febreiro de 2000 –inicialmente previsto para o 1 de xaneiro– para as empresas de máis de 20 traballadores e a partir do 1 de xaneiro de 2002 para as demais. E prevé, para estas últimas empresas, cunha especie de efecto imperativo retardado, que a redución da xornada de 39 a 35 horas se impoña por lei o 1 de xaneiro de 2002, se nesa data non se realizou xa a través da negociación colectiva. En coherencia con iso, establécese que a mera diminución do número de horas de traballo estipulada no contrato de traballo inaplicación dun acordo de redución da duración do traballo non constitúe unha modificación do contrato de traballo⁸.

6 DE NIEVES NIETO, N, *La reducción del tiempo de trabajo en Francia: la segunda Ley Aubry del 19 de enero de 2000*, cit., BIB 200112, p. 5.

7 Complétase cunha Circular do Ministerio do Emprego e a Solidariedade do 3 de marzo de 2000 e unha longa lista de Decretos para desenvolver materias conexas.

8 Sen embargo, o traballador pode rexeita-la modificación do contrato de traballo –calquera modificación que exceda da redución da xornada: unha redución do salario, un cambio na forma de remuneración ou nos horarios, etc – e, no seu caso, o seu despedimento terá a consideración de despedimento individual non baseado en causa económica. Véxase ó respecto MARTÍN POBOA, E., *La reducción del tiempo de trabajo en Francia. Modificación del contrato y despido en la Ley de reducción negociada del tiempo de trabajo*, RL, 2003, nº 5, pp. 13 e ss., especialmente 33 e ss.

Se as empresas aplican un acordo colectivo que fixe a redución a 35 horas semanais ou 1600 horas anuais e comprometa a estas a crear ou, no seu caso, manter emprego, beneficiaranse dunha redución nas cotizacións sociais a cargo do empregador relativas a seguros sociais, continxencias profesionais e axudas familiares.

Con todo, establécense excepcións á súa aplicación –Estado, colectividade territoriais, establecementos públicos administrativos, Transportes Urbanos, viaxantes, representantes e corredores de comercio, empregados do fogar, porteiros de predios, executivos,...-.

As 35 horas son de traballo efectivo tal e como fora definido por ó Lei Aubry I, polo que en principio non computan como tal⁹ o descanso intraxornadas nin os tempos dedicados ó cambio de roupa no lugar de traballo, salvo que concorran as notas que caracterizan o traballo efectivo ou así se estableza por disposicións legais ou regulamentarias ou mediante a negociación colectiva, contrato de traballo ou regulamentos de réxime interior. Tampouco os períodos de gardas non presenciais (*aistreintes*), considéranse tempo de traballo efectivo para os efectos de contabilizar para a duración máxima da xornada, sen prexuízo, loxicamente, da súa obriga de retribuílos. Nin os períodos de inacción que poden establecerse en determinadas actividades –similares ós tempos de presenza do art. 8 do noso RDJ-, que son retribuídos e deben ser compensados con descansos a través do “réxime de equivalencias”. E en relación cos períodos dedicados á formación do traballador, distínguense as accións de formación obrigatoria para o traballador, impostas polo empresario para a súa adaptación e reciclaxe, que poden ser esixidas en execución do contrato de traballo constitúen tempo de traballo efectivo, e as accións formativas voluntarias e non obrigatorias para o traballador, que en principio non constitúen tempo de traballo efectivo.

A lei non se refire á posibilidade ou non dunha redución do salario correlativa á da xornada. Simplemente limitase a fixar unha garantía para os asalariados afectados pola redución da xornada laboral que sexan receptoras do salario mínimo interprofesional e de crecemento -SMIC- calculado sobre unha base horaria, para os que se prevé o pagamento dun complemento diferencial para garanti-lo mantemento do seu nivel salarial a 1 de xaneiro de 2000. En consecuencia, toda modificación que afecte ó salario, en canto que non está imposta pola lei¹⁰, constitúe unha modificación contractual.

Para desincentivar-la realización de horas extraordinarias, prevese nas empresas suxeitas á redución de xornada a 35 horas a partir do 1 de xaneiro de 2002, que as primeiras oito horas realizadas por enriba das 39 horas dean lugar a un incremento dun 25% do salario e as seguintes do 50%. Establécese tamén un réxime transitorio

9 L-212-4 do Código de Traballo.

10 E aínda que sexa imposto non xa pola vontade unilateral do empresario senón polo acordo colectivo de redución do tempo de traballo.

para elas: ata o 2002 para as empresas de máis de 20 traballadores e ata o 2004 para empresas de menos. Polo demais, prevese que as cotizacións por horas extraordinarias se ingresen nun fondo de financiamento da Seguridade Social que compensa as reducións de cotización producidas pola implantación da redución de xornada a través da negociación colectiva. E establécese unha duración máxima de traballo semanal en media sobre un período de referencia de 12 semanas consecutivas de 44 horas, aínda que se permiten excepcións.

Aínda que a redución tivo en xeral boa acollida entre a maioría dos traballadores, foi duramente criticada dende as confederacións empresariais a prol da competitividade e do emprego. Finalmente, a Lei nº 2003-47, do 17 de xaneiro de 2003, relativa a salarios¹¹, tempo libre e desenvolvemento do emprego, pon énfase, en materia de tempo de traballo, na flexibilidade da xornada laboral de 35 horas, e, en particular nas horas extraordinarias e a súa remuneración¹².

Mantense a xornada das 35 horas, pero trata de flexibilizarse a realización das horas extraordinarias, para deste modo permitir na práctica xornadas máis prolongadas. Esta liña xa fora iniciada con anterioridade. Un decreto elevara a mediados de outubro de 2002 o número de horas extraordinarias de 130 a 180. Prevese agora un novo exame deste límite, trala opinión da Comisión nacional da negociación colectiva e do Consello económico e social.

A lei pretende unificar e simplifica-lo réxime das horas extraordinarias. En canto á súa retribución, remítese á porcentaxe sobre o salario que, en cada caso, establézase polo correspondente acordo entre os axentes sociais nas diferentes ramas. E a falta de acordo, a lei prevé unhas normas supletorias: cada unha das primeiras 8 horas extraordinarias dará lugar a un aumento do 25 por cento, e as horas seguintes a un aumento do 50 por cento. Ademais, establécese que transitoriamente, ata o 31 de decembro de 2005, para permitir un tempo de adaptación ás empresas de menos de 20 asalariados, o aumento será do 10 por cento.

Polo demais, mantense a posibilidade de capitaliza-los períodos de descanso a través da conta de aforro de tempo, que permite utilizar estes períodos para períodos de vacacións ou para que o traballador preste os seus servizos a tempo parcial, se o desexa, ou para financiar unha formación fóra do tempo de traballo. Pero para facer máis accesible este mecanismo, a lei dá ós asalariados a posibilidade de obter un aforro do cliente.

11 Basicamente pretende aumenta-los salarios baixos. Por un lado, pasar dos 6 SMIC orixinarios da aplicación da lei sobre a redución de redución do tempo de traballo e aínda existentes a un nivel único de SMIC o 1 de xullo de 2005, a través de revalorizacións anuais en función do IPC das familias urbanas cuxo cabeza de familia sexa obreiro ou empregado. E, por outro lado, en relación co SMIC horario, aumentalo en 11,4 por cento ó finaliza-lo período de harmonización dos SMIC.

12 <http://www.35h.travail.gouv.fr/texteesp.htm>

3. A experiencia alemana no sector do metal

Dende 1985 na lexislación e dende 1994 sobre todo nos convenios colectivos¹³, iniciáronse algunhas medidas dirixidas a adapta-lo Dereito do Traballo ás necesidades económicas dos empresarios, distribuí-los postos de traballo existentes entre un maior número de traballadores, mediante redución da xornada e fomento do traballo a tempo parcial, mesmo introducindo a semana laboral de catro días, e subvencionar con fondos do seguro de desemprego a formación profesional e a creación de novos postos de traballo¹⁴.

Dentro da praxe alemana destaca a estreita colaboración que xa dende a década dos sesenta véñse producindo entre o goberno e os sindicatos e as asociacións de empresarios, a través da chamada “acción concertada”. En Alemaña, o convenio colectivo federal ou rexional, pactado entre sindicatos e asociacións de empresarios do sector, é a norma habitual. Máis excepcionais son os acordos ou pactos colectivos de empresa, convidos entre Comité de empresa e empresario, que só se poden concluir cando no ámbito funcional e xeográfico de aplicación non exista convenio que regule a materia e o convenio aplicable admitira expresamente nunha cláusula regulacións complementarias por acordos de empresa.

A Lei de Comités de Empresa de 1972 regula as funcións e posibilidades de intervención destes órganos. Pero os comités de empresa non só defenden os intereses dos empregados senón tamén dos desempregados. Nas empresas competitivas, e co fin de asegura-los postos de traballo e mesmo crear novos empregos, son frecuentes dende a década dos noventa os chamados “pactos polo emprego” consentidos polos sindicatos, nos que se aprecia unha colaboración, ó menos informal, entre o Goberno e os interlocutores sociais¹⁵. Foron especialmente frecuentes en todo o ámbito da industria do metal e tamén no sector químico, onde, para evitar despedimentos colectivos, acórdase reducir temporalmente a xornada de traballo.

Estes pactos son coñecidos baixo o lema do “modelo Volkswagen”, en honra ó pacto colectivo de empresa asinado a finais de 1993 polo sindicato IG Metall e o consorcio Volkswagen, que entrou en vigor o 1 de xaneiro de 1994, pioneiro para todo o sector metalúrxico¹⁶. Ante a crise da empresa e co fin de mante-lo nivel de emprego, estableceuse unha redución do tempo de traballo en 7,2 horas semanais, pasándose de 36 a 28,8 horas, á vez que os traballadores, aínda que manteñen momentaneamente o nivel salarial, renuncian para o futuro a un incremento salarial de aproximadamente o 17%. A cambio, a empresa asumiu o compromiso de non

13 HANAU, P., *La (cautelosa) reforma del mercado laboral en Alemania*, REDT, nº 72 (1995), trad. do prof. MIÑANBRES PUIG, C., pp. 515 e ss.

14 Neste sentido, véxase a Lei de Fomento do Emprego de 1994.

15 WEISS, M., “Informe alemán”, en AAVV *Dialéctica empleo-desempleo y Derecho social*, Bosch-ESADE (Zaragoza 1999), p. 69.

16 Véxase o seu contido en Arbeit und Recht, 1994, p. 230 ss.

realizar despedimentos por razóns empresariais nos dous anos seguintes. Así os traballadores conseguiron evitar 30.000 despedimentos e a empresa aforrar custos laborais e o pagamento de liquidacións. Tamén o Estado aforrou as prestacións de desemprego que, de procederse ós despedimentos, tería que aboar¹⁷. En setembro de 1995 este convenio foi prolongado ata finais de 1997, prevéndose, ademais, o chamado “modelo de estafetas” ou “modelo graduado”, é dicir, por unha parte a incorporación continua, cunha xornada de traballo reducida que aumenta progresivamente co paso dos anos, de mozos traballadores cualificados que concluíron a súa aprendizaxe, e, por outro lado, a retirada paulatina dos traballadores de máis idade a través dunha redución progresiva da súa xornada laboral, unida a unha compensación salarial a cargo da empresa co fin de garantirlle unha media do 85% do seu último salario neto.

A pesar de que mediante convenios de empresa similares, se renunciaba masivamente ás vantaxes logradas no convenio do sector, os propios sindicatos sentiron a necesidade de darlles unha aparencia de legalidade, pois non era pensable, por imposible, un convenio colectivo de sector no que se fixasen para tódalas empresas afectadas unhas mesmas medidas de renuncia a prol de asegura-lo emprego. As esixencias de cada empresa son distintas, e ha de estarse a estas para garantir na empresa o emprego.

Aínda que con diferencias notables entre eles, os pactos colectivos de empresa teñen un mesmo mecanismo de acción, que consiste nun intercambio de concesións: o empresario, en fases de crise da empresa, non reduce o persoal senón que asegura temporalmente postos de traballo e crea, se pode, novos postos dentro de Alemaña e, a cambio, os traballadores fan concesións dirixidas a reducir custos: renuncian ós aumentos de soldo ou mesmo pactan reducións salariais determinadas, aceptan unha redución ou recorte do tempo laboral, da xornada semanal, pactan prexubilacions sen que se cubran os postos que quedan vacantes, etc. Trátase de afrontar situacións específicas de crise de empresa e, polo menos, transitoriamente, garanti-la conservación dos postos de traballo.

E, mediante estes pactos, os traballadores logran mante-lo seu emprego, os empresarios conseguen reducir custos –non incrementando salarios e aforrando as indemnizacións que, en caso de despedimento, habería de pagar- e o Estado libérase de importantes gastos públicos que tería que afrontar, principalmente o pagamento de prestacións e subsidios de desemprego.

De entre as concesións que adoitan face-los traballadores, debe destacarse a redución xeral do tempo de traballo, pois non só permite reparti-lo emprego existente entre o maior número posible de traballadores, como é doadamente

17 ZACHERT, OU., *Lecciones de Derecho del Trabajo Alemán*, (Madrid 1998), traducido ó castelán por MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, F. e MENDOZA LAMEIRAS, N. da versión italiana de *Lezioni di Diritto del Lavoro Tedesco* publicada en 1995 polo Dipartimento di Scienze Giuridiche de la Università degli Studi di Trento, pp. 123 e ss .

contrastable mediante estudos empíricos¹⁸, senón que, á vez, mellora as condicións de traballo e deixa máis tempo libre para a vida extralaboral. De feito, xa na década dos oitenta tratouse de diminuí-lo tempo de traballo semanal a través dunha redución xeneralizada do tempo de traballo, e non só en supostos de crise, mediante convenios colectivos, aínda que con posibilidade de pactar un tempo de traballo distinto por acordo de empresa entre o comité de empresa e a súa dirección. Neste sentido, e como afirma ZACHERT, aínda que en Alemaña o comité de empresa pode pactar acordos colectivos –os chamados “acordos de empresa”–, o art. 74 párr 2 de a *Betriebsverfassungsgesetz* –“Lei de Constitución da Empresa”–, prohibe ó comité impoñer-lo acordo mediante unha loita laboral, polo que a súa posición é máis débil que a dos sindicatos e as patronais frecuentemente interésanse en remitir determinados aspectos do convenio colectivo ó que se dispoña mediante acordo de empresa. E iso a diferenza do art. 87.1 ET español.

A finais dos noventa permítese mediante convenios colectivos certas marxes na xornada de traballo a través do que se coñece como “contas de tempo de traballo”, que posibilita ampliar-lo tempo de traballo semanal, sempre que o exceso se compute a favor de cada traballador, na súa conta personalizada de tempo de traballo, co fin de que se poida acumular un dereito a tempo libre. Mesmo algúns convenios permiten acumular horas para acceder no seu momento á xubilación de forma anticipada

Pero, ademais, existen negociacións institucionalizadas tripartitas entre o Estado, as empresas organizadas e os sindicatos, sobre temas de política macroeconómica. É o que se coñece como “*Bündnis für Arbeit, Ausbildung und Wettbewerbsfähigkeit*” ou “Alianza para o Traballo, a Formación e a competitividade”, creada en decembro de 1998.

A proposta inicial de a “Alianza para o Traballo” foi realizada polo presidente do IG Metall en outubro de 1995 para o sector da industria metalúrxica, comprometéndose a acceder en 1997 a incrementos salariais limitados ó IPC e salarios inferiores para desempregados de longa duración se os empresarios e o goberno federal asumían, pola súa banda, outros compromisos. Os empresarios debían comprometerse a non realizar despedimentos por motivos empresariais, crear novos postos de traballo reducindo as horas extraordinarias, contratar desempregados de longa duración e incrementa-los postos de aprendices. E o Estado debía renunciar a recorta-lo subsidio de desemprego e a restrinxir-los criterios para a concesión da axuda social e garantir, mediante norma, unha oferta de postos de aprendizaxe.

A Alianza para o Traballo pretende ser un pacto interxeracional a longo prazo dirixido a reduci-lo desemprego e a mellora-la empregabilidade a través dunha formación continua. A intervalos de tempo non regulares, o chanceler reúne-se cos representantes empresariais e sindicais para afrontar problemas e buscar solucións

18 ZACHERT, OU., *Medidas de creación y repartición de empleo en Alemania*, RL, 1998-I, p. 1111.

fronte ás taxas de desemprego. Entre os obxectivos propostos están crear novos empregos para os mozos, reduci-la idade de xubilación, reduci-las horas extraordinarias, fomenta-lo traballo a tempo parcial, especialmente para familias en que ámbolos dous cónxuxes traballan e para os traballadores de idade avanzada, etc.

Polo demais, xa dende 1984, e co fin de facilita-lo emprego dos mozos, tratouse de anticipa-la xubilación dos maiores a través de subvencións e incentivos á xubilación anticipada e á xubilación parcial.

O plan de loita contra o desemprego aparece ligado coas reformas do sistema de pensións e do sistema tributario. De Dieter Schulte, presidente da Confederación Sindical Alemana (*Deutsche Gewerkschaftsbund*, a confederación central máis importante do país), partiu a proposta que pretende a redución da idade de xubilación de 65 a 60 anos, a través dun financiamento especial cun fondo achegado en parte polo Estado, en canto que a medida contribúe a reduci-la desocupación, en parte polos empresarios, porque están interesados en contratar traballadores máis novos, e en parte polos propios empregados, que poden renunciar a parte dos seus aumentos de soldo, en canto que a medida lles permite xubilarse anticipadamente. “Isto podería crear un millón de empregos adicionais”¹⁹. E iso malia que a evolución demográfica parece levar a rumbos distintos, é dicir, a manter máis tempo na relación laboral mesmo ás persoas maiores.

Con todo, segue sendo importante a achega da negociación colectiva e, especialmente dos acordos de empresa, á política sobre o mercado de traballo. Os sindicatos tratan, na medida do posible, de redistribuí-lo volume de emprego dispoñible entre o maior número de traballadores, aínda a custa de consentir unha maior flexibilidade das condicións de traballo e custos de contratación do persoal máis favorables para os empresarios. E os comités de empresa vense forzados a facer maiores concesións ós empresarios para asegura-lo emprego, renunciando mesmo a posicións aseguradas polo convenio colectivo, e a pesar de que iso pode formular problemas de xuridicidade²⁰.

En relación coa nova regulación do contrato a tempo parcial contida en a *Gesetz ubre Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge* permítese ós traballadores a relación laboral dos cales leve vixente polo menos seis meses e en empresas que teñan empregados máis de quince traballadores, sen conta-los traballadores en formación (art. 1.8), que poidan esixir unha redución de xornada. E o empresario só pode rexeita-la redución por motivos empresariais. No mesmo sentido e en relación cos pais con responsabilidades familiares, dispónse a obriga do empresario de acceder á redución da súa xornada no parágrafo 15 de a *Bundeserziehungsgeldgesetz*²¹.

19 Véxase, Mano a mano por más trabajo: los pactos por el empleo, en <http://www.publikation-deutschland.de/content/archiv/archiv-esp/99-1/art2.html>.

20 WEISS, M., “Informe alemán”, cit., p. 69.

21 Publicada o 5 de decembro de 2000 no Bundesgesetzblatt.

4. A redución do tempo de traballo en Italia

En Italia o art. 36.2 da Constitución de 1947 establece unha reserva de lei para a determinación da xornada máxima ó prever de modo expreso que a duración máxima da xornada de traballo determinárase pola lei. O real decreto lei nº 629, do 15 de marzo de 1923 sobre “limitacións do horario laboral para os obreiros e os empregados das empresas industriais e comerciais de calquera tipo”, establecía como xornada máxima a de oito horas diarias ou corenta e oito semanais. Este límite era interpretado no sentido de que impoñía unha dobre limitación para a xornada laboral: diario, de oito horas, e semanal, de corenta e oito.

Por outra banda, a xornada laboral redúcese por medio da negociación colectiva. Xa nos anos setenta imponse en xeral unha xornada media de corenta horas semanais. Pouco a pouco vanse introducindo, tamén a través da negociación colectiva, técnicas de flexibilización do horario, polo menos para permitir ó empresario ampliar en determinados períodos do ano en que a súa actividade productiva é maior a xornada pactada en convenio, sempre e cando ese exceso se compensase con períodos de descanso equivalente. Polo demais, reduciuse a xornada semanal media nos convenios ata as 37-38 horas²².

Unha importante intervención lexislativa produciuse coa Lei 196/1997, do 24 de xuño, *Norme in materia di promozione dell 'occupazione*²³. Esta norma prevé no seu art. 13 incentivos á redución do horario de traballo. Fixa a xornada normal de traballo en corenta horas semanais –fronte á anterior, de corenta e oito– e permite expresamente que por convenio colectivo se estableza unha duración menor e un período de referencia de ata un ano, de modo que a xornada normal se entende como media dentro do período de referencia establecido. Deste xeito, flexibilízase a xornada semanal, ó permitirse o seu cómputo en períodos de referencia de ata un ano, aínda que para iso se esixe que se pacte en convenio colectivo. É dicir, óptase pola vía negocial para flexibiliza-la xornada. Nada se di na norma da duración máxima diaria, polo que parece que permanece o vello límite das oito horas diarias da norma de 1923²⁴. O que si prevé é o establecemento por decreto de incentivos á redución da xornada de traballo determinada contractual consistente nunha redución da *aliquote contributive*.

22 Véxase PERONE, G., *La reglamentación del horario de trabajo en Italia*, en www.rau.edu.uy/universidad/inst_derecho_del_trabajo/perone.doc.

23 Coñecida como “paquete Treu”, polo nome do Ministro de Traballo que presentou a medida. Consúltese en <http://www.parlamento.it/>. Publicada en a Gazzetta Ufficiale nº 154 do 4 de xullo de 1997.

24 Neste sentido, sentenza do Tribunal de Pisa do 13 de febreiro de 2001, Riv. it. dir. lav. 2002, II, 74, con nota de E. RIPEPE, citada por PERA, G., PAPALEONI, M., *Diritto del Lavoro*, 7ª ed, Cedam (Padua 2003), p. 533, n. 11.

Estas medidas non se consideraron suficientes, o que deu lugar a unha crise de goberno²⁵, que se pechou mediante o compromiso de presentar, antes do 31 de xaneiro de 1998, un proxecto de Lei que reducise a xornada legal ordinaria de traballo a 35 horas semanais a partir do 1 de xaneiro de 2000. Este proxecto de lei foi aprobado como tal o 24 de marzo de 1998, pero non prosperou. Previa a aplicación da xornada de 35 horas a partir do 2001, pero só a empresas que empregasen máis de 15 traballadores²⁶, e sen facer ningunha referencia á posibilidade ou non de reducir proporcionalmente o salario. Non se esixía que os incentivos á redución estivesen vinculados á creación ou mantemento do emprego e establecíanse desincentivos á prolongación da xornada a través da realización de horas extraordinarias. Polo demais, confirmábase a competencia exclusiva dos convenios colectivos en canto á regulación do réxime ordinario da xornada de traballo. O proxecto previa que antes do 1 de setembro de 2000 o goberno e os axentes sociais comprobarían os efectos das medidas de incentivación á redución do horario de traballo e as consecuencias da fixación da duración da xornada en 35 horas semanais.

No movemento sindical continuou, non obstante, a tendencia a incrementa-las reducións segundo o lema "*lavorare meno, lavorare tutti*". E no ámbito lexislativo, debe facerse referencia finalmente ó Decreto lexislativo nº 66, do 8 de abril de 2003²⁷, de trasposición ó Dereito italiano da Directiva 93/104/CE²⁸. En relación coa xornada ordinaria de traballo o art. 3 a fixa en corenta horas semanais, e permite expresamente reducila por convenio colectivo, así como establecer un período de referencia de ata un ano para fixa-la duración media semanal da xornada ordinaria de traballo. E en canto á duración máxima semanal da xornada, incluídas as horas extraordinarias, o art. 4 remítese ó que establezan os convenios colectivos, co límite das corenta e oito horas semanais de media nun período de referencia non superior a catro meses, salvo que o convenio colectivo eleve este período de referencia a seis ou a doce meses "por razóns obxectivas, técnicas ou inherentes á organización do traballo" -límites que establece a propia directiva-. Segundo o art. 6, nin os períodos de vacacións, nin as baixas por enfermidade, nin as horas extraordinarias que se compensan con períodos equivalentes de descanso retribuído se computan ó efecto.

25 Véxase DE NIEVES NIETO, N., *Notas sobre la reducción del tiempo de trabajo en Francia e Italia*, cit. -BIB 1999358-.

26 Medida criticada por deixar á marxe a numerosas empresas e mesmo polas consecuencias que podería producir en empresas de poucos máis de 15 traballadores, que poderían recorrer ó despedimento para eludi-la obriga de reduci-la xornada.

27 Publicado en a Gazzeta Ufficiale nº 87, do 14 de abril de 2003, suplemento ordinario nº 61.

28 A STJCE do 9 de marzo de 2000 -Asunto C-386/98- condena a Italia por falta de trasposición da directiva en cuestión. A Lei nº 39, do 1 de marzo de 2002 atribuíu ó goberno delegación para traspoñer, antes do 10 de abril de 2003, entre outras, a Directiva 93/104.

5. A redución da xornada semanal en horas e en días en Bélxica

En Bélxica a ordenación do tempo de traballo háxase regulada fundamentalmente polas leis de 16 de marzo de 1971, 4 de xaneiro de 1974 e 17 de marzo de 1987²⁹ e, en relación coa redución do tempo de traballo a 38 horas semanais e á semana de catro días para os traballadores que o demanden, pola lei do 10 de agosto de 2001 sobre conciliación entre emprego e calidade de vida³⁰.

A regra xeral parte de que a duración da xornada de traballo, é dicir, do tempo durante o cal o traballador ten que estar a disposición do empresario, non pode exceder de oito horas diarias nin de corenta horas semanais ou, no seu caso, dos límites inferiores fixados polo correspondente convenio colectivo de traballo. Estes límites non son absolutos, no sentido de que poden ser superados non só recorrendo ás horas extraordinarias senón mesmo aumentando a xornada ordinaria, en ocasións sen autorización especial previa e outras veces mediante real decreto ou acordo da delegación sindical e autorización da Inspección. Así, pódese alcanzar mediante as regulamentacións de traballo das empresas ou convenios colectivos, unha xornada de nove horas diarias en réxime de traballo de cinco días por semana, se se pacta, á marxe do descanso semanal, un descanso adicional de ó menos medio día por semana. O descanso mínimo entre xornadas é de once horas. E prevese que, salvo forza maior, a duración do traballo non poida exceder de once horas diarias –doce se se trata de traballos que non poden ser interrompidos– nin cincuenta semanais. Na maioría dos casos a extralimitación da xornada normal de traballo debe ser compensada con descansos equivalentes retribuídos dentro dun período de referencia de polo menos tres meses. Ademais, existe a posibilidade de fixar horarios flexibles por convenio colectivo, ou, no seu defecto, regulamentación de traballo, sen exceder de nove horas diarias nin corenta e cinco semanais.

Os límites legais máximos de duración da xornada de traballo poden ser reducidos por convenio colectivo, sen que tal redución afecte á remuneración do traballador. Polo demais, en virtude da lei do 26 de xullo de 1996 de promoción do emprego, e con data límite o 31 de decembro de 1998, todo traballador debía beneficiarse, mediante convenio colectivo de traballo, dunha duración semanal máxima de trinta e nove horas, polo menos de media, é dicir, calculadas nun período de referencia maior. Polo tanto, a xornada máxima semanal do traballador redúcese a trinta e nove horas, con posibilidade de mante-la xornada semanal das corenta horas se ese exceso se compensa por convenio colectivo sectorial coa concesión de polo menos seis días de descanso por ano. Ademais, prevese que os traballadores que non se

29 *Moniteur belge*, respectivamente, de 30 de marzo de 1971, 31 de xaneiro de 1974 e 12 de xuño de 1987. Véxase información ó respecto na páxina web do *Ministère fédéral de l'Emploi et du Travail* : <http://www.meta.fgov.be/>.

30 Complementada coa *Loi-programme* do 24 de decembro de 2002 (*Moniteur belge* do 31 de decembro de 2002) e o Real Decreto do 16 de maio de 2003, dirixido a harmonizar e simplifica-los réximes de redución das cotizacións de seguridade social (*Moniteur belge* do 6 de xuño de 2003).

beneficiasen desta redución da xornada ordinaria por convenio colectivo, pasasen igualmente dende o un de xaneiro de 1999 a un réxime de xornada semanal máxima de trinta e nove horas.

Coa lei do 10 de agosto de 2001 introduciuse a redución xeral obrigatoria do tempo de traballo a 38 horas –con efectos a partir do 1 de xaneiro de 2003: sistema subsidiario– así como a posibilidade de introducir por convenio colectivo ou modificación da regulamentación de traballo unha redución colectiva do tempo de traballo por debaixo das 38 horas semanais e da xornada semanal de catro días, ligadas as dúas últimas medidas a un importante sistema de bonificación de cotizacións sociais³¹, en vigor dende o 1 de outubro de 2001. Esta bonificación é maior cando o empresario introduce a semana de catro días xunto cunha redución da duración semanal do traballo por debaixo das 38 horas.

A diminución da xornada non pode repercutir negativamente na remuneración dos traballadores. Aínda que en certo número de casos poden superarse eses límites, o empresario debe conceder períodos de descanso compensatorios de maneira que a duración media semanal da xornada de traballo non supere tales límites nun período de referencia dun trimestre en principio, que pode ser elevado por real decreto, convenio colectivo ou regulamentación de traballo. E, ademais, polas horas de traballo que excedan de nove horas diarias ou corenta semanais –ou dos límites diario ou semanal inferiores fixados por convenio colectivo de traballo– debe pagar un complemento do 50% polas horas extraordinarias efectuadas, ou mesmo do 100% se se realizan en domingo ou día festivo.

Polo demais, a instauración da semana de catro días é unha medida puramente voluntaria de redución colectiva do tempo de traballo. Consiste en implantar por convenio colectivo de traballo ou por regulamentación de traballo un réxime no que a duración semanal de traballo sexa repartido, ben en catro días de traballo por semana, ben en cinco días, traballando tres a xornada completa e os dous restantes a media xornada.

A posibilidade de redución colectiva da xornada laboral –por debaixo das 38 horas semanais ou semana de catro días– pode ser xeral, se afecta a tódolos traballadores da empresa, ou limitada, se afecta a determinados traballadores da empresa, identificables segundo diferentes criterios, como a súa categoría profesional ou a súa idade. Non pode, en cambio, depender dunha decisión individual do traballador ou do empresario.

31 A partir do 1 de xaneiro de 2004 este sistema, que en inicio era sumamente complexo, simplificouse profundamente. Son as chamadas *réductions "groupe-cible"*. Basta, para que o empresario poida beneficiarse da redución das cotizacións sociais, salientar unha serie de informacións complementarias na declaración trimestral á ONSS –*Office national de sécurité sociale*–.

6. A ordenación da xornada no Código do Traballo portugués

A recente Lei nº 99/2003, do 27 de agosto aprobou o Código de Traballo, que entrou en vigor o pasado 1 de decembro de 2003 e regula nos seus arts. 155 e ss. a duración e organización do tempo de traballo. O propio Código fixa os límites legais máximos da xornada ordinaria ou normal de traballo en oito horas diarias e corenta semanais, cun intervalo de quince minutos, que deberá ser retribuído, para poder rematar unha prestación xa comezada e un descanso mínimo entre xornadas de once horas. O traballador ten dereito tamén por lei, polo menos, a un día de descanso por semana, que debe coincidir xeralmente co domingo –o chamado descanso semanal obrigatorio–, e, ademais, pode serlle concedido, en todas ou en determinadas semanas do ano, medio día ou mesmo un día máis de descanso –o chamado descanso semanal complementario–.

Non obstante, permítese expresamente que a xornada ordinaria dos traballadores que presten os seus servizos exclusivamente nos días de descanso semanal dos restantes traballadores da empresa ou centro poida ser aumentado ata en catro horas diarias. E tamén se permite que por convenio colectivo se poida superar tales límites en relación con actividades non lucrativas ou de interese público e con traballos intermitentes ou de simple presenza. De igual modo, por convenio colectivo poden ser reducidos os límites máximos da xornada normal de traballo.

Ademais, prevese a posibilidade de que por convenio colectivo ou mesmo por acordo entre empresario e traballadores se poida defini-la xornada ordinaria de traballo non en termos absolutos senón como promedio nun período de referencia determinado. Este período de referencia, que non pode ser superior a doce meses, pode vir fixado por convenio colectivo. No seu defecto, será en xeral, de catro meses.

Para o suposto de que sexa un convenio colectivo que defina a xornada normal de traballo en termos medios, o límite diario pode ser aumentado ata as doce horas diarias, sen que a duración da xornada semanal poida exceder en ningún caso de sesenta horas, salvo horas extraordinarias por forza maior, nin poida exceder nun período de dous meses de cincuenta horas semanais de media. E se a duración media da xornada ordinaria de traballo se establece por acordo entre empresario e traballadores, a xornada diaria pode alcanza-las dez horas e a semanal as cincuenta, salvo horas extraordinarias por forza maior. Neste segundo suposto, nas semanas en que a duración do traballo sexa inferior a corenta horas, a redución diaria non pode ser superior a dúas horas, salvo que as partes acorden unha redución da semana de traballo en días ou medios días.

Sen prexuízo dos límites anteriores, a xornada media semanal, incluídas as horas extraordinarias, non pode exceder de corenta e oito horas nun período de referencia xeral de catro meses –ou seis en determinados supostos–, salvo que se fixe outro distinto por convenio colectivo, que non pode exceder de doce meses.

Tamén a realización de horas extraordinarias -que só están permitidas por necesidades estruturais da empresa, cando non se xustifique a contratación dun traballador para a súa realización ou por motivos de forza maior- está suxeita ós seguintes límites: por ano a cento setenta e cinco horas nas pequenas empresas e a cento cincuenta nas empresas medias e grandes, salvo que por convenio colectivo se eleve para calquera empresa ata as duascentas horas; por día normal de traballo a dúas horas; e por días de descanso semanal, obrigatorios ou complementarios, ou festivos, ou por medios días de descanso complementario, a un número de horas igual ó período normal de traballo diario ou, no seu caso, ó medio período normal de traballo diario.

	Xornada ordinaria de traballo	Normas Reguladoras
ALEMAÑA	Límites legais de oito horas diarias -48 semanais-, ampliables ata dez sempre que a media da xornada diaria non exceda de oito horas nun período de referencia de seis meses ou 24 semanas. Redución frecuente da xornada de traballo na industria do metal e no sector químico a través dos chamados "pactos polo emprego para evitar despedimentos colectivos. Negociacións entre Estado, empresas e sindicatos: "Alianza para o traballo". Posibilidade de computa-lo exceso do tempo de traballo semanal a favor do propio traballador nunha especie de conta personalizada de tempo de traballo que pode acumular para gozar períodos de descanso ou mesmo anticipar no seu momento a xubilación.	Lei sobre tempo de traballo do 6 de xuño de 1994 - <i>Arbeitszeitgesetz</i> - e Lei de Vacacións mínimas para os traballadores do 8 de xaneiro de 1963 - <i>Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer</i>.
BÉLXICA	Límites legais de oito horas diarias e trinta e oito semanais. Posibilidade de distribución irregular da xornada mediante regulamentacións de traballo das empresas ou convenios colectivos sen exceder de nove horas diarias nin corenta e cinco semanais. Períodos de descanso compensatorios nun período de referencia xeral dun trimestre. Importantes bonificacións nas cotizacións para as reducións colectivas do tempo de traballo por debaixo das 38 horas semanais e/ou a xornada semanal de catro días. Posibilidade de acumular descansos nunha especie de conta de crédito de tempos.	Leis do 16 de marzo de 1971, 4 de xaneiro de 1974, 17 de marzo de 1987 e 10 de agosto de 2001.
FRANCIA	Duración máxima da xornada ordinaria: 35 horas semanais de traballo efectivo de media en cómputo anual e 1600 horas anuais. Duración máxima de traballo: 10 horas por día, 48 por semana e 44 horas semanais de media nun período de referencia de 12 semanas. Bonificacións por redución da xornada de traballo. Posibilidade de capitalizalos períodos de descanso a través da conta de aforro de tempo que permite utilizar estes períodos para vacacións, para traballar a tempo parcial ou para financiar unha formación fóra do tempo de traballo.	L-212 e ss. Código de Traballo: Leis Aubry I (nº 98-461) e II (nº 2000-37, do 19 de xaneiro de 2000) e Lei nº 2003-47, do 17 de xaneiro de 2003.
ITALIA	Límites legais de oito horas diarias e corenta semanais. Posibilidade de flexibiliza-la xornada semanal por convenio colectivo mediante o seu cómputo nun período de referencia de ata un ano. Bonificacións por redución da xornada de traballo determinada contractual.	Arts. 2107 a 2109 Código civil, Real decreto lei nº 629, do 15 de marzo de 1923, Lei 196/1997, de 24 de xuño e Decreto lexislativo nº 66, do 8 de abril de 2003.
PORTUGAL	Límites legais de oito horas diarias e corenta semanais. Posibilidade de fixar mediante convenio colectivo ou acordo de empresa a duración máxima da xornada normal como promedio nun período de referencia máximo de doce meses.	Arts. 155 e ss. Código do Traballo portugués (L nº 99/2003, do 27 de agosto)

	Horas extraordinarias	Descanso diario
ALEMAÑA	Límite máximo da xornada ordinaria, máximo de media semanal e período de referencia aplicable tamén ás horas extraordinarias. Flexibilización: programa de anualización de horas, que permite ós traballadores traballar máis horas á semana nos períodos de maior volume de traballo, sen recibir compensación por horas extraordinarias, e traballar menos horas en períodos de menor volume de traballo, sen que iso afecte á súa retribución.	Intraxornadas: polo menos 30 minutos cando o tempo de traballo exceda de seis horas e 45 minutos canto exceda de nove horas. Interxornadas: once horas.
BÉLXICA	Salvo forza maior, a duración da xornada de traballo, incluídas as horas extraordinarias, non pode exceder de once horas diarias -doce se se trata de traballos que non poden ser interrompidos- nin cincuenta semanais. As que excedan de nove diarias ou corenta semanais complemento do 50% ou mesmo do 100% se se realizan en domingo ou festivo.	Intraxornadas: polo menos quince minutos cando o tempo de traballo exceda de seis horas. Interxornadas: once horas.
FRANCIA	Flexibilización horas extraordinarias para permitir xornadas máis prolongadas -posibilidade de fixar en vía convencional continxente de horas utilizables sen autorización da Inspección de Traballo-. No seu defecto, continxente regulamentario máximo de 180 horas extraordinarias. As que excedan do continente deben ser autorizadas e, no seu caso, compensadas con descansos superiores. Retribución: a falta de acordo cos axentes sociais -aumento mínimo do 10%-, incremento do 25% para as primeiras 8 horas extraordinarias e do 50% para as restantes. Transitoriamente ata o 31 de decembro de 2005 incremento dun 10% para empresas de menos de 20 traballadores. Posibilidade de substituír retribución con descansos compensatorios mesmo superiores.	Intraxornadas: polo menos vinte minutos cando o tempo de traballo exceda de seis horas. Interxornadas: once horas.
ITALIA	Límites legais: dúas horas diarias e doce semanais. Ademais, nas empresas industriais non poden superar, salvo excepcións, as 80 horas trimestrais nin 250 anuais. E a duración máxima da xornada semanal, incluídas horas extraordinarias, non pode exceder de 48 horas semanais de media nun período de referencia non superior en principio a catro meses.	Previstos normalmente nos convenios colectivos.
PORTUGAL	Só se permiten por necesidades estruturais da empresa ou forza maior. Límites legais: dúas horas por día laborable ou un número de horas igual ó período normal de traballo por día de descanso semanal ou festivo; e entre 150 e 175 horas por ano en función da dimensión da empresa (con posibilidade de elevalas a 200 por convenio colectivo).	Intraxornadas: entre unha e dúas horas. Interxornadas: once horas.

	Descanso semanal	Vacacións
ALEMAÑA	Descanso semanal obrigatorio: un día, en xeral coincidente co domingo.	Vacacións mínimas de 24 días laborables por ano natural -sen contar domingos nin festivos- ou parte proporcional por mes traballado. Os convenios colectivos adoitan prever un período de entre 5 e 6 semanas ou mesmo máis. Durante o primeiro ano de traballo só é posible gozar plenamente do dereito a partir do sexto mes, podendo o traballador beneficiarse entre tanto dunha parte proporcional. Posibilidade de máis días para os mozos.
BÉLXICA	Descanso semanal obrigatorio: o domingo, salvo en actividades que poden ser exercidas en domingo.	O número de semanas de vacacións retribuídas depende do tempo traballado no ano anterior. Quen traballou durante todo o ano ten dereito a 4 semanas de vacacións retribuídas durante o ano seguinte, dúas polo menos seguidas entre o 1 de maio e o 31 de outubro. Quen traballou menos á parte proporcional. Posibilidade de máis días para os mozos.
FRANCIA	Un día de descanso semanal obrigatorio, en xeral coincidente co domingo.	O período de vacacións anuais retribuídas é de dous días laborables e medio por mes de traballo, sen poder exceder en total de trinta días laborables -cinco semanas naturais-: non menos de 12 días laborables nin máis de 24 se deben gozar, salvo acordo, de forma continuada entre o 1 de maio e o 31 de outubro. Posibilidade de máis días de vacacións non retribuídas para as nais de familia e os mozos.
ITALIA	Un día de descanso semanal obrigatorio, en xeral coincidente co domingo.	A súa duración pode vir establecida pola lei ou por convenio colectivo e, no seu defecto, polo uso ou costume ou pola equidade.
PORTUGAL	Descanso semanal obrigatorio: un día coincidente preferentemente co domingo. Descanso semanal complementario: medio día ou mesmo un día -en todas ou determinadas semanas do ano-.	Duración mínima de 22 días útiles (de luns a sábado, con excepción dos festivos), ampliables entre un e tres días máis se o traballador ten menos de tres faltas ou de seis medias faltas xustificadas ó traballo no ano correspondente. Posibilidade de renuncia parcial ó dereito a vacacións, sen prexuízo da obriga de gozar polo menos de 20 días útiles de vacacións.



A ORDENACIÓN DO TEMPO DE TRABALHO

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CARACUEL, M.R.

- *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid 1988
- *Comentario al art. 35 ET*, en el volumen “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, dirigidos por Monereo Pérez (Granada, 1998)
- *Comentario al art. 36 ET*, en el volumen “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, dirigidos por Monereo Pérez (Granada, 1998)

ALFONSO MELLADO, C. L. / GARCÍA ORTEGA, J.

- *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1994

ALONSO OLEA, M.

- “¿Es seguridad y salud del medio de trabajo la regulación de la jornada laboral? (Antes y después de Amsterdam”, en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea I*, UCM, Madrid 1999

ALONSO OLEA, M. / TORTUERO PLAZA, J.L.

- *Instituciones de Seguridad Social*, 18ª ed., Civitas, Madrid 2002

BALLESTER PASTOR, Mª A.

- *Estado de la cuestión y perspectivas de los fijos discontinuos en la Administración*, STS en u.d. de 30 de abril de 2001, AL, nº 10, 2003

BEJARANO HERNANDEZ, A.:

- *El derecho a vacaciones anuales retribuidas*, Granada 2002

BODAS MARTIN, R.

- *La jornada laboral*, Madrid, 2002

BORRAJO DACRUZ, E.

- *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social*, RPS, nº 120, 1978
- “Horario flexible”, en AA.VV. (Dir. Borrajo), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo VII, Las jornadas de trabajo, Edersa, Madrid 1982
- “El Estatuto de los Trabajadores reformado (texto integrado con las Leyes 10/1994 y 11/1994)”, en AA.VV. (dir. Borrajo), *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid 1994

CABEZA PEREIRO, J.

- *Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada por lactancia y guarda legal*, REDT nº 100, 2000

- *Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, DL, nº 61, 2000
- *Desempleo de trabajadores fijos periódicos*, AS, nº 12, 2001
- *La perspectiva del tiempo parcial y del trabajo fijo-discontinuo*, AS, nº 22, 2002

CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F.

- *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Comares, Granada 1999

CARCELEN GARCIA, J.:

- *El sistema de trabajo a turnos y su problemática*, Madrid, 2000

CASAS BAAMONDE, M^a.E.

- *El sistema normativo de la Organización Internacional del Trabajo y la Unión Europea*, RL, n 18, 1996
- *Los contratos de trabajo a tiempo parcial: contrato a tiempo parcial, contrato fijo-discontinuo y contrato de relevo. (En torno al artículo 12)*, REDT, nº 100, 2000

CAVAS MARTÍNEZ, F.

- *Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (I y II) Algunas reflexiones sobre el proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de personas trabajadoras*, AS, nº 7 y 8, 1999
- *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial; ámbito subjetivo y situaciones afectadas*, AS, nº 2, 2003

CCOO

- *Observatorio de la negociación colectiva*, CCOO, Madrid 2002

CHARRO BAENA, P.:

- *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral. Origen y evolución histórica. Sistema normativo y configuración jurídica del mismo*, Madrid 1993

CHARRO BAENA, P. y HERRAIZ MARTÍN, M^a.S.

- *Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas*, AS, nº 8, 1998

COLINA ROBLEDO, M.

- "Normativa sobre tiempo de trabajo en el ámbito de la Comunidad Europea", en AA.VV., *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid 1991

COMUNIDADE EUROPEA

- *Cambios en el trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa. Informe* (versión provisional, junio 1998), Ejemplar fotocopiado

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL

- *La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres*, CES, Madrid 2003
- *Memoria sobre la situación socio-económica y laboral de España*, año 2002, CES, Madrid 2003

CONSELLO ECONÓMICO E SOCIAL DE GALICIA

- *Memoria sobre a situación económica e social*, año 2002, CES-Galicia, Santiago de Compostela 2003

CONSELLO GALEGO DE RELACIÓNS LABORAIS

- *Informe sobre a situación sociolaboral da Comunidade Autónoma Galega*, CGRL, Santiago de Compostela 2003

CRUZ VILLALON, J. et altri

- *Estatuto de los Trabajadores comentado*, Madrid, 2003

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.

- *Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva*, RL, n1 4, 1999
- *Horas extraordinarias (en torno al artículo 35 ET)*, REDT, nº 100, 2000

FERNÁNDEZ MARCOS, L.

- *Jornada de trabajo versus seguridad e higiene en la Propuesta de Directiva de 3 de agosto de 1990*, REDT n1 51, 1992

FERNÁNDEZ PRATS, C.

- *Las horas extraordinarias voluntaria sa la luz de las últimas reformas*, AS, V, 1999

FERRANDO GARCÍA, F.M^a.

- *Sobre la Directiva 93/104/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo*, AS 1994-III

FILADORO, C.

- *Il part time*, Milán, 1995

FITA ORTEGA, F.

- *Límites legales a la jornada de trabajo*, Valencia 1999

DE LA FUENTE LAVIN, M.

- *El régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Comares, Granada 2002

GAETA, L.

- *Il telelavoro: legge e contrattazione*, GDLRI, 1995, núm. 68

GALIANA MORENO, J.M^a.

- *El lento camino de gestación de la política social comunitaria: desde el Tratado de Roma a la cumbre de Maastricht*, REDT n1 58, 1993

GÁRATE CASTRO, J.

- *Sobre la adaptación del nuevo Derecho del Trabajo a la familia: un breve apunte*, Ejemplar fotocopiado del texto de la conferencia pronunciada en Santiago de Compostela el 23 noviembre 2000, en el marco de las IV Jornadas compostelanas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

GARCÍA BLASCO, J.

- "Flexibilidad del tiempo de trabajo; jornadas y descansos", en AA.VV., *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, AEDTSS-Marcial Pons, Madrid 1995
- *El papel de la negociación colectiva en el contrato de trabajo a tiempo parcial*, MTAS, nº 18, 1999

GARCÍA NINET, J.I.

- "Ordenación del tiempo de trabajo", en AA.VV. (dir.Borrajo), *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*. Tomo I, vol. 21, Edersa, Madrid 1994
- "La nueva regulación de las horas extraordinarias: su compensación", en AA.VV., *Otras modificaciones del Estatuto de los Trabajadores. Extinción individual y extinciones colectivas de trabajo*, CGPJ, 1995

GARCÍA ORTEGA, J.

- *Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos*, Bosch, Barcelona, 1990

GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I.

- "Jornada de trabajo legal y jornadas convencionales", en VV.AA., *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid 1991
- *El contrato a tiempo parcial*, RL, 1994-I
- *Sobre el derecho de vacaciones*, REDT, núm. 100, 2000

GARRIDO PÉREZ, E.

- *El contrato de relevo*, MTSS (Madrid, 1987), LÓPEZ CUMBRE, L., *Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo. La jubilación al servicio del reparto del empleo*, Tr.S, nº85, 1998

GAUDEMET, Y.

- *Les contrats des solidarité*, Droit Social, n  4, 1982

GÓMEZ ABELLEIRA, F.

- *Las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial*, AS, n   19, 1998

GÓMEZ MUÑOZ, J.M.

- *Las jornadas especiales de trabajo*, Pamplona 1998

GONZÁLEZ BIEDMA, E.

- *La jornada. (En torno al artículo 34)* , REDT, n   100

HANAU, P.

- *La (cautelosa) reforma del mercado laboral en Alemania*, REDT, n   72 (1995), trad. del prof. MI  ANBRES PUIG, C.

HERRERO ALARCÓN, Felix

- "Artículo 111. Cotización adicional por horas extraordinarias" en AA.VV. (SEM-PERE, dir.) *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia 2003

IGARTUA MIR  , M  .T

- *Jubilación parcial y contrato de relevo. Problemas relativos a la interpretación del requisito de estar "desempleado" impuesto al relevista. Comentario a la Sentencia del TSJ de Navarra de 30 de julio de 2002*, AS, n   18, 2002

IGLESIAS CABERO., M.

- "Cómputo de la jornada efectiva de trabajo", en VV.AA., *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid 1991

LÓPEZ CUMBRE, L.

- *Jubilación flexible en la Unión Europea*, RMTAS, 2003, Extra Seguridad Social: jubilación flexible

LOUSADA AROCHENA, J.F.

- *El principio de voluntariedad en el nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, AS, n   6, 2001

MARTÍNEZ MOYA, J.

- *El tiempo de trabajo: una visión jurisprudencial*, RMTAS, n   38, 2002

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, F.

- "Jornada reducida", en AA.VV., *Estudios sobre la Jornada de Trabajo*, ACARL, Madrid 1991

MARTINEZ YÁÑEZ, N.

- *Tiempo de Trabajo y periodo de descanso en la Directiva 03/88/CE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, (en prensa)

MARTÍN PUEBLA, E.

- *La reducción del tiempo de trabajo en Francia. Modificación del contrato y despido en al Ley de reducción negociada del tiempo de trabajo*, RL, 2003, nº 5

MELLA MÉNDEZ, L.

- *Consideraciones sobre el contrato de relevo*, AL, nº 46, 1998
- *Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo*, AS, 1998
- *Comentario general al Acuerdo marco sobre el teletrabajo*, RL, 2003, núm. 1

MERINO SENOVILLA, H.

- "La jornada de trabajo" en AA.VV. (dir. Valdés) *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid 1994

MONREAL BRINGSVAERD

- *Negociación colectiva y modificación de jornada u horario previsto en convenio o pacto colectivo. A propósito de la STS, Sala 4ª, de 5 de junio de 2002*, AL, nº 23, 2003

MONTOYA MELGAR, A. / GALIANA MORENO, J. M^a. / SEMPERE NAVARRO, A. V.

- *Derecho Social Europeo*, Tecnos, Madrid 1994

MORA

- *Il requisiti delle attività "telelavorabili"*, en el volumen "Il telelavoro. Teorie e applicazioni", 2ª edic., Milán 1996

MURCIA CLAVERÍA, A.

- "Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo" en AA.VV. (dir. Valdés) *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid 1994

DE NIEVES NIETO, N.

- *Notas sobre la reducción del tiempo de trabajo en Francia e Italia*, AS, 1999-V
- *La reducción del tiempo de trabajo en Francia: la segunda Ley Aubry de 19 de enero de 2000*, AS, 2000, nº 20

ORTIZ LALLANA, C.

- *Algunos problemas del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial*, RL, nº 15-6, 1998

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.

- “Voluntariedad y obligatoriedad en la prestación de las horas extraordinarias”, en AA.VV., *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid 1991

PANIZO ROBLES, J.A.,

- *La nueva regulación de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial (Comentarios al Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre)*, RMTAS, 2003
- *De nuevo sobre la jubilación flexible (Comentario a los Reales Decretos 1131/2002 y 1132/2002)*, RL, nº 1, 2003

PEREZ AMOROS, F.

- *Trabajo nocturno y a turnos y ritmo de trabajo*, REDT, núm. 100

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.

- *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Civitas, Madrid 1994

PERA, G., PAPALEONI, M.

- *Diritto del Lavoro*, 7ª ed, Cedam, Padua 2003

PERONE, G.

- *La reglamentación del horario de trabajo en Italia*, en www.rau.edu.uy/universidad/inst_derecho_del_trabajo/perone.doc.

PRADOS DE REYES, F. J.

- *El tiempo de trabajo en la normativa comunitaria*, DL, n1 43, 1994
- *La ordenación del tiempo de trabajo en la Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, RL, n1 8, 1996
- *Cláusulas de contratación y empleo en la negociación colectiva*, DL, nº 64, 2001

RABANAL CARBAJO, P.

- *A teoría jurídica sobre vacaciones*, DL, 62
- “Tiempo de trabajo del personal estatutario de la Seguridad Social”, en AA.VV., *Personal Estatutario de la Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2000

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.

- “El trabajo a tiempo parcial”, en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo III, EDESA, Madrid 1985

RAY, J. E.

- *Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination*, DS, 1992, núm. 1

DEL REY GUANTER, S. (director) et altri

- *La reordenación del tiempo de trabajo*, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, Madrid 1998

- *El estado actual de la negociación colectiva en España (Balance y perspectivas)*. Informe de la Comisión consultiva nacional de convenios colectivos, Madrid 2003

DEL REY GUANTER, S./ GALA DURÁN, C.

- *La regulación de la jubilación gradual y flexible: análisis del contenido de la Ley 35/2002, de 12 de julio y de los RR.DD. 1131 y 1132/2002, de 31 de octubre*, RL, nº 11, 2003

DEL REY GUANTER, S./ VALVERDE ASENCIO, A.

- *La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenido*, RMTAS, nº 18, 1999

RIVERO LAMAS, J.

- *Régimen de la jornada y de los horarios en la reforma del Estatuto de los Trabajadores*, DL n1 47, 1995

ROA RICO, L.F.

- "Artículo 35. Horas extraordinarias", en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo VII, Edersa, Madrid 1982

RIZZO, R..

- *Introduzione*, en el volumen "Telelavoro. L'ufficio a distanza", Roma 1995

RODRIGUEZ PASTOR, G.

- *La modificación del horario del trabajo*, Valencia 1997

- *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.

- *Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario*, RL, nos 15-6, 1998

- *Las horas complementarias*, RMTAS, nº 18, 1999

- *La flexibilidad de la edad de jubilación (y III): jubilación aplazada y jubilación gradual*, RL, nº1, 2003

SALA FRANCO, T.

- *La jornada partida*, en el volumen "Estudios sobre la jornada de trabajo", Madrid, 1991

- *Trabajadores con responsabilidades familiares y contrato de trabajo*, Tribuna Social, nº 14, 1992

SELLAS I BENVINGUT, R.

- *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, Navarra 2001

SEMPERE NAVARRO, A.V.

- *El marco jurídico de las "horas extras"*, AS, nº 17, 2001
- *Una primera reflexión sobre la jubilación "flexible"*, AS, nº 12, 2002

SEMPERE NAVARRO, A. V. y CHARRO BAENA, P.

- *Las vacaciones laborales*, Navarra 2003

TUDELA CAMBRONERO, Gr.:

- *Horario flexible: reflexiones críticas sobre su concepto y posibilidades de implantación*, en el volumen AAVV "Estudios sobre la jornada de trabajo", Madrid, 1991

VALDÉS DAL RÉ, F.

- *Una nueva modalidad de jornada de trabajo: las horas complementarias en el contrato de trabajo a tiempo parcial (I)*, RL, nº 20, 1999
- *Una nueva modalidad de jornada: las horas complementarias en el contrato de trabajo a tiempo parcial (II)*, RL, nº 21, 1999

VENEZIANI, B.

- *Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato*, GDLRI, 1987

DE LA VILLA GIL, L. E.

- "El concepto de hora extraordinaria", en AA.VV., *Estudios sobre la ordenación del tiempo de trabajo*, ACARL, Madrid 1991

VV.AA. (coord SUPIOT, A.)

- *Trabajo y empleo: transformaciones del trabajo, futuro del Derecho del trabajo*, informe para la Comisión Europea, bajo la coordinación de la Universidad Carlos III de Madrid, Tiranto lo Blanch, Valencia 1999

WEISS, M.

- "Informe alemán", en AAVV *Dialéctica empleo-desempleo y Derecho social*, Bosch-ESADE, Zaragoza 1999

YANINI BAEZA, J.

- *La contratación para trabajadores fijos discontinuos*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998

ZACHERT, U.

- *Lecciones de Derecho del Trabajo Alemán*, (Madrid 1998), traducido al castellano por MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, F. y MENDOZA NAVAS, N. de la versión italiana de *Lezioni di Diritto del Lavoro Tedesco* publicada en 1995 por el Dipartimento di Scienze Giuridiche de la Università degli Studi di Trento
- *Medidas de creación y reparto de empleo en Alemania*, RL, 1998-I



CONSELLO GALEGO
DE RELACIÓNS LABORAIS



XUNTA DE GALICIA
CONSELLERÍA DE ASUNTOS SOCIAIS,
EMPREGO E RELACIÓNS LABORAIS



XACOBEO 2004
Galicia

