

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

EL NUEVO ESCENARIO EN MATERIA DE  
TIEMPO DE TRABAJO

XXXVIII JORNADAS UNIVERSITARIAS  
ANDALUZAS DE DERECHO DEL  
TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

Santiago González Ortega  
Coordinador

62



**Junta de Andalucía**

Consejería de Empleo, Formación  
y Trabajo Autónomo

CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES



**Andalucía**

ORIGEN & DESTINO

*Quinto Centenario de la Primera Viaja al Mundo*



MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

EL NUEVO ESCENARIO EN MATERIA DE  
TIEMPO DE TRABAJO

XXXVIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS  
DE  
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

## MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Dirección:

Ángel Javier Gallego Morales

Jesús Cruz Villalón

Sebastián de Soto Rioja

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

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2020

© Los autores, 2020

ISBN: 978-84-09-24408-9

Impresión y maquetación: GM Technology, S.L.

Depósito Legal: SE 1897-2020

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

EL NUEVO ESCENARIO EN MATERIA DE  
TIEMPO DE TRABAJO

XXXVIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS  
DE  
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA  
COORDINADOR

62



**Junta de Andalucía**

Consejería de Empleo, Formación  
y Trabajo Autónomo

CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES



## ÍNDICE DE LA TARJETA DE MEMORIA

PRÓLOGO AL LIBRO “EL NUEVO ESCENARIO EN MATERIA DE TIEMPO DE TRABAJO” (XXXVIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES).....	11
Santiago González Ortega	
ACUERDO DE COMITÉ CIENTÍFICO DE LAS XXXVIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE RELACIONES LABORALES .....	19
ZERO HOURS CONTRACTS: LA FLEXIBILIDAD ABSOLUTA DEL TRABAJO EN LA ERA DIGITAL .....	21
Amparo Esteve-Segarra	
EL CONTROL DEL CÓMPUTO DE LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA EN EL SECTOR DE LA FABRICACIÓN DEL AUTOMÓVIL .....	41
Jesús de Val Arnal	
EL CONCEPTO DE DISPONIBILIDAD Y SU CONSIDERACIÓN COMO TIEMPO DE TRABAJO: DELIMITACIÓN.....	65
Pierre-Henri Cialti	
EL INFARTO DE MIOCARDIO DERIVADO DE LA ORGANIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO.....	85
María del Carmen Macías García	

LOS AVANCES TECNOLÓGICOS Y SUS PRINCIPALES IMPLICACIONES SOBRE EL TIEMPO DE TRABAJO, EL EMPLEO ATÍPICO Y LAS NUEVAS FORMAS DE TRABAJO .....	111
Miguel Ángel Gómez Salado	
TELETTRABAJO: CRITERIOS FORMATIVOS PARA UNA ORGANIZACIÓN ERGONÓMICA DEL TIEMPO DE TRABAJO.....	139
Julio Miño Terrance	
EL CONCEPTO DE TIEMPO DE TRABAJO Y SU DELIMITACIÓN COMO TRABAJO EFECTIVO POR LA JURISPRUDENCIA.....	167
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano	
NUEVAS FORMAS DE TRABAJO EN LA ERA DIGITAL TIEMPO DE TRABAJO: LOS CASOS SINGULARES DE UBER, GLOVO Y SANDEMAN'S .....	191
Alejandro Zalvide Bassadone	
CONCILIACIÓN, CONEXIÓN DIGITAL Y TRABAJO A TIEMPO COMPLETO: UN TRIÁNGULO CUASI PERFECTO .....	207
Olga García Coca	
LA ANOMALÍA DE LA ACUMULACIÓN DE LA JORNADA DEL JUBILADO PARCIAL: ALGUNAS MANIFESTACIONES EN SEGURIDAD SOCIAL.....	223
Margarita Arenas Viruez	
EL DERECHO DE ADAPTACIÓN DE LA JORNADA PARA CONCILIAR LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL EX ARTÍCULO 34.8 ET: LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE .....	243
Enrique Costoya Allegue y Luis Ocaña Escolar	
EL CONTROL SINDICAL DEL TIEMPO DE TRABAJO A TRAVÉS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA .....	267
José Manuel Sánchez Torrado	
LOS SISTEMAS BIOMÉTRICOS DE REGISTRO DE JORNADAY LA (DES) PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA DEL TRABAJADOR .....	281
Lucía Aragüez Valenzuela	
EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL REGISTRO DE JORNADA TRAS EL REAL DECRETO-LEY 8/2019, DE 8 DE MARZO .....	303
Sara Guindo Morales	
PROTECCIÓN DE DATOS Y ACCESO DE LA REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AL REGISTRO DE JORNADA .....	325
Rafael Gómez Gordillo	



LOS INTERESES EN JUEGO EN EL CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO Y SU PROLONGACIÓN .....	345
Juan Pedrosa González	
LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN LA INDUSTRIA 4.0 .....	355
Djamil Tony Kahale Carrillo	
TIEMPO DE TRABAJO Y CONTROL HORARIO: CUESTIONES CONFLICTIVAS EN TORNO A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.....	371
Belén del Mar López Insua	
LA PROBLEMÁTICA EN TORNO AL CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES.....	395
Gonzalo Narvárez Turci	
ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA IMPLANTACIÓN DEL REGISTRO DE JORNADA Y CONTROL HORARIO EN ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO.....	411
Juan José Pérez Calero	



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

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

*Coordinador de las Jornadas y miembro del Comité Científico*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

Sevilla, septiembre de 2020

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

En Sevilla, a 13 de diciembre de 2019, reunido el Comité Científico de las XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales.

Tras las correspondientes deliberaciones y análisis de los textos de las diversas ponencias específicas presentadas, que en la presente convocatoria han ascendido a 24, y teniendo en cuenta el interés y relevancia del tema abordado, la identificación de cuestiones significativas para el debate doctrinal, y la claridad argumental y expositiva,

### A C U E R D A N

Otorgar el Premio a la mejor ponencia específica ex aequo, a:

- **D<sup>a</sup> Rosa Martín Muñoz, por su trabajo “Tiempo de trabajo y desconexión digital”**

y a:

- **D. Francisco Vigo Serralvo, por su trabajo “Recusaciones dogmático jurídicas al tiempo de presencia”**

Otorgar 2 premios de accésit entre las ponencias específicas presentadas a:

- **D<sup>a</sup> Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado, por su trabajo “ El control de las personas trabajadoras a través de la tecnología portátil en la era digital: tiempo de trabajo y derecho a la intimidad ”**
- **D. José Bascón Marín, por su trabajo “El cálculo de los periodos cotizados y la integración de lagunas en los trabajadores a tiempo parcial. Una regulación discriminatoria y desfavorable”**



**PONENCIA ESPECÍFICA**  
**ZERO HOURS CONTRACTS: LA FLEXIBILIDAD ABSOLUTA**  
**DEL TRABAJO EN LA ERA DIGITAL**

*Amparo Esteve-Segarra*  
*Profesora Titular de Universidad. Universitat de València*

1. Origen y consolidación de los zero hours contracts
2. La controversia sobre los ZHC
3. El tratamiento legal de los ZHC en el Reino Unido
  - 3.1. Su compleja calificación contractual
  - 3.2. La aspiración de ser calificado como worker en el caso de determinados independent contractors con ZHC y los derechos que conlleva
4. Conclusiones y perspectivas en la Unión Europea: el giro que supondrá la Directiva sobre condiciones laborales transparentes en países de la Unión

Palabras claves: Contratos de cero horas, relación laboral, tiempo de trabajo, flexibilidad, economía de los pequeños encargos

Keywords: Zero hours contracts, labor relation, working time, flexibility, gig economy

**RESUMEN:** El objetivo de la ponencia específica es analizar los zero hours contracts como forma de flexibilidad del tiempo de trabajo originarias del derecho anglosajón. Son contratos donde el empleador no garantiza un mínimo de trabajo y el que ofrece su fuerza de trabajo puede rechazarlo, desdibujando la tradicional calificación contractual de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia. Se han extendido para todo tipo de profesiones no configuradas originalmente como freelance. Como la fórmula más absoluta de trabajo a demanda son ampliamente utilizados por empresas tradicionales y en empre-

sas basadas en plataformas digitales de prestación de servicios, y demandados por estas mismas empresas en otros países. Frente a este desiderátum, el desarrollo de los zero hours contracts ha sido desaconsejado por resoluciones del Parlamento europeo sobre trabajo decente. Sin embargo, estos existen ya en diversos países de la Unión Europea, y han sido indirectamente validados por el Tribunal de Justicia europeo, lo que abre un amplio debate. La Directiva de 2019 sobre condiciones laborales transparentes abre un nuevo escenario para este tipo de relaciones de trabajo.

**ABSTRACT:** The objective of the article is to analyze the zero hours contracts as a way of flexibility in working time. They are originated in Common Law. They are contracts where the employer does not guarantee a minimum of work and the one that offers his work force can reject it. They are blurring the traditional contractual qualification of employees or self-employed. They have been extended to all types of professions not originally configured as freelance. Starting from the legal treatment that is very limited, the contractual qualification of the workers in zero-hour contracts is analyzed, whose categories in the common law world do not have an exact correspondence with the employed or self-employed work of our system. As the most wide way of work on demand are widely used by traditional companies and companies based on digital platforms for the provision of services, and demanded by these same companies in other countries. Faced with this desideratum, the development of zero hours contracts has been discouraged by resolutions of the European Parliament on decent work. However, these already exist in various countries of the European Union, and have been indirectly validated by the European Court of Justice, which opens a wide debate. In 2019, the new Directive about transparent working conditions opens a new scenario for this type of work relationship.

## 1.- ORIGEN Y CONSOLIDACIÓN DE LOS ZERO HOURS CONTRACTS

En países anglosajones, los llamados coloquialmente zero hours contracts (en adelante, ZHC) son contratos en los que el empleador declina establecer una cantidad de trabajo mínima garantizada y el prestador de servicios no tiene la obligación de aceptar el trabajo ofrecido. Los ZHC constituyen en su forma más pura, la vía para dotarse de un personal lo más flexible posible mediante un trabajo a llamada con una disponibilidad absoluta del trabajador durante determinados períodos de tiempo. Una variante pueden ser los acuerdos con un mínimo de horas garantizado como base, pero sin fijar un máximo<sup>1</sup>.

De hecho, la palabra inglesa free-lance, que se maneja como sinónimo para un tipo de trabajador autónomo, deriva de la época en que los mercenarios se alquilaban, junto con sus lanzas, para librar batallas por dinero. Al igual que antaño con esos guerreros, este tipo de trabajadores independientes, que podían ser, por ejemplo, intérpretes, trabajadores en el mundo de la cultura o del ocio, a veces se alquilarían con sus herramientas de trabajo. Habrían sido trabajadores a llamada, para atender tradicionalmente necesidades de servicio fluctuantes, siempre pagados por unidad de obra. Dando un giro a su carácter marginal y para atender puntas de actividad no cubiertas con el personal de plantilla, los ZHC han experimentado un rápido crecimiento<sup>2</sup>, en todos los sectores tanto privados como públicos<sup>3</sup>. Muchas empresas han dado una impronta innovadora al arte moderno de la flexibilización de su personal, convirtiendo en freelance a profesiones que tradicionalmente no han tenido este carácter. De manera que en cada vez más compañías se consolidaría una propensión a crear un banco de trabajadores a llamada, que los empleadores pueden llamar en horas punta y enviar de vuelta a casa durante los períodos sin trabajo. Estas pools se justificarían sobre la base de que las corporaciones precisarían de formas de trabajo que permitan una respuesta a necesidades de mano de obra, en particular ante situaciones inesperadas de fluctuación del trabajo. Y una tendencia que no puede pasarse por alto es que han dejado de utilizarse para necesidades imprevistas de trabajo, generalizándose su uso tanto para desempeñar trabajos cualificados (desde médicos y demás personal sanitario, profesores

---

<sup>1</sup> La doctrina ha denunciado que en ocasiones esta variante se ha realizado para eludir alguna prohibición, como la de impedir al trabajador prestar servicios para otros empleadores. Esta variante se señala en Painter W. R. and Holmes A.E. M. (2015), p. 61.

<sup>2</sup> Téngase en cuenta que en un informe gubernamental del año 2013 en Reino Unido, ya se aludía a un crecimiento de este tipo de contratos en los cinco años anteriores. Recuperable en: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/267634/bis-13-1275-zero-hours-employment-contracts-FINAL.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/267634/bis-13-1275-zero-hours-employment-contracts-FINAL.pdf). De manera que las estadísticas cifrarían en alrededor de un 3% de los trabajadores. Respecto al número de trabajadores afectados, algunas instancias estiman el número de personas contratadas bajo esta modalidad en alrededor de un millón. Vid CIPD, p. 4. Aunque existen variaciones en otros estudios, casi todas las estadísticas son coincidentes en el incremento en el uso de este tipo de contratos. Vid. estadísticas de la Office for National Statistics (ONS).

<sup>3</sup> Por ejemplo, su utilización prevalente se ha producido en sectores de empleo público (en particular, en trabajos sociales o en el ámbito de salud), distribución, alojamiento y la industria de servicios alimentarios. Datos extraídos de Consultation: zero hours contract, p. 9-10. Recuperable en: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/267634/bis-13-1275-zero-hours-employment-contracts-FINAL.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/267634/bis-13-1275-zero-hours-employment-contracts-FINAL.pdf)

universitarios, trabajadores sociales, periodistas, contables...) como no cualificados (limpiadores, personal de mantenimiento, vendedores,...).

Una forma de trabajo criticada por encubrir bajo un revestimiento de hiperflexibilidad, un fondo de explotación y vulnerabilidad laboral que recordaría tiempos de Dickens en cuanto a las condiciones de trabajo de los antiguos servants, eso sí, tecnológicos y permanentemente conectados como “mobile servants”. Sin embargo, desde otra perspectiva diametralmente opuesta, en casi todos los países anglosajones, se considera que los ZHC son también beneficiosos para empresas y trabajadores. En este sentido, se suele poner el acento en que no toda persona desea un trabajo típico, regular y a tiempo completo, pues son realizados en muchos casos por estudiantes o mujeres que combinan el trabajo a tiempo completo con el cuidado de niños o personas interesadas en prolongar su vida activa<sup>4</sup>.

Estos contratos existen en diversos países de la Unión, como Irlanda, país elegido estratégicamente, por su régimen fiscal y laboral, como sede social de muchas corporaciones internacionales. También, fuera del mundo anglosajón, en Italia, que ha importado esta forma de trabajo a llamada para determinados tipos de trabajadores por cuenta ajena, en particular para grupos de edad con altas tasas de desempleo como los jóvenes o trabajadores de edad avanzada. Se introduciría en dicho país el trabajo on call de forma limitada, para trabajadores jóvenes menores de 25 años y trabajadores mayores de 45 años. Estos polémicos contratos han sido confrontados al Derecho Comunitario y examinados por el Tribunal de Justicia en una interesante posición<sup>5</sup>.

---

4 Según los estudios del “Labour Force Survey” (LFS) las personas con este tipo de contratos son mayoritariamente mujeres, jóvenes veinteañeros y ancianos. Recuperable en: <https://www.ons.gov.uk/employmentandlabourmarket/peopleinwork/earningsandworkinghours/articles/contracts-thatdonotguaranteeaminimumnumberofhours/april2018>.

5 La regulación italiana ha sido cuestionada en relación con un concreto aspecto confrontándolo con la Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Se trata del despido automático al alcanzar el trabajador joven contratado en esta modalidad de contrato la edad de 25 años. En el caso *Abercrombie & Fitch Italia Bordonaro C-143/16*, Sentencia de 19 de julio de 2017, el Tribunal de Justicia consideró que el trabajador demandante tenía la condición de worker y no podía ser considerado un trabajador marginal, y por tanto, era de aplicación la Directiva. En segundo lugar, se razona por el Tribunal de Justicia que el art. 34 del decreto legislativo italiano provocaba un trato menos favorable, pues los trabajadores menores de 25 años, podían ser contratados en esta modalidad contractual sin ninguna condición, pero su contrato finalizaba automáticamente al alcanzar los 25 años. Sin embargo, el punto de mayor interés y controversia es que el Tribunal de Justicia reputó legítima la finalidad de facilitar la entrada de jóvenes en el mercado de trabajo y su adquisición de experiencia profesional mediante un trabajo a llamada. La sentencia apuntaló la posición del gobierno italiano y fue más lejos de la posición del abogado general con tres argumentos. El Tribunal admite que los empresarios pueden ser animados a contratar jóvenes, al poder usar a trabajadores de un modo más flexible y barato que los contratos típicos. En segundo lugar, en un contexto de un mercado de trabajo como el italiano, puede ser preferible para una persona joven tener un trabajo flexible y temporal, que estar desempleado. El tercer argumento utilizado por el Tribunal es que si la posibilidad de despedir a un trabajador a los 25 años no existiera, de manera que el empleador debería mantener a esos trabajadores, no estaría en la posición de ofrecer un nuevo empleo a los trabajadores menores de 25 años.



Dicho contrato levantaría ampollas desde una perspectiva progresista y ha sido desaconsejado desde la perspectiva del trabajo decente. De entrada, el Parlamento Europeo ha apostado por establecer límites al trabajo a demanda, y en particular, indica que no deberían permitirse los ZHC<sup>6</sup>. Más recientemente, la Directiva 2019/1152, sobre condiciones de trabajo transparentes y predecibles<sup>7</sup> establece cortapisas a los mismos y no los considera una buena base de trabajo (cfr. considerando 47). Pero tiene el hándicap de que sólo se aplica en las relaciones por cuenta ajena.

En países como España no sería admisible al posibilitar la definición de las obligaciones del contrato en manos de la parte fuerte de la relación. Además, la regulación ibérica sólo permite una distribución irregular de la jornada y una ampliación topada y reglamentada de las horas de trabajo en los contratos a tiempo parcial y a tiempo completo (arts. 12, 34, 35 y 37 ET). Aunque teóricamente podría pactarse un cumplimiento de la jornada flexible al amparo del art. 45 ET, este tipo de pactos plantean dudas desde la perspectiva del respeto a los mínimos legales.

Ante una eventual introducción de una fórmula de contratos de cero horas, con una modificación de la normativa laboral para permitir la atribución de trabajo y salario a demanda, que sólo comporte prestar servicios y abonar la retribución cuando la empresa requiere al trabajador, la doctrina científica con unanimidad se ha mostrado contraria a que se permita esta modalidad de contratación<sup>8</sup>. La posibilidad de usar ZHC no es válida en nuestro país dentro de los moldes de trabajo por cuenta ajena, aunque sí en el trabajo por cuenta propia, donde ni siquiera en el caso de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, existe una garantía de trabajo mínimo o de horas para el empresario cliente. Por el contrario, se permite que las empresas utilicen a estos trabajadores sólo y cuando los necesitan.

Un erróneo punto de partida podría considerar carente de provecho el estudio de una especie jurídica foránea, a no ser desde una perspectiva puramente iuscomparatista, como una curiosidad científica de analizar una relación contractual informal que existe en otros países además de los ya citados, como Estados Unidos, o Australia<sup>9</sup>. No es intrascendente remarcar que las políticas gubernamentales en estos países han perseguido precisamente

6 European Parliament resolution of 19 January 2017 on a European Pillar of Social Rights (2016/2095 (INI) y resolution of 4 July 2017 on working condition and precarious employment (2016/2221 (INI)).

7 Para su análisis, Monereo y Pérez Bernat, (2018).

8 Ginés i Gálvez (2016), p. 39, desaconsejan la introducción de los contratos de cero horas, si bien apuestan porque en el caso hipotético de que se regulasen, deberían establecerse mecanismos de garantía como porcentajes máximos de contratos de este tipo, derecho preferente a ocupar un vacante a tiempo completo o limitaciones al uso de estos contratos. También en contra de este tipo de contratos por su carácter ultraflexible Hernández (2016), p. 14; o, García Rubio (2018), p. 189. Esta investigadora consideraría un retroceso que el Derecho del Trabajo desandase hacia dicha modalidad de contratación (en cursiva en el original).

9 Vid. On-call work and “zero hours” contracts, ILO, 2004. Recuperable en [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_170714.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_170714.pdf)

un tratamiento más individualista de las relaciones de trabajo como antítesis a una determinación colectiva del salario y de las relaciones laborales. Y ello mediante tres líneas paralelas: salarios flexibles y pago por resultados, permisibilidad de contratos informales y uso de los contratos individuales como fuente reguladora principal de la relación. Los ZHC se basarían en estos tres axiomas como la forma más absoluta de flexibilidad en el trabajo. Además, los ZHC revisten interés para un laboralista con una tradición no anglosajona, desde una configuración geográficamente mucho más próxima.

En primer lugar, las empresas internacionales, especialmente británicas y norteamericanas, pero también de otras nacionalidades, están utilizando modelos contractuales legales en el common law como base para relaciones de trabajo. Y esta estrategia transnacional de aplicar contratos informales propios de países caracterizados por una intervención muy limitada de la economía capitalista, tiene secuelas en el ámbito laboral en un doble sentido. Por una parte, han existido supuestos con repercusión mediática que ilustran de hasta dónde se pueden sentir los efectos de las prácticas laborales de unos países en otros territorios lejanos del epicentro donde se admiten la legalidad de los ZHC. Los usuarios de una compañía aérea o todo el sector turístico de un país situado a miles de kilómetros, pueden verse perjudicados por una cuestión jurídica como la legislación aplicable a las relaciones laborales seleccionada estratégicamente por algunas compañías para ubicarse en los sistemas laborales más flexibles, como ya acontece a la hora de seleccionar paraísos fiscales o países que ofrecen a las compañías una menor tributación<sup>10</sup>.

Por otra parte, además del efecto boomerang y de la extraterritorialidad de los ZHC en un mundo globalizado, estos contratos están llamados a tener gran importancia en el ámbito de la llamada economía digital, donde se producen cada vez más trabajos on-call work. Muchas empresas de la gig economy han contratado individuos como self-employed contractors bajo fórmulas de trabajo on demand. El rechazo a la consideración como autónomos de los prestadores de servicios a través de empresas que utilizan las plataformas digitales para facilitar el acceso a bienes o servicios, que se ha producido en algunos países<sup>11</sup>, o la mala publicidad asociada a la falta de reconocimiento de derechos laborales, ha movido el foco de los independent contractors a los ZHC, que comparten con los primeros la absoluta libertad del prestador del servicio de determinar el volumen y el momento de su trabajo. Cuando los tribunales han declarado que las plataformas no son meros intermediarios tecnológicos que se limitan a conectar clientes con los prestadores de servicios, en una perfecta empresa sin empleados, se ha producido una nueva huida a los ZHC, en los países donde están permitidos. En España es previsible un acercamiento a este molde mediante contratos laborales con pactos contractuales de trabajo a llamada, donde los parámetros de lugar, tiempo y control de trabajo se moverían fuera del marco clásico.

---

10 Sirva de ejemplo algunas aerolíneas low cost, que emplean habitualmente ZHC para la contratación de personal. Uno de los casos con mayor repercusión mediática fue el de Ryanair. La empresa considerada pionera y famosa por sus bajos precios, pero también por las malas condiciones laborales de sus empleados, habría tenido que cancelar muchos vuelos en el verano de 2017 por una huida de trabajadores (en particular, pilotos) sometidos a prácticas de ZHC hacia otras compañías.

11 En España, la Inspección de Trabajo ha instado la reclamación de cotizaciones impagadas por la existencia de falsos autónomos. Vid. [https://elpais.com/economia/2018/01/25/actualidad/1516872608\\_921888.html](https://elpais.com/economia/2018/01/25/actualidad/1516872608_921888.html)

No se olvide que detrás del trabajo en plataformas hay un claro modelo laboral, o si se quiere una huida de los modelos clásicos para ofrecer empresarialmente un servicio, en el que las plataformas digitales de las corporaciones maximizan la reducción de responsabilidades empresariales en dos aspectos esenciales del ciclo económico: el productivo y el de distribución. El esquema tiene como elemento crucial un trabajo a llamada de “prestadores de servicios”, en los términos arbitrariamente imprecisos y vagos con que se califica a los que desarrollan su trabajo personal en estos contratos y se alquilan para cada trabajo. En los países anglosajones, los ZHC son un tipo de contrato informal, cuya calificación contractual se complica pues pueden haber diversos estatutos de trabajadores bajo esta forma de contratación, que abarca a trabajadores por cuenta propia y a trabajadores por cuenta ajena, en las categorías clásicas, que el mundo virtual ha desdibujado en una amplísima zona gris. Esta versatilidad es una ventaja para las empresas que utilizan ZHC. Como un tipo de trabajo informal, que no tiene por qué establecerse por escrito, no son un contrato reglado dentro de la modalidad de los indefinidos (*indefinite contract*) o de los temporales (*fixed-term contract*). Ni siquiera están claramente adscritos al trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia. Y como quiera que los trabajos pueden ser desarrollados a tiempo completo o a tiempo parcial, tampoco pueden ser estandarizados desde esta perspectiva, aunque los datos estadísticos indican una clara prevalencia del trabajo a tiempo parcial<sup>12</sup>.

Este molde contractual se mueve en una casi indefinición laboral, con un régimen de gran libertad y muy sujeto a los pactos contractuales. Los ZHC funcionan con parámetros distintos al trabajo clásico en términos de salario, tiempo y lugar de trabajo, y, por ende, reducen prácticamente a cero las responsabilidades empresariales. El molde contractual de los ZHC, se ajusta casi perfectamente a las necesidades de las plataformas virtuales o apps, que se basan en las posibilidades tecnológicas abiertas por la red para conectar digitalmente a oferentes de servicios con clientes, pues hay una demanda de un trabajo irregular y fluctuante en función de los requerimientos de los clientes, y la posibilidad de los prestadores de servicios de aceptar o rechazar (*take or leave*) el servicio.

En tercer lugar, otros argumentos apuntalan el interés del análisis de los ZHC. Por ejemplo, las estadísticas muestran que el Reino Unido es el principal país de emigración laboral, y estos contratos son ampliamente utilizados entre los jóvenes<sup>13</sup>. Pero además de ello, los ZHC han estado en el centro del debate sobre los pros y contras de sistemas flexibles del mercado de trabajo como los anglosajones, de la regulación del tiempo de trabajo y del trabajo decente.

---

12 Según los estudios del LFS, el número promedio de horas suele ser de 25 horas a la semana. La influencia de estos datos estadísticos muestra que los ZHC se utilizan generalmente para complementar otra ocupación principal; bien sea la atención de niños o familiares, estudios, ocio o necesidad de completar sus ingresos en el caso de las personas que están trabajando más allá de la edad de jubilación. Recuperable en: <https://www.ons.gov.uk/employmentandlabourmarket/peopleinwork/earningsandworkinghours/articles/contractswithnoguaranteedhours/2015-09-02>.

13 Vid datos en la prensa. Entre otros, información recuperable en: <http://www.euro-papress.es/sociedad/noticia-paises-emigran-espanoles-otras-respuestas-inmigracion-graficos-20141210180024.html>

Pero no sólo los tiempos económicos actuales de incerteza explicarían que los ZHC sean uno de los recursos preferidos de los empresarios anglosajones. De hecho, éstos han reconocido su querencia por esta forma de trabajo frente a otras alternativas, como el recurso a agencias de trabajo temporal o la contratación a tiempo parcial<sup>14</sup>. Y ello por obvias razones de costes y eficiencia empresarial, al evitar los gastos de las agencias de suministro de mano de obra, la infrautilización de recursos y los tiempos muertos en los contratos a tiempo parcial, cuando no hay trabajo.

Pero existen otras ventajas: los ZHC se basan en retribuciones flexibles y pago por resultados, y en el uso de los contratos individuales como fuente reguladora principal de la relación como antítesis a una determinación colectiva del salario y de las relaciones laborales. No se olvide que los ZHC son contratos informales que pueden amparar a trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena, que muchas veces no tienen clara su propia calificación contractual, y están desanimados para reclamar en un sistema de tasas y posible pago de costas en los procesos judiciales como ocurre en el Reino Unido. Incluso si los prestadores en ZHC tienen la consideración de trabajadores por cuenta ajena, con derecho al cobro del salario mínimo, ello sólo se aplica respecto al tiempo de trabajo efectivo, ya que el empleador puede llamar al personal en cualquier momento y no está obligado a pagarle si no lo necesita.

## 2.- LA CONTROVERSIA SOBRE LOS ZHC

No pocos análisis consideran que los ZHC son beneficiosos para empresas y trabajadores, incluso aunque no ofrezcan mucha protección a estos últimos. Desde esta perspectiva, se suele poner el acento en tres aspectos, a saber: el primero es la libertad y flexibilidad que ofrecerían estos contratos a las empresas y a los trabajadores; el segundo es que también puede ser una base para una relación de trabajo futura más permanente y regular; y el tercero sería que no toda persona desea un trabajo típico, de modo que estudiantes, jubilados o personas con familiares dependientes pueden anhelar un trabajo con menos obligaciones, que les permita compatibilizar su trabajo con otros intereses (estudio, cuidado de familiares, esparcimiento, etc.). Entre los elementos que apuntalan esta perspectiva está el hecho de tener en cuenta que sólo una cuarta parte de los trabajadores empleados en ZHC, prestaría este trabajo sin tener otras alternativas u otros trabajos<sup>15</sup>. Sin embargo, otros estudios aludirían a que no se produciría una carrera profesional en este tipo de

---

14 De hecho, algunos estudios sobre las causas por las que el empresariado recurre a este tipo de contratos inciden en la posibilidad de expandir nuevas líneas de negocio, la de retener capacidades de trabajo para personas jubiladas total o parcialmente o la de disponer de un personal que conoce la cultura y procedimientos de la empresa, lo que es una ventaja respecto al personal proveniente de las agencias de trabajo temporal. Pero, sobre todo, los empresarios consideraban la opción de los ZHC como alternativa preferible a los contratos a tiempo parcial o contratos a través de agencias. Vid. Pennycook et alri, (2013), p. 13.

15 Puede verse esta óptica en las consultas abiertas por el gobierno ante los abusos detectados en relación con este tipo de contratos. Recuperable en: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/277950/2014-01-23-RPC13-BIS-1965\\_Zero\\_hours\\_contracts\\_in\\_the\\_UK.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/277950/2014-01-23-RPC13-BIS-1965_Zero_hours_contracts_in_the_UK.pdf)

contratos, al no ofrecerse formación, por considerar a los trabajadores sólo una fuerza de trabajo llamada cuando es necesario<sup>16</sup>.

Estadísticamente está acreditado que los jóvenes son precisamente el colectivo más numeroso en los ZHC<sup>17</sup>. Ahora bien, no está claro si ello responde a una preferencia juvenil consciente por poner la independencia y la libertad ofrecida por estos contratos, o a una estrategia empresarial de utilizarlos preponderantemente como prestadores de servicios<sup>18</sup>.

La juventud del personal de muchas empresas, por ejemplo, del sector de servicios en comida rápida y comercio textil, no es casual y ofrece claros beneficios empresariales. Generalmente tras la querencia por la lozanía del personal aparecen ventajas como asegurarse de contratar a empleados que no tengan familias que mantener, menos sindicalizados, con pequeñas tasas de absentismo, a los que se les paga salarios bajos, con alta tasa de rotación, y bajo la concepción de que esos jóvenes, generalmente estudiantes, ocupan puestos de trabajo de paso, y por tanto, no tienen expectativas de salarios altos ni de consolidación laboral. Además, suelen aceptar más acriticamente las condiciones ofrecidas en sus primeros contratos. De hecho, parece que los adultos que pueden elegir cómo emplearse, rechazan la fórmula de los ZHC por las dificultades de llegar a cobrar el salario mínimo<sup>19</sup>. En cambio, los trabajadores jóvenes suelen aceptarlos como vía de acceso transitoria a otros trabajos mejor pagados. Los problemas aparecen cuando se convierten en la base permanente de la relación y no hay expectativas de mejora.

---

16 Vid: [Theconversation.com/zero-hours-contracts-have-a-devastating-impact-on-career-progression-labour-is-right-to-ban-them-123066](https://www.theconversation.com/zero-hours-contracts-have-a-devastating-impact-on-career-progression-labour-is-right-to-ban-them-123066)

17 Según estadísticas gubernamentales, alrededor de un tercio de los ocupados en ZHC son jóvenes entre 16 y 24 años, que combinan un trabajo flexible con estudios. Según el sesgo de sexo, son más frecuentes en mujeres. Datos del 2019 recuperables en <https://www.ons.gov.uk/employmentandlabourmarket/peopleinwork/employmentandemployeetypes/datasets/empl7peopleinemploymentonzerohourscontracts>

18 La decantación de los trabajadores por un trabajo flexible a través de los ZHC podría encontrarse avalado por algunos estudios sobre las preferencias de los prestadores de servicios en este tipo de contratos, aunque los datos estadísticos no son del todo concluyentes, según otros estudios. A título de ejemplo, en un estudio elaborado para el gobierno británico se concluyó que la mayoría de los ocupados en ZHC eran estudiantes, personas parcialmente jubiladas o que estarían atendiendo a personas dependientes, que requerían cierta flexibilidad en la prestación de su trabajo para poder atender sus estudios, otros intereses u organizar el cuidado de las personas atendidas. En el mismo estudio se señalaba que entre los encuestados como prestadores de servicios en ZHC estaba satisfecho 47 por 100 frente al 27 por cien. Asimismo, el 52 por cien de los encuestados no quería más horas de trabajo y concebía estos trabajos como una ocupación a tiempo parcial, frente al 38 por cien que decía que le gustaría trabajar más horas. Recuperable en: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/267634/bis-13-1275-zero-hours-employment-contracts-FINAL.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/267634/bis-13-1275-zero-hours-employment-contracts-FINAL.pdf) Pero otras investigaciones ofrecen datos diferentes. Así en la Resolution Foundation (Pennycook et al, 2013) que estudió el uso de los ZHC, se concluyó que si bien este tipo de relación era percibida como adecuada por un grupo de trabajadores, la gran mayoría consideraba que la libertad de elección en cuanto a la prestación de trabajo era más aparente que real.

19 Un estudio alude a que el 47% de los trabajadores encuestados a los que se les había ofrecido un ZHC lo habría rechazado por la irregularidad de los ingresos como principal factor. Texto en “One of four adults offered Zero Hours Contracts”, *Manager, Four Quarter*, 2015: p. 7.

Pero de forma paralela a su uso creciente por las empresas, esta forma contractual ha devenido impopular y generado mucha controversia en foros académicos, políticos y sindicales. En síntesis, los ZHC han sido criticados por varios motivos. En primer lugar, porque serían una vía para reducir costos del trabajo, incluso si el trabajador tiene la consideración de trabajador por cuenta ajena y se le garantiza al prestador de servicios el salario mínimo, al estar abiertos a un posible abuso de los empleadores. Tampoco existe cobertura en caso de enfermedad, lo que conduce a la percepción de que los trabajadores que caen enfermos pueden no ser llamados de nuevo. En tercer lugar, en los ZHC se privaría al prestador de los servicios de una mínima seguridad al no saber cuánto trabajo va a serle ofrecido, ni tener garantizado un número de horas o una retribución mínima, ya que se le paga no por hora de trabajo, sino en función de los servicios<sup>20</sup>. Ello tendría repercusiones no sólo en la explotación laboral, su protección social, o en sus derechos colectivos, sino también incluso en términos de salud de los trabajadores<sup>21</sup>. Su creciente desprestigio determinó la intervención del gobierno en el Reino Unido.

### 3.- EL TRATAMIENTO LEGAL DE LOS ZHC EN EL REINO UNIDO

Tradicionalmente los ZHC no habían estado sometidos a ninguna regulación. La primera referencia a los mismos aparecería en un libro blanco publicado en mayo de 1998, llamado *Fairness at Work*, en el que se apuntaría a la necesidad de adoptar medidas en relación con los potenciales abusos en los ZHC. Eso sí, siguiendo la impronta neoliberal que caracteriza a las políticas de empleo británicas, ello debería hacerse sin perjudicar la flexibilidad del mercado de trabajo.

Más de una década después, el gobierno británico de coalición entre liberales y conservadores, anunció en el 2014, planes para regular los ZHC. Tras varias consultas previas, esta regulación fue efectivamente introducida a través del llamado *the Small Business, Enterprise and Employment Act 2015*. Se previó en la Sección 27A del *Employment Relations Act* (en adelante, ERA 1996) una cuestión que afectaba a los ZHC, pero solo para atacar un determinado aspecto: se prohibían las cláusulas de exclusividad en este tipo de contratos, que impedían ocuparse para otros empresarios si el prestador de trabajo o servicios no tuviera trabajo o así como la posibilidad de trabajar para otros empresarios sin consentimiento del empresario primigenio<sup>22</sup>.

---

20 Honeyball, S., 2016, p. 39.

21 Un estudio señala que los ZHC impactan en la salud de los jóvenes, por el estrés asociado a un estatus laboral bajo. Vid. Centre for Longitudinal Studies “Being on a zero-hours contract is bad for your health” 5-7-2017.

22 Nótese que el concepto de quien presta el servicio o trabajo en un ZHC se definió en términos conscientemente ambiguos en la regulación legal. En dicha regulación se define a los ZHC como “a contract of employment or a worker’s contract under which the undertaking to do or perform work or services is an undertaking to do so conditionally on the employer making the work or services available to the worker or

Where there is no certainty that any such of work or service will be made available to the worker”. Sin embargo, esta definición fue tachada de contraproducente, porque permitía escapar de la pro-

Además, el Gobierno británico publicaría una guía sobre la prohibición (Draft Exclusivity Terms in Zero Hours Contracts (Redress) Regulations 2015) y animó a los sindicatos y asociaciones de empresarios a desarrollar un código de buenas prácticas en relación con los ZHC<sup>23</sup>. La realización de una guía respondió a varias razones. Primero, por las recomendaciones de diversos grupos que alertaban sobre la confusión de los empleadores sobre los derechos que debían reconocerse a los contratados en ZHC por la falta de contratos escritos y por la falta de determinación de qué derechos podría tener el trabajador en caso de cancelación inesperada de los trabajos encargados por el empleador<sup>24</sup>. La segunda es que, frente a la creciente impopularidad de los ZHC, el gobierno británico podía justificar estar tratando institucionalmente el problema, pero desde una perspectiva menos agresiva que la reguladora. En definitiva, la guía no alteraría sustancialmente el sustrato de flexibilidad en el recurso a este tipo de contratos.

La información que se recomienda incluir en un ZHC a los empleadores en la guía de buenas prácticas sería, en esencia, la siguiente<sup>25</sup>:

- Anunciar claramente que se trata de un trabajo donde no existen horas garantizadas.
- Establecer si el individuo es un empleado o un trabajador (employee v. worker) y qué derechos le corresponden. Si el individuo es un empleado, se exhorta establecer la forma en que se acumularán los derechos legales de empleo cuando proceda, por ejemplo, la indemnización por despido.
- Determinar la forma de ofrecimiento del trabajo y la garantía de que el individuo no está obligado a aceptar dicho trabajo. Se recomienda a los empleadores planear y avisar con toda la antelación posible sobre el ofrecimiento de trabajo, y establecer un sistema transparente.
- Fijar la forma de extinción del contrato, bien al final de cada tarea, bien con una notificación dada por cualquiera de las partes.

---

hibición de cláusula de exclusividad solo garantizando una hora de trabajo. Entre otros, Painter W. R. and Holmes A.E. M., 2015, p. 61. Como consecuencia de las críticas, se introdujo un apartado B en la sección 27, que permitiría al Secretario de Estado desarrollar la prohibición de cláusulas de exclusividad.

23 Zero Hours contracts: guidance for employers. Department for Business, Energy & Industrial Strategy, 15 October 2015. Recuperable en: <https://www.gov.uk/government/publications/zero-hours-contracts-guidance-for-employers>

24 Chatered Institute of Personnel and Development, 2013, p. 5.

25 Zero Hours Employment Contracts. Banning exclusivity clauses: Tackling avoidance, Department of Business, Innovation and Skills, August 2014. Sobre la respuesta del Gobierno a esta cuestión vid. "Zero hours Employment Contracts. Government Reponse to Banning exclusivity clauses: Tackling avoidance consultation. Department of Business, Innovation and Skills, March 2015. Recuperable en: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/410114/BIS-15-59-zero-hours-contracts-government-response-to-the-banning-exclusivity-clauses-tackling-avoidance-consultation.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/410114/BIS-15-59-zero-hours-contracts-government-response-to-the-banning-exclusivity-clauses-tackling-avoidance-consultation.pdf)



- Precisar la forma de preavisar una cancelación de un trabajo ofrecido y las posibles compensaciones al individuo.

En la guía, los ZHC se consideran una fórmula contractual adecuada en algunos sectores de carácter estacional<sup>26</sup>.

La guía de buenas prácticas reviste interés en dos aspectos.

- De un lado, habilita de forma amplísima la utilización de los ZHC. De modo que la utilización adecuada de estos contratos, según las guías de buenas prácticas aprobada por el gobierno británico, cubriría no sólo lo que en España sería una contratación temporal causal, sino también la fija discontinua. Además de podrían utilizarse ZHC para abrir nuevas líneas de negocio, según la guía gubernamental para los empresarios.

- De otro lado, cabría valorar su incidencia como criterio interpretativo. Es decir, en este segundo sentido, podría considerarse teóricamente que las buenas prácticas tendrían cierta importancia no solo en la redacción de los contratos que se formalicen por escrito, sino también como guía de interpretación para los tribunales en cuanto a la legitimidad del uso de los ZHC. De suerte que en los casos de cuestionamiento judicial, el empresario debería poder justificar que la utilización de estos contratos responde a necesidades temporales imprevistas y no a una estrategia de contratación de los empleados. Sin embargo, la fuerza de las buenas prácticas, queda muy desvirtuada desde el momento en que muchos prestadores de servicios no pueden reclamar en los tribunales laborales por un uso inadecuado de los contratos si no reúnen determinadas condiciones, al ser determinante, como luego se expone, su previa calificación contractual.

La primera cuestión que interesa clarificar es que los ZHC pueden cubrir relaciones de trabajo heterogéneas, que en la división tradicional de nuestro sistema podrían incluirse como por cuenta propia –categoría conocida como self-employed- o por cuenta ajena, según cómo se desarrolle el trabajo en cada organización. Ahora bien, frente a un sistema binario como el español (o cuasi binario con el tertium genus de los TRADE dentro de los trabajadores autónomos), en el británico existirían dos categorías de trabajo por cuenta ajena legalmente perfiladas<sup>27</sup>: worker o employee. Aunque los workers gozan de ciertos derechos laborales no extensibles a los trabajadores por cuenta propia no tienen todos los derechos de los employees<sup>28</sup>. Entre estos derechos destacan la protección contra un despido

---

<sup>26</sup> Por ejemplo, en la guía se alude a la posibilidad de utilizar este tipo de contratos para disponer de un panel de personas que puedan llamar para trabajar en momentos de incremento del trabajo, incluso, cuando los mismos son previsibles, por ejemplo, durante la campaña de navidad, pascua o verano.

<sup>27</sup> Employment Rights Act 1996, sección 230 (1) define al “employee” como “as individual who has entered into or works under (or, where the employment has ceased, worked under) a contract of employment”. La sección 230 (3) define al worker como “an individual who either works under a contract of employment or works under any other contract where that individual agrees to personally perform work or services for another party”.

<sup>28</sup> En los años setenta del pasado siglo, el gobierno británico asumió determinados postulados



injusto, la regulación de los despidos por causas económicas u otras causas empresariales, el derecho de preaviso en casos de finalización del contrato, y el acceso a diversos permisos retribuidos por enfermedad, maternidad, adopción, etc. Ciertamente, algunos de estos derechos pueden requerir una continuidad o permanencia en la relación contractual en el caso de los *employees*. Sin embargo, pese a esta exigencia, los derechos de los *workers* se sitúan en un nivel inferior. De manera que un punto de partida imprescindible para aproximarse al sistema jurídico laboral británico es entender que los derechos laborales no quedan garantizados para todos los trabajadores por cuenta ajena, sino que sólo los considerados más fundamentales y básicos se reconocen a todo trabajador.

La diferenciación entre los tipos de trabajadores ha sido construida trabajosamente a base de un conjunto de indicios judiciales establecidos en el *Common law* durante décadas, al resolver reclamaciones –generalmente por despido injusto– en las que se reclamarían los derechos propios de un *employee* o trabajador dependiente o subordinado<sup>29</sup>. Para la determinación de dicho status, los Tribunales aplicarían unos tests que incidirían en aspectos como el control, la integración y el principio de realidad económica y permitirían distinguir los trabajadores con contrato laboral (*under a contract of service*) de los trabajadores independientes (*under a contract for services*)<sup>30</sup>. Pese a que estos indicios son en apariencia similares a los utilizados por los tribunales españoles en la calificación de una relación como laboral o no, la interpretación judicial de los mismos no es del todo coincidente<sup>31</sup>.

---

económicos neoclásicos, en el sentido de que la legislación laboral no tenía que regular el trabajo atípico, porque ello aumentaría los costes empresariales y desanimaría la creación de trabajo (Davies, A.C.L., 2009, p. 83). En muchas empresas se creó, junto a un core de empleados a tiempo completo, una periferia de trabajadores atípicos, no regulados. No obstante, desde aproximadamente 1997 se produjo un giro y se desarrolló el concepto de *worker* como vía para extender ciertos derechos a los trabajadores atípicos que no podían ser calificados como *employees*, entre otras, en materia de legislación antidiscriminatoria. Esta política fue en paralelo con la extensión de ciertos derechos en la UE a determinadas categorías de trabajadores atípicos, pero sobre todo, con el crecimiento de este tipo de trabajadores, que dejaron de ser una minoría en una economía en recesión. En este sentido, Friedman, S., (1997), p. 337.

29 Los tests suelen ser esgrimidos en una vista o audiencia previa (*Preliminar Hearing*) a los efectos de determinar, por ejemplo, en una reclamación por despido injusto si el proceso ha de continuar porque el demandante reúne la condición de *employee*.

30 La manualística británica ofrece un amplio repertorio y estudio de estos tests. Entre los más conocidos estarían los siguientes. El control test incidiría en la idea de que un empleado ha de estar sujeto a las órdenes del empleador en cuanto a la forma de realizar su trabajo. Se considera un test antiguo, por cuanto muchos trabajadores cualificados no reciben órdenes específicas sobre cómo realizar su trabajo, y, a la vez, a muchos *independent contractors* se les imparten instrucciones sobre cómo desarrollar un proyecto específico. El *organisation test* incidiría en que una persona es *employee* si es una parte integral de un negocio. El *ordinary person test* haría referencia a la valoración de si una persona es un *employee* según un principio de razonabilidad o sana crítica. El *economic reality test* incidiría en los aspectos económicos de la relación: quién aporta las herramientas de trabajo, o por ejemplo, si las vacaciones o los periodos de enfermedad son pagados, etc. El *multiple test* es el más usual desde hace un tiempo, y se basa en un conjunto de tres indicios: que el trabajador acepte prestar su propio trabajo de forma personal, que el empleador tenga algún elemento de control y que la prestación de servicios no sea inconsistente con un contrato de empleo.

31 Sobre esta cuestión, Davidov, G. (2005), p. 47, y Freedland M., (2006), p. 1.

Interesa realizar un breve análisis del sistema pretoriano característico del Common Law y que en varios casos utilizados como precedentes, ha conducido a que los ZHC, quedarán literalmente, fuera de la categoría principal utilizada dogmáticamente como arquetipo, que es la de empleado (employee). En su lugar los prestadores de servicios serían encuadrados como trabajadores por cuenta propia o, en el mejor de los casos, como workers, o trabajadores atípicos. En el caso de las relaciones de trabajo por cuenta ajena en ZHC, la combinación de la restricción de determinados derechos a los trabajadores con estatuto de employee y la postura judicial que considera que en los ZHC falta un elemento esencial para que este estatuto pueda ser reconocido, concretamente la llamada mutuality of obligation, crea una infraprotección<sup>32</sup>. Y ello puede conllevar un peligro de quedar atrapado en un trabajo atípico donde sólo se garantizan derechos laborales muy básicos y donde el riesgo de la actividad se transfiere al trabajador. Pero este vacío es aún mayor si el trabajador en ZHC es calificado como contractor, self-employed o freelance.

Los ZHC se caracterizan por la inexistencia de recíprocas obligaciones de proporcionar trabajo y salario. La regulación británica es protectora únicamente de las cláusulas impeditivas de que los trabajadores con estos contratos puedan buscar o aceptar trabajo con otros empleadores. Así pues, la legislación británica se ha centrado en un tema menor. Más allá de la prohibición de las cláusulas de trabajo exclusivo, no hay una regulación vinculante. El resto son medidas informativas y para mejorar la transparencia en este tipo de contratos con un incremento de la información a los trabajadores y empresarios mediante una guía de buenas prácticas. Como un tipo de soft law la eficacia de las recomendaciones sobre el uso de los ZHC es baja. Por ejemplo, si ya no se le ofrece trabajo al prestador servicios después de que lo haya rechazado. El tema es tratado desde la perspectiva preventiva (con estos códigos de buenas prácticas, guías o modelos de cláusulas contractuales), pero no tanto desde la perspectiva reparadora.

A ello, ha de sumarse que no existe obligación de formalizar este tipo de acuerdos. La escasa regulación en estos contratos comporta que en los casos donde existe un contrato escrito, adquieran gran relevancia las cláusulas contractuales, donde se admite sin rubor, que dicho clausulado sea más favorable para el empresario<sup>33</sup>.

En relación con los ZHC han ido apareciendo en Reino Unido varias actuaciones. En primer lugar, han existido propuestas de expertos sobre cómo abordar algunos de los problemas derivados de la explotación laboral en la actual economía. En este último sentido, en noviembre de 2016, el gobierno británico anunció un estudio independiente sobre las modernas prácticas de empleo. El 11 de julio de 2017, se publicó una investigación liderada por Mathew Taylor titulado *Review of Employment Practices in The Modern Economy*. En el mismo se contenían recomendaciones relativas a los ZHC en los siguientes aspectos:

---

32 En este sentido, Willey (2012), p. 88.

33 Por ejemplo, previendo que pese a que el empleador no está obligado a aceptar el trabajo ofrecido, el trabajador solo puede rechazarlo con determinados límites (por ejemplo exigiendo un preaviso o previendo un número máximo de rechazos en un periodo de tiempo). En este sentido, Stevens, E. (2015), p. 19.

Por una parte, mejorar la definición del estatus de los trabajadores. Aunque el informe rechaza pasar de tres categorías (self employed, employee, worker) a un sistema binario, se formula una redefinición de worker como dependent contractor, poniendo el acento más en el control, que en el trabajo personal. Por otra parte, se plantea la posibilidad de que los individuos trabajando en ZHC durante 12 meses pudieran tener el derecho de tener unas horas fijas garantizadas. Se trataría de garantizar un mínimo de trabajo y, por ende, de ingresos, y de protección social, que es uno de los grandes problemas de los ZHC. Así, se propondría que las compañías de cierto tamaño pudieran ser requeridas para informar sobre cuántas peticiones de horas garantizadas habrían recibido y en cuántos casos habría existido acuerdo. Asimismo, se recomienda mejorar el derecho a las vacaciones retribuidas y extender el derecho de pago en caso de enfermedad de los employees también a los workers.

Algunas de estas recomendaciones son muy interesantes, como la de que el trabajador pueda solicitar una base regular de trabajo y que el empresario deba contestar seriamente esta petición, explicando las razones en caso de rechazo. De hecho, van en línea con las iniciativas de algunas grandes empresas<sup>34</sup>. Sin embargo, sin las debidas garantías, su efectividad es dudosa<sup>35</sup>.

A la altura de 2019, el gobierno británico ha incluido a los trabajadores con ZHC en el derecho a disponer de un recibo de salario detallado, que antes no existía, y se prevé que en abril de 2020, deberán disponer de un acuerdo escrito de su condición desde el primer día de trabajo. Además, se está estudiando un plan de protección de los trabajadores con ZHC incluyendo periodos razonables de aviso de trabajo y protección por no ser penalizado por rechazar los “last-minute shifts”<sup>36</sup>.

En conclusión, la única regulación vinculante sobre los ZHC afecta de forma a la prohibición de cláusulas de exclusividad. Esto significa que un empleador no puede impedir que un individuo busque trabajo o acepte trabajo de otro empleador. El análisis de esta prohibición puede hacerse desde dos planos: el de pura legalidad y el de política de derecho.

Desde el primero, este tipo de cláusulas en el caso de introducirse, no tendrían fuerza vinculante para el trabajador, que podría ignorarlas por calificarse como unenforceable. En caso de que no se respetara este derecho, el trabajador podría plantear una acción por despido o por menoscabo, que sería una suerte de acción de daños y perjuicios.

---

34 Como McDonalds que después de ser conocida en la década de los noventa por las malas condiciones laborales de los llamados mcjobs, habría utilizado enormemente los ZHC en los últimos años. Frente a estas prácticas, sus empleados se habían quejado de las dificultades para obtener hipotecas, préstamos y contratos de móviles. Ante ello, la empresa habría ofrecido contratos regulares al personal con ZHC, publicitando debidamente esta iniciativa para contrarrestar la mala presa del uso de los ZHC en buena parte de la plantilla. Vid. “McDonald’s offered fixed-term contract to zero hours staff”. Recuperable en Practical Law.

35 Frances O’Grady, un dirigente sindical, señalaría: “a right to request guaranteed hours from an exploitative boss is no right at all for many workers”.

36 Vid. <https://www.theguardian.com/uk-news/2019/jul/19/zero-hours-workers-may-get-compensation-for-cancelled-shifts>

Mucho más interesante es el análisis desde el punto de vista de política del Derecho. La medida de prohibir las cláusulas de exclusividad ha sido considerada “simbólica”<sup>37</sup> en el triple sentido de: primero, no atacar el fondo del problema de este tipo de contratos; segundo, porque no había evidencias de que las cláusulas de exclusividad fueran una práctica muy extendida antes de su prohibición<sup>38</sup>; y, en fin, porque no se han encontrado casos judiciales sobre los efectos de la ruptura de la cláusula de exclusividad, en los que el trabajador haya reclamado frente a un despido o una represalia por haber trabajado para otro empresario<sup>39</sup>.

En todo caso, el tratamiento legal de los ZHC en el Reino Unido es casi anecdótico. En un desequilibrio marcadamente flexible, y propio del sistema del Common Law, los ZHC están sometidos a una situación de casi total desregulación, con la única salvedad de la imposibilidad de impedir trabajar para otros empresarios.

En este contexto resulta llamativa la posición de partidos políticos, incluso de los no conservadores, que en un cuidado y ambiguo lenguaje, durante un tiempo habrían defendido la lucha contra la explotación en los ZHC, pero definiendo muy cuidadosamente dicha explotación y sin postular su abolición<sup>40</sup>. Esta postura habría variado con el tiempo, abogando el partido Laborista en un manifiesto de 2017 por su prohibición, asegurando que el trabajador dispondría de un mínimo de horas garantizado.

#### 4.- CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS EN LA UNIÓN EUROPEA: EL GIRO QUE SUPONDRÁ LA DIRECTIVA SOBRE CONDICIONES LABORALES TRANSPARENTES EN PAÍSES DE LA UNIÓN.

Sin embargo, la posición de la Unión Europea respecto de los ZHC, puede suponer un giro en los países de la Unión, dejando fuera a los que no pertenezcan o salgan de la misma. Como se ha comentado en la introducción, la Directiva 2019/1152, que debe ser transpuesta con fecha tope de agosto del 2022, hace expresa mención de los trabajadores con contratos de cero horas (cfr. Considerandos 12, 35 y 47) y regula previsiones específicas para los trabajadores a llamada. Sin embargo, respecto a estos, la propia directiva alude a que en los casos de los países miembros de la Unión que permiten el trabajo a llamada deberán establecerse medidas para evitar abusos, sin que ello sea un incentivo para introducir los ZHC o un tipo de trabajo similar (cfr. Considerando 47). La Directiva alude a la posibilidad de limitar la duración de estos contratos a llamada, adoptar la presunción

---

37 Newman, D., 2015, p. 10.

38 Según las propias previsiones gubernamentales, el gobierno británico publicó el 25 de junio de 2014 una respuesta a la consulta sobre los ZHC, en los que estimaba con gran optimismo, que la prohibición de cláusulas de exclusividad beneficiaría a unos 125.000 trabajadores. Sin embargo, se trataría de un porcentaje no mayoritario sin en abril del 2014, las mismas estadísticas decían que existían alrededor de un millón cuatrocientos mil contratos.

39 Vid. Practical Law, Reponse 19-5-2017: What constitutes an exclusivity clause in a zero hours contract and does a zero hours worker qualify in terms of auto-enrolment?.

40 Para una crítica de la tendencia neoliberal de los gobiernos británicos, incluso los laboristas, vid. Davies, P. & Freedland, M., 2007.

*iuris tantum* de la existencia de un contrato de trabajo o un número garantizado de horas de trabajo remunerado sobre la base de una referencia del número de horas trabajado en un período anterior. Además, entre otras cuestiones, obligará a los estados miembros a introducir el derecho de los trabajadores con horarios no predecibles a disponer de ciertas informaciones por parte del empresario (arts. 11 y 12). Ello incluye las horas en las que puede ser demandado para trabajador y un preaviso mínimo antes de la asignación y la posibilidad de no sufrir represalias por el rechazo.

El análisis de la Directiva en relación con los ZHC arroja varias ideas. Comenzaré destacando los aspectos positivos y pasaré luego a comentar lo que a mi juicio puede ser el talón de Aquiles.

Entre los aspectos positivos cabe remarcar las medidas para evitar los abusos en los contratos a llamada. Se alude a la posibilidad de fijar una duración máxima de estos trabajos a llamada. Ello está en la línea de la guía de buenas prácticas de utilización de los ZHC en el Reino Unido, donde los ZHC se evaluarían como inadecuados si implican trabajar un número de horas regular y durante un periodo de tiempo continuo. En estos casos, a nivel puramente recomendatoria, la guía británica indica debería utilizarse un contrato de trabajo indefinido a tiempo completo o a tiempo parcial<sup>41</sup>.

La segunda vía de prevenir los abusos es la de presumir *iuris tantum* que se trataría de trabajadores por cuenta ajena. Se trata de una cuestión muy trascendente porque en países donde los ZHC son originarios, como el Reino Unido, son una figura de perfiles muy amplios, y donde a veces, ha existido una confusión en cuanto a su precisa calificación contractual. La falta de claridad se ha fracturado aún más con los modelos de trabajo vinculados a plataformas tecnológicas, donde se utiliza ampliamente la fórmula de los ZHC, y se duda si el prestador de servicios es un worker (trabajador por cuenta ajena) o bien es incluíble en alguno de los calificativos reservados para los trabajadores por cuenta propia. En los ZHC como un tipo de casual contracts, los derechos de los trabajadores dependen directamente de la naturaleza jurídica de su relación. Y es que hasta ahora se ha mantenido en una situación casuística y de indefinición la calificación de la posición de las personas que trabajan en los ZHC. Y esta inseguridad jurídica ha beneficiado claramente a las empresas.

El tercer elemento para luchar contra los abusos que se plantea es que los Estados miembros obliguen a fijar un número de horas garantizado. Uno de los problemas clásicos de los ZHC es que los trabajadores puedan desear mayor regularidad en el trabajo ofrecido, y consecuentemente, en sus ingresos. Aunque algunos estén interesados en acuerdos laborales flexibles, ello difiere enormemente de una disponibilidad absoluta. El trabajo flexible admite gradaciones y pueden existir fórmulas como bolsas de horas o mínimos de trabajos. La flexibilidad no es igual a no compromiso, porque en este caso, para los tra-

---

<sup>41</sup> Se consideraría apropiado su uso en los nuevos negocios, trabajo estacional, cobertura de enfermedades inesperadas o permisos por defunción del personal, eventos especiales e inesperados o picos en la demanda, testado un nuevo servicio o una línea de negocio en una compañía. En cambio, se considera inapropiado utilizarlos para sustituir una planificación empresarial adecuada y para acuerdos más permanentes, si no están justificados.

bajadores con ZHC (mayoritariamente jóvenes estudiantes y mujeres) la combinación de trabajo con otras tareas se hace más difícil. De ahí el notable interés de la medida.

Además, se prevén en el art. 10 de la Directiva el derecho de los trabajadores con horarios no predecibles a disponer de ciertas informaciones sobre las horas en las que puede ser demandado para trabajador y un preaviso mínimo antes de la asignación y la posibilidad de no sufrir represalias por el rechazo. Esta es una reivindicación clásica del tratamiento de los ZHC<sup>42</sup>, donde se venía reclamando que se debería incluir el derecho de no sufrir un detrimento si se rechaza el trabajo o si no hay una conexión semanal mínima con la compañía o la plataforma digital, y, por otra parte, la posibilidad de pedir una cierta regularidad de horas de trabajo. Ante el riesgo de desactivación o no llamada, parece claro que estos ZHC, como contratos de flexibilidad absoluta deberían de proteger al trabajador de las consecuencias de rechazar trabajos y ser excluido expresa o algorítmicamente de la lista de trabajadores a los que se llama. La cuestión se complica cuando ello puede derivar de una discriminación ajena a los parámetros clásicos de una decisión empresarial de no dar trabajo. Con el software, puede controlarse hasta el último minuto de los servicios prestados por un trabajador con un ZHC. Los programas pueden medir exactamente cuándo y quién ha prestado cada servicio, cuántos servicios se han rechazado y las valoraciones de los clientes en función de escalas de valoración preestablecidas. En definitiva, el sistema informático creado para maximizar el buen funcionamiento del servicio, puede escupir fuera del sistema a trabajadores con un ZHC que no responda a los paradigmas.

En todo caso, el talón de Aquiles de la Directiva Comunitaria es que ésta sólo se aplicará a relaciones de trabajo por cuenta ajena. Pero algunos prestadores de servicios con fórmulas de ZHC se alejan de los indicios de un trabajo por cuenta ajena, y por tanto, pueden no tener garantizados entonces los derechos establecidos en la Directiva. Ello ocurre en el caso de empresas basadas en el trabajo mediante plataformas, donde han existido reivindicaciones para que se califique a los trabajadores como dependientes, pero la calificación de la relación no siempre es clara. La indefinición es buscada conscientemente por muchas empresas, que huyen de cualquier término que aproxime mínimamente la relación, a una de carácter laboral.

## BIBLIOGRAFÍA

Davidov, G. (2005) Who is worker?. *Industrial Law Journal* (34) 47.

Davies, P. & Freedland, M. (2007) *Towards a Flexible Labour Market: Labour legislation since 1990s*, Oxford: Oxford University Press.

Freedland, M. (2006) From the contract of Employment to the Personal Work Nexus. *Industrial Law Journal* (35) 1.

---

<sup>42</sup> La reclamación sobre estos aspectos se ha realizado por determinada doctrina anglosajona. Vid. Santra et altri (2014), p. 10.

Ginès i Fabrellas, A. i Gálvez Duran, S. (2016) Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital. InDret. Recuperable en [http://www.indret.com/pdf/1212\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/1212_es.pdf)

García Rubio, M.A. (2018) La prestación de servicios a través de plataformas digitales: ¿nuevas cuestiones y soluciones jurídicas desde la perspectiva del Derecho del Trabajo? En AA.VV., Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 189-216.

Hernández Bejarano, M. (2016) El apoyo europeo al modelo de economía colaborativa: algunas cuestiones y propuestas para afrontar una regulación laboral y de seguridad social. *Revista Española de Derecho del Trabajo* (192), 18 páginas. Versión digital.  
Honeyball, S. (2016) *Textbook on Employment Law*, Oxford: Oxford University Press, 14th ed.

Monereo y Pérez Bernat, “La Propuesta de Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles como desarrollo del pilar europeo social”. *Revista Española de Derecho del Trabajo* num. 211/2018 parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018  
Newman, D. (2015) The zero hours contracts problem – which political party holds the solution?. *Employers’ Law*, Mar, 10.

Painter, R. W. y Holmes, A.E.M. (2015) *Cases & Materials on Employment Law*, Oxford: Oxford University Press, 10th. ed.

Pennycook, M., Cory, G., Alakeson, V. (2013) A matter of time (The rise of zero hours contracts), Resolution Foundation.

Stevens, E. (2015) Zero hours clarifying employment status. *Employers’ Law*, London Jul/Aug, 18/19.

Willey, B. (2012) *Employment Law in Context*. Essex: Pearson, 4Th ed.





**PONENCIA ESPECÍFICA**  
**EL CONTROL DEL CÓMPUTO DE LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA**  
**JORNADA EN EL SECTOR DE LA FABRICACIÓN DEL AUTOMÓVIL: DESDE**  
**LOS MEDIOS TÉCNICOS Y LA REGULACIÓN PACTADA HASTA LA IN-**  
**FORMACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES Y LA**  
**POSTERIOR REVISIÓN JUDICIAL<sup>1</sup>.**

*J. Jesús de Val Arnal.*  
*Universidad de Zaragoza*

1. Introducción: El sector de fabricación de automóviles en España y la negociación colectiva
2. La jornada irregular.
  - 2.1.- La jornada irregular en el sector de la fabricación de automóviles
  - 2.2.- La causa y el objeto de la jornada irregular: No aplicar el art. 41 del LET o el 51 LET
  - 2.3.- El poder de dirección, la jornada, los horarios y la obligación de dar trabajo
3. El control de la jornada: la información a los representantes y al propio trabajador
4. El control jurisdiccional de las cláusulas de jornada irregular del sector
5. Conclusiones

## I.- INTRODUCCIÓN: EL SECTOR DE FABRICACIÓN DE AUTOMÓVILES EN ESPAÑA Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Hace 40 años, el mundo del Flamenco escuchó algo nuevo, diferente, distinto, clásico y revolucionario: La Leyenda del tiempo<sup>2</sup>. Pues bien, en la ponencia 1ª de las XXXVIII Jornadas andaluzas de Derecho del Trabajo, que aborda “El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo”, vamos a tratar, en esta ponencia específica, de la jornada irregular, que nace en el año 1994 como algo revolucionario, y es de plena aplicación al sector de la fabricación de automóviles, estudiando el contenido de los convenios y pactos. Entender y comprender las cláusulas de los convenios y acuerdos, sobre este tema, por los representantes de los trabajadores, que forma parte de las necesidades organizativas y de producción de la empresa, es el primer paso para poder aplicar los acuerdos y convenios que regulan la jornada irregular en el sector de la fabricación de automóviles. Las nuevas tecnologías serán de gran ayuda para el cómputo y control de esta medida flexibilizadora de la jornada de trabajo, del poder de dirección y organización del empresario, si bien no olvidamos las consecuencias colaterales: la incidencia en la intimidad del trabajador y la protección de datos, de la salud y seguridad, en la conciliación de la vida familiar<sup>3</sup>, la falta de previsibilidad de la jornada laboral a realizar.

Hasta ahora, desde la Reforma Laboral del 2012, la jornada irregular no se ha estudiado con exhaustividad<sup>4</sup>. Si bien, es verdad que, existen trabajos genéricos, al tratar el estudio de la jornada de trabajo, o en los comentarios al Estatuto de los Trabajadores, se ha tratado con escasa profundidad y además faltan estudios sectoriales<sup>5</sup>. Por ello, tampoco, es

<sup>2</sup> Todos los datos sobre el disco en <http://www.cancioncontodos.com/disco/la-leyenda-del-tiempo>.

<sup>3</sup> CASAS BAAMONDE, M.E.: “Distribución irregular de la jornada, flexibilidad del tiempo de trabajo y tiempo de vida personal y familiar”, Revista Jurídica de la Universidad de León, núm. 4, 2017, págs. 3-24.

<sup>4</sup> LOPEZ ALVAREZ, M.J.: Distribución Irregular de la Jornada de Trabajo, Claves Prácticas Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.J.: “Bolsas de horas y distribución irregular de la jornada”. Revista n.º 6/2004 de Información Laboral/Jurisprudencia, (BIB 2013\5160).

.- “Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales”, RL, 5/2013, (LA LEY 2028/2013).

RODRÍGUEZ PASTOR, G.E.: “Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo”, RL, 12 de diciembre del 2014, (LA LEY 8399/2014).

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B: “Instrumentos de gestión flexible del tiempo de trabajo en la negociación colectiva”, RL, 12/2010, (LA LEY 5603/2010).

MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo”, RL, 10/2014, págs. 89-103, (LA LEY 6294/2014).

GORELLI HERNANDEZ, J.: “Tiempo de Trabajo y Jornada. Regulación y Tratamiento en la Negociación Colectiva”, en Tiempo de Trabajo, XXIX Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva, MTSS, 2016, págs.63-187.

<sup>5</sup> En el sector destaca por ser el único trabajo de investigación en España, si bien existe en el Observatorio de la negociación colectiva el siguiente trabajo:

MERCADER UGUINA, J., DE LA PUEBLA, A., ALAMEDA, M. T., NIETO ROJAS, P.: “Análisis

de extrañar que, la Inspección de Trabajo en su Instrucción 3/2016<sup>6</sup>, sobre intensificación de control en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias, no mencione un control de la jornada irregular, si bien, aparece la mención a la jornada irregular, en el Criterio Técnico ITSS n° 101/2019<sup>7</sup> sobre actuación de la Inspección de Trabajo y S.S. en materia de registro de Jornada:

Igualmente hay que tener en cuenta que el registro diario de jornada se configura “sin perjuicio de la flexibilidad que se establece en este artículo” (artículo 34.2 y 3 del ET).

Y cuando se trata del control de las horas extraordinarias: segundo, porque esa jornada ordinaria puede ser distribuida irregularmente a lo largo del año (artículo 34.2 TRET)

La flexibilidad en el tiempo de trabajo es un elemento que va unido a los sistemas de producción en este sector. Los sistemas productivos de Toyota, just in time, o el denominado kaizen y otros, hacen necesaria esta herramienta del poder de dirección: la disponibilidad de poder modificar los calendarios de trabajo, ampliar los días de producción, modificar días de descanso por días de trabajo.

Los eufemismos creados, en la negociación de las condiciones laborales, para camuflar la flexibilidad horaria, con problemas serios sobre la salud de los trabajadores, así como la dificultad a la hora del control de la información por los propios trabajadores, los representantes y la propia Inspección de Trabajo, hacen necesario su estudio. Como en la película *Una Noche en la Ópera* las partes contratantes no deben haber leído los pactos y convenios que regulan la jornada y cuando se los leen, recortan el precontrato para acabar sin papel que contenga el contrato, porque no se entiende su contenido. En nuestro caso, en los convenios colectivos y pactos de la jornada irregular, una de las partes cede tanto que acaba diluyendo la ajenidad del trabajador en el contrato de trabajo y además agranda la dependencia en el sometimiento a las órdenes del empresario, consecuencias directas de lo que han pactado.

---

de los instrumentos de uso flexible del tiempo de trabajo en la negociación colectiva del sector”. Automoción Observatorio industrial del sector de fabricantes de automóviles y camiones. Madrid”, Federación Minerometalúrgica de CC.OO., 2007, págs. 54-82.

“El tiempo de trabajo en el sector de la automoción: análisis a partir de la negociación colectiva. Automoción” págs. 46-53.

En el ámbito internacional:

SEONG-JAE CHO: “Employment relations concerning working time reduction and flexibility: a comparative analysis of automobile industry practices in five countries”, Working papers, en [https://www.kli.re.kr/kli\\_eng/selectBbsNttView.do?key=221&bbsNo=32&nttNo=100825](https://www.kli.re.kr/kli_eng/selectBbsNttView.do?key=221&bbsNo=32&nttNo=100825).

Con respecto a las factorías de fabricación de automóviles en Europa. LEHNDORFF, S.: Working time and operating hours in the european automotive industry, Wissenschaftszentrum Nordrhein-Westfalen Institut Arbeit und Technik Abteilung Arbeitsmarkt, 1998.

6 Se puede leer en:

<https://www.cnae.com/ficheros/files/noticias/Inspecciones-trabajo.pdf>

7 Se puede leer en: [http://www.mitramiss.gob.es/itss/ITSS/ITSS\\_Descargas/Atencion\\_ciudadano/Criterios\\_tecnicos/CT\\_101\\_2019.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_101_2019.pdf).

## 2.- LA JORNADA IRREGULAR.

La jornada irregular fue introducida, por primera vez, por la Ley 11/1994, de 19 de mayo (RCL 1994\1422) que modificó determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y ahora está regulada en el art. 34.2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 10 de Octubre (en adelante LET). La primera regulación de la jornada irregular fue muy escueta:

Así mediante convenio colectivo, o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en esta Ley.

Posteriormente, el apartado 2º, del art. 34 del LET fue modificado por art. 9 de Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero (RCL\2012\147), que introdujo como medida limitativa de la jornada irregular, sin necesidad de pacto o acuerdo, un 5% de la jornada regular. El límite del 5% se modificó por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, aumentándose, tal límite, hasta el 10%<sup>8</sup>.

El art 1.3 de Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre (RCL\2013\1816), añadió un nuevo párrafo al art.34.2 LET, relativo a:

- la compensación de las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada en el plazo de doce meses desde que se produzcan,

- con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo.

Los límites que, el artículo 34.2 LET, establece son:

a) Los períodos de descanso diario y semanal (acumulables por períodos de 14 días), a los que habrán de añadirse festivos y vacaciones,

b) Junto a éstos, la distribución irregular de la jornada estará limitada por la jornada máxima anual legal o pactada y por las reglas de funcionamiento que determinen los convenios colectivos, siendo muy frecuente la ampliación de la jornada máxima diaria o semanal para la aplicación de la distribución irregular.

c) En cuanto al porcentaje de jornada objeto de distribución irregular señalado por la ley, éste solo rige cuando la distribución irregular es aplicada unilateralmente por el empresario en defecto de pacto, por lo que podrá acordarse bien su ampliación o bien su reducción mediante el convenio colectivo, siempre con el límite legal de 1906 horas con 28 minutos (jornada de 40 horas semanales en cómputo anual más 80 horas extraordinarias).

---

<sup>8</sup> Es cierto que el origen de tal porcentaje se encuentra en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 que señalaba que los “convenios colectivos debieran facilitar que el empresario pudiera distribuir irregularmente un 10% de la jornada anual ordinaria aplicable”, pero la reforma avanzó más allá atribuyendo legalmente al empresario tal facultad en defecto de pacto estableciendo una norma supletoria a favor del empresario.

d) Además no debemos olvidarnos de los plazos de realización y de compensación de un año desde el momento de la realización de la jornada irregular para compensar.

### **2.1. La jornada irregular en el sector de fabricación de vehículos a motor.**

El origen de la distribución de la jornada irregular, en el sector, lo encontramos en la empresa BMW, en la que se estableció un sistema de trabajo flexible mediante cuentas de horas en su fábrica de Regensburg en el año 1986<sup>9</sup>.

Hoy, en España, hay 12 factorías<sup>10</sup> de producción de vehículos a motor en nuestro país. Todas ellas tienen convenio propio, unos son de centro de trabajo (10), y dos que serían de empresa (RENAULT y SEAT). Además, hay un acuerdo de empresa sobre la jornada irregular pactado en la factoría de Citroën en Vigo.

Estos convenios<sup>11</sup> regulan la actividad laboral de unos 63.000 trabajadores de las plantas.

9 MARTÍNEZ COSTA, C., OLIVELLA NADAL, J.: “Flexibilidad del tiempo de trabajo en la industria del automóvil mediante el uso de cuentas de horas”, Revista de dirección, organización y administración de empresas, ISSN 1132-175X, N° 34, 2007, págs. 73-78.

10 Informe de la ANFAC del 2017 que puede consultarse en: <https://anfac.com/publicaciones/informe-anual-2017/>. Pues bien, no consideramos como factorías, las de Sámano en Cantabria, que produce chasis para Mercedes-Benz, la de Los Corrales de Buelna, también en Cantabria, para Nissan, o la de Ávila que debido a las necesidades de la empresa fabrica componentes para Nissan como aparece en el preámbulo del convenio colectivo, así como la fábrica de cajas de cambios en Sevilla para Renault.

11 1.- Conveni collectiu de treball de l'empresa Nissan Motor Ibérica, SA (centres de treball de Barcelona-Zona Franca i Montcada) per al període de 01.01.2016-31.03.2018 - Resolución de 22 de agosto 2017., (LEG 2017\8076). BO. Barcelona 30 octubre 2017.

2.- Convenio colectivo de Renault España, SA - Resolución de 13 de septiembre 2016, (LEG 2016\7329). BOE 28 septiembre 2016, núm. 234, [pág. 69258, Núm. Págs. 153].

3.- Convenio colectivo de Ford España, SL - Resolución de 12 de julio 2019, (LEG 2019\2845). BOE 26 julio 2019, núm. 178, [pág. 81513, Núm. Págs. 72]

4.- Zaragoza. OPEL ESPAÑA. Dispone la inscripción en el Registro y publicación del convenio colectivo de la empresa Opel España, SLU. (Código de Convenio 5000058201198350000582011983). Resolución de 23 de febrero 2018, (LEG 2018\3599). BO. Zaragoza 16 marzo 2018, núm. 61, [pág. 15]

Anexos:

4.-1- Zaragoza. OPEL ESPAÑA. Dispone la inscripción en el Registro y publicación del acuerdo complementario al XIV convenio colectivo de la empresa Opel España, SLU. (Código de Convenio 5000058201198350000582011983) Resolución de 17 de abril 2019, (LEG 2019\5403).

4.2- Zaragoza. Opel España. Dispone la inscripción en el Registro y publicación del acuerdo complementario sobre condiciones de trabajo al XIV convenio colectivo de la empresa Opel España, SLU (LEG 2018\3599). (Código de Convenio 5000058201198350000582011983) Resolución de 25 de octubre 2018, (LEG 2018\9487).

5.- Convenio Colectivo de la entidad Volkswagen Navarra, SA, de Pamplona - Resolución de 23 de enero 2014, (LEG 2014\97). BO. Navarra 13 marzo 2014, núm. 50, [pág. 3101].

6.- Convenio colectivo 2016-2017-2018-2019-2020 para la empresa Mercedes Benz España, SAU - Acuerdo de 22 de diciembre 2016, (LEG 2017\1195). BO. Territorio Histórico de Alava 3 febrero 2017, núm. 14.

Hay dos temas, en este sector de actividad, que son básicos<sup>12</sup>. En primer lugar:

- La aplicación por la negociación colectiva de las factorías y empresas de la jornada irregular, y en segundo lugar,

- El sistema de control del cómputo de las jornadas, ya sea por parte de los representantes, por el poder de dirección, por la jurisdicción del orden social y por la ayuda de los sistemas informáticos, biométricos para controlar las jornadas, que la reforma del art. 34 del LET por el Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, vuelve a replantear.

Este es uno de los sectores, el de fabricación del automóvil y otros vehículos, a los que la reforma laboral del año 2012 le proporcionaba un marco de flexibilidad coadyuvante de las formas de organización productiva.

En la negociación colectiva del sector de fabricación de automóviles nos encontramos con diversas formas de pactar la jornada irregular<sup>13</sup>, y sobre todo con unos nuevos vocablos que parecen buscar eufemismos para camuflar la flexibilización de la regulación del tiempo de trabajo.

Se habla de la bolsa de horas colectivas e individuales, y otros sinónimos de ésta, como los bancos de horas (cc Nissan), el crédito de horas (cc Opel), la cuenta de horas (Seat), ó las cuentas de bolsas de horas (Cc de Mercedes (Álava). No hay una denominación común, ni una terminología estandarizada a la hora de establecer un lenguaje común por los sindicatos y la patronal en la regulación de la jornada irregular en el sector. Todas las partes entienden que el negocio jurídico es la jornada irregular, y las bolsas de horas individuales y colectivas responden a la posibilidad de modificar durante el año la jornada diaria, semanal, mensual y anual.

Lo primero, siempre, será saber cuál es la jornada anual de trabajo (en adelante JL, días de jornada x horas de la misma) separándola de la jornada industrial, que son los días

7.- Convenio colectivo de la empresa Iveco España SL (Valladolid) - Resolución de 28 de febrero 2018, (LEG 2018\3597). BO. Valladolid 16 marzo 2018, núm. 54, [pág. 4].

8.- Convenio Colectivo da empresa «Peugeot Citroën Automóviles España, SA» - Acuerdo de 4 de febrero 2016, (LEG 2016\3163). BO. Pontevedra 19 febrero 2016, núm. 34, [pág. 1].

9.- Convenio colectivo de la empresa «Peugeot Citroën Automóviles España, Sociedad Anónima» (Centro de Madrid) - Resolución de 5 de febrero 2016, (LEG 2016\3209). BO. Comunidad de Madrid 5 marzo 2016, núm. 55, [pág. 7]

10.- Convenio colectivo de la empresa «IVECO España, Sociedad Limitada» - Resolución de 24 de septiembre 2014, (LEG 2014\851). BO. Comunidad de Madrid 1 noviembre 2014, núm. 260, [pág. 17].

12 DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L.: “Contenidos de la negociación en el nuevo contexto laboral: el tiempo de trabajo y la distribución irregular de la jornada”, XXXVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. “La negociación colectiva tras las reformas legales: especial referencia a Andalucía”, Temas Laborales, núm 140/2017, págs.-267-310.

13 Sobre la jornada en el sector de la fabricación de automóviles de MERCADER UGUINA, J., DE LA PUEBLA, A., ALAMEDA, M. T., NIETO ROJAS, P.: “Análisis de los instrumentos de uso flexible...”, vid.cit., págs.46-130.

que puede estar abierta la factoría (en adelante **JI**). La **JI** es superior en los días de jornada de trabajo individual pactada:

224 días de **JI** x 215 **JL** (Cc de Volkswagen);  
**JI** 224 días frente a los 213 **JL** (Cc. de Iveco Valladolid);  
 214 días **JL** días frente a los 224 **JI**, y 234 días o 238 en situaciones especiales (Cc. Seat);  
**JI** 226 días o **JL** 218 días (Cc. Nissan).

La definición más clara de **JI** e **JL** la encontramos en el cc de Mercedes:

Jornada industrial: Disponibilidad para producción de todas las jornadas de lunes a viernes, una vez deducidos los días festivos oficiales y los que correspondan a las fiestas de La Blanca Si con las medidas anteriores fuese insuficiente, se habilitarían el resto de sábados disponibles y se planificaría una semana de vacaciones como jornada industrial.

Es decir, para este convenio la **JI** es la diferencia entre la jornada pactada y la jornada necesaria para la producción de la factoría.

Pero esta definición, que parece comprensible, no tiene sentido para el Cc de Ford, en cuyo art. 20, establece que la **JI** viene atribuida a las vacaciones señaladas: individuales (2 d), colectivas (27d) e industriales (4d) que podrán disponerse por la empresa como de trabajo o como de descanso en caso de no existir la posibilidad de trabajar<sup>14</sup>: Se pactan cuatro días de **JI**, que en principio son vacaciones colectivas pero que por necesidades de la empresa se convierten en días de producción (art. 20). Se consideran **JI** las vacaciones colectivas establecidas en determinadas fechas del calendario laboral que, no obstante, aún estando señaladas como de vacaciones, la dirección de la empresa puede programar, para alguna, algunas o todas las plantas y departamentos, como días de producción.

Sin embargo, el cc de Ford habla de que los cuatro días de jornada industrial, (entendemos como descanso) se fijarán en el calendario laboral en los últimos días laborables del año, inmediatamente anteriores a las vacaciones de Navidad, con la posibilidad de adelantarlos a otras fechas de acuerdo con las necesidades productivas.

Ante situaciones de baja producción, o imposibilidad de poder fabricar en algunos días laborables del calendario, se podrá canjear las jornadas industriales de años posteriores por jornadas de trabajo del año en curso. Es decir pueden utilizarse los días de vacaciones como días de vacaciones o como días de producción.

Así pues, no existe unanimidad para designar la **JI**, si bien la mayoría de los cc la identifican como los días de apertura del centro de trabajo<sup>15</sup>.

14 La necesidad de adelantar dichos días o alguno de ellos de jornada industrial, para disfrutarlos como vacación colectiva, se comunicará a la plantilla y al comité de empresa con una antelación mínima de cinco días laborables y siempre que sea factible se utilizarán los lunes, viernes u otros días de puente para realizar el canje de días (art. 20 cc Ford).

15 Incluso, en el cc de Seat, se puede entender que la diferencia entre los días de **JL** y **JI** son los días de descanso. En este cc de la empresa SEAT se pueden llegar a hacer 238 jornadas que suponen 1904 horas, que son las 1826 horas más 78 que podríamos calificar como extraordinarias.

En la regulación de la jornada irregular, de los convenios colectivos y acuerdos del sector, hay dos tipos de bolsas de horas y jornadas: la individual y la colectiva.

Cuando leemos estos términos, en los convenios del sector, parece que se refiere a una forma de control de la jornada del trabajador, un apunte contable, pero según el Tribunal Supremo en la STS, Sala de lo Social, de 21 de mayo del 2019<sup>16</sup>, entiende que las bolsas de horas son la jornada irregular del art. 34.2 del LET:

La cuestión que hay que resolver es determinar si la denominada “bolsa de horas”, como la regulada en el artículo 99 del Convenio Colectivo aplicable -en la redacción dada por el Acuerdo de modificación del XX Convenio Colectivo del personal de tierra de IBERIA LAE, (BOE de 25 de enero de 2017)- puede encuadrarse en la denominada “distribución irregular de la jornada”, regulada en el artículo 34.2 ET.

Por ello, la STS considera que al ser jornada irregular se ha de aplicar el plazo de preaviso establecido en dicho precepto, para hacer uso de las horas, ya que si se tratara de una regulación distinta a la jornada irregular, establecida en el Convenio, por lo tanto, no se aplicaría el plazo de preaviso fijado en el mismo.

- Bolsa de horas colectiva (en adelante bhc): Aunque los estudios doctrinales destacaban la sencillez de la regulación de las mismas, los convenios y acuerdos del sector de fabricación del automóvil han construido un entramado de contenidos que dificultan la aplicación, control y sobre todo la instrucción de los trabajadores sobre lo que se debe considerar la jornada irregular.

Se entiende por bhc el sistema ideado, sobre la base de la jornada laboral, para intentar no aplicar el art. 41 y 51 del LET, es decir, los expedientes de regulación de empleo colectivos suspensivos o extintivos (en adelante Eres). Se suman horas de los turnos de fin de semana (positivas), de la recuperación de jornadas (positivas) y se restan las de los paros técnicos (negativas), para evitar en todo caso la aplicación de Eres. La flexibilidad en la jornada se puede calificar de flexibilidad negativa y positiva. La negativa es la jornada que no se trabaja y la positiva es la que se trabaja. Lo normal, en la jornada irregular, es sumar sábados, días no señalados como laborales en el calendario, y horas por prolongación de jornada, para recuperar los días no trabajados por los paros técnicos u otros que no permiten prestar la jornada diaria total o parcialmente.

Siguiendo el Cc de Opel, la bolsa de horas colectiva, que se denomina de crédito colectivo, se utilizará para determinar:

- El límite de jornadas que como máximo pueden aplicarse en negativo en la planta, antes de acudir a medidas de regulación de empleo. Dicho límite es de veinticinco jornadas en negativo.

---

<sup>16</sup> Id Cendoj: 28079140012019100378. Resuelve el recurso de casación frente a la SAN de 23 de Octubre del 2017 (Id Cendoj: 28079240012017100145).



- La posibilidad de señalar jornadas de recuperación con cargo a vacaciones flotantes.

El crédito colectivo se contabilizará, al alza o a la baja, considerando que un día completo equivale al número diario de turnos por línea en cada momento. Así, por ejemplo, actualmente cinco turnos/línea equivalen a una jornada de trabajo. El señalamiento de paros técnicos, recuperación con cargo a vacaciones o turnos productivos en fin de semana en áreas o instalaciones específicas, no afectará ni en positivo ni en negativo al crédito colectivo de jornadas.

Como se prorrogó el Cc de la empresa durante 10 años<sup>17</sup>, hasta llegar a firmar el Cc de Opel del año 2018, se pactó, con posterioridad, un acuerdo complementario sobre jornada irregular: acuerdo complementario sobre condiciones de trabajo al XIV Cc de la empresa Opel España, S.L.U., donde se pactan los dos tipos de bolsas-crédito.

Tal regulación resulta enrevesada y difícil de computar aunque tengamos todos los medios tecnológicos para controlar a los trabajadores y sus jornadas. El Ere núm. 151/2015, seguido del nuevo Ere, de la empresa Opel, que se firmó el mes de abril del 2019<sup>18</sup>, demuestran que a pesar de la negociación de la jornada irregular, se siguen aplicando y utilizando los Eres.

El banco de horas de Nissan (Anexo XII del Cc) también regula entre + 25 y - 25 días de jornadas, con el fin de procurar limitar, en la medida de lo posible, la utilización de Eres.

- Bolsa de horas individuales: En el art 26 del Cc de Iveco (Valladolid) se regulan las bolsas de horas individuales<sup>19</sup> y claramente, se colabora con las necesidades productivas de la empresa. Se consideran jornadas irregulares obligatorias:

- 1) Sábado en turno de mañana.
- 2) Jornadas industriales.(6 como máximo)
- 3) Prolongaciones de jornada.
- 4) Sábado en turno de tarde.

Pues bien, si sumamos a 1704 horas de jornada laboral pactada, 200 horas de la bolsa individual, tendremos 1904 horas que es inferior a 1826 horas + 80 horas extraordinarias, con lo que puede llegar a trabajarse por encima de la jornada laboral pactada, en convenio, y donde la voluntariedad de 160 horas (20 sábados) se convierte en obligatoria.

<sup>17</sup> Esta regulación nace en IX convenio colectivo de la empresa Opel España de Automóviles, S.L. suscrito el día 4 de junio de 2004 entre representantes de la empresa y de los trabajadores de la misma. En el Anexo III se publica el acuerdo sobre jornada irregular, (RESOLUCION de 16 de junio de 2004, del Servicio Provincial de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del IX convenio colectivo de la empresa Opel España de Automóviles, S.L.)

<sup>18</sup> BOA 3 de mayo del 2019, págs. 66-70 núm. 98

<sup>19</sup> Modificaciones del Convenio Colectivo de IVECO ESPAÑA, S.L., (en el centro de trabajo de Valladolid) (Código 47001501012008), suscrito el día 21 de julio de 2015, (BOPV de 2 de Octubre del 2015, núm.227). El nuevo convenio ver nota a pie de página 11.

A veces, la bolsa de horas del Cc de Nissan, coincide con la suma de horas-extras realizadas sobre la jornada ordinaria (anexo 12 punto 3º. Nissan Barcelona), sin poder sobrepasar las 80 horas anuales. ¿Dónde está el truco?. Pues, en que de las 80 horas extras, que según el art. 35 del LET son todas voluntarias, en el punto tercero de este anexo se dice que 32 de las 48 horas de la bolsa no son voluntarias y por ello se pierde la voluntariedad de las mismas y las horas extraordinarias, en parte, pasan a ser obligatorias.

En el Cc de Renault se pactan dos tipos de bolsa: la colectiva para un grupo de trabajadores (conjunto de trabajadores de producción que trabajan a turnos y al equipo fijo de noche) y la individual que es para los trabajadores que no están en la colectiva. ¿Hay una ruptura de la igualdad de condiciones de trabajo para toda la plantilla?. Una vez leído, el anexo X del convenio, no se puede llegar a entender la diferencia entre bolsa individual y bolsa colectiva, sólo que hay trabajadores a las que se les aplica la colectiva y a otros la bolsa individual.

La cuenta de horas de SEAT es muy clara: siguiendo lo establecido en el art 73 Cc. tiene por objeto acomodar la actividad laboral a los requerimientos de la demanda del mercado y, por consiguiente, de la producción, contribuyendo al mantenimiento del empleo y garantizando la integridad del salario, siendo de aplicación a todo el personal de la empresa.

La flexibilidad llega a un punto, en este cc de SEAT, en el que se pacta que: cuando el saldo medio de la bolsa de horas de la mano de obra de cada uno de los centros llegue a 280 horas negativas, se podrá aplicar una cláusula de salvaguarda para mantener el empleo, consistente en una reducción proporcional de salario y jornada con acuerdo del Comité-Intercentros en evitación de un expediente de regulación de empleo (ERE), pudiéndose también adoptar otras medidas que se pacten con el Comité-Intercentros.

Pero la dificultad, que observamos con la lectura de los diversos pactos, de encuadrar en el concepto de jornada irregular, las bolsas de horas, los bancos de horas, el crédito horario, lo dice también el Tribunal Supremo en la STS de 10 de Enero del 2017<sup>20</sup>, llegando a no admitir un conflicto colectivo debido: al muy complejo régimen de flexibilidad que contempla el Convenio Colectivo en cuestión, en su plasmación o determinación individual, y a los efectos de la comprobación efectiva de los excesos de jornada y la consecuente realización de horas extraordinarias, requiere el análisis de las circunstancias concretas de cada trabajador y ello, lógicamente, excede y desborda el ámbito colectivo del proceso regulado en los arts. 153 a 162 LRJS , incluso en una hipotética fase de ejecución, entre otras razones, porque los posibles excesos de jornada, como arriba vimos, podrían haber sido objeto de compensación, incluso en los términos del párrafo 3º del art. 34.2 ET , y todo ello sin perjuicio de los efectos que pudieran derivarse de la sola iniciación del presente litigio y de la sentencia que lo resuelve ( art. 160.5 y 6 LRJS ).

Ello puede obligar a los trabajadores a presentar demandas individuales y no colectivas. Es el caso de la empresa de componentes del sector de la automoción de La Rioja, en

---

20 Id Cendoj: 28079140012017100013, XXIV Convenio de Bridgestone Hispania, S.A.

cuya Sala de lo Social se han dictado varias sentencias sobre compensación de la jornada irregular<sup>21</sup>.

Esta complejidad puede llevar a los tribunales a no considerar como jornada irregular una materia que incluso se encuentra encuadrada en el acuerdo pactado sobre la jornada irregular. En la SAN (Sala de lo Social, Sección 1<sup>a</sup>), de 3 mayo del 2018 (AS\2018\1118), se considera que: el ajuste de jornada no es jornada irregular, sino distribución del tiempo de trabajo y de descanso, de forma que la prestación de servicios del trabajador colme la jornada pactada.

Así pues, una vez delimitado a que se refiere el convenio o el acuerdo con las bolsas de horas individuales y colectivas surge otra cuestión; ¿A cambio de qué se pactan y se cumplen las jornadas irregulares?.

La compensación es la clave. La Empresa decidirá en el momento de programar las jornadas u horas de flexibilidad, si estas son a compensar (jornada completa) o a pagar y por otro la compensación por descanso (cc de Iveco Valladolid): La recuperación conllevará en el mes de realizarse, el pago del plus de 66,16 €, y se realizará como máximo antes de los cuatro años de haberse librado.

Este plazo ha desaparecido del nuevo convenio porque es contraria al art. 34.2 del LET.

Pero la duda es: ¿Se ha superado la jornada pactada o bien se ha superado la misma con la suma de las bolsas, con la compensación por festivos?. ¿Se han realizado horas extras de forma encubierta?.

Lo que está claro es que se paga por la jornada irregular (positiva o negativa). Que la jornada irregular positiva puede llevar compensación monetaria y descuento de la jornada a realizar (de la bolsa o fuera de la bolsa). Entonces, si las horas de la jornada irregular se pagan con un precio superior: ¿son horas extraordinarias de tercer género?.

Si esta regulación puede ser enrevesada, nos encontramos con nuevos experimentos en la negociación de la jornada irregular como la denominada: jornada anti-estrés. En el cc de Renault se establece, en el Anexo X, del convenio, un pacto sobre un nuevo tipo de jornada. Si uno lee el tipo de jornada, nos encontramos con una semana laboral de dos días de mañana, dos de tarde y dos de noche. Si este acuerdo nos parece desconcertante, se pacta una jornada de sábados y domingos de 12 horas diarias que nos parece excesiva por su prolongación y sobre todo lesiva para la salud del trabajador; e incluso podría ser negativa para la productividad de la empresa<sup>22</sup>.

---

21 STSJ de La Rioja, (Sala de lo Social, Sección 1<sup>a</sup>) núm. 115/2019 de 30 mayo, (JUR\2019\197332); Sentencia núm. 120/2019 de 6 junio, (JUR\2019\217592); Sentencia núm. 124/2019 de 6 junio (JUR\2019\217700); Sentencia núm.125/2019, de 13 de junio (AS\2019\1784); Sentencia núm. 134/2019, de 20 de junio, (JUR\2019\217903); Sentencia núm. 130/2019, de 13 de junio, (AS\2019\1808); Sentencia núm. 131/2019, de 20 junio, (JUR\2019\217376).

22 Con carácter general la jornada diaria de los sábados, domingos y festivos será de 12 horas

## **2.2.- La causa y el objeto de la jornada irregular en el sector: No aplicar el art. 41 del LET o el 51 LET.**

En la empresa PSA-Peugeot Citroën de Vigo se pactó, en el año 2001, uno de los primeros acuerdos sobre la bolsa de horas. Fue estipulado con la finalidad de absorber los desajustes productivos por problemas de transporte, organización, exigencia del mercado, averías, proveedores y otras de análoga naturaleza. Se definió, la misma, como un cómputo pluri-anual de la jornada y absorber los desajustes productivos. Incluso reconocen, las partes, que el expediente suspensivo de regulación de empleo es la solución legal.

La última regulación de la jornada irregular, en esta empresa, es de 31 de Mayo del 2013. Ello no evitó un Ere suspensivo del año 2013 para el 2014 y otros en el año 2015 y 2016. Ahora se firmó, el último convenio, a finales de noviembre del 2018 y vigente hasta el 31 de diciembre del 2019. La STS, Sala de lo Social de 17 de mayo del 2017, resolvió el recurso de casación, sobre el Ere firmado el 29 de febrero del 2016, por la que se recurría la STSJ, de la Sala de lo Social, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de julio de 2016, para su aplicación durante el ámbito temporal de este acuerdo - desde la fecha de su firma hasta el 31 de marzo de 2018. Se aprobaron un máximo de 20 jornadas completas de suspensión de contratos, o su equivalencia en días naturales. Para los tribunales se concibe, el Ere, como un mecanismo complementario a la Bolsa de horas, de manera que, solo se accederá a una jornada de suspensión de contrato de las aquí explicitadas una vez que, a título individual, se haya agotado el saldo de la Bolsa de Horas. Siendo de 30 días el saldo negativo máximo del instrumento de Bolsa, los destinatarios de la suspensión pactada son todos/as aquellos/as cuyo saldo negativo sea superior a 10 días.

Es decir, además de la regulación de la jornada irregular la empresa sigue disponiendo del Ere para optimizar sus jornadas y costes de los trabajadores. Una vuelta de tuerca más, de la organización y dirección empresarial a la dependencia y sobre todo, una renuncia de derechos que hace al trabajador, cada día menos ajeno a los riesgos de la actividad económica del empresario.

La medida pactada, las bolsa de horas individuales y colectivas, como intento de no aplicación del Ere tiene en los numerosos casos, en este siglo XXI la demostración de inexistencia de la causa y objeto de los acuerdos sobre jornada irregular a través de las bolsa de horas colectivas e individuales. Es verdad que en los propios convenios se estipula un límite de jornadas no trabajadas para plantear el Ere, pero resulta dudoso que siga utilizándose como argumento para que las partes firmen el pacto. Las empresas Nissan, Seat, Opel, Ford, Volkswagen, Iveco, Renault han utilizado al final eres suspensivos y extintivos<sup>23</sup>.

---

de trabajo efectivo, y 12 horas y 15 minutos de trabajo remunerado, incluidas pausas, descansos y, en su caso, horas complementarias, y con las especiales características particulares que a continuación se indican para el trabajo por Bolsa de horas colectiva en sábado mañana o domingo noche y la coincidencia de festivo en viernes y/o lunes.

Para el fin de semana el horario de trabajo del sábado será de 6:00 horas a 19:00 horas y el domingo de 7:00 a 20:00 horas.

23 Los expedientes de SEAT en el 2009, (Expte. 2839/2009), año 2010; (Expte:1670/2010), en

Y la cuestión es: ¿Qué es menos costoso para la empresa?.

### **2.3.- El poder de dirección, la jornada, los horarios y la obligación de dar trabajo**

El poder de dirección emana y tiene, en palabras del Profesor MONTOYA<sup>24</sup>, una doble dimensión: general (como poder de organizar laboralmente la empresa) y singular (como poder de ordenar las concretas prestaciones de los trabajadores individuales). La posibilidad de modificar la jornada de los trabajadores resulta una modificación sustancial de las condiciones del contrato de trabajo, si bien después de sucesivas reformas, se pueden hacer entre 160 horas y 182, que es el diez por ciento de la jornada máxima legal (art. 34 del LET) o bien por acuerdo previo con los representantes de los trabajadores un número superior al 10%. La SAN (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 28 marzo del 2018 (AS\2018\723) ha dicho:

De dichos preceptos se colige con claridad que es facultad unilateral de la empresa la planificación anual de las jornadas y su distribución horaria, sin más limitaciones que las establecidas en las normas que regulan el descanso semanal o diario, y sin que dicha distribución horaria deba ser pactada con la RLT, ni mucho menos mediante procedimiento de MSCT, como se pretende por la actora.

El hecho de que la empresa, haya tratado el tema en el seno de una comisión delegada del comité inter-centros, a solicitud de la parte social del mismo, no ha de suponer una renuncia a dicha facultad que le reconoce el convenio al amparo de la ley.

La obligación del empresario de dar ocupación a los trabajadores es atemperada con la posibilidad de modificar la jornada laboral, y poder recuperarla. Hace ya muchos años, en General Motors, S.A. se intentó pactar una nueva forma de realización del trabajo, el trabajo por equipos e incluso llegó a realizarse un referéndum en la planta de Figueruelas<sup>25</sup>, y ahora siguiendo ese camino de la transacción nos encontramos, en el cc de SEAT, con artículo 86 del cc que dice:

Nuevo sistema de organización del trabajo. Ambas partes se comprometen a analizar y establecer, mediante acuerdo, nuevos sistemas de organización del trabajo, tales como la

---

el año 2013 (Expte: 1755/2013); Nissan en el 7 de junio del 2019; IVECO-Madrid 20 diciembre del 2011; de 21 marzo del 2019, que es continuación Ere del 2018 marzo; los expedientes de Opel, del 2015 y 2019; Volkswagen 2018. En el mes de noviembre del 2019 se han puesto sobre la mesa los Eres de SEAT e IVECO. Todos ellos son un ejemplo de que como decía el Tribunal Supremo son mecanismos complementarios.

24 MONTOYA MELGAR, A.: “El poder de dirección del empresario”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 100, marzo-agosto, 2000.

25 DE VAL ARNAL, J.J.: “Dónde está el límite del contenido del convenio colectivo?. La organización del trabajo y la negociación colectiva: el acuerdo sobre la implantación del trabajo en equipo en la empresa General Motors España, S.S”, en VV.AA.: Los protagonistas de las relaciones laborales tras la Reforma del Mercado de Trabajo, Cood. Cruz Villalón, CES, 1995, págs. 173-189.

implantación del cuarto turno, mini-turnos y otras medidas de flexibilidad, en los casos en que se produzca un incremento de la demanda que requiera una mayor capacidad productiva de la fábrica. Ello, con el objeto de llegar al mercado de una manera más rápida, eficaz y precisa, y, por tanto, también mantener y fomentar el empleo.

La ajenidad, concepto clave para definir la característica y especialidad del contrato de trabajo por cuenta ajena, aparece diluida en la negociación colectiva de las empresas del sector, ya que se hace responsable al trabajador de las dificultades del empresario para dar faena a los trabajadores, o para trabajar por necesidades del mercado en días que en principio no eran de jornada laboral. La falta de una previsión de la jornada de trabajo, conforme a lo señalado por la Directiva 2003/88/CE/ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre determinados aspectos de la organización del tiempo de trabajo<sup>26</sup>, que en su art. 6º establece como unidad de referencia de la jornada, la de cuatro meses, puede convertirse en un grave problema para la conciliación de la vida de las personas con la actividad profesional<sup>27</sup>.

Se han hecho concesiones por parte de los trabajadores a través de sus sindicatos, dejando la ajenidad en los riesgos al margen del contrato de trabajo y haciéndose corresponsables en los paros técnicos y cómplices en las situaciones de ampliación de las jornadas semanales. ¿Y en qué les ayuda el control técnico?. Es un elemento a tener en cuenta, pero el derecho a la protección de los datos, o los de la empresa, o la propia organización del trabajo puede limitar sus conocimientos a pesar de sus derechos de información, consulta y participación. Y seguimos preguntándonos después de 25 años de tratar el tema: ¿Se puede ceder poder de dirección, o se puede transaccionar con él?.

### 3.- EL CONTROL DE LA JORNADA: LA INFORMACIÓN A LOS REPRESENTANTES Y AL PROPIO TRABAJADOR

El art. 64 del LET establece que los representantes de los trabajadores tienen derecho a la información, entendiéndose por información la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa o a los delegados de personal, a fin de que este tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen. Entre esa información debe constar las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en la organización del trabajo. Además de recibirla debe ser consultado, con carácter previo, sobre:

- a) Las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquella.
- b) Las reducciones de jornada.
- c) La implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo.

<sup>26</sup> DO L 299 de 18.11.2003, págs. 9-19.

<sup>27</sup> Sobre el tema GOERLICH PESET, J.M. NORES TORRES, L.E.: “Poderes directivos empresariales y conciliación de la vida laboral y familiar: una asignatura pendiente”, en *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, La Ley, Madrid, Diciembre 2010, (LA LEY 1369/2011).

En los convenios del sector, expresamente (Cc Iveco-Madrid) se informa de la flexibilidad en las jornadas industriales del mes en cuestión, si las hubiera. En el acuerdo de Citröen, al final del año, se informa al comité y a los trabajadores, sobre la jornada irregular, que tendría más un carácter de control económico y de la organización de empresa (punto 2.4).

La comunicación al Comité de empresa o al comité inter-centros (Cc RENAULT) sobre los cambios en la jornada irregular puede infringir los plazos de 5 días establecidos por el art. 34.2 del LET para comunicar los cambios tanto de jornada a trabajar como de la jornada de paro.

El plazo para informar a la representación de los trabajadores sobre la utilización de la bolsa será de tres días (v.g. martes para descansar el viernes) en caso de establecer días de no trabajo y de 4 días en caso contrario (v.g. lunes para trabajar el sábado), salvo circunstancias extraordinarias que justifiquen un plazo más corto, que no será inferior a 24 horas en caso de establecer días de no trabajo y a 48 horas en caso contrario. En el supuesto de trabajo en domingo noche, el plazo para informar a la representación de los trabajadores en circunstancias extraordinarias incluirá al menos un día laborable<sup>28</sup>.

De forma indirecta, a través de la información sobre la productividad se controla, también, la jornada irregular (Cc de Nissan) tanto a nivel colectivo como individual:

Mensualmente la Dirección informará de las producciones realizadas en el mes anterior y, de la previsión mensual de producción con la cantidad de sábados necesarios para realizarla.

De los sábados productivos a) La Dirección de la Empresa informará previamente a la representación de los trabajadores y al personal afectado del número de días y fechas en cada momento, con un preaviso de una semana.

Esta misma forma de información la encontramos en otras factorías (Cc Iveco Valladolid y Madrid). Aparecen comisiones de control (Comisión de Producción Cc Iveco-Madrid y en el Cc Mercedes) específicas a la que se informará de la previsión de PO (Rolling):

Conocida la causa, los responsables de Producción informarán a RH y a la comisión correspondiente de la situación y, una vez reconocida la procedencia de activar la medida, el preaviso se efectuará con 18 horas de antelación a su puesta en marcha, es decir, la citada medida será notificada en la jornada anterior. En los casos de suspensión en el supuesto de que se produjeran averías graves en sectores de producción con previsión de parada de producción de más de 4 horas en el turno. En caso de producirse esta incidencia, se infor-

<sup>28</sup> Según la STS, Sala de lo Social, de 16 de abril del 2014, (Id Cendoj: 28079140012014100210) que mantiene lo establecido por la STSJ de Aragón, Sala de lo Social de fecha 7 de junio de 2013, los cinco días de preaviso, del precepto estatutario constituye un mínimo de derecho necesario que, de conformidad con el art. 3.3 del propio ET, sólo puede ser mejorado por convenio; en consecuencia, concluye que la cuestionada norma convencional conculca el art. 34.2 del ET en lo referente al preaviso reducido a 24 horas.

mará al comité de empresa con la máxima inmediatez posible y se organizará el transporte colectivo necesario.

Junto al control, por los representantes de los trabajadores, va unido el del trabajador por la aplicación del art. 8.5 del LET: Cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito, desarrollado por el artículo 2.2.f) del Real Decreto 1659/1998, de 28 de julio. Así se comunica a los trabajadores, su saldo, en las nóminas de las bolsas individuales de horas, e incluso de las bolsas colectivas (Cc Renault),

Una de las cláusulas más problemáticas, a la hora del control de la jornada irregular se pacta en el Cc de Ford. Debido al problema del personal de mantenimiento se pacta una cláusula de información pero también de aceptación y no impugnación, todo ello porque consideran que las jornadas de producción no deber ser consideradas como horas extraordinarias (dejando al margen el derecho a la información del que no se renuncia):

No se tendrá en cuenta, a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de las horas extraordinarias autorizadas, el exceso de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias.

El comité de empresa, como órgano colectivo, y sus integrantes individualmente, se comprometen durante la vigencia del presente pacto, a no oponerse a la libre aceptación, por parte del personal de mantenimiento, de las horas extraordinarias y de las pactadas en este documento, que la empresa pueda programar.

Asimismo, el comité de empresa se compromete a no tomar ninguna acción legal en contra de este pacto, siempre que no se excedan los límites establecidos en el mismo. La irrenunciabilidad de los derechos sería de aplicación a este artículo del convenio.

La utilización, por la empresa, de las bolsas de horas, dependiendo de su utilización para trabajar o no trabajar necesitaría de unos plazos distintos de preaviso. En el Cc de Renault se establece un plazo para informar a la representación de los trabajadores sobre la utilización de la bolsa que será de tres días (v.g. martes para descansar el viernes) en caso de establecer días de no trabajo y de 4 días en caso contrario (v.g. lunes para trabajar el sábado), salvo circunstancias extraordinarias que justifiquen un plazo más corto, que no será inferior a 24 horas en caso de establecer días de no trabajo y a 48 horas en caso contrario. En el supuesto de trabajo en domingo noche, el plazo para informar a la representación de los trabajadores en circunstancias extraordinarias incluirá al menos un día laborable.

La regulación, del preaviso, siendo la más detallada (la empresa RENAULT) es contraria a lo dispuesto por el art. 34.2 del LET. A veces no sólo se comunica o se informa,



sino que también es necesario el acuerdo, como cambiar un preaviso de 48 horas a 24 (Cc. Nissan Anexo XII). Siguiendo lo dispuesto por la STS, Sala de lo Social, de 16 de abril del 2014<sup>29</sup>, estas cláusulas podrían ser declaradas nulas por ser contrarias al art. 34.2 del LET.

Es verdad, que los cambios en la distribución de las jornadas, dependiendo de las causas: una avería, la falta de fluido, falta de suministros, causas climatológicas, un incendio en los almacenes de las piezas, son muy distintas a las económicas como la recesión del mercado o una variación del programa de producción, por lo que no pueden satisfacerse con un único plazo genérico de 5 días. En unos casos el plazo es escaso y en otros resulta muy difícil de cumplir. Ante la dificultad y complejidad de las causas se hace normal que se cree un Comité o comisión de ordenación del tiempo de trabajo que realice un seguimiento conforme a las normas establecidas como se establece en el Cc de Mercedes y en Cc de Renault y Ford que se remiten a la mesa de Participación para la regulación de las jornadas irregulares. Por ello, se necesita de una regulación en el LET más flexible llevando a la negociación colectiva de empresa los supuestos más específicos.

La nueva Directiva (UE) 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, no aporta más luz a las condiciones de control de la jornada de trabajo y a la jornada irregular.

En el art. 1 de la Directiva se insta a que el empleador deberá informar a los trabajadores sobre los elementos esenciales de su relación laboral.

2. La información a que se hace referencia en el apartado 1 incluirá, al menos, los siguientes elementos:

- Si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente previsible, la duración de la jornada laboral ordinaria, diaria o semanal, del trabajador, así como cualquier acuerdo relativo a las horas extraordinarias y su remuneración y, en su caso, cualquier acuerdo sobre cambios de turno;

i) el principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas,

ii) las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje

iii) el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación a que se refiere el artículo 10, apartado 3;

En el art. 10.3 de la Directiva se implanta la necesidad de regular la previsibilidad de la jornada:

---

<sup>29</sup> Id Cendoj: 28079140012014100210.

1. Si el patrón de trabajo de un trabajador es total o mayoritariamente imprevisible, los Estados miembros garantizarán que el empleador no obligue a trabajar al trabajador a menos que se cumplan las dos condiciones siguientes:

a) el trabajo tiene lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados, según lo mencionado en el artículo 4, apartado 2, letra m), inciso ii),

y b) el empleador informa al trabajador de una tarea asignada con un preaviso razonable establecido de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales, según lo mencionado en el artículo 4, apartado 2, letra m), inciso iii).

2. Si no se cumple uno o ninguno de los requisitos establecidos en el apartado 1, el trabajador tendrá derecho a rechazar una tarea asignada sin que ello tenga consecuencias desfavorables.

3. Si los Estados miembros permiten que el empleador cancele una tarea asignada sin indemnización, adoptarán las medidas necesarias, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales, para garantizar que el trabajador tenga derecho a una indemnización si el empleador cancela, sin observar un plazo de preaviso razonable determinado, la tarea asignada acordada previamente con el trabajador.

4. Los Estados miembros podrán establecer las modalidades de aplicación del presente artículo, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales.

Así pues, junto al LET (art. 8 y 64) y el desarrollo reglamentario del Real Decreto 1659/1998, de 28 de julio, ahora nos aparece la Directiva de la transparencia en la información del contrato de trabajo, que conforman las líneas maestras del control informativo y de participación pero que no resuelven el problema de los plazos de comunicación, los cuales son básicos para el desarrollo de la actividad industrial y los sistemas de producción de sectores como el de la fabricación de automóviles.

Y por otro lado, aparece el derecho a la previsibilidad<sup>30</sup> de la jornada ya que la decisión del empresario puede conllevar problemas de conciliación de la vida familiar así como de salud laboral<sup>31</sup>.

#### **4.- EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS CLAUSULAS DE JORNADA IRREGULAR DEL SECTOR.**

Son escasas las Sentencias, y sobre todo del Tribunal Supremo, que han tratado la regulación de la jornada irregular en el sector de fabricación de automóviles. Y cuando se

<sup>30</sup> Sobre el tema:

<https://equitablegrowth.org/working-by-the-hour-the-economic-consequences-of-unpredictable-scheduling-practices/>

<sup>31</sup> DANIEL SCHNEIDER, K.: "Consequences of Routine Work-Schedule Instability for Worker Health and Well-Being", Volume: 84 issue: 1, University of California-Berkeley. pages: 82-114 en: <https://doi.org/10.1177/0003122418823184>

encuentra alguna resolución (sobre el Plan Industrial de OPEL España), como el Auto (Sala de lo Social), del Tribunal Supremo, de 25 mayo 2004 (JUR\2004\297677), no se entra en el fondo del asunto, porque no se encuentra contradicción con la sentencia alegada por los demandantes. En este caso, la sentencia previa del Juzgado de lo Social nº 3 de los de Zaragoza, de 10 de junio, del 2003 y la Sentencia del TSJ de Aragón, Sala de lo Social de 1 de Octubre del 2003<sup>32</sup>, que resuelve el recurso de suplicación, sobre uno de los asuntos del Plan Industrial de Opel que era la jornada irregular, consideró que de lo plasmado en el relato, no se desprende que se haya producido un incremento de jornada, ni una reducción de las vacaciones, ni, en fin, un vulneración de las normas legales indisponibles sobre los descansos, cuyo respeto es claramente apreciable dentro de lo pactado realizado ni horas extras ni mayor jornada.

Sí existe alguna sentencia de los TSJ, con anterioridad, como la STSJ Castilla y León, Sala de lo Social-Valladolid, de 2 de mayo del 2000<sup>33</sup>, que analizó la validez de la decisión empresarial de recurrir a la bolsa de horas, preventiva, pactada en convenio y declarar como laborables dos días inicialmente no previstos como tales. En este caso, el cc de la empresa FASA Renault preveía la posibilidad de recurrir a una bolsa de horas preventiva con el fin de optimizar los recursos y la producción. No obstante, el propio Convenio preveía que un futuro acuerdo entre empresa y trabajadores se desarrollaría el procedimiento de aplicación de la bolsa. Finalmente, dicho acuerdo no vio la luz y el empresario procedió unilateralmente a utilizar la bolsa de horas. La sentencia considera lícita la previsión convencional de bolsa de horas para aplicarla cuando las necesidades y la coyuntura productiva lo exigieran, y absorbiendo así los días de descanso iniciales que anteriormente existían. El Tribunal entiende que lo puede hacer, de forma unilateral, por perentorias razones de organización del trabajo, como efectivamente lo hizo.

Centrándonos en las cuestiones claves de la jornada irregular, y sobre todo en las que han obtenido una respuesta clara por los tribunales del orden social, exponemos a continuación las decisiones estudiadas:

a) En primer lugar, sobre el límite del cómputo de la jornada anual y la jornada irregular: la SAN (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 24 mayo del 2013 (AS\2013\1543), cuya fundamentación se mantuvo por el Tribunal Supremo<sup>34</sup>, ha dejado claro uno de los límites a los pactos de la jornada irregular: el cómputo anual y la imposibilidad del cómputo interanual.:

---

32 (JUR 2004\167783). Ponente: Juan Piqueras Gayo.

33 Id Cendoj: 47186340012000102001.

34 Se mantiene por la Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 3 febrero 2015 (RJ\2015\765), que el convenio colectivo de industrias cárnicas para los años 2011-2014, al tratar sobre la distribución irregular de la jornada se dice que:

la compensación de los saldos positivos y negativos de horas sólo puede establecerse a lo largo del año, sin que quepa desplazar la compensación para el año siguiente al de su realización; nulidad del apartado 3 del anexo 2 del convenio.

Ya con anterioridad, la STSJ Aragón de 7 de junio del 2013, declara que conculca lo dispuesto en el art. 34.2 ET un precepto de un convenio colectivo que fija el preaviso en veinticuatro horas.

Los trabajadores del sector de cárnicas estaban obligados a realizar una jornada ordinaria de 1770 horas anuales y las empresas del sector deben proporcionarles trabajo efectivo en los términos pactados, retribuyéndoles con el salario convenido, que no puede ser inferior al reflejado en el Anexo 5 del propio convenio, aunque el trabajador no realice la totalidad de la jornada pactada, cuando dicha circunstancia no le sea imputable, sino que se debe a la propia organización del trabajo de la empresa.

La distribución irregular no puede alterar el número de horas pactado anualmente, lo que nos permite alcanzar una primera conclusión:

Si las empresas deciden utilizar la distribución irregular de la jornada, nunca podrán superar las horas anuales pactadas.

En esta SAN se cuestionó la legalidad de desplazar para el año siguiente los saldos positivos o negativos de horas. Para la SAN el régimen de compensación de los saldos positivos y negativos, pactado en el convenio, forma parte de la distribución irregular de la jornada, que solo puede establecerse a lo largo del año, a tenor con lo dispuesto en el art. 34.2 LET. Dicha exigencia se establece con la regulación legal de la jornada ordinaria, que siempre es anual, al igual que la elaboración del calendario de trabajo y el propio límite para la emergencia de las horas extraordinarias y no cabe superarlo mediante un régimen de distribución irregular de la jornada, que excede claramente los límites temporales para su utilización.

Sin embargo nuestro artículo 34.2 del LET, actualmente, establece como límite un año desde el momento de la utilización de la jornada irregular para compensar. La doctrina ha establecido que existen dos interpretaciones, de esta parte del art. 34.2 del LET<sup>35</sup>.

Lo que parecía muy claro para la Sala de lo Social de la AN y el Tribunal Supremo con la reforma del año 2013 ya no está tan evidente.

b) En segundo lugar, sobre el preaviso de la comunicación a los trabajadores la jornada irregular, bien para no trabajar o recuperar las jornadas no realizadas. El límite de los cinco días de antelación es tratado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), en la Sentencia, de 21 mayo del 2019, (RJ\2019\2473), en lo que denominamos caso Iberia. Se cuestionaba la legalidad del art. 99 del Convenio de Iberia, y en dónde el recurso de casación contra la SAN de 23-10-2017 resuelve que el plazo del artículo 34.2. LET está dispuesto para que el trabajador conozca con un mínimo de cinco días de antelación el día y la hora de la prestación del trabajo resultante de la distribución irregular de la jornada, exigencia que no se ha cumplido en la regulación convencional<sup>36</sup>.

---

35 MONREAL BRINGSVAERD , E.: “La duración de la jornada y los saldos ...”, vid. cit.. pág. 95: es de la opinión de cerrar los saldos el 31 del año en curso.

36 Ver también la STS, Sala de lo Social, de 16 de abril del 2014, (Id Cendoj: 28079140012014100210), en el caso de Supermercados el Árbol también se incumple el plazo de preaviso.

En efecto, el artículo 99.3.3.1 del Cc de Iberia dispone que: dicha comunicación se realizará “con la mayor antelación posible, a partir del momento de identificación de la necesidad (variación no previsible de la carga de trabajo), pudiéndose realizar con menos de 24 horas en los casos imprevistos que menciona, con carácter enunciativo. Tal previsión es contraria a la disposición contenida en el artículo 34.2 ET, norma de carácter imperativo, que no puede ser obviada por lo acordado en el Convenio Colectivo.

La SJS nº 5 de Santander de 14 de diciembre de 2016<sup>37</sup> trata sobre la forma de comunicación, entre otras cuestiones, e interpreta que la forma de comunicación en el tablón de la empresa se debe declarar nula y sin ningún valor; la praxis empresarial de comunicar el preaviso de la distribución irregular de la jornada de forma colectiva a través del tablón de anuncios.

c) En tercer lugar, ¿Y cómo se computa el límite del 10% de la jornada irregular?. La SAN, Sala de lo Social, de 11 mayo del 2018 (AS\2018\1558), estudia la respuesta a esta pregunta, considerando que se había pactado el 7 % de la jornada irregular, y por ello la empresa puede distribuir el 7%, de la jornada anual que es de 1.680 horas, irregularmente: 117,60 horas al año. La empresa computa como una única operación la modificación de la jornada el día en que se añaden o restan horas. Para la AN el límite del 7%, que la empresa puede distribuir de manera irregular, debe estar referido tanto a los supuestos de asignación inicial de la jornada irregular como a los supuestos de compensación de las diferencias por exceso o por defecto, pues al fin y al cabo en ambos casos el trabajador desempeña el trabajo con una jornada irregular.

d) En cuarto lugar, ¿cuándo se puede aplicar el límite del 10% del art. 34.2 del LET?.- La STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 16 junio 2015, (RJ\2015\2954), ha resuelto el recurso de casación a la STS de la Comunidad Valenciana de 3 de marzo de 2014, dictaminando que la empresa no puede aplicar la segunda parte del art. 34.2 del LET si existe un pacto previo, convenio o acuerdo de empresa sobre la distribución irregular de la jornada. No se puede aplicar unilateralmente el 10% si se tiene un pacto de jornada irregular. Esta limitación de la aplicación del art. 34.2 del LET lo ha entendido así la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 13 marzo 2014 (RJ\2014\1908), para el supuesto de ampliación de los Festivos de la Comunidad Autónoma de Madrid por Ley 2/2012, de 12 de junio, de Dinamización de la Actividad Comercial en la Comunidad de Madrid.

En el Auto del TS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 18 febrero 2016, (JUR\2016\71511) se recogen dos STSJ que no se consideran contradictorias pero sobre todo la STSJ de CyL (Burgos) de 17 de Julio del 2013, obliga a previas negociaciones, que si no terminan en acuerdo, permitirían al empresario establecer el 10% de la jornada irregular, mientras que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, en fecha 5 de febrero de 2015, que confirma la SJS nº 1 de Málaga de 15 de julio del 2014 entiendo que si no ha habido intención de pacto no se pueden establecer la jornada irregular unilateralmente. La ley no obliga a intentar previas negociaciones y por ello en ningún caso se puede mantener lo dispuesto por los TSJ de Castilla y León y Andalucía.

<sup>37</sup> Id Cendoj: 39075440052016100001.

e) En quinto lugar, ¿puede el calendario laboral establecer la jornada irregular?. El Tribunal Supremo también ha tratado sobre el papel del calendario anual de la empresa para poder aplicar el art. 34.2 del LET, con la modificación del calendario incorporando modificaciones de la jornada, incluso incorporando, parece en interpretación de los sindicatos demandantes, la jornada irregular. El Tribunal Supremo ha dicho, en la STS (Sala de lo Social, Sección 1<sup>a</sup>) de 21 junio del 2016 (RJ\2016\4432), que resuelve el recurso de casación a la SAN Sala de lo Social, 26 de marzo de 2015, que la doctrina del Tribunal Supremo no reconoce la necesidad de incluir el horario en el calendario laboral, con lo que esta obligación no será exigible al empleador si no nace del convenio colectivo, de pactos puntuales o de cualquier otro título jurídico. En el I Convenio colectivo para las empresas integradas en la Unidad de Negocio de Abertis Autopistas de España<sup>38</sup> analizado en estas sentencias, la distribución irregular también se pacta correspondiendo a 12 días al año si bien en el convenio que estudian las Sentencias son 6 días por el semestre de invierno y 6 días por el de verano y en el nuevo convenio<sup>39</sup> son 12 al año sin establecer dos períodos de seis meses.

f) En sexto lugar, sobre la compensación de la jornada irregular, la SAN de 13 de junio del 2013, cuyo fallo se mantiene en la STS Sala de lo Social de 11 de Diciembre del 2014<sup>40</sup>, entiende que la forma de compensación de la cuenta de horas positiva al aplicar el importe correspondiente a las mismas a alguna de las siguientes modalidades, entre las que se encuentra la compra de coche nuevo o vehículo de ocasión a través de venta a empleados, no está encubriendo la realización de horas extras.

g) En séptimo lugar, sobre la aplicación de la jornada irregular a los trabajadores que tengan disminución de jornada por aplicación de las normas sobre conciliación de la vida laboral y familiar, la SJS n° 5 de Santander de 16 de diciembre del 2016 ha declarado nula, -ex art.160-3 LRJS-, y sin ningún valor, la praxis empresarial de aplicar la distribución irregular de la jornada a aquellos trabajadores con concreción horaria tras reducción de jornada por guarda legal.

Pero el Magistrado del Juzgado de lo Social n° 5 de los de Santander también se cuestiona las lagunas del art. 34.2 del LET: Son muchas las cuestiones que surgen puesto que la Ley es muy abierta, y sólo sobre el preaviso -que es la primera cuestión- se pueden formular algunas: ¿los 5 días son naturales o laborables? ¿el preaviso puede ser colectivo? ¿el preaviso tiene que ser por escrito? ¿cabe despreavisar? ¿y si es así, antes o después de los 5 días?<sup>41</sup>.

Por último, señalar que, también, se han controlado por el Orden Social cuestiones colaterales como el principio de correspondencia de los acuerdos sobre la jornada irregular. Un acuerdo del art. 34.2 del LET que se extiende a todas las centros de trabajo de las empresas, a pesar de haberse negociado en un centro de trabajo, según la SAN de

38 BOE de 27 de septiembre del 2014, núm. 235, págs. 76079-76174.

39 BOE de 18 de Agosto del 2018, núm. 200, págs. 83116-83208.

40 Id Cendoj: 28079140012014100847.

41 SJS n° 5 de Santander de 14 de diciembre de 2016. Id Cendoj: 39075440052016100001.

11 de Mayo del 2017<sup>42</sup>, si se demuestra que la negociación con las secciones sindicales de las empresas lo hace de eficacia con respecto a todos los trabajadores no se ha infringido el principio de correspondencia entre la comisión negociadora y el ámbito territorial del convenio negociado.

## 5.- CONCLUSIONES

**PRIMERA:** Como hace cuarenta años sucedió con el disco *La Leyenda del tiempo*, en el Flamenco, el LET y los convenios colectivos del sector de fabricación de automóviles, a la hora de regular la jornada irregular mediante bolsas de horas, colectivas e individuales con diversos términos, (cuenta de horas, crédito de horas, banco de horas) instauran una revolución de la regulación de la jornada irregular.

**SEGUNDA:** El objeto de las bolsas de horas colectivas, que según los textos de los acuerdos son la no aplicación de los Eres, resulta ser una falacia. Son elementos complementarios, como lo demuestran los Eres del sector en el Siglo XXI y el reconocimiento, en tal sentido, por el Tribunal Supremo. Carecen de estandarización a la hora de una definición de lo que se debe entender por jornada industrial, bolsa de horas individual o colectiva y crédito de horas. Pero el problema de la falacia es que en la negociación del convenio o del acuerdo coadyuvan la representación de los trabajadores. La negociación colectiva como se dijo en *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*<sup>43</sup>, también hace ya más de 40 años, es un instrumento para la promoción de la clase trabajadora y el sindicato un contrapoder, que no puede convertirse en solución de las necesidades organizativas empresariales.

**TERCERA:** Las nuevas tecnologías pueden ayudar a controlar la decisión de las empresas a la hora de la compensación y de la instrumentación de la jornada irregular, pero el verdadero problema son las endiabladas cláusulas de los pactos a la hora de sumar y restar las horas, así como a la hora de aplicar la compensación de las mismas.

**CUARTA:** El control de la jornada irregular, por la representación de los trabajadores junto al control individual, resulta ser un control de los números (horas, jornadas) pero también debe serlo de la regulación pactada en los convenios y acuerdos que exige verdaderos esfuerzos de lectura y comprensión. Al visionar la película *En guerre* (de Stéphane Brizé 2018) no se puede llegar a entender el contenido de los acuerdos pactados en el sector de la fabricación de automóviles sobre la jornada irregular.

**QUINTA:** Los tribunales del Orden Social han establecido claros límites, en lo que respecta el plazo de aviso de los cambios de la jornada irregular, la utilización del calendario laboral como instrumento de aplicación de la jornada irregular, el uso del tablón de anuncios como medio de comunicación de los paros o de la compensación, la inaplicación de la jornada irregular a los trabajadores que tienen reducida su jornada por conciliación

<sup>42</sup> Id Cendoj: 28079240012017100063.

<sup>43</sup> GONZALEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en el sistema español de relaciones laborales”, en VV.AA.: *Ideologías Jurídicas y Relaciones de Trabajo*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978, pág. 207.

de la vida laboral y familiar, la forma del cómputo de la jornada irregular, y por último, el cómputo interanual de la jornada. No lo han hecho en la compensación interanual. La jornada irregular no significa rebasar la jornada laboral pactada en el convenio colectivo o el acuerdo de empresa pero en muchos casos en el sector de la fabricación de automóviles nos estamos acercando al límite legal de 1826 horas y 24 minutos más 80 horas extraordinarias.

SEXTA: ¿Existe un derecho a la jornada de trabajo predecible?. Hasta ahora los tribunales españoles no han conocido de una demanda que plantee este Derecho. El Derecho a la jornada predecible aparece en la Directiva 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, pero no así en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2012/C 326/02). Falta en el Siglo XXI una regulación expresa del derecho a una jornada de trabajo predecible.



# PONENCIA ESPECÍFICA

## EL CONCEPTO DE DISPONIBILIDAD Y SU CONSIDERACIÓN COMO TIEMPO DE TRABAJO: DELIMITACIÓN<sup>1</sup>

*Pierre-Henri Cialti*  
*Profesor Ayudante Doctor (Universidad Pablo de Olavide- Sevilla)*

### Introducción

1. La rigidez de la dualidad tiempo de trabajo/tiempo de descanso
  - 1.1. La visión binaria del derecho de la Unión europea
  - 1.2. La concepción española
2. Cómputo del tiempo de trabajo y tiempo de disponibilidad
  - 2.1. La disponibilidad en el ámbito de la Unión europea
  - 2.2. Las reticencias de los jueces españoles
3. La compensación del tiempo de disponibilidad
  - 3.1. La compensación del trabajo efectivo.
  - 3.2. La compensación del tiempo de espera
4. Conclusiones

<sup>1</sup> El presente trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación “Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía” (Sevilla), que forma parte del proyecto coordinado de investigación “Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la era digital” (CELyS II). Convocatoria del Ministerio de Economía y Competitividad español de 2017. Referencia: DER2017-83488-C4-1-R (2018-2020).

## INTRODUCCIÓN

Desde los inicios del derecho del trabajo, la cuestión del tiempo de trabajo ha sido un tema de predilección de intervención de la ley. En primer orden, se trataba de proteger la salud y seguridad de los trabajadores. Poco a poco, de acuerdo con la evolución del derecho y la modernización de las relaciones de trabajo, se ha conectado con las exigencias de conciliación de la vida personal, familiar y profesional. Por todo ello, constituye, sin lugar a dudas, una cuestión central de la regulación de las relaciones de trabajo, como lo demuestra su inclusión en las normas de mayor rango, tanto a nivel europeo<sup>2</sup> como en el ámbito español<sup>3</sup>.

La determinación del tiempo de trabajo plantea varias problemáticas y dificultades prácticas, especialmente en relación con su cómputo a efectos de determinar la jornada ordinaria, no superar la duración máxima y, en contra sensu, respetar el tiempo de descanso. Por ello, existen muchas zonas grises en las cuales resulta complejo delimitar lo que es tiempo de trabajo. Directamente a colación, dicha determinación influye fuertemente sobre las condiciones de remuneración de los trabajadores.

Entre todas las zonas grises, este trabajo se centrará en los tiempos de disponibilidad.

Su análisis pasa previamente por formular aclaraciones terminológicas y conceptuales para determinar a qué nos referimos cuando hablamos de disponibilidad. En efecto, también se puede hacer alusión a los conceptos de guardias, de puesta a disposición o de tiempo de espera<sup>4</sup>. De forma general, podríamos admitir que la disponibilidad se refiere al tiempo durante el cual no se realiza prestación de trabajo pero que el trabajador se encuentra a disposición del empleador, que le puede hacer un llamamiento, en cualquier momento, para llevar a cabo dicha prestación.

Ahora bien, esta disponibilidad puede revestir varias modalidades<sup>5</sup>. Puede acontecer cuando un trabajador se encuentra en el centro de trabajo, pero no está ejerciendo su actividad o funciones. Se puede hablar en este supuesto de guardias presenciales o de presencia física. Igualmente existe disponibilidad cuando el trabajador no se encuentra en el lugar de

2 Figura como objetivos de la Unión Europea, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de la Unión Europea (art. 151 TFUE) y se reconoce el derecho fundamental “a la limitación de la duración máxima del trabajo y a descansos diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas” (art. 31 CDFUE).

3 Como indica el artículo 40.2 de la Constitución española, “los poderes públicos [...] velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”.

4 El concepto de tiempo de presencia se ha de distinguir del tiempo de disponibilidad pues “dicho concepto temporal, debe su naturaleza no a la necesidad de atender imprevistos o cubrir servicios que se prestan durante las veinticuatro horas del día, como sucedía en los casos de guardias de localización y presencia, sino en la circunstancia de que una prestación de servicios anterior, o una posterior, exige la previa presencia del trabajador en el lugar en el que la prestación se toma y se deja” (M. BASTERRA HERNÁNDEZ, *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 57).

5 M. BASTERRA HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 51 y ss.

trabajo, pero sigue estando disponible para atender un llamamiento empresarial y acudir al centro de trabajo. En este caso, se habla de guardias localizables o de localización.

En todo caso, todas estas situaciones tienen un punto en común, pues en todas ellas existe un tiempo de no prestación del trabajo, que denominamos tiempo de espera o de inactividad, y un tiempo de prestación efectiva del trabajo si se materializa el llamamiento.

En este marco, la cuestión del tiempo de disponibilidad recela de cierta complejidad.

Por una parte, engloba situaciones distintas y supuestos concretos muy variables que han de tomarse en consideración. Igualmente, se caracteriza por su dicotomía, es decir, se compone de dos tiempos diferentes, el de espera y el eventual de la prestación real y efectiva del trabajo.

Por otra parte, tiene estrecha conexión con el necesario respeto de las duraciones máximas y de los tiempos de descansos. Directamente conectado a ello, el tiempo de disponibilidad implica contemplar (o no) la compensación a que puede pretender el trabajador sometido a este régimen. Esta cuestión de la determinación de la compensación queda, por supuesto, condicionada por la calificación del tiempo de disponibilidad como tiempo de trabajo o no. Sin embargo, resulta imprescindible abordarla de forma autónoma e independientemente a su inclusión o no en el cómputo del tiempo de trabajo.

Como último apunto, se ha de señalar que se trata de una materia notablemente influenciada por el derecho de la Unión Europea, especialmente por la Directiva 2003/88 de 4 noviembre y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE). En efecto, en palabras de los jueces de la Unión, las definiciones de tiempo de trabajo y de tiempo de descanso “no deben interpretarse en función de las disposiciones de las diferentes normativas de los Estados miembros, sino que constituyen conceptos de Derecho comunitario que es necesario definir según sus características objetivas. [...] En efecto, sólo una interpretación autónoma semejante puede garantizar la plena eficacia de la Directiva, así como una aplicación uniforme de los mencionados conceptos en la totalidad de los Estados miembros”<sup>6</sup>. Estas definiciones no admiten derogaciones previstas en el artículo 17 de la Directiva y son “normas de derecho social de la Unión de especial importancia”<sup>7</sup>.

Por todo ello, el presente trabajo opta por abordar las implicaciones de las definiciones y elementos característicos del tiempo de trabajo en la Unión Europea y a nivel español. Posteriormente, se pretende encuadrar los tiempos de disponibilidad en este marco y considerar su calificación o no como tiempo de trabajo. Finalmente, centrándose en el ordenamiento jurídico español, se afrontará la cuestión de las condiciones de su compensación, considerando que, en todo caso, la mera disponibilidad debería dar lugar a ella.

---

6 STJCE de 9 de septiembre de 2003, C-151/2002, asunto Jaeger; STJUE de 1 de diciembre 2005, C-14/2004, asunto Dellas.

7 En este sentido, se puede pensar que la coetilla del artículo 2 de la directiva que define el tiempo de trabajo “de conformidad con la legislación y/o prácticas nacionales”, pierde sustantividad.

## 1. LA RIGIDEZ DE LA DUALIDAD TIEMPO DE TRABAJO/TIEMPO DE DESCANSO

### 1.1. La visión binaria del derecho de la Unión europea

En el ámbito de la Unión, la determinación del tiempo de trabajo se inserta en una alternativa clara y excluyente: o es tiempo de trabajo o no es tiempo de trabajo, es decir, es tiempo de descanso. El art. 2.1 de la Directiva 2003/88 define el “tiempo de trabajo como todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”. El artículo 2.2. define el período de descanso como “todo período que no sea tiempo de trabajo”. Así, la directiva establece tres criterios para calificar un periodo como tiempo de trabajo. La persona trabajadora ha de estar en el trabajo, estar a disposición del empleador y ejercer sus funciones o actividades.

El TJUE ha tenido ocasión de interpretar estos criterios. Bien conocida es la sentencia de 10 de septiembre de 2015, C 266/14, asunto TYCO, relativa a trabajadores sin centro de trabajo fijo o habitual por decisión empresarial, en la cual se considera que el desplazamiento del domicilio al primer cliente y el desplazamiento del último cliente al domicilio, ha de considerarse como tiempo de trabajo<sup>8</sup>. En este caso, los jueces consideran que el trabajador se encuentra “en una situación en la que esté obligado jurídicamente a obedecer las instrucciones de su empresario y a ejercer su actividad por cuenta de éste”, por lo que está a disposición del empleador<sup>9</sup>. También razonan que estos desplazamientos “son el instrumento necesario para ejecutar prestaciones técnicas por parte de los trabajadores en los centros de estos clientes”, por lo que se entiende que se encuentran en ejercicio de su actividad. Finalmente, respecto al criterio de permanencia en el trabajo, el TJUE entiende que, “si un trabajador que ya no tiene centro de trabajo fijo ejerce sus funciones durante el desplazamiento hacia o desde un cliente, debe considerarse que este trabajador permanece igualmente en el trabajo durante ese trayecto”. Afirma, por otra parte, que “toda vez que los desplazamientos son consustanciales a la condición de trabajador que carece de centro de trabajo fijo o habitual, el centro de trabajo de estos trabajadores no puede reducirse a los lugares de intervención física de estos trabajadores en los centros de los clientes de su empresario”.

La sentencia recuerda la finalidad de la directiva, que no es otra que la protección de la salud y seguridad de los trabajadores mediante un control del tiempo de trabajo. En este supuesto, la no toma en consideración de estos desplazamientos como tiempo de trabajo tendría como efecto colateral mermar y reducir el tiempo de descanso real de los trabajadores que, a su vez, tendrían que asumir las consecuencias de la decisión empresarial de suprimir los centros de trabajo fijos y habituales que tenían anteriormente dichos trabajadores.

---

8 J. CABEZA PEREIRO, J., “Algunas reflexiones a la vista del asunto TYCO sobre el concepto “tiempo de trabajo””, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 1 enero 2016, p. 43.

9 En el supuesto, como lo subraya la sentencia, la empresa “fija la lista y el orden de los clientes que han de seguir los trabajadores (...) y el horario de las citas con los clientes”.

Al margen de ello, esta sentencia permite poner de relieve las dificultades aplicativas de la concepción binaria de la directiva que tiene como consecuencia directa la negación de categorías intermedias y la obligación de posicionarse respecto a un todo o nada. La complejidad y la casuística de la realidad de las relaciones laborales explican por qué la concepción binaria de la directiva conduce a incluir, como tiempo de trabajo, a tiempos en los cuales el trabajador no está necesariamente realizando sus funciones como tal, en un lugar determinado y a disposición directa del empleador. En definitiva, las concepciones excluyentes de tiempo de trabajo y tiempo de descanso han de conducir, en pos de proteger la seguridad y salud de los trabajadores, a realizar una concepción extensiva de los criterios definitorios del tiempo de trabajo del artículo 2 de la Directiva. Así, se podría afirmar que la definición del tiempo de trabajo de la directiva, acompañada de una concepción binaria rígida no permite contemplar todas las situaciones fácticas y obligan al TJUE a realizar una labor interpretativa importante.

## 1.2. La concepción española

En España, en una primera aproximación y a diferencia del derecho europeo, parecería posible distinguir tres periodos que, por orden decreciente de intensidad, serían: tiempo de trabajo efectivo-tiempo de trabajo- tiempo de descanso. El artículo 34.1 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) establece que sólo se contabiliza a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria el tiempo de “trabajo efectivo”. A su vez, el artículo 34.5 ET dispone que “el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”.

Sin embargo, se ha de proceder a otra lectura. El artículo 34.5 ET se refiere a la vertiente cualitativa del tiempo de trabajo, es decir, a las condiciones que se han de cumplir para que se considere un periodo determinado como tiempo de trabajo. El artículo 34.1 ET, aunque refiriéndose al concepto de tiempo de trabajo efectivo, contempla la cuestión desde la perspectiva cuantitativa, es decir, respecto al cómputo de la jornada<sup>10</sup>. Por lo tanto, se podría admitir que ambos artículos se refieren al mismo concepto de tiempo de trabajo, pero según una vertiente diferente y con dos denominaciones diferentes. En concordancia con ello, el artículo 26.1 ET no contempla la retribución del tiempo de trabajo, sino del tiempo de trabajo efectivo. Para el ET, el tiempo de trabajo y tiempo de trabajo efectivo implican que el trabajador esté en su puesto de trabajo listo para trabajar, lo que conduce a una interpretación restrictiva del concepto de tiempo de trabajo, que se equipara a lo que podría ser su interpretación más restrictiva, es decir, el tiempo de trabajo efectivo<sup>11</sup>.

---

10 Se propone otra versión de la propuesta por R. POQUET CATALA, “Consideración de la guardia de localización como posible tiempo de trabajo efectivo a la luz de la doctrina judicial comunitaria. STJUE, de 21 de febrero de 2018, C-518/2015, Asunto Matzak”, *Temas Laborales*, n.º 146, 2019, p. 224. Sobre esta distinción, ver F. VALDÉS DAL-RE, “Jornada laboral y horarios de trabajo”, en AA.VV. *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Madrid (Universidad de Madrid), 1977, p. 267.

11 Otra interpretación se hubiera tenido que realizar si la redacción de los artículos hubiera sido la siguiente: Por una parte, “La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo [...] de promedio en cómputo anual”; y, por otra parte, “El

De acuerdo con esta lógica, los desplazamientos entre el domicilio del trabajador y el centro de trabajo habitual no pueden computar a efectos de tiempo de trabajo<sup>12</sup>, tampoco el período destinado al aseo personal o al cambio de indumentaria<sup>13</sup>, el período necesario para acceder al puesto de trabajo dentro del centro de trabajo o desde el fichaje, si bien puede considerarse como condición más beneficiosa. En esta línea, la jurisprudencia admite que un convenio colectivo excluya expresamente del tiempo de trabajo efectivo los cambios de uniforme y los reconocimientos médicos en la empresa<sup>14</sup>.

Pues bien, sin hacer mención de las reglas específicas del Reglamento de jornadas especiales de trabajo<sup>15</sup> o de los Reglamentos de relaciones laborales especiales<sup>16</sup>, no se puede obviar una realidad más compleja frente a las cuales la jurisprudencia ha tenido que establecer una serie de excepciones o matizaciones<sup>17</sup>.

Así, la jurisprudencia considera que si un desplazamiento se debe a la necesidad de acudir a un lugar distinto al lugar de la prestación de trabajo para recibir instrucciones<sup>18</sup> o de devolver herramientas de trabajo<sup>19</sup>, o si se debe a las exigencias de seguridad inherentes al centro de trabajo<sup>20</sup>, se ha de calificar como tiempo de trabajo, ya que no corresponden a los desplazamientos de ida y vuelta desde el domicilio sino a necesidades del trabajo de obligatorio cumplimiento. En materia de cambio de ropa o de aseo<sup>21</sup>, el Tribunal Supremo (en adelante TS) reconoció la calificación de accidente de trabajo a un trabajador que sufrió un infarto de miocardio en el vestuario de la empresa<sup>22</sup>. Igualmente, se ha computado

---

tiempo de trabajo [efectivo] computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo". Esta redacción sí permitiría entender que cupieran más modalidades de tiempo de trabajo que el tiempo de trabajo efectivo.

12 Por ejemplo, STSJ Castilla La Mancha, 28 de diciembre de 2001, rec. n.º 1434/2000.

13 STSJ Andalucía, Málaga, 23 de enero de 2003, rec.n.º 1637/2002.

14 STS 4 de mayo de 2016, rec. n.º 169/2015.

15 RD 1561/1995 de jornadas especiales de trabajo, especialmente en sectores como el transporte, el trabajo en el campo y el trabajo en las minas.

16 Alta dirección (art. 7 del RD 1382/1985); Servicio de hogar (art. 7.1 RD 1620/2011); Deportistas profesionales (art. 9.3 del RD 1006/1985) en el caso de los artistas en espectáculos públicos (art. 8.1 y 8.3 del RD 1435/1985) y representantes de comercio (art. 4.1 del RD 1438/1985)

17 C. ARAGÓN GÓMEZ, "La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo y la aportación que, al respecto, ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", Revista de Información Laboral n.º 9/2018.

18 STS 18 de septiembre de 2000, rec. n.º 1696/1999.

19 En el caso de un vigilante de seguridad respecto a su arma de servicio (STS de 18 de septiembre 2000 (rec. ud. n.º 1696/1999) o respecto al uniforme de trabajo (STS 24 de septiembre de 2009, rec ud. n.º 2033/2008).

20 En un caso relativo a los trabajadores de un aeropuerto (SSTSJ Islas Baleares 12 de enero de 2017, rec. n.º 319/2016 y de 7 de febrero de 2018, rec. n.º 165/2017).

21 Sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias en materia de prevención de riesgos laborales, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo o sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo (arts. 6.2 RD 665/1997 y 7.2 RD 664/1997).

22 STS de 4 de octubre de 2012, rec. n.º 3402/2011. En este supuesto, el trabajador ya había fichado, se trataba de poner los equipos de protección individual obligatorios y no se disfrutaba de

como tiempo de trabajo los cambios de turnos durante los cuales el personal de enfermería transmitía información de los pacientes al personal entrante<sup>23</sup>. De acuerdo con la Sentencia TYCO del TJUE, la Audiencia Nacional considera que, cuando el centro de trabajo no es estable y presenta una naturaleza móvil o itinerante, el desplazamiento para acudir al primer lugar de prestación del trabajo, así como el viaje de vuelta al finalizar la última prestación, debían considerarse como tiempo de trabajo<sup>24</sup>, si bien el TS parece más reacio en la materia<sup>25</sup>. Finalmente, se ha considerado tiempo de trabajo el tiempo destinado a asistir a una convención de empresa nacional<sup>26</sup>.

En definitiva, si bien el ET concibe el tiempo de trabajo de manera restrictiva, en su vertiente cualitativa, vinculándolo a la presencia de la persona trabajadora preparada para iniciar el trabajo, los tribunales han tenido oportunidad de realizar una concepción extensiva del tiempo de trabajo efectivo en su vertiente cuantitativa, es decir, con el propósito de computar el tiempo de trabajo. En definitiva, la concepción restrictiva del concepto de tiempo de trabajo del artículo 34.5 ET se ha visto compensada por la concepción extensiva del concepto de trabajo efectivo del artículo 34.1 ET.

## 2. CÓMPUTO DEL TIEMPO DE TRABAJO Y TIEMPO DE DISPONIBILIDAD

### 2.1. La disponibilidad en el ámbito de la Unión europea

El tratamiento del tiempo de disponibilidad por parte del TJUE viene marcada por dos etapas. En la primera, los jueces europeos han considerado que la intensidad del trabajo durante la guardia no importa para calificarla como tiempo de trabajo mientras esté físicamente presente el trabajador en el centro de trabajo. En la segunda, estiman que la intensidad de la guardia sí importa para calificar los tiempos de espera como tiempo de trabajo cuando la persona trabajadora no se encuentra físicamente presente en el centro de trabajo.

La irrelevancia de la intensidad de la prestación de trabajo en pos de calificar un periodo de guardia presencial como tiempo de trabajo, se deriva de una serie de sentencias de sobra conocidas del TJUE en el sector sanitario o de la asistencia personal a personas dependientes<sup>27</sup>. En ellas destaca la idea según la cual, en las guardias con presencia física,

tiempo muertos entre su llegada al centro de trabajo y su incorporación al puesto de trabajo. En definitiva, este periodo de tiempo servía al trabajador para cumplir sus obligaciones laborales, por lo que hay de calificarlo como tiempo de trabajo.

<sup>23</sup> STS 20 junio 2017, rec. n° 170/2016.

<sup>24</sup> SAN 31 de marzo de 2014, rec. n° 486/2013.

<sup>25</sup> STS 1 de diciembre 2015, rec. 284/2014 relativa al personal de atención de personas dependientes y a los desplazamientos diarios entre su domicilio y los centros del primer y último cliente que les asigna el empleador.

<sup>26</sup> SAN de 13 de julio de 2016, rec. n° 171/2016 confirmada por STS 11 de octubre de 2017, rec. n° 255/2016. En este supuesto, se considera como tiempo de trabajo el desplazamiento a la convención que se realizó el domingo.

<sup>27</sup> STJCE 3 de octubre de 2000, C-303/98 (asunto SIMAP) y STJUE de 9 de septiembre de 2003, C-151/02 (asunto Jaeger), relativas ambas a médicos en hospitales; STJUE de 5 de octubre de

los periodos de inactividad durante los tiempos de espera entre llamadas han de ser considerados como tiempo de trabajo. Así, en estas condiciones, debe considerarse tiempo de trabajo el tiempo de guardia en su totalidad, incluidos los periodos de inactividad. En este sentido, la STJUE de 14 de octubre de 2010, C-243/2009 asunto *Günter FuB*, precisa que las guardias presenciales han de computar, en todo caso e independientemente del consentimiento del trabajador en sentido contrario, a efecto de respetar el límite de 48 horas de trabajo semanales.

Si se cumplen sin dificultad los criterios de la presencia física y de la disponibilidad, la aplicación real del criterio de la permanencia en el ejercicio de la actividad o funciones resulta más dudosa. Así, son posibles dos interpretaciones de la posición del TJUE: o bien se considera que, a pesar de la conjunción “y”, los criterios no son acumulativos y bastarían dos de ellos, o bien se admite que estar a disposición inmediata del empleador sin prestar ninguna actividad puede constituir, en su caso, una de las funciones inherentes a la actividad o funciones de la persona trabajadora.

En cualquier caso, en esta serie de sentencias, la presencia física de la persona trabajadora en el centro de trabajo constituye un aspecto clave para reconocer la calificación de tiempo de trabajo. En efecto, implica que la persona trabajadora esté disponible, de forma inmediata, para poder atender las necesidades empresariales, por lo que se da por cumplido con certeza, al menos, dos de los tres criterios.

En definitiva, si se puede afirmar que el tiempo de trabajo no presume de la intensidad del trabajo, resulta por lo menos compleja la apreciación del criterio de la directiva relativo a la permanencia en el ejercicio de la actividad o de las funciones en periodos se manifiesta inactividad, salvo proceder a una interpretación extensiva que puede ocasionar cierta inseguridad jurídica.

En una segunda etapa, las dificultades interpretativas se trasladan fundamentalmente sobre el criterio de la presencia física en el trabajo, dado que la irrelevancia de la intensidad del trabajo parece neutralizar el criterio del ejercicio de la actividad o funciones. A pesar de que la persona trabajadora no se encuentre en el centro de trabajo para realizar su guardia, los jueces europeos han considerado que este periodo de guardia debe ser considerado como tiempo de trabajo. Ahora bien, para llegar a ello, han prestado especial atención a las condiciones en las cuales la persona trabajadora ha de responder a la llamada empresarial. En este sentido, la calificación de tiempo de trabajo, sí presume de la intensidad de la guardia.

Para entender la posición europea, se puede contrastar las sentencias antes mencionadas en cuanto a la guardia con presencia física con la STJUE de 21 febrero 2018, C-518/2015, asunto *Matzak*.

---

2004, C-397/01 a C-403/01 (asunto *Pfeiffer*) relativa a un socorrista por medio de ambulancia; STJUE de 1 de diciembre 2005, C-14/04 (asunto *Dellas*) relativa a un educador en centros que acogen personas con discapacidad en régimen de internado.



En las primeras sentencias, además de la guardia presencial, el personal sanitario podía prestar su guardia en régimen de localización. En este caso, los jueces del TJUE consideran que “sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios”. Así el tiempo de espera no computa a efecto de medir el tiempo de trabajo efectivo y los tiempos de descanso correspondientes. Por ello, los jueces consideran que la persona trabajadora podía dedicarse a asuntos personales y administrar su tiempo sin mayores limitaciones, especialmente en cuanto a lugar de permanencia. En efecto, el trabajador no debía permanecer en un lugar determinado directa o indirectamente por el empleador, para poder cumplir con las condiciones de la guardia y acudir al centro de trabajo tras la llamada empresarial.

En la STJUE de 21 febrero 2018, los jueces europeos se ven forzados a matizar el criterio de interpretación anterior o, por lo menos, a profundizar en su análisis. Más concretamente, realizan nuevamente una interpretación extensiva de los criterios del artículo 2 de la Directiva, esta vez del criterio de la permanencia en el lugar de trabajo. El asunto se refería al régimen de guardia localizable de un bombero voluntario según el cual disponía de ocho minutos para acudir al parque de bomberos tras la llamada, por lo que se establece que debía permanecer en su domicilio, lugar establecido por el empleador. Pues bien, los jueces consideran que «el hecho de que el trabajador está obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios» ha de conducir a calificar este periodo como tiempo de trabajo. No obstante, más que la determinación de un lugar concreto por parte del empresario, resulta aquí relevante, en mi opinión, la fijación de un tiempo de respuesta breve. En efecto, esta exigencia condiciona mecánicamente la fijación de un perímetro delimitado objetivamente que restringe la libertad de desplazamiento de la persona trabajadora, de igual manera que si se encontrara en el lugar de trabajo. Los jueces, sin embargo, se refieren a ambas limitaciones por igual y afirman que estas limitaciones geográfica y temporal conducen a restringir “de manera objetiva las posibilidades que tiene un trabajador que se encuentra en la situación del Sr. Matzak de dedicarse a sus intereses personales y sociales”. Por lo tanto, “el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse tiempo de trabajo”. En definitiva, el TJUE considera que, si las condiciones de la guardia localizable afectan y restringen la libertad personal de la persona trabajadora, se ha de considerar dicho periodo de guardia como tiempo de trabajo.

Nuevamente, esta interpretación pone de relieve las dificultades para aplicar de manera clara los criterios de la Directiva. Un sector de la doctrina afirma por ejemplo que “el Tribunal de Justicia de la Unión Europea apela al grado de restricción de la libertad personal del empleado en el marco de la relación laboral, resultando intrascendente la realización de una actividad profesional real o la presencia física en el centro de trabajo”<sup>28</sup>. Se introduce un nuevo criterio (la libertad personal) y se neutraliza dos criterios de la di-

<sup>28</sup>J. LAHERA FORTEZA, “Tiempo de trabajo efectivo europeo”. Trabajo y Derecho, 2018, n° 43-44.

rectiva. Igualmente, se podría considerar que se siguen cumpliendo dos de los tres criterios. De la jurisprudencia anterior, se sabía que el criterio de la permanencia en el ejercicio de la actividad podía ser neutralizado en los periodos de inactividad, dado que no es relevante la intensidad del trabajo para considerar que corresponde a un tiempo de trabajo. El criterio de disponibilidad se cumple claramente, pues el trabajador ha de responder a la llamada empresarial y presentarse en su puesto de trabajo en un breve periodo de tiempo. El criterio de la presencia en el lugar de trabajo se podría entender cumplido vía una interpretación extensiva, es decir, considerando que significa la limitación de la libertad de desplazamiento de la persona trabajadora, independientemente del sitio concreto en el cual permanece. Dicho de otro modo, no se trataría del lugar de trabajo sino del lugar establecido por el empresario.

En este marco, corresponderá a los jueces nacionales determinar de forma casuística el grado de restricciones impuestas por la guardia en cuanto a la libertad de desplazamiento de la persona trabajadora, es decir, a la capacidad de organizar su tiempo y dedicarse a sus asuntos personales.

## 2.2. Las reticencias de los jueces españoles

Por lo que se refiere a las guardias presenciales, el TS ha tenido que tomar en consideración la jurisprudencia del TJUE, especialmente en el sector médico, asumiendo la doctrina ahí establecida<sup>29</sup>.

Por lo que se refiere a la guardia sin presencia física, la jurisprudencia española se pronunció hace ya veinticinco años y considera que no forma parte de la jornada de trabajo. De acuerdo con el artículo 34.5 ET, no se realiza ninguna actividad productiva dado que el trabajador no se encuentra en su puesto de trabajo estando simplemente disponible para atender una eventual llamada empresarial. En contra sensu, no hay problema en reconocer el tiempo de prestación del trabajo efectivo como tiempo de trabajo<sup>30</sup>. De acuerdo con ello, el accidente sufrido por una persona trabajadora durante el tiempo de guardia de localización se presume ser un accidente común, dado que no se produce ni en el lugar de trabajo, ni durante el tiempo de trabajo<sup>31</sup>. Para los jueces nacionales, las guardias de localización imponen ciertas limitaciones pero permiten a la persona trabajadora dedicarse a actividades personales o familiares, lo que resulta imposible en el marco de la guardia presencial<sup>32</sup>. En definitiva, se admite que el período de guardia localizable sea compatible con el tiempo de descanso, dicho de otro modo, puede asimilarse a un tiempo de descanso.

La posición española respecto a la jurisprudencia de la Unión no planteaba mayores dificultades anteriormente a la STJUE de 2018, pues tampoco reconoce el tiempo de guardia sin presencia física como tiempo de trabajo.

29 SSTs de 4 de octubre de 2001, rec. n.º 644/2001; de 21 de febrero de 2006, rec. n.º 3338/2004; de 21 de diciembre de 2007, rec. n.º 1051/2006.

30 STS 29 de noviembre de 1994, rec. n.º 752/1994.

31 STS de 7 de febrero de 2001, rec. n.º 132/2000; STS de 9 de diciembre de 2003, rec. n.º 2358/2002.

32 STS de 27 de enero de 2000, rec. n.º 27/2008.

Al respecto, resulta interesante una sentencia del Tribunal Supremo de 2009<sup>33</sup> en la que no se reconoce como tiempo de trabajo el tiempo de guardias del personal de vuelo del servicio de guardacostas gallego que tenía 30 minutos para estar en condiciones de iniciar un vuelo- y no para acudir a la base- a partir de la llamada empresarial. Para los jueces, los pilotos no tenían que permanecer en un lugar determinado por el empleador y consideran que la intensidad de la guardia localizable es reducida, por lo que resulta compatible con una dedicación personal. Igualmente, cabe hacer referencia a una sentencia de 2016<sup>34</sup>, en la cual se consideran excluidas del tiempo de trabajo, las guardias no presenciales que prevén un tiempo de reacción de un máximo de cincuenta minutos.

Posteriormente a la STJUE de 2018, una sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 2018<sup>35</sup> no considera tiempo de trabajo las guardias de localización en las cuales los trabajadores se comprometían a atender las llamadas de la empresa pero sin plazo determinado para realizar la prestación de trabajo correspondiente. Se admite de forma razonada que no se limita su libertad de movimiento y sus posibilidades “de dedicar tiempo al descanso y a sus inquietudes personales y sociales”. Esta sentencia está en sintonía con la jurisprudencia de la Unión y la jurisprudencia clásica de España.

Más discutible resulta una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que ha considerado que no es tiempo de trabajo la guardia no presencial que estipula que la persona trabajadora “deberá presentarse completamente equipado en el punto de encuentro en un plazo máximo de treinta minutos desde el momento en el que se le comunique”. Consideran los jueces que no se establece por parte del empleador un lugar fijo de permanencia durante la guardia y que el plazo de tiempo de 30 minutos para llegar equipado a un punto de encuentro- no en el lugar de trabajo-, “no es tan breve”. En una apreciación (demasiado) casuística, aluden a que “se trata de un colectivo que presta servicios en el medio rural y lo habitual será que residan en localidades cercanas al punto de encuentro y que su vida social se desarrolle normalmente en la zona, y también que los desplazamientos se realicen con más rapidez que en ciudades grandes aglomeraciones”<sup>36</sup>. Esta posición no resulta, a mi entender, muy convincente en relación con la posición de la STJUE. En efecto, como ya se apuntó, no debería ser necesario fijar un lugar determinado cuando se establece un límite temporal. Automáticamente, la necesidad de cumplir el límite temporal produce la determinación de un perímetro objetivo en el cual ha de permanecer la persona trabajadora, por lo que se le limita su libertad de desplazamiento. Respecto al límite temporal, resulta difícil no caer en cierta arbitrariedad o en apreciaciones demasiado casuísticas como lo hace el TSJ de Madrid. Por otra parte, hubiera sido razonable tomar en consideración si el plazo temporal se refiere a la entrada en el lugar de trabajo o a la capacidad para realizar efectivamente las funciones y actividades concretas que, además, requieren una cierta preparación previa.

En definitiva, la posición binaria de la directiva provoca consecuencias muy importantes que han de tomar en consideración los magistrados del Tribunal Supremo a la hora

33 STS 27 de enero de 2009 rec. n.º 27/2008.

34 STS de 18 de noviembre de 2016, rec. n.º. 234/2015.

35 Rec. n.º 125/2018.

36 STSJ de Madrid, de 28 de julio de 2018, rec. n.º 569/2018.

de fijar doctrina. La inclusión de la guardia no presencial en el tiempo de trabajo impacta fuertemente en el cómputo de la jornada y provoca una notable desorganización que puede tener una consecuencia positiva, la necesidad de contratar personal. Ahora bien, se plantea directamente a colación el impacto económico de la determinación del tiempo de disponibilidad como tiempo de trabajo, aspecto que, sin lugar a dudas, pesa sobre los jueces nacionales a la hora de pronunciarse.

La cuestión económica tiene otra dimensión que alude a la necesaria compensación del tiempo de espera o, dicho de otra forma, del tiempo de disponibilidad que no recibe la calificación de tiempo de trabajo.

### 3. LA COMPENSACIÓN DEL TIEMPO DE DISPONIBILIDAD

Para el derecho de la Unión Europea, la cuestión de la determinación del tiempo de trabajo no influye ni en su calificación (si se trata de la jornada ordinaria o extraordinaria), ni en su sistema retributivo, ambas cuestiones corresponden a la legislación y práctica nacional regular. Sólo se toma en consideración el tiempo de disponibilidad para realizar el cómputo global de tiempo de trabajo efectivo y garantizar así los periodos de descanso, en pos de la protección de la salud y seguridad de las personas trabajadoras<sup>37</sup>. Por consiguiente, el derecho derivado no establece una correlación obligatoria y automática entre la calificación de tiempo de trabajo y las condiciones de remuneración, por lo que los derechos nacionales pueden prever una diferenciación de remuneración según exista o no actividad durante los tiempos de guardias y establecer, o no, una compensación automática por el mero hecho de estar a disposición del empresario.

La cuestión de la compensación de los tiempos de disponibilidad conduce, por lo tanto, a centrarse en el ordenamiento jurídico español.

#### 3.1. La compensación del trabajo efectivo

Cuando se realiza efectivamente una prestación de trabajo durante la guardia, es decir, cuando la disponibilidad se hace efectiva, o cuando el conjunto de la guardia se considera tiempo de trabajo efectivo, se aplica el artículo 26.1 ET según el cual el salario retribuye “el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, [...]”. Así, estos tiempos de trabajo en un momento de la guardia pueden ser compensados como hora ordinaria, lo que debería suponer una modificación de la distribución del tiempo de trabajo, o como hora extraordinaria, y en este caso vía descanso o vía retribución económica, siempre y cuando se cumplan los límites previstos para el cómputo del tiempo de trabajo y los tiempos de descanso obligatorios.

Todo apunta a que estos tiempos de intervención no vayan a encajar en la jornada ordinaria, pues, de lo contrario, resultaría extremadamente complejo desde un punto de vista

<sup>37</sup> Por todas, en la STJUE de 21 de febrero de 2018, C-518/2015 (asunto Matzak), se recuerda que la Directiva 2003/88 no regula la cuestión de la retribución de los trabajadores, cuestión que no entra en las competencias de la Unión en virtud del artículo 153 TFUE.

organizacional, obligando a incesantes modificaciones. Así, suelen ser asimilados al régimen de las horas extraordinarias y ser compensados por descanso o por retribución económica. Sin embargo, la equiparación entre horas de intervención y horas extraordinarias no está garantizada, pues la Audiencia Nacional ha considerado que, si se compensa cada hora de intervención con una hora de descanso a disfrutar dentro del mes siguiente a su realización, no se puede considerar dichas horas de intervención como horas extraordinarias<sup>38</sup>.

Ahora bien, dentro de las guardias, siendo una cuestión ajena al derecho europeo, se puede admitir, como ya apuntamos, diferencias entre la remuneración de las horas de actividad y las horas de inactividad<sup>39</sup>. En definitiva, si para el cómputo de la jornada, todas las horas de las guardias equivalen a lo mismo, no es el caso en materia retributiva, donde existe una especie de compensación, en virtud de la cual no se remunera el tiempo de espera o se remunera menos, pero se considera que el trabajo efectivo es hora extraordinaria.

### 3.2. La compensación del tiempo de espera

Cuando los tiempos de guardia sin presencia física no se consideran como tiempo de trabajo efectivo, no se aplica el artículo 26.1 ET. No existe regla legal que prevea una compensación para estas horas de disponibilidad. El razonamiento es básico: si no existe prestación del trabajo, no existe un derecho a percibir una retribución. En palabras del propio Tribunal Supremo, “la retribución se percibe en contrapartida a los servicios o trabajos realizados, de ahí que si no se lleva a efecto ningún trabajo, no se tiene derecho a percibir tampoco ninguna remuneración [...]. Además, ninguna norma del Estatuto de los Trabajadores, ni de las disposiciones que lo desarrollan con carácter general, establece la obligación de remunerar estas peculiares guardias de localización”<sup>40</sup>.

Obviamente, una compensación se puede establecer vía pacto individual o vía negociación colectiva.

Por lo que se refiere a la práctica convencional, los convenios colectivos que regulan períodos de disponibilidad, suelen acordar de forma paralela un plus o complemento de disponibilidad horaria que tiene como finalidad retribuir la disponibilidad del trabajador, es decir, la obligación de atender una llamada y desplazarse al lugar de trabajo para realizar una prestación<sup>41</sup>. En todo caso, este plus de disponibilidad no se ha de confundir ni puede ser absorbible o compensado por el régimen de regulación convencional de las horas extraordinarias. Se trata claramente de dos conceptos diferentes con dos finalidades compensatorias distintas<sup>42</sup>.

38 SAN de 20 de septiembre de 2018, rec. n.º 125/2018.

39 Auto TJUE 11 enero 2007, C-437/08 (asunto Vorel).

40 STS 3 de marzo de 1993, rec. n.º 2160/1990.

41 N. MARTÍNEZ YÁÑEZ, El régimen jurídico de la disponibilidad horaria, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2011, p. 416.

42 En palabras del TS, resulta posible pactar de forma individual o colectiva que las horas extraordinarias se retribuyan de forma global y genérica, con un importe igual o similar cada mes, con el fin de compensar el exceso de jornada. Ahora bien, el carácter no compensable ni absorbible de la

La autonomía colectiva dispone de amplio margen de obra. Un convenio colectivo puede establecer una jornada máxima de trabajo para las personas en régimen de guardia superior a la de otros trabajadores<sup>43</sup>. Ello es posible si existe un margen entre la duración de la jornada ordinaria de los otros trabajadores y la jornada máxima legal que debe ser respetada en todo caso. Así, el convenio colectivo puede establecer que las horas de prestación de la actividad durante una guardia no se computan como horas extraordinarias. La misma lógica podría aplicarse si el empleador dispone de una bolsa de horas en virtud de la regulación legal de la distribución irregular de la jornada. Sin embargo, se trataría de una práctica empresarial arriesgada dado que no tiene por qué producirse la prestación efectiva de trabajo.

Por lo que se refiere al pacto individual, una sentencia del Tribunal Supremo de 2005, en unificación de doctrina, resulta muy ilustrativa de la problemática y pone en jaque, nuevamente, la realidad del consentimiento en el momento de la firma del contrato de trabajo. El supuesto se refiere a un vigilante de seguridad cuyo contrato de trabajo prevé, entre otras cosas, la obligación de estar pendiente y disponible para acudir a llamadas telefónicas de alarma en la sucursal de la agencia. Por otra parte, establece una retribución total según el convenio colectivo aplicable, convenio que no establece plus de disponibilidad. Así, o bien el trabajador tiene capacidad para negociar sus cláusulas contractuales, o bien ha de admitir el razonamiento del TS en una sentencia de unificación de doctrina de 2005, según el cual “el mandato general del legislador de remitir la regulación de la estructura y los componentes del salario a la autonomía colectiva y a la autonomía individual quedó patente en la derogación por parte de la misma Ley 11/1994 de las disposiciones legales o reglamentarias en la materia vigentes hasta entonces. En lo que concierne a los complementos salariales esta abstención del legislador de la regulación de los elementos del salario es prácticamente completa, con algunas salvedades como las que conciernen a las gratificaciones esextraordinarias (sic) (art. 31 ET) y a la “retribución específica” del trabajo nocturno (art. 36.2. ET). Pero la propia retribución específica del trabajo nocturno - que significativamente no se establece para otros complementos salariales como el plus de disponibilidad (sic) - “se determinará en la negociación colectiva” y puede incluso no fijarse en determinados supuestos. [...]. La no percepción del citado plus no significa que el tiempo de disponibilidad, que no es en principio tiempo de trabajo según nuestra jurisprudencia [...] no suponga un coste personal de “libertad de acción y de movimientos” para el trabajador [...], o que dicha disponibilidad para el servicio no deba ser compensada, sino que, tal como se encuentra regulada en la actualidad la relación de trabajo del demandante, la compensación se incluye en el importe del salario pactado como “retribución total”<sup>44</sup>. Por

---

remuneración de las horas extraordinarias “impide que pueda aplicarse al pago de tal remuneración cualquier concepto salarial cobrado por el empleado, a no ser que haya quedado totalmente acreditado que la finalidad y objeto del concepto salarial de que se trate es la de hacer efectivo el precio de dichas horas extraordinarias”. Por lo tanto, “no puede entenderse compensadas con lo cobrado por el actor por el complemento, llamado de disponibilidad” que compensaba una “especial cualidad exigible en el puesto de trabajo” o “la mayor responsabilidad” del personal afectado (STS 24 de julio de 2006, RJ 2006/8873).

43 STS 26 de septiembre de 2001, rec.ud n° 169/2001.

44 STS de 10 de marzo de 2005, rec. n° 942/2004.

lo tanto, dada la configuración de la regulación legal, el “mero hecho de estar un trabajador a disposición de la empresa para poder ser llamado a prestar servicio en cualquier momento” no garantiza una compensación de forma automática.

En ausencia de disposición colectiva, cabe afirmar que la instauración de un plus de disponibilidad queda, en no pocas ocasiones, en manos del empleador que puede incluir la contraparte de la disponibilidad del trabajador en la retribución total, respetando en todo caso la remuneración mínima pactada en el convenio o, en su caso, en el salario mínimo interprofesional, colocando a los trabajadores en una posición muy alejada de lo que podría calificarse como trabajo decente<sup>45</sup>.

Además, la digitalización de la economía, los trabajos en plataformas y la dependencia forzada a las herramientas digitales representan nuevas variables que han de colocar la regulación del tiempo de disponibilidad como un elemento central de las previsibles próximas reformas legales. Con el objetivo de garantizar condiciones de trabajo dignas a los trabajadores de estas plataformas que han tenido la suerte de ser reconocidos como trabajadores por cuenta ajena, resulta, hoy por hoy, necesario regular legalmente los tiempos de disponibilidad. Ahora bien, no se trata de contemplar una regulación de la disponibilidad digital sui géneris, sino que las condiciones de trabajo en la economía digital permiten poner el foco en problemas comunes a todos los trabajadores como lo demuestra la sentencia antes mencionada del año 2005.

Por otra parte, es posible enlazar la regulación del tiempo de disponibilidad con el necesario cumplimiento del derecho a la desconexión recientemente reconocido por el artículo 20 bis ET. En efecto, una regulación de los tiempos de disponibilidad podría permitir al derecho a la desconexión cobrar mayor fuerza y garantía, estableciendo un marco claro en el cual el derecho a la desconexión es total o compensado por un plus. Bien al contrario, hoy por hoy, la ausencia de un marco mínimamente garantizador puede convertir la disponibilidad en un elemento neutralizador del derecho a la desconexión.

En este marco, se puede formular algunas reflexiones.

En primer lugar, no cabe duda que el tiempo de disponibilidad supone la sumisión al poder empresarial y la consustancial renuncia a una parte de libertad personal, lo que debería justificar, en todo caso, una compensación.

Las conclusiones del Abogado General del TJUE en el asunto SIMAP apuntan en esta dirección. Considera que “la circunstancia de que el trabajador localizable no pueda,

---

<sup>45</sup> Sin embargo, si cambian las condiciones en las cuales se ha acordado un tiempo de disponibilidad en un pacto individual (un trabajador se queda solo mientras con anterioridad compartía su tiempo de disponibilidad con otro compañero), el empresario no puede decidir su mantenimiento en las condiciones iniciales. Con buen criterio, se considera que “tal decisión empresarial, que no está incurra en el poder normal de dirección de la empresa, sino que excede el mismo, no es una práctica que puede ser aprobada jurisprudencialmente, máxime cuando el art. 40 de la Constitución Española reconoce el derecho de los trabajadores a disfrutar de jornadas de descanso y vacaciones retribuidas” (STJ de Andalucía (Granada) de 15 de abril de 2001, rec. n° 2404/2001).

en cualquier caso, disponer de manera total o absoluta de su propio tiempo, hace que resulte infundada una interpretación de las normas analizadas que conduzca a incluir los períodos de localización dentro del tiempo de descanso”. En el marco europeo binario, a partir de esta consideración, la conclusión obligatoria era incluir el tiempo de guardia de localización como tiempo de trabajo<sup>46</sup>. Pues bien, si por evitar consecuencias drásticas desde un punto de vista económico, el TJUE se ha apartado de estas conclusiones, resulta problemático que no se pueda regular una necesaria compensación.

En efecto, el empleador amplía su poder de dirección, por lo que tendría que compensar de alguna manera a sus trabajadores<sup>47</sup>. Igualmente, la obligación de estar localizable y disponible a demanda del empleador condiciona per se la conducta social del trabajador y le impone restricciones e incomodidades en su quehacer habitual, por lo que parece necesario que se reconozca al trabajador el derecho a verse compensado por esta carga obligacional.

En este sentido, la jurisprudencia del TS contempla el complemento de disponibilidad como un plus autónomo, independiente de la materialización en un llamamiento, que se ha de distinguir de la eventual retribución de las horas extraordinarias. Así, el plus retribuye la disponibilidad en sí, es decir, la limitación del disfrute total y sin condicionante del tiempo libre. No pretende compensar la eventual prestación del trabajo cuya compensación corresponderá a otro concepto<sup>48</sup>. En este sentido, el pago del plus de disponibilidad no exime de la compensación, mediante retribución o descanso, del trabajo realizado en caso de llamamiento<sup>49</sup>.

46 Conclusiones del Abogado General (el Señor Saggio) al asunto C-3003/98, Simap, presentadas el 16 de diciembre de 1999.

47 B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Flexibilidad de la jornada laboral, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 126

48 En la STS de 21 de diciembre de 1993, rec. n° 3839/1992, se afirma que “el complemento de disponibilidad no responde a una actividad extraordinaria del trabajador, sino a una característica especial del concreto puesto de trabajo que le obliga a la disponibilidad habitual y a constantes alteraciones de los horarios de trabajo. En definitiva, el complemento de disponibilidad no compensa el trabajo realizado por encima de la jornada ordinaria. El complemento compensa no un exceso de jornada, sino una disponibilidad o situación de localización; corresponde a la jornada ordinaria y por ello se dice que es incompatible con la percepción de horas extraordinarias. Se computa solamente en la parte coincidente con la jornada ordinaria”.

En el mismo sentido, STS 15 de marzo de 1999, rec. n° 836/1998 en la cual se afirma que el plus de disponibilidad es “un complemento salarial del puesto de trabajo que se ha de abonar por el simple hecho de estar disponible; es decir, por estar a disposición de la empresa para poder ser llamado a prestar servicios en cualquier momento o sufrir una modificación de su jornada laboral, con independencia de que se produzca o no el cambio de horario o la modificación de jornada. La traducción práctica e incluso literal de esta interpretación es que el complemento se devenga siempre incluso durante aquellos meses en que la disponibilidad a la que está sujeto el trabajador, no llegó a materializarse en un llamamiento o en una modificación de la jornada laboral. El plus de disponibilidad según así ha quedado sentado, se debe abonar por razón del puesto de trabajo, con independencia de que la disponibilidad llegue o no a ser efectiva. El plus en cuestión retribuye la mera posibilidad de ser llamado en cualquier momento o de sufrir una alteración de la jornada de trabajo. La consumación o no de esa posibilidad es accidental al devengo del complemento”.

49 STS de 24 de julio de 2006, rec. 1570/2005.



En todo caso, si parece razonable apreciar el alcance de la restricción de la libertad para determinar si estos tiempos de guardia entran en el cómputo de la jornada, no procede el mismo razonamiento en cuanto a la previsión de una compensación. Por su propia naturaleza, el tiempo de guardia supone una afectación de la libertad de las personas trabajadoras que ha de ser compensada.

En segundo lugar, cabe determinar qué fuente debería establecer una compensación al tiempo de disponibilidad.

Adoptando una posición de mínimos, la compensación de los tiempos de disponibilidad debería regularse en los convenios colectivos sectoriales para dar cobertura a todos los trabajadores de un sector en el cual se justifica la instauración de estos tiempos. No puede ser satisfactorio que, dado el desequilibrio de las partes consustancial a las relaciones de trabajo, las partes del contrato puedan ser libres para determinar o no si el tiempo de localización conlleva una compensación. Tampoco la intervención de la negociación empresarial parece la más adecuada pues, como en otras muchas materias, podría conducir a disparidades entre empresas de un mismo sector en claro detrimento de los trabajadores y de una competencia sana.

De manera más garantista, se podría contemplar la intervención de la ley y/o del Reglamento de jornadas especiales, concretamente en su sección 5 relativa a los trabajos en determinadas condiciones específicas. No ha de resultar extraño que la ley contemple una compensación a un tiempo considerado de descanso<sup>50</sup>. Así, la ley podría remitir al convenio colectivo sectorial la regulación de estos tiempos de disponibilidad. Dado que se trata de un aspecto que no se refiere a la definición de tiempo de trabajo o de descanso del artículo 2 de la Directiva, las leyes nacionales vuelven a recuperar un margen de libertad que se debería aprovechar<sup>51</sup>.

Podría incluso, de manera similar a los reglamentos especiales, ofrecer una regulación mínima en la materia, como lo hace el artículo 8.3 del Real Decreto 1561/1995 relativo a las disposiciones comunes aplicables a los sectores del transporte y el trabajo en el mar<sup>52</sup>. Tras ofrecer una definición del tiempo de presencia, que tampoco entra en el cómputo de la jornada ordinaria o como hora extraordinaria, se prevé un límite cuantitativo<sup>53</sup>.

---

50 Ya lo hace en determinados casos, como para los permisos del art. 37.3 ET, las vacaciones anuales o los períodos de no trabajo por impedimentos imputables al empresario del art. 30 ET. Igualmente, en virtud del artículo 26.1 ET, el salario retribuye “el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo”.

51 En efecto, una vez considerados como tiempo de descanso, nada impide a los Estados miembros y/o interlocutores sociales ofrecer una regulación de los tiempos de disponibilidad.

52 De momento, la jurisprudencia recuerda que esta categoría de tiempo de presencia no se reconoce con carácter general para todos los sectores, sino únicamente para estas actividades determinadas (STS 30 de septiembre de 2004, rec., n.º 1027/2003).

53 Art. 8.3 RD 1561/1995: los tiempos de presencia “no podrán exceder en ningún caso de veinte horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes”.

En el mismo sentido, la relación laboral especial de empleados del hogar, por ejemplo, admite el pacto de tiempo de disponibilidad, fuera de la jornada ordinaria, pero prevé una duración máxima (20 horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes salvo que se pacte su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido) y exige que su retribución y compensación se incluya en el pacto<sup>54</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

El análisis de las normativas española y de la Unión Europea ha permitido afirmar que ambas conocen una visión binaria del tiempo de trabajo, a pesar de que el derecho español contemple el concepto de trabajo efectivo. En efecto, una lectura de las reglas legales y de la jurisprudencia españolas demuestra que tiempo de trabajo y tiempo de trabajo efectivo se confunden. Por lo tanto, como en el derecho de la Unión, lo que no es tiempo de trabajo, es tiempo de descanso, amén que los pactos colectivos o individuales consideren como tiempo de trabajo, periodos a priori excluidos. Ahora bien, las normativas española y de la Unión difieren sobre los criterios que permiten definir el tiempo de trabajo. El ET propone una visión más restrictiva que la Unión Europea.

Esta visión binaria produce, en ambos ordenamientos jurídicos, dificultades para encuadrar determinados periodos de tiempo. Entre ellos, el tiempo de disponibilidad ha permitido poner de relieve las diferencias de criterio y de apreciación jurisprudencial entre ambos ordenamientos. Sin embargo, demuestra a la vez la complejidad de disponer de criterios claros que sean capaces, sin requerir interpretaciones extensivas, de delimitar el tiempo de trabajo. Ciertamente el derecho español experimenta más dificultades, pero tampoco el derecho de la Unión las puede eludir.

La delimitación del tiempo de disponibilidad como tiempo de trabajo tiene grandes repercusiones, tanto a nivel organizacional como económico. En este sentido, la visión binaria de la Directiva encierra al TJUE en un todo o nada poco satisfactorio. Por su parte, la jurisprudencia española se ha mostrado más prudente o reacia respecto al TJUE en su sentencia sobre las guardias localizables en el asunto Matzak. Su traslación al ámbito español no resulta sencilla y deja un amplio margen de actuación a los jueces nacionales. En este sentido, el criterio de la restricción de libertad, de la restricción “de manera objetiva las posibilidades que tiene un trabajador [...] de dedicarse a sus intereses personales y sociales” no deja de prestar a confusión y a una cierta inseguridad jurídica.

La complejidad de todas estas cuestiones se explica por su doble dimensión, es decir, para computar el tiempo de trabajo máximo que puede realizar una persona y para determinar el tiempo que ha de ser sujeto a una compensación.

En la primera dimensión, parece razonable adoptar una concepción restrictiva del tiempo de trabajo e incluir para el cómputo únicamente supuestos extremos, sin perjuicio de la subjetividad de lo extremo. En todo caso, cabe lamentar la visión binaria de la

---

<sup>54</sup> Art. 9 RD 1620/2011.

directiva que impide encontrar fórmulas intermedias en las cuales determinados periodos podrían computar para delimitar la jornada ordinaria, pero con una intensidad distinta respecto a los que podríamos calificar como tiempo de trabajo efectivo.

En la segunda dimensión, al contrario, el concepto de tiempo de trabajo debería ser objeto de una interpretación extensiva que permita a los trabajadores tener garantizados una compensación. A colación, resulta interesante señalar que la OIT dispone de una definición pertinente de las horas de trabajo que se refiere a las horas durante las cuales “el personal esté a disposición del empleador”, en contraposición con “los descansos durante los cuales el personal no se halle a la disposición del empleador”<sup>55</sup>. Así, sólo es cuando no se está a disposición que se recupera su libertad plena. En todo caso, en este punto, la ley española dispondría de margen para blindar el derecho de los trabajadores a recibir una compensación por estar a disposición del empleador. La extensión de su poder de dirección, así como el corolario deber de obediencia del trabajador que implica per se una renuncia a la libertad, deberían conducir a una reforma legal en la materia.

---

55 Art. 2 Convenio 30 sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas) del año 1930.



**PONENCIA ESPECÍFICA**  
**EL INFARTO DE MIOCARDIO DERIVADO**  
**DE LA ORGANIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO**

*María del Carmen Macías García*  
*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad de Málaga*

A mi hija y mi madre por tantas ausencias  
“Cuando creíamos que teníamos todas las respuestas,  
de pronto, cambiaron todas las preguntas”  
- Mario Benedetti

Sumario

1. Introducción
2. Tiempo de trabajo: trabajo nocturno y a turnos
  - 2.1 Aproximación histórica al concepto de tiempo de trabajo
  - 2.2 Aproximación al concepto de tiempo de trabajo en la actualidad
3. Aparición del infarto agudo de miocardio derivado del tiempo de trabajo
  - 3.1 Principales consecuencias para la salud derivadas de la organización del tiempo trabajo
  - 3.2 Breve descripción del infarto agudo de miocardio
  - 3.3 Factores de riesgo que contribuyen a la aparición del infarto agudo de miocardio
    - a) Factor; estrés laboral
    - b) Factor; tiempo de trabajo
4. Medidas preventivas y conclusiones

## 1. INTRODUCCIÓN

La preocupación por el tiempo de trabajo y la regulación del mismo no es algo actual, en el año 1919 la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) aprueba el primer Convenio que limita las horas de trabajo y disponía de los periodos de descanso adecuados para las personas trabajadoras.

En la actualidad, y junto al debate sobre la mesa de las treinta y siete horas semanales como jornada máxima nos encontramos una sociedad que cada vez demanda más servicios y productos a cualquier hora del día, todos los días del año.

Esa continuidad en la prestación de trabajo hace necesaria la existencia de personas trabajadoras que satisfagan las necesidades de los usuarios y/o clientes, lo que en la práctica supone que se establezca una distribución del tiempo de trabajo basada principalmente en el trabajo a turnos y el trabajo nocturno.

Nuestro cuerpo está fisiológica y biológicamente preparado para “vivir” durante el día y para dormir, descansar y recuperarnos durante la noche. La realización de trabajos fuera del horario diurno hace que aumenten algunas enfermedades como consecuencia de esa falta de ajuste entre nuestros ritmos circadianos y el trabajo. Entre las patologías que podemos encontrar derivadas del tiempo de trabajo, del trabajo a turnos y nocturno y a la que vamos a dedicar las siguientes líneas encontramos el infarto agudo de miocardio, que, junto a los condicionantes comunes o generales que pueden estar presentes en cualquier individuo encontramos otros que derivan de los factores laborales y del tiempo de trabajo.

## 2. TIEMPO DE TRABAJO: Y TRABAJO NOCTURNO Y A TURNOS

### 2.1. Aproximación histórica al concepto de tiempo de trabajo

La regulación del tiempo de trabajo ha sido una de las grandes preocupaciones en la legislación laboral surgida en la Revolución Industrial y la necesidad de acotar el tiempo de la prestación de servicios.

De forma simultánea a la regulación del tiempo de trabajo que podríamos llamar general, surge la preocupación e interés encaminada a la ordenación específica del trabajo nocturno.

Centrándonos en la legislación nacional hay que señalar que la primera norma que regula el trabajo nocturno en nuestro país fue en 1873 a través de la Ley sobre Condiciones de Trabajo en las Fábricas, Talleres y Minas<sup>1</sup> que más que regularizar se ciñe a fijar una serie de prohibiciones en las tareas que se desarrollaban durante la noche, fijando la hora de comienzo de los trabajos nocturnos a las ocho y media, sin llegar a precisar hora de finalización de dicha jornada. Restringe también el trabajo a los varones menores de quince

---

<sup>1</sup> Gaceta de 28 de julio de 1873 (también conocida como Ley Benot).

años y en el caso de las mujeres a diecisiete, en fábricas, talleres y minas que empleasen motores hidráulicos o de vapor.

Es en el año 1900 cuando la Ley sobre condiciones de trabajo de las mujeres y niños<sup>2</sup> fija la prohibición de trabajo nocturno para los niños de ambos sexos comprendida entre los diez y los catorce años, sin embargo, deja a las Juntas Locales la determinación sobre las industrias en que quedaba prohibido el trabajo nocturno a los mayores de catorce años, pero menores de dieciocho. También se fija por primera vez<sup>3</sup> en nuestra legislación lo que se considera periodo nocturno es el que transcurría desde las 19:00 horas y las 5:00 horas del día siguiente, con un descanso obligatorio como mínimo de hora y media.

En 1912 la Ley sobre la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en talleres y fábricas<sup>4</sup>, prohíbe a las mujeres el trabajo industrial que se realiza por las noches en talleres y fábricas sin tener en cuenta la edad. El periodo de descanso era de once horas continuadas comprendiendo el intervalo que transcurre entre las 21:00 horas y las 5:00 horas, siendo por tanto ese horario considerado nocturno.

Este periodo de descanso para la mujer es ampliado en 1927<sup>5</sup>, pasando a ser mínimo y continuo de doce horas y que de forma obligatoria debía producirse parte de este en las horas de la noche (de 21:00 a 5:00 horas). Si bien con la reforma producida de esta ley por el Real Decreto de 1928<sup>6</sup> el tiempo de trabajo considerado como nocturno se redujo en una hora, podría de forma excepcional, reducirse en una hora, quedando por tanto de diez de la noche a cinco de la mañana, para aquellas explotaciones que emplearan durante el día dos equipos en que trabajasen mujeres, a cambio de descanso compensador de media hora durante la jornada de trabajo.

Ni la aprobación del Código de Trabajo de 1926<sup>7</sup>, ni la aprobación de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931<sup>8</sup> hicieron reseña alguna al trabajo nocturno. Si bien, ese mismo año, en la aprobación de la Ley sobre la Jornada Máxima de Trabajo<sup>9</sup> encontramos una referencia al tiempo de trabajo que se prestaba en horario nocturno consistente únicamente en un recargo en las horas en que se realizaran de noche.

En 1938 y con la aprobación del Fuero del Trabajo<sup>10</sup> se fijó la prohibición del trabajo en periodo nocturno de mujeres y niños, aunque sin llegar a precisar, ni definir que se

2 Gaceta de 14 de marzo de 1900.

3 López-Quñones García, A.; "Los límites de jornada de los trabajadores nocturnos", Tiran lo blanch. Valencia, 2017, pág. 44.

4 Gaceta de 12 de julio de 1912.

5 Gaceta de 19 de agosto de 1927.

6 Gaceta de 3 de marzo de 1928.

7 Real Decreto de 23 de agosto de 1926 (Gaceta, 1, 2 y 3 de septiembre).

8 Ley de 21 de noviembre de 1931 (Gaceta de 22 de noviembre).

9 Decreto de Jornada Máxima de Trabajo por Ley de 9 de septiembre de 1931 (Gaceta de 10 de septiembre).

10 BOE número 505 de 10 de marzo de 1938.

entendía por tal. En el año 1944<sup>11</sup> cuando se regula de nuevo el trabajo nocturno de los menores fijando a su vez la edad que se establece en dieciséis años y en horario de ocho de la tarde a las seis de la mañana. Es en el año 1960<sup>12</sup> cuando se prohíbe el trabajo nocturno a los menores de dieciocho años, siendo este tiempo de trabajo el prestado durante las ocho de la tarde a siete de la mañana.

Pese a los intentos de regular el tiempo de trabajo realizado en horario nocturno no será hasta el año 1976<sup>13</sup> con la Ley de Relaciones Laborales la que nos ofreciera una definición de trabajo nocturno aplicable a todos los trabajadores, para todos los sectores de actividad -con la excepción marcada en la propia ley en el art. 2- y sin distinción de edad o sexo. De esta forma el periodo nocturno de trabajo queda fijado entre las diez de la noche y las seis de la mañana -intervalo que sigue siendo el mismo en la actualidad- siendo de ocho horas de duración. Esta misma concreción horario aparece en el primer Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) del año 1980<sup>14</sup>, sin que se hayan producido cambios significativos al respecto en las posteriores regulaciones.

## 2.2 Aproximación al concepto de tiempo de trabajo en la actualidad

En primer lugar y para realizar una somera aproximación al concepto tiempo de trabajo empezaremos por hacer referencia la referencia a la Directiva del año 2003<sup>15</sup> que regula determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y en la que aparecen varias definiciones.

El tiempo de trabajo es todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales. De tal forma que el período de descanso es todo período que no sea tiempo de trabajo.

A nivel nacional la referencia al tiempo de trabajo, que no su definición, la encontramos en el art. 34.5 del ET<sup>16</sup>, “el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”.

Ello ha llevado a considerar que la jornada de trabajo se inicia cuando el trabajador se encuentra en su puesto de trabajo en disposición de iniciar su actividad y finaliza cuando

11 Decreto de 31 de marzo de 1955 del Ministerio de Trabajo que aprueba el texto refundido del Libro II de la Ley de Contrato de Trabajo. BOE número 55 de 11 de abril de 1944.

12 Decreto 1156/1960 de 2 de junio, por el que se prohíbe el trabajo nocturno a los menores de dieciocho años. BOE número 150 de 23 de junio.

13 Ley 16/1976 de Relaciones Laborales. BOE número 26 de 21 de abril de 1976.

14 Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores. BOE número 64 de 14 de marzo de 1980 que a su vez derogó la Ley de Contratos de Trabajo de 1944, como la Ley de Relaciones Laborales.

15 Directiva 2003/88/Ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. DOCE 18.11.2003.

16 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255, de 24/10/2015.



termina su actividad en su puesto de trabajo. Por tanto, no forman parte de esta el tiempo empleado en el trayecto del trabajador desde el domicilio al centro de trabajo o viceversa, ni tampoco desde los garajes hasta el centro de trabajo<sup>17</sup>.

De forma excepcional se ha computado como tiempo de trabajo por parte del Tribunal Supremo<sup>18</sup> trabajo el invertido por el trabajador en desplazarse antes de iniciar su trabajo y al finalizar cuando tales desplazamientos no son los propios de ida y vuelta al trabajo desde el domicilio o residencia del trabajador, sino que están determinados por un deber impuesto por la empresa en atención a necesidades o conveniencias del servicio.

Ese tiempo de trabajo en el que la persona trabajadora se encuentra en su puesto de trabajo comprende la denominada jornada de trabajo, término que es utilizado por el ET<sup>19</sup> y que equivale al tiempo de servicios efectivamente prestados.

Con respecto al trabajo nocturno será todo período no inferior a siete horas, definido por la legislación nacional, y que deberá incluir, en cualquier caso, el intervalo comprendido entre las 24.00 horas y las 5.00 horas. El trabajador nocturno es de una parte, todo trabajador que realice durante el período nocturno una parte no inferior a tres horas de su tiempo de trabajo diario, realizadas normalmente, y de otra, todo trabajador que pueda realizar durante el período nocturno determinada parte de su tiempo de trabajo anual, definida a elección del Estado miembro de que se trate:

- por la legislación nacional, previa consulta a los interlocutores sociales, o
- por convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a nivel nacional o regional;

Al igual que ocurre en la citada Directiva encontramos también en la normativa nacional referencia al trabajo nocturno delimitado de forma clara por el art. 36.1 del ET por el cual se considera trabajo nocturno el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana. El empresario que recurra regularmente a la realización de trabajo nocturno deberá informar de ello a la autoridad laboral.

La jornada de trabajo de los trabajadores nocturnos no podrá exceder de ocho horas diarias de promedio, en un periodo de referencia de quince días, de igual forma estos trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias.

Para que un trabajador sea considerado nocturno<sup>20</sup> deberá realizar normalmente en periodo nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así

---

17 Garcia-Perrote Escartín, I.; y Mercader Uguina, J.R.; El concepto de tiempo de trabajo efectivo en la residente doctrina de los tribunales. Revista de Información Laboral, Aranzadi, núm. 12/2017.

18 Tribunal Supremo. Sala de lo Social, sentencia 6495/2000 de 18 de septiembre y Tribunal Supremo. Sala de lo Social, sentencia 6169/2009 de 24 de septiembre.

19 Art. 34.1 del Estatuto de los Trabajadores.

20 Art. 36.1 del Estatuto de los Trabajadores.

como a aquel que se prevea que puede realizar en tal periodo una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual.

Brevemente haremos referencia a el trabajo por turnos el cual es toda forma de organización del trabajo en equipo por la que los trabajadores ocupen sucesivamente los mismos puestos de trabajo con arreglo a un ritmo determinado, incluido el ritmo rotatorio, y que podrá ser de tipo continuo o discontinuo, implicando para los trabajadores la necesidad de realizar un trabajo en distintas horas a lo largo de un período dado de días o semanas;

Se entenderá por trabajador por turnos, todo trabajador cuyo horario de trabajo se ajuste a un régimen de trabajo por turnos; es toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un periodo determinado de días o de semanas.

Una vez realizado el recorrido histórico y delimitado someramente los conceptos que nos van a servir de referencia y base en este trabajo nos adentramos en cuestiones más específicas sobre el tiempo de trabajo y el infarto.

### 3. APARACIÓN DEL INFARTO AGUDO DE MIOCARDIO DERIVADO DEL TIEMPO DE TRABAJO

#### 3.1 Principales consecuencias para la salud derivadas del tiempo de trabajo

El trabajo, entendido en estas líneas en un amplio concepto, podemos afirmar que engloba la prestación del mismo, el lugar donde se desarrollan los servicios, las herramientas y medios utilizado, las características individuales del ser humano, etc., son aspectos que influyen de una manera u otra en la seguridad y salud de la persona trabajadora.

La organización del tiempo de trabajo, se presenta de especial importancia en cuanto a las formas que puede revestir, -horario, distribución...-, pero particularmente cuando de trabajos nocturnos se trata, tan imprescindible en las sociedades actuales cuyo funcionamiento es continuado y que requieren de la presencia de trabajadores de forma consecutiva, por ello resulta de interés que en las siguientes líneas se analicen las principales consecuencias que pueden representar para la salud la distribución del tiempo de trabajo.

Los efectos más importantes para la salud de las personas trabajadoras cuyo tiempo de trabajo discurre en turno nocturno se produce en el trabajador que desempeña su labor en horario continuo en empresas que funcionan veinticuatro horas al día durante los trescientos sesenta y cinco días del año<sup>21</sup>.

---

21 Orriozola Landeras, A.; “La protección de la salud del trabajador nocturno a turnos”, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2008, pág. 15.

La falta de coincidencia entre la actividad profesional que tiene que desarrollar una persona que trabaja de noche -o en régimen de turnos- y el ritmo normal de actividad del organismo humano produce desajustes en el funcionamiento normal del cuerpo.

Muchas funciones biológicas y de comportamiento de nuestro organismo (dormir, hacer la digestión, el nivel de tensión arterial, la temperatura corporal, etcétera) siguen un ritmo diario de actividad, que se repite cíclicamente cada 24 horas aproximadamente y que es conocido como ritmo circadiano<sup>22</sup>. Estos procesos rítmicos están diseñados para desarrollar el máximo de actividad durante el día, coincidiendo con el ciclo terrestre diurno. Cuando la persona trabaja de noche se ve obligada a llevar a cabo una actividad física y/o intelectual en un periodo de desactivación del organismo, lo cual supone un esfuerzo añadido.

Hay que saber que los ritmos circadianos son estables y no llegan a invertirse nunca. Es decir, la persona puede acostumbrarse a trabajar de noche si todas las circunstancias del entorno le son favorables, pero su organismo no varía los ritmos circadianos.

Por una parte, se ve alterado el equilibrio biológico, por el desfase de los ritmos corporales y por los cambios en los hábitos alimentarios. De otra podemos, destacar también las perturbaciones en la vida familiar y social; las actividades laborales y la vida social y familiar están diseñadas pensando en una vida diurna.

Cuando la persona se ve forzada a alterar el ritmo normal de actividad del organismo por motivos laborales no sólo se ve afectada su salud física sino también su bienestar familiar y social.

En comparación con las personas empleadas en horarios fijos, los trabajadores y trabajadoras en régimen de turnos manifiestan que sus horarios repercuten negativamente en su vida familiar, especialmente por la reducción del tiempo disponible para la familia. Este hecho es muy importante ya que la calidad y cantidad de interacción social se relaciona con la salud física y mental.

Las personas que no pueden establecer rutinas en sus actividades diarias tienen dificultades para planificar las responsabilidades familiares. La falta de contactos sociales regulares puede conducir hacia sentimientos de aislamiento o soledad.

Desde el punto de vista ergonómico y psicosocial, es importante tener en cuenta estas consecuencias y diseñar el trabajo a turnos de manera que sea lo menos nocivo posible para la salud de aquellas personas que se encuentran en dicha situación<sup>23</sup>.

---

22 La sincronización de los ritmos circadianos de nuestro organismo con la actividad de la tierra es posible gracias a la existencia de una hormona llamada melatonina que se encuentra almacenada en la glándula pineal del cerebro y empieza a liberarse en la sangre cuando el organismo detecta falta de luz solar. La acción de esta hormona inicia una serie de reacciones hormonales en cascada. El resultado de todo ello es que, hacia la madrugada, el organismo vuelve a estar a punto para empezar un nuevo día y ha recuperado los niveles de hormonas y otras sustancias gastadas durante el día anterior.

23 NTP 455: Trabajo a turnos y nocturno: aspectos organizativos. Disponible en <https://www.>

Los efectos negativos del turno de noche sobre la salud de las personas se dan a distintos niveles (fig.1).



Fig. 1 Factores del Sistema a Turnos

(Fuente NTP 455 Trabajo a turnos y nocturno: aspectos organizativos)

De forma más pormenorizada estudios médicos<sup>24</sup> han permitido identificar diversas alteraciones de la salud relacionadas con el trabajo de noche y con los turnos de trabajo como:

-Trastornos del sueño: las personas que trabajan de noche se quejan de la dificultad de conciliar el sueño después de una jornada de trabajo y de la dificultad para mantenerse despiertas entre las 3 y las 6 de la madrugada. Los estimulantes para mantenerse despierto durante la jornada como las bebidas de cola, el café, algunas infusiones y, a veces, algunos fármacos, cuando no están bien seleccionados ni se toman en la franja horaria adecuada pueden ocasionar insomnio a la hora en que se puede dormir. Por eso es fundamental informar a las personas que trabajan de noche o en régimen de turnos sobre las prácticas correctas que les permitirán dormir mejor. El hecho de reducir las horas de sueño va en detrimento de la recuperación psíquica de la persona.

-Trastornos digestivos: del tipo de la gastritis y la úlcera gástrica o duodenal. El origen de estas enfermedades responde a diversos factores y estos ritmos de trabajo hacen coincidir algunos de ellos, como los cambios repentinos de horarios, el tener que hacer una comida consistente en periodo nocturno, la ingesta de estimulantes, el consumo de tabaco o el estrés.

-Alteraciones en los niveles de estrógenos: sobre todo en personas sometidas a interrupción de los ritmos circadianos por cambios repentinos de zonas horarias, como pasa en los

<sup>24</sup> Batalla, D.; “El trabajo a turnos y el trabajo nocturno”, Departamento de Empresa y Empleo. Generalitat de Catalunya, Barcelona, pág. 4.

vuelos transoceánicos. Estas alteraciones se han relacionado con un aumento de la incidencia de cáncer de mama y de próstata, entre otros.

-Alteraciones cardiovasculares: relacionadas con la angina de pecho y el infarto de miocardio. Se atribuyen al estrés que representa para el organismo vivir de forma desajustada a los ritmos circadianos. Además, este régimen de vida puede propiciar actitudes poco saludables como el sedentarismo o el consumo de tabaco y de estimulantes, que son factores de riesgo cardiovascular.

En relación a las posibles incidencias del tiempo de trabajo en la salud existe una extensa literatura<sup>25</sup> publicada en la última década sobre la asociación entre los turnos de trabajo y los factores de riesgo cardiovascular, demostrando que existe una mayor probabilidad de padecer algún tipo de enfermedad cardiovascular entre los trabajadores con turnos (rotatorios y nocturnos), en comparación con los que realizan su función de día concluyendo que dichos trabajadores tenían un incremento de patologías cardiovasculares del 40% frente a los trabajadores de día.

Como conclusión se puede afirmar que la forma de organización del tiempo de trabajo puede convertirse en un factor de riesgo cuando hablamos de turnos de trabajo, trabajo nocturno y la incidencia de este en la aparición del infarto de miocardio, extremo este que abordaremos en siguientes apartados.

### **3.2 Breve descripción del infarto agudo de miocardio**

No pretendemos desde estas líneas presentar una exhaustiva y pormenorizada descripción médica del proceso que ocurre en el organismo del individuo cuando sufre un accidente cardiovascular, cuestión imposible dada nuestra condición de jurista y prevenciónista alejada de la ciencia sanitaria y de los profesionales médicos. No obstante, pese o por ello, nos parece oportuno detenernos en los factores de riesgo que influyen, provocan y predisponen a la aparición de dicha patología cardiovascular, para el posterior entendimiento de otros apartados que forman parte de esta lectura.

Según la definición de la Organización Mundial de la Salud, (en adelante, OMS) las enfermedades cardiovasculares (en adelante, ECV) son un conjunto de trastornos del corazón y de los vasos sanguíneos y son la principal causa de defunción en todo el mundo<sup>26</sup>.

Las ECV son un grupo de desórdenes del corazón y de los vasos sanguíneos, entre los que se incluyen:

-La cardiopatía coronaria: enfermedad de los vasos sanguíneos que irrigan el músculo cardíaco;

-Las enfermedades cerebrovasculares: enfermedades de los vasos sanguíneos que irrigan el cerebro;

---

25 Knutsson A.; "Health disorders of shift workers", Occup Med Oxf Engl. Mexico, 2003, pág. 53.  
26 <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs317/es/> (acceso 21 de septiembre de 2019).

-Las arteriopatías periféricas: enfermedades de los vasos sanguíneos que irrigan los miembros superiores e inferiores;

-La cardiopatía reumática: lesiones del músculo cardíaco y de las válvulas cardíacas debidas a la fiebre reumática, una enfermedad causada por bacterias denominadas estreptococos;

-Las cardiopatías congénitas: malformaciones del corazón presentes desde el nacimiento; y

-Las trombosis venosas profundas y embolias pulmonares: coágulos de sangre (trombos) en las venas de las piernas, que pueden desprenderse (émbolos) y alojarse en los vasos del corazón y los pulmones.

Los ataques al corazón suelen ser fenómenos agudos que se deben sobre todo a obstrucciones que impiden que la sangre fluya hacia el corazón o el cerebro. La causa más frecuente es la formación de depósitos de grasa en las paredes de los vasos sanguíneos que irrigan el corazón o el cerebro.

Los ataques cardíacos y normalmente suelen tener su causa en la presencia de una combinación de factores de riesgo, tales como el tabaquismo, las dietas malsanas y la obesidad, la inactividad física, el consumo nocivo de alcohol, la hipertensión arterial, la diabetes y la hiperlipidemia.

### **3.3 Factores de riesgo que contribuyen a la aparición del infarto agudo de miocardio**

Fernández Bermúdez<sup>27</sup> se ampara en la bibliografía médica para justificar los factores que determinan la aparición del infarto de miocardio en los siguientes elementos:

- \*Factores genéticos
- \*Sexo
- \*Factores dietéticos (incluyen exceso de grasas saturadas, colesterol y azúcar)
- \*Hipertensión
- \*Diabetes
- \*Tabaquismo
- \*Ausencia de ejercicio físico
- \*Tensiones emocionales

Se pueden establecer, de forma genérica, dos grandes grupos de factores:

-No modificables: edad, sexo, factores genéticos/historia familiar.

-Modificables: hipertensión arterial (HTA), tabaquismo, hipercolesterolemia, diabetes mellitus (DM) y sobrepeso/obesidad (particularmente la obesidad abdominal o visceral), frecuentemente unidos a la inactividad física.

---

<sup>27</sup> Sánchez Pérez, J.; “Los riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones de trabajo”, Granada. Comares, 2016. Pág. 59.

Estos factores de riesgo y su influencia en las enfermedades cardiovasculares de las personas trabajadoras los podemos encontrar descritos en una publicación del INSHT denominada Factores de riesgo de enfermedades cardiovasculares en la población trabajadora<sup>28</sup> entre los que destaca el estrés en el trabajo, el estado de salud que aparece con dos variantes; problemas de salud crónicos y consumo de medicamentos, consumo de tabaco, consumo de alcohol, actividad física, sobrepeso y el último factor de riesgo dedicado a los hábitos alimenticios como un consumo insuficiente de frutas y verduras.

A estos factores de riesgo a los que nos vamos a referir como “extralaborales” o “comunes” para toda la población se deben cumplimentar con los llamados “laborales” o “profesionales” que tienen su origen fundamentalmente en las condiciones de trabajo, el entorno laboral, las características y las exigencias del mismo.

La combinación de todos los factores, extralaborales y laborales, actúan de forma conjunta y única dada la dificultad que plantea el separar unos de otros en la gran mayoría de supuestos puesto que el infarto agudo de miocardio es un proceso que deriva de múltiples factores.

El tiempo de trabajo y la organización de este también intervienen en los condicionantes o riesgos que predisponen al desencadenamiento de la enfermedad, puesto que el trabajo a turnos y/o nocturno influye en los ritmos circadianos mencionados anteriormente.

Estos ritmos coinciden con los estados de vigilia y sueño, siendo la mayoría de ellos más activos durante el día que durante la noche. (Fig. 2).

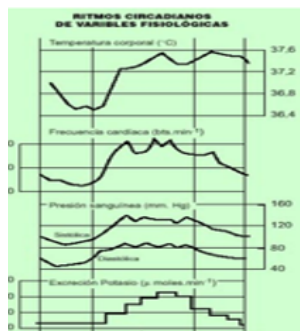


Fig. Ritmos circadianos de parámetros fisiológicos (Fuente NTP 455 Trabajo a turnos y nocturno: aspectos organizativos).

Analizados de forma breve los factores laborales de riesgo que influyen en la formación de las patologías cardiovasculares debemos hacer referencia al estrés laboral de forma más pormenorizada en las siguientes líneas. Este análisis detallado del estrés laboral como factor de riesgo en el infarto de miocardio viene justificado por la capacidad que posee de influir en la aparición de las enfermedades cardiovasculares.

<sup>28</sup> Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Ministerio de Empleo y Seguridad Social “Factores de Riesgo cardiovasculares en la población trabajadora”, Madrid, 2015, pág. 4.

### a) Factor; estrés laboral

La consideración del estrés laboral como productor de enfermedades y accidentes profesionales está adquiriendo cada vez más importancia<sup>29</sup> desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, se trata por tanto de identificarlo, para así eliminarlo o reducirlo.

El estrés laboral si se sufre de forma intensa, mantenido y continuado en el tiempo puede provocar problemas de salud en las personas trabajadoras. Actualmente existe una creciente tendencia a considerar el estrés como un factor de riesgo adicional en la ocurrencia de las enfermedades cardiovasculares<sup>30</sup>, por lo que nos parece oportuno acercarnos a este factor de riesgo laboral con un poco más de profundidad, ya que el conocimiento del mismo es imprescindible para prevenirlo.

Para la OIT<sup>31</sup> el estrés es la respuesta física y emocional a un daño causado por un desequilibrio entre las exigencias percibidas y los recursos y capacidades percibidos de un individuo para hacer frente a esas exigencias. La adaptación de las personas depende del mantenimiento de un equilibrio dinámico muy complejo, llamado homeostasis. El organismo reacciona ante las situaciones estresantes poniendo en marcha un conjunto de respuestas adaptativas cuyo fin es restablecer la homeostasis. Para ello, utiliza un extraordinario repertorio de reacciones fisiológicas (aumento de la frecuencia cardíaca y la presión sanguínea, aumento de la respiración, tensión muscular, aumento de la transpiración, secreción de glúcidos y lípidos al torrente sanguíneo, digestión más lenta, etc.), mentales (percepción y evaluación de la situación y toma de decisiones) y de conducta (enfrentamiento, huida o pasividad).

La respuesta de estrés constituye una alerta física y mental, preparando a todo el organismo para una acción potencialmente necesaria. La exposición prolongada a situaciones estresantes y la desadaptación que éstas producen en el organismo van a tener como consecuencia más importante la aparición de determinadas enfermedades.

El estrés laboral surge cuando se da un desajuste entre la persona, el puesto de trabajo y la propia organización. La persona percibe que no dispone de recursos suficientes para afrontar la problemática laboral y aparece la experiencia del estrés<sup>32</sup>.

29 La Agencia Europea de Seguridad y Salud ha publicado una Guía Electrónica para la gestión del Estrés y los riesgos psicosociales. La Organización Internacional del Trabajo, mediante la campaña destinada a la Promoción de la Salud y el Bienestar en el lugar de trabajo dedica un apartado completo, dentro de sus áreas de trabajo, a los riesgos psicosociales y el estrés relacionado con el trabajo, así mismo, ha editado un manual práctico denominado "La Prevención del Estrés en el Trabajo" que incluye una lista con los puntos de comprobación de niveles de estrés en los puestos de trabajo; además, entre otras actividades y publicaciones, en el año 2016 dedicó al estrés el Día Mundial de la Seguridad y Salud en el Trabajo. La Unión Europea, ha elaborado el Marco Estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020.

30 Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Ministerio de Empleo y Seguridad Social "Factores de Riesgo cardiovasculares..." op, cit. pág. 7.

31 [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/generic-document/wcms\\_475146.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/generic-document/wcms_475146.pdf) (acceso 18 de septiembre).

32 Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el



El estrés en el trabajo es la reacción que puede tener el individuo ante exigencias y presiones laborales que no se ajustan a sus conocimientos y capacidades, y que ponen a prueba su capacidad para afrontar la situación. Aunque el estrés puede producirse en situaciones laborales muy diversas, a menudo se agrava cuando el empleado siente que no recibe suficiente apoyo de sus supervisores y colegas, y cuando tiene un control limitado sobre su trabajo o la forma en que puede hacer frente a las exigencias y presiones laborales<sup>33</sup>.

En términos generales, un trabajo saludable es aquel en que la presión sobre el empleado se corresponde con sus capacidades y recursos, el grado de control que ejerce sobre su actividad y el apoyo que recibe de las personas que son importantes para él. La salud según la OMS es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades<sup>34</sup>, si hacemos correlación con el trabajo un entorno laboral saludable no es únicamente aquel en que haya ausencia de circunstancias perjudiciales, sino abundancia de factores que promuevan la salud.

Físicamente el estrés, principalmente el estrés laboral crónico, está relacionado con el incremento del ritmo cardíaco y de la presión arterial -como hemos tenido ocasión de señalar-. Además, afecta al comportamiento, y puede incrementar las conductas de riesgo, como a un incremento en el consumo de tabaco, a un mayor consumo de alcohol, a la inactividad física, e incluso a adoptar malos hábitos alimenticios, todos ellos factores de riesgo en la incidencia de infartos de miocardio y enfermedades cardiovasculares<sup>35</sup>.

El estrés es un fenómeno complejo del que se derivan enfermedades, trastornos de carácter físico, psíquico o conductuales. Señalar, que no afecta por igual a todas las personas trabajadoras ya que pueden reaccionar de manera distinta a situaciones similares, incluso un mismo sujeto puede reaccionar de modo diferente en una misma circunstancia si esta se produce en momentos distintos de su vida. Una persona puede sufrir estrés laboral con un factor de riesgo que no afecta a otra persona e incluso, una misma situación estresante producirá efectos dependiendo incluso de la ocasión en que se presente.

Para concluir las líneas dedicadas al estrés y antes de analizar como el tiempo de trabajo puede tener incidencias en la aparición del infarto queremos subrayar que el estrés laboral desde el año 2012 está incluido como factor de riesgo cardiovascular en la “Guía Europea de Prevención Cardiovascular<sup>36</sup>”, ya que este induce a cambios fisiopatológicos que explican su vínculo con la enfermedad cardíaca y cerebrovascular.

---

Trabajo “Estrés laboral”, INSHT, Madrid, pág. 6.

<sup>33</sup> Institute of Work, Health & Organisations. (I-Who), “La organización del trabajo y el estrés”, Organización Mundial de la Salud, Francia, 2004, pág. 3.

<sup>34</sup> <https://www.who.int/es/about/who-we-are/frequently-asked-questions> (acceso 23 de septiembre).

<sup>35</sup> *Ibidem*

<sup>36</sup> [http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/cardiologia/guia\\_europea\\_de\\_prevencion\\_cv.pdf](http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/cardiologia/guia_europea_de_prevencion_cv.pdf) (acceso 1 octubre de 2019).

### **b) Factor; tiempo de trabajo**

Según Cazamian<sup>37</sup>, experto de la OIT, establece que cada quince años de trabajo nocturno se produce un envejecimiento de unos cinco años, y que un tercio de las personas que lo realizan presentan alteraciones físicas incluyendo las enfermedades cardiovasculares.

Según el informe de la OIT de 2018 sobre “El tiempo y el futuro del trabajo<sup>38</sup>” existen pruebas empíricas que pone de relieve los efectos adversos de las jornadas de trabajo prolongadas (definidas como más de 48 horas o más de 50 horas semanales en función del estudio específico) sobre la salud humana y la seguridad en el lugar de trabajo.

Las reacciones agudas implican respuestas fisiológicas como el aumento de los niveles de fatiga, el estrés y los trastornos del sueño. También pone de manifiesto la tendencia a llevar hábitos de vida no recomendados tales como fumar, abuso de alcohol, dieta irregular y falta de ejercicio. A largo plazo los efectos incluyen una mayor incidencia de enfermedades cardiovasculares, trastornos gastrointestinales y musculoesqueléticos, infecciones crónicas y trastornos mentales.

Las horas de trabajo semanales excesivamente largas se asocian con efectos crónicos de fatiga, lo que conduce a problemas de salud tales como enfermedades cardiovasculares, trastornos gastrointestinales y tasas de mortalidad aún más altas (por ejemplo, Karoshi en Japón<sup>39</sup>).

Recientes resultados de un estudio<sup>40</sup> realizado en los Estados Unidos que rastrea los riesgos de enfermedades crónicas por exposición a los horarios de trabajo de largas horas durante un período de 32 años mostró claramente que regularmente trabajar muchas horas durante un largo período de tiempo está significativamente asociado con riesgos elevados de enfermedades cardíacas, entre otras.

Tucker y Folkard (2012) revisan y sintetizan la vasta literatura con respecto a los efectos de los horarios de trabajo, en particular de los distintos tipos de patrones de turnos, en materia de seguridad en el trabajo y salud. Destacan el “número casi infinito de sistemas de turnos en funcionamiento”, con variaciones entre los sistemas de turnos a lo largo de una serie de dimensiones, tales como: el número y duración de los turnos; tiempos de inicio y finalización de los turnos; si los turnos son rotativos o no y, en caso afirmativo, el sentido de rotación; el número de días de descanso y si esos días son consecutivos o no, etc.

También hacen hincapié en que los efectos del trabajo sobre la salud los horarios pueden tardar años en hacerse evidentes. Sin embargo, encuentran una asociación entre el tra-

---

37 Cazamian, P.; “Its effects on the health and welfare of the worker”, OIT, 1997.: [http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/rep-iii1b-c1.htm#\\_ftn4](http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/rep-iii1b-c1.htm#_ftn4). (acceso 5 de octubre de 2019).

38 International Labour Organization, Working “Time and the future work”, ILO, 2018, pág 10.

39 Schulz, M.S.; “Resúmenes” Current Sociology 59.2 (2011): 275–286. <https://journals-sagepub-com.uma.debiblio.com/doi/pdf/10.1177/0011392110391165> (acceso 1 octubre de 2019).

40 International Labour Organization, “Working time ...” op, cit., pág 10.

bajo por turnos y diversas enfermedades cardiovasculares (por ejemplo, angina de pecho, miocardiopatía, infarto y tasas de mortalidad más altas debido a enfermedades cardíacas), trastornos digestivos, y otros problemas de salud física de los trabajadores (por ejemplo, cáncer, problemas de maternidad).

Los trabajadores nocturnos pueden estar en mayor riesgo de contraer este tipo de enfermedades profesionales que otros turnos de los trabajadores y, además, el riesgo de accidentes y lesiones aumenta cuando se trabaja con cuatro o más turnos de noche seguidos.

A continuación, y por la estrecha conexión que presentan con el tema que estamos tratando se van a enumerar una serie de ensayos<sup>41</sup> realizados de forma empírica sobre la influencia que los turnos de trabajo, incluido el turno de noche, tienen en los factores de riesgo que intervienen en la aparición de los accidentes cardiovasculares. La inclusión de estos datos viene justificada por la necesidad de dotar las propuestas jurídicas-preventivas basadas en resultados medibles, evaluables que confirmen y justifiquen la realización de las mismas.

### **1. Ensayo Orth-Gomer K.**

Evaluó los efectos de un nuevo calendario de rotación en 45 policías masculinos durante cuatro semanas que fueron divididos en dos grupos, 4 semanas en su horario habitual (en sentido contrario de las agujas del reloj), y 4 semanas con el nuevo horario (con rotación a favor de las agujas del reloj o hacia la derecha).

Antes de iniciar el experimento se evaluaron los niveles de referencia de los factores de riesgo coronario, se estimó la calidad del sueño nocturno, y las tasas de excreción de catecolaminas en reposo.

No se encontraron diferencias estadísticamente significativas en las mediciones basales de ambos grupos de policías. El peso relativo del cuerpo, el colesterol sérico en ayunas, triglicéridos, glucosa y ácido úrico se encontraban dentro de los límites normales y fueron muy similares en los dos grupos.

La presión arterial sistólica y diastólica, así como los niveles de epinefrina y norepinefrina no difirió significativamente entre los dos grupos de estudio.

Tras la intervención la glucosa sérica y los triglicéridos fueron significativamente inferiores durante la rotación en sentido horario en comparación con la rotación en sentido antihorario, no estando afectado el colesterol.

Los niveles de ácido úrico en suero también fueron más bajos durante la rotación en sentido horario, pero la diferencia no alcanzó significación estadística.

---

41 Todos los ensayos que se describen están disponibles como artículo en la revista Medicina y Seguridad del Trabajo, bajo el título "Turnos de trabajo, ¿un factor de riesgo cardiovascular?", enero-marzo 2014, número 60, págs. 179-197. Los autores son Santana-Herrera, J.; Alfano, T.; y Escobal-Machado, A.

La media de la presión arterial sistólica fue significativamente menor a favor de las agujas del reloj en comparación con la rotación en sentido antihorario. La media de la presión arterial diastólica no difirió significativamente entre los dos horarios.

Las tasas de excreción de catecolaminas se incrementaron durante las primeras semanas de rotación a favor de las agujas del reloj, pero cayeron hacia el final del período de observación. Durante la rotación en sentido antihorario, sin embargo, las tasas de excreción de ambos compuestos aumentaron. Sólo en la última evaluación la diferencia entre los horarios alcanzó significación estadística <sup>42</sup>

## **2. Ensayo Costa G.**

Quince enfermeras, de edades comprendidas entre 21 y 29 años empleadas de una unidad de cuidados intensivos, fueron examinadas con el ánimo de evaluar su adaptación psicofísica a uno de los sistemas de turnos más utilizados en este ámbito.

Son los sistemas de turnos rápidamente rotativos 2-2-2-2 (2 Mañanas-2 Tardes-2 Noches-2 Libres), con tres turnos de 8 horas rotativos cada dos días del trabajo, acortándose los turnos de día de 8 a 7 horas en reconocimiento de mayor carga de trabajo, retraso en el comienzo en el turno de mañana para permitir un sueño más largo y la inclusión dos turnos de noche consecutivos de 10 h de duración, siempre seguidos por 2 días de descanso.

El primero de los dos turnos de la tarde fue trasladado al inicio del ciclo de cambio con el fin de crear un período de descanso más largo (T-MMT-NN-LL en lugar de MM-TT-NN-LL).

Durante el turno se midieron el cortisol en plasma, la tasa de excreción urinaria de 6 sulfato de melatonina (6-SM), la adrenalina, noradrenalina, frecuencia cardíaca, tensión arterial, así como la temperatura oral y registros de actividad del sueño.

El cortisol plasmático no mostró una perturbación de su patrón normal circadiano durante los dos turnos de noche consecutivos. Tuvo una tendencia a aumentar sus valores durante la primera parte de la segunda noche.

La excreción urinaria mostró su habitual patrón, con tasas significativamente más altas durante los turnos de noche sobre todo en la segunda mitad de la noche. No surgieron diferencias significativas que entre los dos turnos de noche, a pesar de una tendencia a la reducción de la tasa de excreción se observó en la segunda noche.

La relación de noradrenalina/adrenalina no mostró diferencias significativas entre los primeros mitades de los cuatro turnos, mientras que fue significativamente mayor durante la segunda mitad de los turnos de noche,

No surgieron diferencias significativas para la presión arterial o para la frecuencia cardíaca en reposo entre los turnos, aunque se registraron valores ligeramente más altos al principio de cada turno.

### **3. Ensayo Kecklund G.**

Evaluó el cambio de un sistema de tres turnos de rotación lenta (7 turnos seguidos) para una rotación rápida (tres o cuatro turnos seguidos) y examinó los efectos sobre el bienestar, la salud, el sueño y la satisfacción en el trabajo.

Durante dos años (1991-1993) fue seguida una población de 72 trabajadores masculinos de una industria de automoción, con medición de la presión arterial y lípidos en sangre, además de un cuestionario de los hábitos alimentarios.

Los resultados mostraron un aumento en la satisfacción con el nuevo horario de trabajo, menos problemas de sueño / vigilia y menos perturbaciones sociales causadas por el trabajo por turnos. Los lípidos de la sangre, aunque no se obtuvo significancia estadística, mostraron aumento del HDL y una relación LDL/HDL reducida en el examen de salud dos años después de la intervención.

### **4. Ensayo Bøggild H.**

En este estudio se introdujo una intervención cuasiexperimental controlado en 4 salas de hospital, siendo otras 6 salas utilizadas como control. Se dispuso de una población de 101 enfermeras y auxiliares de enfermería del condado de Jutlandia, Dinamarca, seguidas durante seis meses con mediciones de colesterol y triglicéridos.

La estrategia analítica principal es examinar la relación entre la “exposición” a un cambio en secuencia de turnos de trabajo y las modificaciones en los biomarcadores de riesgo cardiovascular.

En las distintas salas de intervención se plantearon distintos turnos ergonómicos con valoración del avance rápido de giro, regularidad y retraso en el inicio del turno de mañana. En el acuerdo alcanzado de la programación se respetaron los siguientes principios:

- Máximo de 3 a 4 turnos de noche consecutivos.
- Más horarios regulares y predecibles.
- El personal puede elegir la rotación.
- Reducir al mínimo el trabajo de fin de semana.

Las mediciones se valoraron mediante cuestionario al inicio, 6 y 12 meses con controles analíticos al inicio y a los 6 meses. Las valoraciones sanguíneas se realizaban al menos tras 72 horas del último turno de la noche.

El cambio ergonómico en la regularidad de los turnos fue asociado a una disminución en el nivel de triglicéridos y una disminución en el colesterol total. Con los cuatro principios acordados se produce una disminución del 8% en el colesterol total, una disminución del 15% en el colesterol LDL, un aumento del 9% en el colesterol HDL.

### **5. Ensayo Nesthus T.**

El propósito de este estudio fue examinar el ritmo circadiano de la temperatura en el sentido de las agujas del reloj (CW) y en sentido antihorario (CCW) con secuencias de giro rápido de cambios.

Durante 3 semanas se sometió a 28 controladores aéreos de una compañía USA (12 hombres y 16 mujeres) divididos en dos grupos, a un turno a favor de las agujas del reloj y otro en contra, examinando el ritmo circadiano de temperatura.

Los resultados revelaron efectos significativos según el tipo de giro en la curva que describe el ciclo circadiano de la temperatura. La amplitud para el giro a la izquierda fue significativamente menor que la amplitud de la rotación con giro en el sentido de las agujas del reloj a través de ambas semanas del trabajo por turnos. Además, un retardo de 84 minutos de la acrofase se encontró para la condición CCW relativa a la condición de CW a través de las dos semanas del trabajo por turnos.

La amplitud reducida y la fase de retardo en acrofase para el grupo CCW pueden indicar una interrupción temporal del ritmo circadiano de la temperatura corporal central como una función de la condición de rotación de turnos.

### **6. Ensayo De Valck E.**

Mediante un simulador de conducción, examino la somnolencia subjetiva tras turnos de mañana, tarde y noche, así como el estrés objetivo mediante la medición del cortisol salival, en turnos de un avance rápido a favor de las agujas del reloj y un sistema de turno rotativo lento hacia atrás.

Este estudio comparativo de trabajo por turnos se llevó a cabo en una planta química en Bélgica, entre treinta y seis voluntarios varones, que se dividieron en dos grupos, permaneciendo una media de 3 años en el grupo de rotación lenta antihorario y 1 año en el nuevo sistema rotatorio rápido a favor de las agujas del reloj.

El nivel medio de cortisol salival después de la segunda mañana fue 4,91 mg / l para el grupo de rotación lenta y 4,85 mg / l para el grupo de rotación de avance rápido. Estos niveles de cortisol no difirieron significativamente entre los sistemas de rotación de desplazamiento.

Las muestras salivales de cortisol, que reflejan la actividad del eje hipotálamo pituitario adrenal, tomadas al inicio de la semana laboral no diferenciaron significativamente entre el avance rápido y el sistema de turnos de rotación lenta hacia atrás.

### **7. Ensayo Viitasalo K.**

Realiza un estudio de intervención controlado para evaluar los efectos de un cambio en la rotación de turnos (dirección y velocidad) y un cambio en la flexibilidad de sistema de turnos en 84 trabajadores varones de mantenimiento de una compañía aérea de Finlandia.

Los efectos de los dos nuevos sistemas de turnos diferentes en la salud se estudiaron mediante la comparación de los resultados de salud de 5 a 6 meses antes (octubre noviembre de 2004) y de 7 a 8 meses después (noviembre-diciembre de 2005), de la aplicación del nuevo sistema de turnos.

De los 84 varones participantes, libres de cardiopatía isquémica al inicio del estudio, 40 de ellos cambió a un sistema de turnos con rotación rápida hacia delante, 22 cambió

a trabajar en un sistema de turnos más flexible, y 22 persistieron en el sistema antiguo de turnos, y así se formaron los grupos de referencia.

Los trabajadores que se iniciaron en el sistema de turnos girando rápidamente hacia delante llevaban unos 10 años más de antigüedad que los que comenzaron en el sistema de turnos flexibles. Los cambios en la presión arterial sistólica diferían entre los tres grupos de estudio. La presión arterial sistólica disminuyó 6 mm Hg en el grupo con el sistema de turnos flexibles, se incrementó en 2,5 mm Hg en el grupo con el sistema de desplazamiento rápido hacia adelante, pero se mantuvo sin cambios en el sistema antiguo.

Los cambios en la presión arterial diastólica fueron no significativos. Cuando se compararon los tres grupos de estudio, los cambios en la frecuencia cardíaca tenían una tendencia a la disminución, y esta tendencia persistió cuando el sistema de cambio flexible, que en comparación con el sistema anterior en más análisis.

El nuevo sistema de cambio no afectó a los otros factores de riesgo cardiovascular: la relación cintura-cadera, IMC, los lípidos en sangre, el control glucémico medido por HbA1c, la glucosa en ayunas.

### **8. Ensayo Morikawa Y.**

Este estudio investigó si el trabajo por turnos es un factor de riesgo para el desarrollo de la diabetes mellitus, para lo cual 2860 trabajadores masculinos japoneses de una fábrica de plásticos fueron seguidos durante 8 años (1994-2001). Los trabajadores fueron clasificados de cuello blanco y cuello azul. Se comparaban tres tipos de turnos: fijo diurno, rotatorio dos turnos (Mañanas-Noches), rotatorio tres turnos (Mañana-tarde noche, con giro hacia la izda.).

Entre los trabajadores de cuello azul, la tasa de incidencia era más alta para los trabajadores de dos turnos (6.84/1000 personas-año), seguidos por los trabajadores de tres turnos (5.32/1000 personas-años) y finalmente los trabajadores diurnos fijos (04:23 / 1.000 personas-año).

El riesgo relativo (RR) de diabetes mellitus para los trabajadores de dos turnos en comparación con los trabajadores fijos durante el día era de 1,70 (1,80 después del ajuste por edad, IMC y AF). Cuando se comparan con los empleados de tres turnos el RR es del 1.33, no variando con los diferentes ajustes, no alcanzándose significación estadística en ninguno de los dos grupos de turnos. Es de destacar que los riesgos relativos de los trabajadores de tres turnos comparados con los trabajadores fijos durante el día eran más pequeños que los de los trabajadores de dos turnos.

Cuando se utilizaron los trabajadores de cuello blanco en la misma fábrica como grupo de referencia, se encuentra un aumento estadísticamente significativo en el riesgo de diabetes mellitus por los trabajadores de dos turnos. Este aumentó después de los correspondientes ajustes.

### **9. Ensayo Oyana I.**

El objetivo de su estudio era investigar el efecto del cambio de turnos de trabajo en el riesgo de desarrollar intolerancia a la glucosa. La población de estudio fue de 6413 empleados de una industria química japonesa cuyos horarios de trabajo se mantuvo constante en el período de seguimiento (media del período de seguimiento 23,2 años).

Se comparaban tres tipos de turnos: turno fijo, rotatorio de 2 turnos (Mañanas-Noches) y rotatorio de 3 turnos (Mañana-Tarde-Noche). Durante el tiempo de seguimiento de 23,2 años (63 601 personas-año en total, la media del período de seguimiento 9,9 años), se detectaron 1.209 incidencias de intolerancia a la glucosa.

En la cohorte original la tasa de incidencia de intolerancia a la glucosa era siempre mayor en el grupo de trabajadores con rotación de dos turnos. El OR fue significativamente mayor entre los trabajadores del turno de rotación frente a los trabajadores de día. Los resultados no fueron alterados incluso significativamente después de posteriores ajustes.

### **10. Ensayo Vangelova K.**

El objetivo de este estudio era ver el efecto de la dirección de rotación en las variaciones de cortisol, la fatiga y alteraciones del sueño en 25 ingenieros de sonido de Bulgaria.

Los ingenieros de sonido han sido seleccionados al azar. Se dividieron en dos grupos sobre la base de la dirección de rotación. El grupo con rotación giratoria hacia delante estaba compuesto por 13 ingenieros de sonido (4 hombres y 9 mujeres) de entre 45,1  $\pm$  7,3 años, con tiempo de servicio 21,4  $\pm$  11,3 y otro grupo de rotación hacia atrás compuesto por 12 ingenieros de sonido (4 hombres y 8 mujeres) de edad de 51,7  $\pm$  6,0 años, con tiempo de servicio de 27,4  $\pm$  8,7.

La prueba de Kolmogorov-Smirnov se utilizó para estudiar la distribución de cortisol salival y mostró una distribución normal. El cortisol retuvo el patrón diurno típico con valores altos en la mañana temprano y la secreción más baja durante el día.

El efecto de la dirección de rotación en la secreción de cortisol no alcanzó significación estadística, pero el efecto del cambio es altamente significativo con valores de secreción de cortisol más altos en la mañana y en los turnos de noche. Además, se encontró interacción significativa del sentido de giro, con valores más altos de cortisol en el grupo de rotación hacia atrás. Los datos mostraron mayor cortisol salival en el grupo de rotación hacia atrás en comparación con la rotación hacia delante

### **11. Ensayo Puttonen S.**

Estudio la asociación de síndrome metabólico (SM) entre extrabajadores a turnos. La población de estudio fue de 1811 trabajadores de una compañía aérea (de los cuales 1009 hombres), durante los años 2006-2008, dividiendo la población a estudio entre trabajadores con 2 turnos (Mañanas-Noches), nocturnos (Mañanas-Tardes-Noches), de día y de vuelo.



Entre los extrabajadores del turno de sexo masculino, los Mets (unidad de medida del índice metabólico) fueron más frecuentes comparando con los trabajadores masculinos de día. Las asociaciones no cambiaron después de los ajustes adicionales.

Los hombres por turnos tenían un riesgo elevado SM definidos pero la asociación se debilitó en los análisis plenamente ajustadas, Entre las mujeres, no se observaron diferencias significativas en la prevalencia de los Mets.

Este estudio mostró que, entre los hombres, el ex trabajador por turnos se asocia con el aumento en la presentación de la FID y NCEP criterios de SM y que los hombres que trabajan en dos turnos tuvieron una tendencia al aumento de la prevalencia de los Mets, pero la asociación desapareció con posterior ajuste.

### **12. Ensayo Mauss D.**

Exploró la asociación entre los horarios de trabajo que implica turnos de noche y el síndrome metabólico y si estas asociaciones eran diferentes entre los que trabajan en 3 o 4 ciclos de turnos (71/4 y 6 horas respectivamente).

La población de estudio fue de 765 trabajadores masculinos de una empresa industrial alemana, con una edad media de 36 años y con recogida de muestras durante el año 2007.

Para detectar importantes diferencias en la salud relacionados con la frecuencia de rotaciones del turno de noche, se identificaron dos subgrupos a partir de los trabajadores que realizaban turnos de noche (Grupo B): B1 se componía de empleados con horarios de 3 turnos rotativo mientras B2 se componía de empleados con un horario rotativo 4 turnos.

En comparación con los trabajadores del turno de día ( $N = 632$ ), los empleados que trabajan en un ciclo de 3 turnos tenían mayores probabilidades de satisfacer la definición de síndrome metabólico. Los empleados que trabajan ciclos de 4 turnos menos probabilidades de tener el síndrome metabólico y tuvieron mayor actividad parasimpática medido por la variabilidad de la frecuencia cardíaca.

### **13. Ensayo Katermann T.**

El objetivo de este estudio fue identificar el riesgo aterosclerótico utilizando la velocidad de onda del pulso (VOP) en trabajadores de acero en distintas rotaciones del trabajo por turnos. Los participantes son 77 trabajadores varones de una fábrica de acero Belga (32 CW rápido, 30 CCW lento, 15 trabajadores de día), con una media de edad 42 años y con al menos 5 años de experiencia en su horario trabajo actual.

La velocidad de la onda del puso (VOP) de los tres grupos de trabajo no presentaron diferencias estadísticamente significativas. Estos resultados no cambiaron tras un nuevo ajuste de la prevalencia (sí/no) de los siguientes parámetros de salud: diabetes, enfermedad renal, la hipertensión y la hipercolesterolemia. En particular, se observó que los tres valores más altos valores de VOP se producían exclusivamente en los turnos de trabajo CW rápidos.

Los resultados que se han obtenido tras los ensayos realizados se clasifican en función de la intervención en el tiempo de trabajo que se ha realizado y que son revisados a continuación;

-Cambios de dirección de rotación

Consiste en realizar turnos hacia delante o a favor de las agujas del reloj (Mañana-Tarde-Noche), y hacia atrás o sentido antihorario (Mañana-Noche-Tarde // Noche Tarde-Mañana).

Tres de los trabajos se engloban dentro de este grupo analizando a su vez distintos biomarcadores. El cortisol salival es analizado por Vangelova K., produciéndose un aumento significativo del mismo en el turno con rotación antihoraria, cuestión que no se reproduce en el trabajo de Costa G., el cuál utilizó el cortisol plasmático como biomarcador de estrés. En este trabajo, además, Costa analizó la adrenalina y noradrenalina, con aumento de la misma en sentido antihorario, cuestión que coincide con el estudio de Orth-Gomer K., en el que además comprobó una disminución de la glucosa, triglicéridos, ácido úrico y TAS en sentido horario. El resto de los biomarcadores analizados no se modificaron con la dirección de rotación.

Lo anteriormente expuesto está acorde con estudios epidemiológicos y de laboratorio que han sugerido que un cambio en la dirección de atrás hacia adelante en la rotación es más acorde con el ritmo circadiano del cuerpo, y que por tanto se puedan derivar efectos positivos para la salud.

-Cambios en la velocidad de rotación

Se dividen en turnos de rotación lenta, que rotan semanalmente; esto es, una semana de trabajo nocturno sigue un turno semanal de trabajo de tarde y, a continuación, un turno de mañana. En el sistema de rotación rápida, sólo se trabajan uno, dos o, como mucho, tres días consecutivos en cada turno. 1-3 mañanas 1-3 tardes 1-3 noches.

El único trabajo que se centra en este tipo de intervención (Kecklund), muestra una disminución del LDL/HDL y aumento del HDL, coincidiendo con el trabajo de Boggid (que analiza además otras intervenciones).

Clásicamente el sistema de turnos impuestos en EEUU favorecía los turnos con cambios de velocidad de rotación lenta y hacia atrás, para así adaptar mejor al trabajador a la noche. Esta postura no es secundada por el sistema europeo que prefiere rotaciones cortas para que el trabajador se adapte lo antes posible al horario normal diurno.

El Instituto Nacional para la Seguridad y Salud Ocupacional (NIOSH)<sup>43</sup>, ha informado de la evidencia a favor de la velocidad de rotación rápida, pero muchas de las cadenas de producción difícilmente podrían adaptarse a esta cadencia de turnos.

-Cambios en la dirección y velocidad de rotación

Consiste en una combinación de los dos modelos expuestos anteriormente.

---

43 [https://www.cdc.gov/spanish/niosh/docs/97-145\\_sp/default.html](https://www.cdc.gov/spanish/niosh/docs/97-145_sp/default.html) (acceso 2 octubre de 2019).

Nesthus T., observó que la temperatura de los trabajadores CCW frente a los CW tenían la amplitud reducida y una fase de retardo en acrofase, lo que puede indicar una interrupción temporal del ritmo circadiano.

De Valk E., no encontró diferencias en el cortisol salival cuando comparaba un turno de CW rápido y un CCW lento.

Vitasalo K., estudió varios biomarcadores encontrando un aumento de la TAS en el grupo de rotación rápida hacia delante, con normalidad en el resto (relación cintura cadera, IMC, lípidos, glucosa, HbA1c).

Katerman T., no encontró diferencias al medir la onda venosa del pulso al comparar un CW rápido con CCW lento.

La diversidad de intervenciones, así como la de los biomarcadores empleados dificulta la extrapolación de estos datos, pero se puede objetivar que en todos los cambios con rotaciones rápidas hacia la derecha, ningún grupo obtuvo aumentos en los biomarcadores a excepción de la TAS en uno de los estudios.

#### -Cambios en el número de turnos

En este apartado se comparan dos, tres o cuatro turnos y extrabajadores a turnos.

Cuando se comparan dos con tres turnos nos referimos a trabajadores que realizan mañanas y noches (dos turnos), y mañanas, tardes y noches (3 turnos), difiriendo en la velocidad y dirección de rotación. Tres y cuatro turnos hacen referencia a horarios de trabajo al día (7 horas/3 veces al día o 6 horas/4 veces al día).

La diabetes mellitus es analizada en dos estudios japoneses que comparan ciclos de dos turnos frente a tres turnos en sentido antihorario, encontrando ambos un aumento de diabetes en los que realizan dos turnos frente a los que realizan tres. En uno de ellos, Morikawa Y., subdividió la muestra de trabajadores por categoría profesional en trabajadores de cuello blanco y cuello azul, encontrando un aumento de DM en ambas categorías en los trabajadores de dos turnos.

El síndrome metabólico es analizado por dos trabajos. Puttonen S., muestra que hay un aumento de síndrome metabólico entre los extrabajadores a turnos. Mauss D., manifiesta que hay aumento de síndrome metabólico entre los trabajadores de 3 turnos en dirección antihorario frente a los de 4 turnos (7 horas frente a 6).

Existen dos estudios en el campo de los genes reloj que dan base fisiológica para explicar estos hechos. En uno de ellos, modificaciones en genes de ratas, revelaron que eran hiperfágicas y obesas, con tendencia a desarrollar síndrome metabólico con hiperlipidemia, esteatosis hepática e hiperglucemia, con una producción insuficiente de insulina compensatoria, un sello distintivo de la diabetes mellitus tipo 2.

El otro experimento demuestra, lo que sugiere una posible interacción de los transportadores de la serotonina y la variación del gen CLOCK en la susceptibilidad genética a desarrollar síndrome metabólico en la rotación de los trabajadores por turnos.

#### 4. MEDIDAS PREVENTIVAS Y CONCLUSIONES

Hemos tenido ocasión de analizar los múltiples y diversos factores que intervienen en la aparición del infarto de miocardio teniendo que actuar en todos ellos para lograr una intervención eficiente y eficaz cuyo fin la organización del tiempo de trabajo conciliando intereses tanto para la persona trabajadora como para la empresa, sin embargo, ee alejaría del objeto de este trabajo detenernos en la prevención de los factores de riesgo identificados que excedan del tiempo de trabajo.

Partiendo de la base de que deben existir trabajos nocturnos, y de que no hay un sistema óptimo de turno único que se pueda utilizar en la industria o el comercio en todos los lugares de trabajo, sin embargo, hay sistemas de turnos que son más favorables, y es en este contexto en el que realizamos las siguientes recomendaciones que se extraen de los estudios referenciados anteriormente<sup>44</sup>;

1. Los turnos de noche deben reducirse lo más posible. Si esto no es posible, los sistemas de turnos rotativos de forma rápida son preferibles a las que giran lentamente. El Trabajo nocturno permanente no parece ser recomendable para la mayoría de los trabajadores por turnos.

2. Jornadas de trabajo prolongadas (9-12 horas), sólo deberían ser consideradas cuando la naturaleza del trabajo y la carga del mismo son adecuados, además de que el sistema de turnos se haya diseñado para reducir al mínimo la acumulación de fatiga y la exposición a tóxicos.

3. Un comienzo temprano para el turno de la mañana debe ser evitado. Los horarios de trabajo flexibles se pueden conseguir en todos los sistemas de turnos.

4. Cambios rápidos (por ejemplo, de turno de noche a turno de la tarde en el mismo día), deben ser evitados. El número de días consecutivos de trabajo debe limitarse a cinco y siete. Cada sistema de turnos debería incluir algunos fines de semana libres con al menos dos días consecutivos de descanso

5. La rotación hacia adelante (la rotación en sentido horario: mañana/tarde/noche) parecen ser los más adecuados.

6. La elección de los turnos será discutida con los interesados, sobre la base de una información completa y precisa que permita tomar decisiones de acuerdo con las necesidades individuales.

7. Desarrollar un plan de educación sanitaria a fin de explicar a los interesados/as los principios de una alimentación sana y estilos de vida saludable.

---

<sup>44</sup> Aparecen en la revista *Medicina y Seguridad del Trabajo*, bajo el título “Turnos de trabajo, ¿un factor de riesgo cardiovascular?”, o.p., pág. 14.

8. Establecer un sistema de vigilancia de la salud que permita detectar rápidamente problemas de adaptación y problemas de salud asociados al trabajo a turnos, que nos permitan intervenir de manera preventiva antes de que aparezcan daños irreversibles.

A la luz de los datos aquí descritos queda demostrada la relación del tiempo de trabajo y su influencia en la salud de las personas trabajadoras que desempeñan su actividad en horarios fundamentalmente nocturnos.

Estas repercusiones predisponen o facilitan la aparición de un accidente cardiovascular, por ello resulta de vital importancia que se tomen las medidas preventivas necesarias para la reducción de los mismos apelando a las personas que tienen responsabilidades jurídico y preventivas puesto que más que nunca tienen que ir cogidas de la mano, recordando en estos momentos el principio “nomen iuris” o primacía de legalidad; “las cosas son tal y como son y no tal como las partes dicen que son”.



PONENCIA ESPECÍFICA  
LOS AVANCES TECNOLÓGICOS Y SUS PRINCIPALES  
IMPLICACIONES SOBRE EL TIEMPO DE TRABAJO, EL EMPLEO ATÍ-  
PICO Y LAS NUEVAS FORMAS DE TRABAJO. UNA ESPECIAL REFE-  
RENCIA A LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

*Miguel Ángel Gómez Salado*  
*Investigador Postdoctoral Contratado<sup>1</sup>*  
*Acreditado como Profesor Contratado Doctor por la ANECA*  
*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad de Málaga*

“Históricamente, las innovaciones tecnológicas han tenido una gran repercusión en los lugares y el programa de trabajo, es decir, en las dimensiones temporal y espacial del trabajo”.

Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT

1. Introducción
2. Los grandes avances tecnológicos asociados a la llamada revolución industrial 4.0
3. Principales implicaciones de las nuevas tecnologías sobre el tiempo de trabajo, el empleo atípico y las nuevas formas de trabajo
4. A modo de conclusión
5. Bibliografía

---

<sup>1</sup> Contrato para jóvenes doctores destinado al personal postdoctoral y obtenido mediante una convocatoria en régimen de concurrencia competitiva del Plan Propio de Investigación y Transferencia de la Universidad de Málaga (candidato mejor puntuado de todas las ramas de conocimiento establecidas: arte y humanidades; ciencias de la salud y experimentales; ciencias sociales y jurídicas; ingeniería).

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo que se introduce, bajo el rótulo “Los avances tecnológicos y sus principales implicaciones sobre el tiempo de trabajo, el empleo atípico y las nuevas formas de trabajo. Una especial referencia a la Organización Internacional del Trabajo”, se incluye principalmente dentro de las actividades del proyecto de investigación titulado “Las nuevas tecnologías y su impacto en el ámbito laboral y de la Seguridad Social: el impacto socio económico de la economía digital” (ref. UMA18-FEDERJA-028), financiado por la Fundación Pública Andaluza “Centro de Estudios Andaluces”<sup>2</sup>, y coordinado por el Dr. Francisco Vila Tierno (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga) y por el Dr. Juan Carlos Álvarez Cortés (Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga).

Asimismo, este trabajo se enmarca dentro de una estancia de investigación<sup>3</sup> de carácter postdoctoral en el Departamento de Derecho Público y Derecho Privado Especial (Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social) de la Universidad de Jaén, desarrollada entre el 5 de noviembre de 2019 y el 19 de febrero del año 2020 y supervisada por el Dr. Cristóbal Molina Navarrete (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Jaén y Primer Investigador Principal del Proyecto I+D+I Retos de Investigación, titulado “Transformaciones del trabajo en la economía digital: Condiciones económicas y sociales para una transición justa” (ref. RTI2018-099337-B-C21)) y por la Dra. Isabel María Villar Cañada (Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Jaén).

El objetivo principal, como se desprende del propio título del trabajo, es la realización de un análisis detallado y, al mismo tiempo, actual de los efectos e implicaciones más importantes de las transformaciones tecnológicas sobre el tiempo de trabajo, las formas atípicas de empleo y las nuevas formas de trabajo, prestando una especial atención a los diversos estudios e informes de la Organización Internacional del Trabajo –en adelante, OIT– relacionados con las citadas materias. Con el objetivo anterior, se plantea un estudio que cuenta con diferentes epígrafes y subepígrafes que abordan, respectivamente los aspectos que seguidamente se desarrollan.

En primer lugar, como primer epígrafe, se da a conocer el escenario concreto en el que se sitúan los avances tecnológicos asociados a la denominada revolución industrial 4.0, realizando una brevísima revisión de la historia de las cuatro revoluciones industriales, intentando destacar cuáles son los rasgos más relevantes de la última de ellas y abordando mínimamente las preocupaciones más importantes que esta suscita en materia de empleo. En particular, se verá que todas las revoluciones tecnológicas, desde el propio telar hasta la conocida como industria 4.0, pasando por la máquina de vapor, la electrificación y las tecnologías de la información y las comunicaciones, han alterado claramente el escenario en el que se desenvuelven las relaciones laborales<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> XI Convocatoria de Proyectos de Investigación, correspondiente al periodo 2019-2021.

<sup>3</sup> Financiada.

<sup>4</sup> Cruz Villalón, J., “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, Revista andaluza de trabajo y bienestar social (temas laborales), núm. 138 (dedicado



Posteriormente, como segundo epígrafe, se introduce un apartado titulado “Principales implicaciones de las nuevas tecnologías sobre tiempo sobre el tiempo de trabajo, el empleo atípico y las nuevas formas de trabajo” y que cuenta precisamente con dos subepígrafes diferentes. Se trata, en síntesis, de un apartado cuya finalidad última consiste en analizar las repercusiones más importantes –tanto negativas como positivas– de los grandes avances tecnológicos (que vienen impulsados, como ya se ha señalado, por la cuarta revolución industrial) sobre el tiempo de trabajo, las formas atípicas de empleo y las nuevas formas de trabajo, haciendo una especial referencia a las contribuciones más recientes de la OIT.

Finalmente, tras este análisis, se incluye un apartado final en el que se extraen unas breves conclusiones.

## 2. LOS GRANDES AVANCES TECNOLÓGICOS ASOCIADOS A LA LLAMADA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL 4.0

En primer término, conviene señalar que los avances en la tecnología, que son cada vez más importantes, eficientes, rápidos y complejos, constituyen, sin duda alguna, uno de los principales motores del fenómeno conocido como la globalización de la economía mundial. Los referidos avances tecnológicos se han visto históricamente reflejados en las cuatro grandes revoluciones industriales que han generado, como muy bien ha señalado algún autor, rompimientos de paradigmas económicos, sociales, culturales y laborales en cada uno de los países del mundo<sup>5</sup>.

La primera revolución industrial, que comienza alrededor de 1770 en Gran Bretaña y que concluye aproximadamente seis décadas después, se caracteriza por el surgimiento de la relación social de producción –industrial–<sup>6</sup> y la introducción de la máquina de vapor de Boulton y Watt, del telar mecanizado y de la locomotora de vapor en las distintas industrias. Al respecto, algunos autores han señalado que el desarrollo de esta primera revolución industrial fue impulsado “en parte por un cambio en la percepción del desarrollo tecnológico. Un cambio de actitudes sociales no ajeno a dos fenómenos. Por un lado, la clase media trabajadora había ido adquiriendo gradualmente un mayor poder político frente a la nobleza y, por otro, los trabajadores no cualificados venían a ser los grandes beneficiarios de los avances en la mecanización frente a los artesanos”<sup>7</sup>.

Este primer proceso revolucionario generó con el tiempo lo que a día de hoy se conoce como la segunda revolución industrial, que se extiende de manera aproximada entre 1860 al impacto de las tecnologías de la información y las comunicaciones sobre las relaciones laborales), 2017, pág. 15.

5 Mendizábal Bermúdez, G., “Introducción”, en AA.VV. (Mendizábal Bermúdez, G., Sánchez Castañeda, A. y Kurczyn Villalobos, P., Coords.), *Industria 4.0: Trabajo y seguridad social*, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2019, pág. XV.

6 Molina Navarrete, C., “La «gran transformación» digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas”, *Revista de trabajo y seguridad social (CEF)*, núm. extraord., 2019, pág. 6.

7 González-Páramo y Martínez-Murillo, J.M., “Cuarta revolución industrial, empleo y estado de bienestar”, *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, 2017, pág. 5.

y 1914, y que tiene lugar con el uso de nuevas fuentes de energía (como la electricidad, el gas y el petróleo) y la utilización de nuevos materiales (níquel, manganeso y cromo, entre otros muchos) y de novedosos sistemas de transporte (como, por ejemplo, el automóvil de combustión interna) y comunicación (principalmente, el teléfono y la radio). Estos avances propios de la segunda revolución industrial se apoyaban mucho más que las innovaciones técnicas anteriores en la aplicación de la ciencia a los procesos industriales<sup>8</sup>. Durante esta etapa industrial, la producción, la economía y, por ende, las sociedades, se iban transformando, paradójicamente, mediante sutiles cambios e innovaciones tecnológicas que se tornaban abruptos en el tiempo<sup>9</sup>.

Así, con los avances anteriores, se sentaron las bases para que se iniciara en el siglo XX una nueva y relevante etapa industrial, la conocida como tercera revolución industrial<sup>10</sup>, bautizada como la revolución de las tecnologías de la información y del conocimiento. Esta nueva revolución, que se caracteriza por la introducción progresiva de los ordenadores, de la computación y de la telemática en los cuarenta últimos años del siglo XX, “trae consigo un cambio significativo en la interacción entre las máquinas y el empleo respecto a las dos revoluciones tecnológicas anteriores”<sup>11</sup>. En este sentido, se ha señalado que “la idea de que los avances tecnológicos favorecen a los trabajadores más cualificados es un fenómeno del siglo XX”<sup>12</sup>. “Probablemente debido a la mayor abundancia de trabajadores cualificados, las nuevas tecnologías se desarrollaron como complementarias de la cualificación, a fin de permitir unos mayores beneficios. Y a su vez, la mayor demanda de empleo cualificado se puede explicar por una caída en el precio de las tareas realizadas por ordenadores y otras máquinas, que complementarían y requerirían servicios más asociados al pensamiento abstracto y creativo. Así, los ganadores de esta época son los empleos cualificados con un alto nivel educativo. Si bien durante la primera y la segunda revoluciones industriales los tejedores y herreros artesanales productores de acero fueron barridos por el telar mecánico y los convertidores de Bessemer y Siemens”<sup>13</sup>. Junto a lo anterior, conviene señalar que las fuentes de energía que en este período toman un mayor protagonismo son las renovables y la energía nuclear, además del continuo empleo de las energías fósiles<sup>14</sup>.

---

8 Rubio Mayoral, J.L., “Desarrollo económico y educación. Indicios históricos en las primeras revoluciones industriales”, *Educación XX1: Revista de la Facultad de Educación*, núm. 9, 2006, pág. 43.

9 Marotta, D., Lauriño, L. y Zambrano Sequín, L., *La IV Revolución Industrial y sus Impactos sobre el Mercado Laboral: Implicaciones para Venezuela*, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales, 2019, pág. 5.

10 Al respecto, vid. el trabajo de Monereo Pérez, J.L., “El Derecho Social y del Trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial”, *Estudios de derecho judicial*, núm. 16. (dedicado a las “Transformaciones del Derecho en la mundialización”), 1999, págs. 219-306.

11 González-Páramo y Martínez-Murillo, J.M., “Cuarta revolución industrial, empleo y...”, *op. cit.*, pág. 7.

12 Acemoglu, D., “Technical change, inequality, and the labor market”, *Journal of Economic Literature*, vol. XL, 2002, pág. 8.

13 González-Páramo y Martínez-Murillo, J.M., “Cuarta revolución industrial, empleo y...”, *op. cit.*, pág. 8.

14 Mínguez Torres, E., “La importancia de la energía en las revoluciones industriales”, *Lección inaugural para la apertura del curso académico 2015/16*, 2015, pág. 8.

Actualmente, nos encontramos inmersos en una nueva revolución industrial: la denominada “cuarta revolución industrial”<sup>15</sup> –también conocida como revolución digital y robótica, revolución industrial 4.0 o revolución tecnológica 4.0–. Esta popular revolución, cuyo final resulta tremendamente difícil de prever, se encuentra caracterizada por dos fenómenos muy importantes, la digitalización y la robotización de la economía, y se concreta plenamente en las tecnologías que alcanzan su mayoría de edad, como la robótica, la nanotecnología, la realidad virtual, la impresión 3D, el Internet de las Cosas, la inteligencia artificial y la biología avanzada. Esta cuarta etapa industrial, que comenzó a desarrollarse a principios de este siglo, “afecta de lleno a la organización del trabajo”<sup>16</sup> y viene apoyada por un Internet mucho más ubicuo y móvil, por sensores más pequeños y potentes que se han vuelto más baratos, y por la inteligencia artificial y el machine learning (conocido ampliamente como aprendizaje automático o aprendizaje automatizado)<sup>17</sup>.

Uno de los principales rasgos de esta última etapa industrial es que a diferencia de lo que ha ocurrido en las anteriores revoluciones, incide de forma generalizada sobre todas las economías –con mayor o menor grado de desarrollo–, con importantes repercusiones sobre la práctica totalidad de los sectores productivos existentes –tanto tradicionales como emergentes–, conllevando cambios de gran calado para todos los empleos con independencia de su cualificación y de la forma de prestación –por cuenta ajena o propia–, y que afectan a todos los empleados y empresas cualquiera que sea su dimensión y entidad<sup>18</sup>. Otro rasgo muy característico de esta cuarta etapa es, sin duda alguna, el de la enorme rapidez y celeridad con la que los cambios tecnológicos se producen, generando efectos en las economías, en las organizaciones productivas y en los distintos empleos de una manera que se podría calificar de atropellada<sup>19</sup>. Un tercer rasgo también destacable de esta cuarta etapa es que está generando un enfoque centrado en ecosistemas digitales, o lo que es lo mismo, está fomentando la creación de modelos de negocios innovadores basados en la interconexión de millones de consumidores, máquinas, productos y servicios<sup>20</sup>.

15 Ciertamente, el concepto de cuarta revolución industrial viene siendo ampliamente analizado y discutido en el Foro Económico Mundial (World Economic Forum, WEF por sus siglas en inglés), también llamado Foro de Davos. El Fundador y Presidente Ejecutivo de esta organización internacional para la cooperación público-privada, Klaus Schwab, ha manifestado en algunas de sus intervenciones que esta nueva revolución industrial no se define por un conjunto de tecnologías emergentes en sí mismas, sino por la transición hacia nuevos sistemas que están construidos sobre la infraestructura de la revolución digital (anterior).

16 Torrecilla García, J.A., Pardo Ferreira, C. y Rubio Romero, J.C., “Industria 4.0 y transformación digital: nuevas formas de organización del trabajo”, *Revista de trabajo y seguridad social (CEF)*, núm. extraord., 2019, pág. 27.

17 Schwab, K., *The Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, Ginebra, 2016. En la introducción de esta obra se señala expresamente lo siguiente: “I believe that today we are at the beginning of a fourth industrial revolution. It began at the turn of this century and builds on the digital revolution. It is characterized by a much more ubiquitous and mobile internet, by smaller and more powerful sensors that have become cheaper, and by artificial intelligence and machine learning”.

18 García Jiménez, M., “Revolución industrial 4.0, sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la negociación colectiva en clave de bienestar de los trabajadores”, *Revista de trabajo y seguridad social (CEF)*, núm. extraord., 2019, pág. 152.

19 García Jiménez, M., “Revolución industrial 4.0, sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la...”, op. cit., pág. 153.

20 Por ello, se exigen nuevas competencias profesionales que permitan la aplicación de mejoras

Tabla 1: Resumen de las cuatro fases industriales *		
Fases	Cronología	Algunos inventos o avances destacados
Primera revolución industrial	1770 - 1830	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Primera máquina de vapor de Boulton y Watt (1774)</li> <li>- Primer telar mecanizado (1784)</li> <li>- Locomotora de vapor: primera línea férrea entre dos ciudades (1829)</li> </ul>
Segunda revolución industrial	1860 - 1914	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Primera cinta transportadora (1870)</li> <li>- Primera central eléctrica de uso comercial (1871)</li> <li>- Thomas Edison plantea la bombilla (1880)</li> <li>- Primer automóvil de combustión interna (1886)</li> <li>- Primera transmisión de radio (1897)</li> </ul>

a lo largo de toda la cadena de valor; por ejemplo, el pensamiento crítico, la creatividad, la inteligencia emocional, etcétera. Al mismo tiempo, se exigen nuevas competencias profesionales técnicas, es decir, conocimientos propios de las redes ciberfísicas y los ecosistemas digitales. Al respecto, vid. los siguientes trabajos: Escudero Nahón, A., “Redefinición del “aprendizaje en red” en la cuarta revolución industrial”, *Apertura: Revista de Innovación Educativa*, vol. 10, núm. 1 (dedicado a la formación integrada a las competencias digitales), 2018, pág. 151; Slama, D., Puhlmann, F., Morrish, J. y Bhatnagar, R., *Enterprise IoT: Strategies and best practices for connected products and services*, O’Reilly Media, Sebastopol, 2015; y Morita Alexander, A., García Ramírez, M.T. y Escudero Nahón, A., “Análisis de la percepción de las competencias genéricas en instituciones de educación superior en México”, *Revista de educación y desarrollo*, vol. 38, 2016, págs. 69-78.

Tercera revolución industrial	1960 - 2000	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Primeros ordenadores personales (1962)</li> <li>- Primer controlador programable (PLC), que regula la producción (1969)</li> <li>- Nace la World Wide Web (1990)</li> </ul>
Cuarta revolución industrial	2000 - ¿?	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El desarrollo del paradigma del Internet de las cosas (IoT) (Actualidad)</li> <li>- Grandes avances en las técnicas y plataformas de Big data (Actualidad)</li> <li>- Importantes avances y ejemplos de aplicación del aprendizaje automático (machine learning), un subcampo de la inteligencia artificial (Actualidad)</li> </ul>
* Fuente: Tabla de elaboración propia <sup>21</sup>		

Una vez que se ha conocido mínimamente el escenario concreto en el que se sitúan los avances tecnológicos asociados a la denominada revolución industrial 4.0, y antes de proceder al estudio del siguiente epígrafe, se quiere señalar, al igual que ha hecho algún autor, que “indiscutiblemente la influencia de los cambios tecnológicos ha estado presente desde el surgimiento de la legislación laboral, incidiendo con fuerza sobre las relaciones laborales todas las innovaciones que se han producido en las técnicas de producción y de trabajo, de modo que, si se me permite parafrasear una expresión bien conocida entre nosotros, los cambios tecnológicos constituyen el eterno compañero de viaje del Derecho del Trabajo; a la postre, (...), el Derecho del Trabajo ha emergido como disciplina autónoma a resultas de las transformaciones sociales y jurídicas derivadas de la revolución industrial<sup>22</sup>. Todas las

21 A partir de los datos e imágenes –salvo las cuatro últimas, que han sido elaboradas– que se incluyen en los siguientes trabajos: González-Páramo y Martínez-Murillo, J.M., “Cuarta revolución industrial, empleo y...”, op. cit., págs. 1-27; y Longás Crespo, H., “Las tres revoluciones industriales: La industria 4.0 y el regreso de las fábricas desplazadas a Asia, los nuevos retos de la industria occidental”, El país, 2014, disponible en: [https://elpais.com/elpais/2014/10/17/media/1413577081\\_550723.html](https://elpais.com/elpais/2014/10/17/media/1413577081_550723.html).

22 Por todos, Alonso Olea, M., “La revolución industrial y la emergencia del Derecho del Trabajo”, Revista del Trabajo, núm. 32, 1970, págs. 5 y ss.

revoluciones tecnológicas, desde el telar hasta la llamada industria 4.0, pasando por la máquina de vapor, la electrificación y las tecnologías de la información y las comunicaciones, han alterado claramente el escenario en el que se desenvuelven las relaciones laborales”<sup>23</sup>.

### 3. PRINCIPALES IMPLICACIONES DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS SOBRE EL TIEMPO DE TRABAJO, EL EMPLEO ATÍPICO Y LAS NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

De acuerdo con lo expuesto en el epígrafe anterior, nos encontramos en los albores de la cuarta revolución industrial y, tras lo acontecido en las tres revoluciones industriales precedentes, se esperan cambios significativos en nuestro modo de trabajar, en general, e implicaciones profundas —tanto positivas como negativas— sobre el tiempo de trabajo, las formas de trabajo y el empleo atípico, en particular.

El debate sobre el impacto de los grandes cambios tecnológicos asociados a la cuarta revolución industrial sobre estos tres últimos aspectos de las relaciones laborales está muy presente en numerosos informes y estudios de la OIT. Por un lado, el impacto sobre el primero de ellos, es decir, sobre el tiempo de trabajo, queda reconocido en el informe de la OIT titulado “La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo”<sup>24</sup>, cuando se señala que si bien “las tecnologías de la información y la comunicación (...) aumentan las posibilidades de trabajar a distancia (y) permiten conciliar mejor las responsabilidades profesionales y familiares (estableciendo un equilibrio más satisfactorio entre la vida laboral y la vida personal, lo cual podría beneficiar principalmente a las mujeres<sup>25</sup>)”, “la desaparición de las fronteras espaciales y temporales entre las esferas laboral y privada suscita inquietudes en diferentes ámbitos, y evoca formas de organización del trabajo del período preindustrial. Los procesos de cambio que permiten que el individuo pase más tiempo en su casa que en el trabajo, pero que también pase más tiempo trabajando en casa, podrían ser un arma de doble filo para algunos”.

Por otra parte, tanto la proliferación del llamado empleo atípico como el surgimiento de nuevas formas de trabajo muy diferentes, como consecuencia de los importantes cambios tecnológicos, se reflejan expresamente en otras muchas publicaciones de la propia OIT, pudiendo destacarse, por ejemplo, el informe titulado “Empleo atípico en el mundo: Retos y perspectivas”<sup>26</sup>, que establece, de un lado, que “las transformaciones en el mundo del trabajo

23 Cruz Villalón, J., “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización...”, op. cit., pág. 15.

24 OIT, Informe “La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo”, Ginebra, 2015, pág. 15.

25 Sobre el tiempo de trabajo y las mujeres, resulta recomendable la siguiente lectura: Perán Quesada, S., “Tiempo de trabajo y género. La perspectiva española”, en AA.VV. (Perán Quesada, S., Dir. y Coord.), La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI: Retos, oportunidades y riesgos emergentes, Comares, Granada, 2014, págs. 163-183.

26 OIT, Presentación resumida del informe “Empleo atípico en el mundo: Retos y perspectivas”, Ginebra, 2016, págs. 4-5 disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_534518.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534518.pdf). Vid. también, el informe extenso (versión en inglés): OIT, Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects, Ginebra, 2016, págs. 1-396, disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_534326.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534326.pdf).

que repercuten en la utilización del empleo atípico incluyen los cambios en la estructura de las economías con el paso de la agricultura y la industria a los servicios, el aumento de la presión generada por la globalización, los avances tecnológicos y los consiguientes cambios en las estrategias organizativas de las empresas”; y, de otro, que “las nuevas tecnologías también han dado lugar a la creación de nuevas formas de trabajo como el trabajo a través de plataformas de Internet, o el trabajo a pedido mediante aplicaciones por celular”.

En las siguientes páginas del presente trabajo estudiamos con un mayor detalle las principales implicaciones de las nuevas tecnologías sobre el tiempo de trabajo, el empleo atípico y las nuevas formas de trabajo, deteniéndonos en el análisis de aquellos aspectos que ocupan un lugar destacado en las preocupaciones cotidianas.

### 3.1. Implicaciones en términos del tiempo de trabajo<sup>27</sup>

La cuestión referida al tiempo de trabajo<sup>28</sup> ha ocupado un lugar prioritario en la agenda de la propia OIT desde su creación, cuando adoptó en el año 1919 la primera de muchas normas internacionales en materia de trabajo, concretamente el Convenio núm. 1 sobre las horas de trabajo (industria), que se refería a las horas de trabajo y establecía el objetivo de una jornada laboral de ocho horas y una semana laboral de cuarenta y ocho horas. Posteriormente, esta misma cuestión ha sido objeto de tratamiento en otros muchos convenios<sup>29</sup>, informes generales<sup>30</sup> y recomendaciones<sup>31</sup>.

27 Este epígrafe sobre el tiempo de trabajo parte de un pequeño apartado incluido en el siguiente trabajo: Gómez Salado, M.A., «La cuarta revolución industrial: ¿una gran oportunidad o un verdadero desafío para el pleno empleo y el trabajo decente?», Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo, vol. 7, núm. 4, 2019.

28 Como se pone de manifiesto en la web de la OIT (tema “Tiempo de trabajo y organización del trabajo”), algunos de los principales retos en este ámbito continúan siendo los que han sido importantes desde los albores de la era industrial: el exceso de horas de trabajo y la necesidad de proteger la salud y la seguridad de los trabajadores, limitando las horas de trabajo y fijando períodos adecuados de descanso y recuperación, incluidos el descanso semanal y las vacaciones anuales pagadas, que están consagrados en las normas internacionales del trabajo. No obstante, en los últimos años, una serie de factores han dado lugar a nuevas tendencias y evoluciones tanto en el tiempo de trabajo como en la organización del trabajo. Vid. OIT, tema “Tiempo de trabajo y organización del trabajo”, disponible en: [https://www.ilo.org/global/topics/working-time/WCMS\\_617182/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/working-time/WCMS_617182/lang-es/index.htm).

29 Vid. v.gr. Convenio sobre el descanso semanal (industria), 1921 (núm. 14); Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30); Convenio sobre las horas de trabajo (minas de carbón), 1931 (núm. 31); Convenio (revisado) sobre las horas de trabajo (minas de carbón), 1935 (núm. 46); Convenio sobre las cuarenta horas, 1935 (núm. 47); Convenio sobre la reducción de las horas de trabajo (fábricas de botellas), 1935 (núm. 49); Convenio sobre la reducción de las horas de trabajo (obras públicas), 1936 (núm. 51); Convenio sobre la reducción de las horas de trabajo (industria textil), 1937 (núm. 61); Convenio sobre estadísticas de salarios y horas de trabajo, 1938 (núm. 63); Convenio sobre las horas de trabajo y el descanso (transporte por carretera), 1939 (núm. 67); Convenio sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación (revisado), 1949 (núm. 93); Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957 (núm. 106); Convenio sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación (revisado), 1958 (núm. 109); Convenio sobre las vacaciones pagadas (revisado), 1970 (núm. 132); Convenio sobre el trabajo nocturno, 1990 (núm. 171); y Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994 (núm. 175).

30 Vid. v.gr. Informe titulado “El tiempo de trabajo en el siglo XXI” (2011).

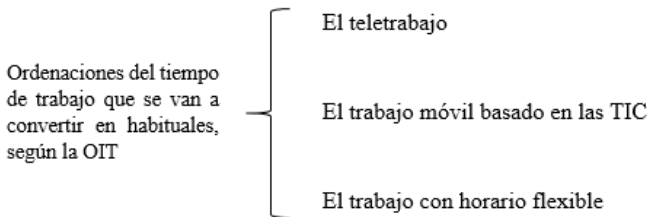
31 Vid. v.gr. Recomendación sobre las horas de trabajo (pesca), 1920 (núm. 7); Recomendación



Algunos de los informes más recientes de la OIT que tratan este tema, como el informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, publicado en 2019 y titulado “Trabajar para un futuro más prometedor”<sup>32</sup>, señalan que es necesario ampliar la soberanía sobre el tiempo. En esta misma línea, se dispone claramente que los trabajadores necesitan una mayor autonomía sobre su tiempo de trabajo, sin dejar de satisfacer las necesidades del empresario. Aprovechar la tecnología para ampliar las oportunidades y conciliar la vida laboral con la vida personal puede ayudarles a lograr este objetivo y encarar las presiones que se derivan de la difuminación de la línea divisoria entre el tiempo de trabajo y el tiempo privado. Al respecto, se indica también que será preciso perseverar en los esfuerzos dirigidos a aplicar límites máximos al tiempo de trabajo además de medidas para mejorar la productividad, así como un mínimo de horas de trabajo garantizadas que genere opciones reales de flexibilidad y control sobre los horarios de trabajo.

Otros estudios recientes de la OIT que abordan el tema del tiempo de trabajo, como el informe publicado en 2019 sobre “seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo: Aprovechar 100 años de experiencia”<sup>33</sup>, señalan que, con los nuevos avances tecnológicos – propios de la cuarta revolución industrial –, se va a demandar en el futuro próximo una mayor flexibilidad laboral y, en este sentido, se van a convertir en habituales las ordenaciones del tiempo de trabajo como el teletrabajo, el trabajo móvil basado en las TIC y el trabajo con horario flexible<sup>34</sup>. Todo ello va a conllevar, como veremos a continuación, diferentes ventajas e inconvenientes tanto para los empresarios como para los trabajadores.

**Gráfico 1: Ordenaciones del tiempo de trabajo que se van a convertir en habituales \***



\* Fuente: Gráfico de elaboración propia.

sobre las horas de trabajo (navegación interior), 1920 (núm. 8); Recomendación sobre las horas de trabajo (hoteles, etc.), 1930 (núm. 37); Recomendación sobre las horas de trabajo (teatros, etc.), 1930 (núm. 38); Recomendación sobre las horas de trabajo (hospitales, etc.), 1930 (núm. 39); Recomendación sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación, 1936 (núm. 49); Recomendación sobre los métodos para reglamentar las horas de trabajo (transporte por carretera), 1939 (núm. 65); Recomendación sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación, 1958 (núm. 109); y Recomendación sobre los salarios, las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques, 1996 (núm. 187).

32 OIT, Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo “Trabajar para un futuro más prometedor”, Ginebra, 2019, pág. 13.

33 OIT, Informe “Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo: Aprovechar 100 años de experiencia”, Ginebra, 2019, pág. 53.

34 Sobre el particular, resulta recomendable el trabajo de Gorelli Hernández, J., El tiempo flexible, Tecnos, Madrid, 2018.



Examinando las múltiples ventajas, podemos señalar, por un lado, que los empresarios podrían requerir en un futuro próximo (y tecnológico) una fuerza de trabajo mucho más flexible en todos los sentidos –pero especialmente en relación a los tiempos de trabajo–, puesto que ello les permitiría mejorar considerablemente la motivación de los empleados, alcanzar mayores niveles de productividad y eficiencia, y, asimismo, reducir al máximo el coste de los espacios físicos de trabajo<sup>35</sup>. Y es que, contrariamente a lo que se creía hace algún tiempo, la flexibilidad que permiten los medios digitales “no está reñida con ser menos productivo, al contrario, la posibilidad de ajustar horarios y de ejercer múltiples roles laborales acaba redundando en una mejora de las tasas de productividad de las empresas”<sup>36</sup>.

Por otra parte, parece oportuno señalar que la mayor flexibilización en el trabajo y la generalización de ciertas ordenaciones del tiempo de trabajo (como el teletrabajo, el trabajo móvil basado en las TIC y el trabajo con horario flexible), como consecuencia de los avances tecnológicos asociados a la cuarta revolución industrial, podrían ofrecer también grandes ventajas para una buena parte de los trabajadores, puesto que permitirían una mayor autonomía en la organización del tiempo de trabajo, la posibilidad de trabajar en cualquier espacio o lugar (por ejemplo, desde el propio domicilio del empleado o desde un país extranjero), el ahorro del tiempo de desplazamiento entre el domicilio y el lugar de trabajo y, además, el fomento de la conciliación de la vida laboral, personal y familiar<sup>37</sup> (en un reciente estudio se concluye que las políticas de conciliación inciden de forma positiva en la productividad de los diferentes empleados; en concreto, aumentan un 87% la productividad del sector femenino y un 78% la del sector masculino<sup>38</sup>).

Y lo mismo se podría decir respecto de aquellos empleados, que de otra manera no podrían realizar su trabajo, como los trabajadores de mayor edad o algunos trabajadores con discapacidad (v.gr. trabajadores con movilidad reducida), ya que con la flexibilidad en el trabajo y la utilización cada vez mayor de las ordenaciones flexibles del tiempo de trabajo –favorecidas con el auge de las nuevas tecnologías– podrían seguir siendo económicamente activos; y, también, respecto de los jóvenes trabajadores de la conocida generación millennial, puesto que estarán familiarizados –generalmente– con los nuevos avances tecnológi-

---

35 Vid. el trabajo de Moreno Díaz, J.M., “La negociación colectiva como medio fundamental de reconocimiento y defensa de las nuevas realidades derivadas de la industria 4.0”, *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, vol. 6, núm. 1, 2018, pág. 224.

36 UGT, *Efectos e implicaciones de la transformación digital a nivel legal, laboral y social*, UGT, Valladolid, 2018, pág. 11.

37 En este sentido, vid. el informe conjunto de la OIT y Eurofound, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, OIT y Eurofound, Luxemburgo, 2017; así como los trabajos de Mendizábal Bermúdez, G. y López Pérez, E., “¿Nuevo modelo de seguridad social en el contexto de la industria 4.0?”, *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, vol. 6, núm. 1, 2018, págs. 223-224; Rodríguez Fernández, M.L. y Pérez del Prado, D., *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo*, Fundación para el Diálogo Social, Madrid, 2017, págs. 22-23; y UGT, *Efectos e implicaciones de la transformación digital...*, op. cit., pág. 11.

38 Deloitte, *Barómetro de Empresas 47 (Valoración del segundo semestre de 2015 y previsiones para el primer semestre de 2016)*, 2016, pág. 9. Sobre las ordenaciones del tiempo de trabajo en el siglo XXI, vid. el siguiente trabajo: Perán Quesada, S. (Dir. y Coord.), *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI: Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Comares, Granada, 2014, págs. 1-183.

cos, podrán encontrar estimulante y provechoso el establecimiento de su horario y lugar de trabajo de forma libre, y, de igual manera, podrán pensar que el empresario confía absolutamente en su profesionalidad al permitirles desempeñar las funciones encomendadas e cualquier lugar del planeta y sin necesidad de comprobar directamente el cumplimiento de su prestación de trabajo.

Tal y como se ha señalado recientemente, las nuevas tecnologías pueden fomentar el aumento de la productividad del trabajo humano, ya que permiten, entre otras muchas cosas, mayor rapidez y ahorro de tiempo de trabajo; posibilidades de comunicación –tanto sincrónica (intercambio de información por Internet en tiempo real) como asincrónica (aquella comunicación que se establece entre personas de manera diferida en el tiempo, es decir, cuando no existe coincidencia temporal)–; abaratamiento de las comunicaciones; deslocalización de las prestaciones de servicios y reducción de los costes de los espacios físicos de trabajo (al menos para el empresario); mayores posibilidades de cobertura del mercado en el que opera la empresa u organización; acceso a una información ingente a mediante Internet, network, intranets, etc.; el acceso momentáneo a la información “en la nube”; la conectividad en cualquier momento y lugar del mundo (por ende, permiten la propia “virtualización” de las relaciones laborales); la supresión del desplazamiento físico de los empleados (con el consiguiente ahorro en costes de transporte y evitación de los riesgos que se derivan de los propios desplazamientos); aumento de las posibilidades de inserción laboral de los empleados con movilidad reducida; permiten aprovechar los tiempos muertos en el trabajo –como son los tiempos de viaje o de espera–; favorecen el llamado teletrabajo y el teletrabajo móvil (incluso “nómada”), que se caracterizan por su desempeño fuera de los tradicionales centros de trabajo; abren posibilidades para el multitasking (la realización de tareas múltiples al mismo tiempo); pueden contribuir de manera considerable a la flexibilización de los tiempos de trabajo por lo que, al menos en teoría, podrían servir para mejorar la conciliación de la vida laboral y la personal/familiar, por su potencial para fomentar la autogestión del tiempo de trabajo<sup>39</sup>.

Sin embargo, las ventajas anteriores pueden ser superadas por los inconvenientes y por el surgimiento de nuevos desafíos y problemas para una buena parte de los trabajadores –tanto para los trabajadores a distancia como para los presenciales–, como el aumento de las horas trabajadas al margen de la jornada laboral<sup>40</sup>. A este respecto, algún autor ha

39 Fernández Avilés, J.A., “NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora”, *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, núm. 2, 2017, págs. 72-73.

40 En el informe de la OIT publicado en 2019 sobre “seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo: Aprovechar 100 años de experiencia” se especifica que, en la actualidad, aproximadamente un tercio de la fuerza de trabajo mundial (concretamente, un 36,1 por ciento) trabaja un número excesivo de horas, entendiéndose por horas excesivas de trabajo las que superan de manera habitual las 48 horas por semana.

Las horas excesivas de trabajo están relacionadas con los efectos crónicos de la fatiga, que pueden provocar problemas de salud como enfermedades cardiovasculares y trastornos gastrointestinales, así como estados de salud mental más delicados, incluidos los niveles más altos de ansiedad, depresión y trastornos del sueño.

Aunque existen otros factores (como la autonomía, la presión para trabajar horas extraordinarias y los salarios bajos) que inciden en los factores de riesgo, por lo general, la reducción de las horas de

señalado acertadamente que la transformación tecnológica es uno de los factores que más está favoreciendo el incremento de las horas de trabajo fuera de la jornada laboral, lo que incide directamente en la seguridad y salud de los empleados que manejan en su trabajo las nuevas tecnologías de información y comunicación, dando lugar a una serie de riesgos que repercuten en la salud física y psicológica de los trabajadores<sup>41</sup>.

De este modo, podremos encontrar un sinfín de riesgos muy estrechamente ligados a la propia organización del tiempo de trabajo como son la tecnofobia, la tecnoadicción, la tecnofatiga, la tecnoansiedad o el tecnoestrés o, inclusive, si el problema se vuelve crónico, el síndrome de burnout o la adicción al trabajo<sup>42</sup>. Al margen de lo anterior, van a concurrir también riesgos de tipo físico, más o menos tradicionales, como los trastornos musculoesqueléticos, lesiones oculares y riesgos vinculados al excesivo sedentarismo o nuevos riesgos emergentes, como los inciertos ligados a las ondas electromagnéticas u otros componentes propios de los dispositivos que se utilizan<sup>43</sup>.

Tabla 2: Riesgos estrechamente ligados a la propia organización del tiempo de trabajo *	
Tecnofobia	Trastorno que se caracteriza en base a tres dimensiones: 1) la resistencia a hablar sobre tecnología o incluso pensar sobre ella; 2) el miedo o la ansiedad hacia la tecnología; y 3) pensamientos hostiles y agresivos hacia la tecnología.
Tecnoadicción	Es el tecnoestrés específico debido a la incontrolable compulsión a utilizar las tecnologías de la información y de la comunicación en todo momento y en cualquier lugar, y durante largos períodos de tiempo. Las personas tecnoadictas quieren estar al día de los últimos avances tecnológicos y acaban dependiendo de la tecnología, siendo el eje sobre el cual se estructuran sus vidas.

trabajo excesivas puede contribuir a alcanzar mejores resultados en materia de seguridad y salud en el trabajo. El informe de 2019 de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT pone de manifiesto que “el establecimiento de límites a jornadas de trabajo excesivamente largas reducirá los accidentes del trabajo y los riesgos psicosociales asociados a dichas jornadas”.

41 De la Casa Quesada, S., “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital”, Revista de trabajo y seguridad social (CEF), núm. extraordin., 2019, pág. 121.

42 De la Casa Quesada, S., “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada...”, op. cit., págs. 120-121. Al respecto, señala, además, la autora que la implantación de las nuevas tecnologías en el trabajo favorece la mayor dedicación laboral que necesita el adicto al trabajo, debido a la facilidad para mantener el vínculo virtual con el entorno laboral, en todo tiempo y lugar. En este sentido, vid. también el trabajo de Molina Navarrete, C. y Vallecillo Gámez, M.R., Adicciones conductuales (“sin sustancia”) “en” el trabajo y “al” trabajo: magnitud del problema social y políticas de gestión preventiva en la empresa, Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC, Madrid, 2018, disponible en: [http://www.ugt.es/sites/default/files/estudio\\_adicciones\\_conductuales.pdf](http://www.ugt.es/sites/default/files/estudio_adicciones_conductuales.pdf).

43 De la Casa Quesada, S., “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada...”, op. cit., pág. 121.

Tecnofatiga	Viene caracterizada por sentimientos de cansancio y de agotamiento mental y cognitivo debidos a la utilización de tecnologías, complementados también con actitudes escépticas y creencias de ineficacia con el uso de tecnologías de la información y de la comunicación. Su síntoma más característico es la falta de competencia para estructurar y asimilar la nueva información derivada del uso de Internet, con la consiguiente aparición del cansancio mental.
Tecnoansiedad	Es el tipo de tecnoestrés más conocido, en donde el trabajador experimenta altos niveles de activación fisiológica no placentera, y siente tensión y malestar por el uso presente o futuro de algún tipo de tecnología de la información y de la comunicación. La misma ansiedad lleva a tener actitudes escépticas en relación al uso de tecnologías, a la vez que pensamientos negativos acerca de la propia capacidad y competencia con las tecnologías de la información y de la comunicación.
Tecnoestrés	Es el resultado de un proceso perceptivo de desajuste entre demandas y recursos disponibles, y se caracteriza por dos dimensiones centrales: 1) síntomas afectivos o ansiedad relacionada con el alto nivel de activación psicofisiológica del organismo; y 2) el desarrollo de actitudes negativas hacia las tecnologías de la información y de la comunicación. Sin embargo, este concepto está limitado al tipo más conocido de tecnoestrés: la tecnoansiedad. Puesto que el tecnoestrés, como el estrés en general, es un término “cajón-de-sastre” que engloba distintos tipos específicos de tecnoestrés, tales como, tecnoansiedad, tecnofatiga y tecnoadicción.
Síndrome de burnout	Es el conocido como síndrome del quemado o síndrome de quemarse por el trabajo. Afecta de manera muy negativa a la salud psicológica y física de los trabajadores, y a la eficacia de las entidades para las que trabajan.
Adicción al trabajo	Riesgo caracterizado por una necesidad incontrolable y excesiva de trabajar de manera constante. Este tipo de comportamiento puede afectar gravemente a la salud física y emocional del trabajador, así como a sus relaciones con las demás personas.
Trastornos musculoesqueléticos	Riesgos de tipo físico que afectan normalmente a la espalda, cuello, hombros y extremidades superiores, aunque también pueden afectar a las extremidades inferiores. Comprenden cualquier daño o trastorno de las articulaciones y otros tejidos. En los casos más crónicos, pueden dar como resultado una discapacidad y la necesidad de dejar de trabajar.

Lesiones oculares	Riesgos de tipo físico que pueden ser lo suficientemente graves como para dañar la visión de los trabajadores y que se multiplican con el uso abusivo de las nuevas tecnologías.
Riesgos vinculados al excesivo sedentarismo	Riesgos de tipo físico vinculados con la inactividad física (obesidad, enfermedades del corazón, determinados tipos de cáncer...).
Nuevos riesgos emergentes	Nuevos riesgos que están surgiendo como, por ejemplo, los inciertos relacionados con las ondas electromagnéticas u otros componentes propios de los dispositivos que se utilizan.
* Fuente: Tabla de elaboración propia <sup>44</sup> .	

Respecto a lo anterior, se puede señalar que los avances tecnológicos y las nuevas (y cada vez más habituales) ordenaciones del tiempo de trabajo pueden conseguir que se destruya, o que casi se elimine, la barrera que separa la vida personal y la vida profesional de los trabajadores, de tal manera que se elimine la rígida frontera entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso<sup>45</sup>, lo que podría acabar conduciendo a “una situación en la que el trabajo (...) lo invada todo y el trabajador ya no disponga de un tiempo de descanso genuino y propio”<sup>46</sup> para el ocio y para otras actividades. Y es que, en este sentido, es muy probable que las nuevas tecnologías puedan conducir a los trabajadores, especialmente a los que trabajan a distancia, a una situación complicada y frustrante, tanto por la mayor disponibilidad de los empleados mediante el uso de los medios que ofrecen las nuevas tecnologías (por ejemplo, mediante el uso de las llamadas telefónicas y de los correos electrónicos, que a veces se reciben incluso fuera del horario laboral o en el fin de semana), como por el hecho de que serán los propios empleados los que gestionan y organizan su tiempo de trabajo.

Sin duda alguna, la situación anterior podría repercutir en una falta de desconexión total de las obligaciones laborales durante los tiempos de la vida personal y de descanso<sup>47</sup>, que tendría consecuencias muy negativas para los propios trabajadores como el estrés, los episodios de ansiedad, los trastornos del sueño, un mayor tiempo de teletrabajo, etc. En este sentido, resulta oportuno mencionar que las nuevas ordenaciones del trabajo como el teletrabajo, según la OIT, “provoca(n) con frecuencia niveles más altos de intensidad

44 A partir de las recomendaciones contenidas en la Nota Técnica (NTP) núm. 730, disponible en: [https://www.insst.es/documents/94886/327446/ntp\\_730.pdf/55c1d085-13e9-4a24-9fae-349d98decb8a](https://www.insst.es/documents/94886/327446/ntp_730.pdf/55c1d085-13e9-4a24-9fae-349d98decb8a); y de la información contenida en la web de la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el trabajo, <https://osha.europa.eu/es>.

45 Aguilera Izquierdo, R. y Cristóbal Roncero, R., “Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica”, en AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, vol. II, 2017, pág. 334.

46 Mella Méndez, L., “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores”, *Trabajo y Derecho* (nueva revista de actualidad y relaciones laborales), núm. 16, 2016, págs. 30-52.

47 Así lo creen también Rodríguez Fernández, M.L. y Pérez del Prado, D., *Economía digital...*, op. cit., pág. 22.

laboral y más probabilidades de conflicto entre trabajo y familia. También puede(n) afectar al bienestar de los trabajadores o aumentar sus niveles de estrés. De hecho, el 41% de los trabajadores con trabajo móvil basado en las TIC registran altos niveles de estrés, frente al 25% de los trabajadores que desempeñan sus tareas en las instalaciones del empleador. Esto reviste especial importancia cuando los trabajadores tienen que trabajar desde casa más horas de las que les corresponden. El teletrabajo y el trabajo móvil basado en las TIC también se asocian a los trastornos del sueño que, a su vez, se relacionan con los niveles de estrés<sup>48</sup>.

Finalmente, y también en relación al tiempo de trabajo, es necesario recordar que los avances tecnológicos van a reducir en determinadas ocupaciones la necesidad de mano de obra humana (es lo que se conoce como efecto sustitución<sup>49</sup>), y por tanto, de horas de trabajo humano.

De esta manera, si existe una menor necesidad de trabajadores —y, en su caso, de tiempo de trabajo humano—, las empresas podrán tomar medidas organizativas por probadas razones técnicas. En este sentido, los empresarios podrán acudir a los despidos (básicamente, al despido colectivo del art. 51 del ET y al despido por causas técnicas o tecnológicas<sup>50</sup>

48 OIT, Informe “Seguridad y salud en el centro...”, op. cit., pág. 53.

49 En los últimos años se está extendiendo la idea de que una de las consecuencias más negativas de los avances tecnológicos impulsados por la cuarta revolución industrial podría ser una importante sustitución de la mano de obra del ser humano (es lo que se conoce como efecto “sustitución”); esto es, una importante e imparable sustitución del trabajo humano por máquinas inteligentes que, a su vez, podría conllevar a la aparición de un volumen de desempleo tecnológico masivo y a un aumento inmenso de la pobreza.

50 Cabe destacar que el empleador puede hacer uso del despido por causas técnicas (art. 52 c) del ET) “cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción” de la empresa, siempre que estos cambios incidan de manera directa en el puesto de trabajo que se intenta amortizar. Según lo anterior, se podría despedir por causas técnicas o tecnológicas en numerosos contextos, por ejemplo, en los casos de informatización, automatización o robotización de ciertas ocupaciones cuyos principales cometidos, o la totalidad de ellos, pasen a ser desarrollados por máquinas. En estos supuestos, “para que el despido pueda ser declarado procedente, la empresa deberá acreditar que estas innovaciones están justificadas y son razonables por conllevar mejoras en la producción, tales como la reducción de los tiempos de trabajo o el aumento de los niveles de producción. Y en segundo lugar, que los cambios tecnológicos operados en el puesto de trabajo, y esto es lo importante, deberán conllevar la supresión de todas o la mayor parte de sus funciones, de tal manera que el puesto quede vacío de contenido o con un contenido tan mínimo que quepa ser asumido por otros empleados” (Rojas, R., “El despido tecnológico ante la automatización del mercado laboral”, Revista Byte TI, 2017 (online)). En base a lo anterior, se puede decir que los tribunales españoles vienen considerando que el despido debe ser declarado procedente, por ejemplo, ante la instalación de un sistema de centralita electrónica que contesta automáticamente las llamadas y las dirige a los departamentos (STSJ de Castilla y León, Burgos, de 26 de febrero de 2009; AS 2009\1498); el establecimiento de un sistema automatizado y electrónico en instalaciones productivas (STSJ de Castilla y León, Burgos, de 4 de noviembre de 2009; JUR 2009\496756); la instalación de nuevo sistema de control electrónico de acceso de vehículos, que sustituye la vigilancia personal (STSJ de Galicia de 3 de noviembre de 2010; AS 2010\2627); la introducción de un nuevo sistema informatizado y automatizado en una empresa de seguridad, que justifica la supresión de un puesto de trabajo como jefe

del art. 52 c) del ET) y, de igual forma, podrán optar por fórmulas de mantenimiento de los contratos de trabajo acompañadas de ajustes en materia de jornada y funciones de los empleados (vid. arts. 12.4 c), 39, 41 y 47 del ET). Así, como se ha señalado, es muy probable que la revolución digital y robótica promueva en las empresas “las decisiones dirigidas a la adaptación y minoración del tiempo de trabajo por la liberación de tareas que la nueva tecnología comporta (v.gr. reducciones de jornada, o conversiones pactadas y nuevas contrataciones a tiempo parcial)”<sup>51</sup>.

Ahora bien, no se puede olvidar que las empresas también podrán acordar la polivalencia funcional<sup>52</sup> (vid. art. 22 del ET), también conocida como la realización por el trabajador de tareas o funciones propias de dos o más grupos profesionales –en otras palabras, la realización de funciones diferentes hasta agotar la jornada laboral–.

### **3.2. Implicaciones en términos de las nuevas formas de trabajo y del empleo atípico**<sup>53</sup>

El rápido y extraordinario proceso de transformaciones tecnológicas de largo alcance en el que se encuentran inmersas las sociedades y las economías de nuestro tiempo contribuye, entre otras implicaciones, a que surjan nuevas formas de empleo emergentes muy distintas a las ya tradicionales (como el *crowdworking*, el *crowdsourcing*, el *crowdfunding*, el *digital nomad work*, el *work on demand*, la economía de plataformas, etc), que ofrecen nuevas oportunidades y, al mismo tiempo, plantean importantes retos y riesgos en relación con la calidad del empleo y la pobreza.

La expansión de las nuevas formas de empleo también ha sido subrayada de manera especial en la 20ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo de la OIT (CIE-T)<sup>54</sup>, que tuvo lugar en Ginebra del 10 al 19 de octubre del año 2018, cuando se expuso que se está favoreciendo el surgimiento de nuevas formas de trabajo, incluidas las plataformas en línea, el trabajo a pedido y el trabajo colaborativo. Lo mismo se puede observar en algunas publicaciones recientes de la OIT, como en la denominada “Nuestra historia, tu historia”<sup>55</sup>, donde se señala expresamente que “la innovación tecnológica y la transformación de la estructura de trabajo tradicional están dando lugar a nuevas formas de trabajo”.

Con respecto a lo anterior, ha señalado algún autor que “en la empresa, los modelos organizativos y las formas de trabajo son hoy diferentes. La economía colaborativa aumen-

---

de servicio (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 17 de julio de 2017; AS 2017\1845).

51 García Rubio, M.A., “El empleo y la relación laboral en el nuevo horizonte tecnológico: una visión transversal sobre los efectos de la digitalización”, *Teoría & Derecho*, núm. 23, 2018, pág. 62.

52 Goerlich Peset, J.M., “¿Repensar el Derecho del Trabajo? Cambios tecnológicos y empleo”, *Gaceta sindical (reflexión y debate)*, núm. 27, 2016, pág. 181.

53 Este epígrafe sobre nuevas formas de trabajo y empleo atípico parte de un pequeño apartado incluido en el siguiente trabajo: Gómez Salado, M.Á., «La cuarta revolución industrial...», op. cit.

54 OIT, Conferencia histórica de la OIT establece normas para medir las nuevas formas de trabajo invisibles, web de la OIT, 2018, disponible en: [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_647542/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_647542/lang-es/index.htm).

55 OIT, Nuestra historia, tú historia, 2019, <https://www.ilo.org/100/es/story/conditions/>.



ta la subcontratación y el outsourcing e implica gestionar los contratos y las condiciones de empleo, así como la organización interna desde una perspectiva diferente que lleva consigo incluso abordar el enfoque transnacional. Las plataformas (intermediarios digitalizados) se convierten en nuevos gestores de la producción y los recursos humanos, los cambios en los equipos de trabajo, la combinación de diferentes relaciones de empleo y contratos, y la forma misma de prestación (a distancia y con horarios absolutamente flexibles) hacen muy distinto el panorama legislativo necesario y aplicable<sup>56</sup>.

En relación al primero de los términos empleados anteriormente, el *crowdworking*, se puede señalar que es una nueva forma de trabajo que se origina, en un contexto de crisis del empleo, con carácter alternativo a las tradicionales ya consolidadas y que se basa, esencialmente, en la creación de espacios colaborativos, innovadores, participativos y de encuentro para profesionales muy diversos (autónomos, teletrabajadores, empresarios, etc) que están interesados en llevar a cabo ideas y proyectos emprendedores de gran potencial, rentables económicamente y con capacidad para competir en un mercado global. Las personas que se emplean como *crowdworkers* suelen ser jóvenes que muestran un claro interés por el mundo de las nuevas tecnologías y que se sienten especialmente cómodos colaborando y manteniendo encuentros con otros profesionales.

Hay quien viene entendiendo que “el *crowdworking*, como relación laboral, se asienta en el emprendimiento concebido como trabajo por cuenta propia”, y que, por ello, a los “*crowdworkers* les serán de aplicación todas las previsiones jurídico-legales existentes vigentes respecto al trabajo autónomo y al emprendimiento, pudiéndose beneficiar del elevado grado de tratamiento en forma de impulso jurídico y político a éste último en la coyuntura global actual pese a sus perfiles cada vez más difuminados. Necesariamente, ha de imperar este planteamiento, por más que se venga concibiendo a esta nueva relación laboral como un emprendimiento con éxito. Por encima de todo ello, el *crowdworker* es un emprendedor<sup>57</sup>. A pesar de que todavía hay que esperar para ver el grado de desarrollo e implantación efectiva que pueda llegar a alcanzar este *crowdworking*, “es posible plantear, desde la técnica jurídica, su inclusión dentro de las relaciones laborales especiales de trabajo. Tratar jurídicamente y considerar al *crowdworking* como una relación laboral especial, con todas las particularidades que ello conlleva respecto a las instituciones centrales del Derecho del Trabajo, tanto en lo relativo al acceso al empleo como en su salida y/o en las propias condiciones de ocupación, sin obviar adicionalmente su conexión con el sistema de Seguridad Social<sup>58</sup>”.

El segundo de los términos utilizados, el *crowdsourcing* (también conocido como externalización masiva de tareas), tiene su origen en dos palabras inglesas (*crowd*, masa o multitud; y *sourcing*, abastecimiento) y se utiliza para hacer referencia a una externalización de ciertas tareas o labores, que se ceden, mediante una convocatoria abierta y flexible,

56 Vega Ruiz, M.L., “El futuro del trabajo: ¿revolución industrial y tecnológica o crisis del estado social?”, *Iuslabor*, núm. 1, 2017, pág. 5.

57 Triguero Martínez, L.Á., “La influencia del entorno *crowd* sobre las relaciones de trabajo y sus protagonistas: *crowdworking* y *crowdworkers*”, *Labour & Law Issues*, vol.2, núm. 2, 2016, pág. 98.

58 Triguero Martínez, L.Á., “La influencia del entorno *crowd* sobre las relaciones de trabajo y sus...”, *op. cit.*, pág. 105.



a grupos o comunidades con un número elevado de profesionales que prestan sus servicios y conocimientos, pero que, sin embargo, no integran la plantilla estable de la empresa o empresas que proveen los servicios. Igualmente, se puede definir este término como “una actividad participativa online en la que un individuo, institución, organización sin ánimo de lucro, o empresa propone a un grupo de individuos de conocimiento, heterogeneidad y número variable, la realización voluntaria de una tarea a través de una convocatoria abierta flexible. La realización de esta tarea, de complejidad y modularidad variable, y en la que la multitud debe participar aportando su trabajo, dinero, conocimiento y/o experiencia, siempre implica un beneficio mutuo”<sup>59</sup>.

El tercer concepto señalado previamente, el crowdfunding (que también equivale a financiación de masas o micromecenazgo), se corresponde precisamente con un mecanismo de financiación colaborativo y colectivo, en el que promotores de proyectos, a través de una convocatoria abierta y pública, demandan y reciben ciertos fondos (dinero u otros recursos) de particulares independientes. De este modo, la participación colectiva se traduce aquí en la puesta en común de recursos de financiación para apoyar proyectos emprendedores llevados a cabo por terceros<sup>60</sup>. Es lo que se conoce como una financiación colectiva participativa en la que los particulares de manera voluntaria, a través de una aportación, financian medianas o pequeñas actividades empresariales que tienen mayor impacto en la mejora de su entorno, o participan en proyectos de carácter cultural o social que consideran buenas iniciativas, en la medida en que mejoran y transforman la sociedad<sup>61</sup>.

El cuarto término, que se refiere al conocido como digital nomad work, surge en un entorno laboral plagado de nuevos dispositivos, aplicaciones y nuevas tecnologías<sup>62</sup>. Las personas que se emplean como nómadas digitales o e-nomads suelen ser trabajadores que no tienen un territorio fijo o estable para realizar su trabajo, que utilizan todos los recursos tecnológicos de que disponen y que siempre se encuentran disponibles; son propiamente conocidos como “nómadas electrónicos o tecnológicos del siglo XXI”<sup>63</sup>.

Por su parte, el work on demand (también conocido como trabajo bajo demanda), es un concepto que hace referencia a los empleos basados en actividades o servicios (v.gr. limpieza, transporte, entrega de productos y servicios a domicilio) que pueden ser ofertados y demandados mediante aplicaciones móviles (en este caso, se podría hablar de trabajo bajo demanda vía app), entre otros medios, que precisamente se encargan de acercar la demanda existente al bien o servicio concreto<sup>64</sup>.

---

59 Estellés Arolas, E., “Towards an integrated crowdsourcing definition”, *Journal of Information Science*, 2012, pág. 9.

60 Camacho Clavijo, S., “El crowdfunding: Régimen jurídico de la financiación participativa en la ley 5/2015 de fomento de la financiación empresarial”, *Revista CESCO*, núm. 17, 2016, pág. 87.

61 Camacho Clavijo, S., “El crowdfunding: Régimen jurídico de la...”, *op. cit.*, págs. 87-88.

62 Bigas Formatjé, N., “Los e-nomads: una nueva especie de trabajador”, *Universitat Oberta de Catalunya News*, 2016, disponible en: <https://www.uoc.edu/portal/es/news/actualitat/2016/036-e-nomads.html>.

63 Así lo afirma la profesora Dalmau. Vid. al respecto, el trabajo de Bigas Formatjé, N., “Los e-nomads: una nueva especie de trabajador”, *Universitat Oberta de Catalunya News*, 2016, disponible en: <https://www.uoc.edu/portal/es/news/actualitat/2016/036-e-nomads.html>.

64 Al respecto, vid. Rodríguez González, S., “Externalización y fraude: el trabajo a demanda vía

En relación al sexto término, hay quien ha señalado que la economía colaborativa se trata de un concepto erróneo, ya que no refleja otra cosa que la extensión de un mecanismo de mercado que impacta en las relaciones laborales<sup>65</sup>. Por ello, se ha propuesto en su lugar el concepto de “economía de plataformas”<sup>66</sup>, entendido como “el uso de plataformas en línea, que disminuyen los costos de transacción de la subcontratación laboral y el acceso temporal a bienes y servicios”. Desde la perspectiva de la OIT, se puede decir que la economía de plataformas es una nueva manera de entender el trabajo que “engloba una gran variedad de actividades económicas y sociales que son facilitadas por plataformas digitales que intermedian entre los agentes. Uno de los principales aportes que ofrecen es su enorme potencial para reducir costos de coordinación y transacción, a la vez que reducen la asimetría informativa entre los distintos individuos involucrados en dicha transacción. El uso de estas herramientas facilita cambios en la organización de las cadenas de valor, en los modelos de gestión de las organizaciones y, en consecuencia, en la organización del trabajo, virando hacia esquemas que se denominan de “plataformización” de las empresas y consecuentemente del trabajo”<sup>67</sup>. En esta línea, se indica igualmente que “la economía de plataformas se presenta bajo múltiples variantes”, pero “en todos los casos, se trata de modelos de intermediación a través de plataformas digitales que no brindan el servicio subyacente, sino que se limitan a garantizar las condiciones o el escenario adecuado para que interactúen oferta y demanda”<sup>68</sup>.

Evidentemente, todas estas nuevas formas de empleo (además de otras muchas que no se mencionan en el presente trabajo<sup>69</sup>), generadas en el marco de la revolución industrial 4.0 y de las nuevas dinámicas empresariales que la caracterizan, ponen en cuestión la propia relación de trabajo subordinado, así como los derechos laborales y de protección social relacionados con la misma. Y es que, pese a que el proceso de deslaborización de las relaciones o de huida del Derecho del Trabajo (hacia formas más difusas o complejas) no es algo completamente nuevo, la velocidad cada vez mayor de las transformaciones tecnológicas y el rápido crecimiento y desarrollo de algunas de estas nuevas formas de trabajo elevan la inquietud sobre esta cuestión.

---

apps”, comunicación presentada a las VII Jornadas laborales de la Asociación Canaria de Laboralista, Premio D. Manuel Alarcón 2017, pág. 3, disponible en <http://www.iuslaboralistas.com>. Vid. también, Eurofound, *Work on demand: Recurrence, effects and challenges*, Eurofound, Luxemburgo, 2018.

65 Así lo explica Martínez F Cué, D., “Sobre el incierto futuro del trabajo y del rol de los actores sociales”, *Economía*, vol. 41, núm. 81, 2018, pág. 83.

66 Este concepto es el que, desde hace algunos años, han adoptado organismos como la Unión Europea (Policy Studies, Centre for European and Lenaerts, Karolien and Beblavý, Miroslav 2017), la OCDE (2018) o el World Economic Forum (2016).

67 Madariaga, J., Buenadicha, C., Molina, E. y Ernst, C., *Economía de plataformas y empleo*, CIPPEC-BID-OIT, Buenos Aires, 2019, pág. 14.

68 Madariaga, J., Buenadicha, C., Molina, E. y Ernst, C., *Economía de plataformas y...*, op. cit., pág. 15.

69 Algunos informes recientes identifican otras muchas formas de empleo, además de las citadas, que están surgiendo y creciendo en importancia en el mercado de trabajo. Vid. v.gr. los siguientes: Eurofound, *Non-standard forms of employment: Recent trends and future prospects*, Eurofound, Luxemburgo, 2018; y Eurofound, *New forms of employment*, Eurofound, Luxemburgo, 2015.

Por otro lado, parece conveniente señalar, aunque sea muy brevemente, que en algunos informes de la OIT y del CES se establece que los acelerados cambios tecnológicos están intensificando de igual manera la tendencia a la proliferación de las formas atípicas de empleo<sup>70</sup>, que agrupan diferentes modalidades de empleo que no se ciñen precisamente al empleo típico, entre ellas, el empleo temporal; el trabajo a tiempo parcial; el trabajo temporal a través de agencia y otras modalidades multipartitas; y las relaciones de trabajo encubiertas y el empleo por cuenta propia económicamente dependiente (vid. tabla 3). En estas diferentes formas atípicas de empleo podemos identificar, entre otras, algunas modalidades de *crowdworking*.

En nuestra opinión, es bastante probable que sea el trabajo a tiempo parcial<sup>71</sup> la forma de empleo atípico predominante en los próximos años. En este sentido, se ha indicado que probablemente una figura que en un futuro próximo se encontrará en el punto de mira es el contrato a tiempo parcial del art. 12 del ET, “dada la previsible importancia que alcanzará, no solo por la referida fragmentación de tareas, sino también porque, como seguidamente se verá, las aportaciones de las nuevas tecnologías digitales pueden disminuir las necesidades relativas a la cantidad y la continuidad del tiempo de trabajo humano”<sup>72</sup>.

---

70 Vid. los siguientes informes: OIT, Presentación resumida del informe “Empleo atípico en el mundo...”, op. cit., pág. 4 disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_534518.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534518.pdf); y CES, La digitalización de la economía, Consejo Económico y Social (CES), Madrid, 2017, pág. 24.

71 Sobre el particular, resultan recomendables los siguientes trabajos: Valverde Asencio, A.J., “Las reformas laborales de 2012: el contrato a tiempo parcial”, en AA.VV., Estudios en torno a la reforma laboral de 2012 (Castellano Burguillo, E. y Del Rocío Feria Basilio, I., Dirs.), Punto Rojo Libros, Sevilla, 2013, págs. 125-141; Molina Navarrete, C., “La rabiosa actualidad socio-laboral para el inicio del 2014: entre la certeza de los recortes de la protección social y la esperanza de la empleabilidad a tiempo parcial”, Revista de trabajo y seguridad social (CEF), núm. 370, 2014, págs. 59-146; y Escribano Gutiérrez, J., “Registro empresarial de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial y presunción de celebración del contrato a jornada completa. STSJ Canarias/Las Palmas, de 4 de abril de 2017”, Nueva revista española de derecho del trabajo, núm. 206, 2018, págs. 237-241.

72 García Rubio, M.A., “El empleo y la relación laboral en el nuevo horizonte tecnológico...”, op. cit., pág. 61. Esta autora cita al respecto los siguientes trabajos: Goerlich Peset, J.M., “¿Repensar el Derecho del Trabajo?...”, op. cit., págs. 180-181; y Del Rey Guanter, S., “Sobre el futuro del trabajo: modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos”, en AA.VV., El futuro del trabajo que queremos, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, vol. II, 2017, págs. 363 y ss.

Tabla 3: Diferentes formas atípicas de empleo *		
Empleo temporal	Contratos de duración determinada, como los contratos basados en proyectos o tareas; trabajo estacional; trabajo ocasional, incluido el trabajo por días.	No indefinido
Trabajo a tiempo parcial y a pedido	Horas de trabajo normal más reducidas que las equivalentes a tiempo completo; empleo a tiempo parcial marginal; trabajo a pedido, incluidos los contratos de cero horas.	No a tiempo completo
Relación de trabajo multipartita	También conocida como ‘cesión temporal’, ‘intermediación’ y ‘alquiler de mano de obra’. Trabajo temporal por medio de agencia y prestación de servicios en régimen de subcontración.	Relación no directa ni subordinada con el usuario final
Empleo encubierto/por cuenta propia económicamente dependiente	Empleo encubierto, empleo por cuenta propia económicamente dependiente, empleo por cuenta propia falso o clasificado erróneamente.	No es parte de la relación de trabajo
* Fuente: Esta tabla se ha extraído de la pág. 8 del estudio de la OIT titulado “Empleo atípico en el mundo: Retos y perspectivas”, publicado en 2016.		

Según el informe de la OIT sobre “seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo: Aprovechar 100 años de experiencia”<sup>73</sup>, publicado en el año 2019, los trabajadores que participan en formas atípicas de empleo corren aún más riesgo de ver su seguridad y salud afectadas negativamente en el trabajo. Existen, como mínimo, cuatro categorías de riesgos que se asocian a estas formas de organización del trabajo: los riesgos relacionados con las lesiones profesionales y los accidentes del trabajo, los riesgos psicosociales y de acoso, la exposición a condiciones de trabajo deficientes y a peligros, y los riesgos derivados de la fatiga. En la siguiente tabla podemos comprobar cuáles son los factores de riesgo para la salud y la seguridad en el trabajo en las formas atípicas de empleo.

<sup>73</sup> OIT, Informe “Seguridad y salud en el centro...”, op. cit., pág. 50.

Tabla 4: Factores de riesgo para la salud y la seguridad en el trabajo en las formas atípicas de empleo *	
Desorganización	Fallos en la reglamentación
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Vida laboral breve, inexperiencia</li> <li>• Orientación, formación y supervisión insuficientes</li> <li>• Procedimientos y comunicación ineficaces</li> <li>• Sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo ineficaces e incapacidad para organizar</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Conocimiento insuficiente de los derechos legales y las obligaciones</li> <li>• Acceso limitado a la seguridad y salud en el trabajo y al derecho de los trabajadores a obtener una indemnización</li> <li>• Obligaciones legales fracturadas o cuestionadas</li> <li>• Falta de control del cumplimiento y supervisión reglamentaria deficiente</li> </ul>
Efectos indirectos	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Trabajo inseguro</li> <li>• Horas de trabajo largas o irregulares</li> <li>• Múltiples empleos</li> <li>• Dificultad para conciliar la vida laboral con la vida familiar</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pagos contingentes, irregulares</li> <li>• Tareas adicionales, carga de trabajo cambiante</li> <li>• Menos remuneración, seguridad y derechos</li> <li>• Menos salud pública/seguridad</li> </ul>
<p>* Fuente: Esta tabla se ha extraído de la pág. 52 del estudio de la OIT titulado “Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo: Aprovechar 100 años de experiencia”, publicado en 2019.</p>	

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

De un lado, se puede concluir de todo lo expuesto que, con los nuevos avances tecnológicos propios de la cuarta revolución industrial, se va a demandar una mayor flexibilidad laboral y, en este sentido, se van a convertir en habituales las ordenaciones del tiempo de trabajo como el teletrabajo, el trabajo móvil basado en las TIC y el trabajo con horario flexible. Todo ello va a conllevar, como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo, diferentes ventajas e inconvenientes, tanto para los empresarios como para los trabajadores.

De otro lado, puede concluirse finalmente que se va a seguir produciendo una gran expansión de las nuevas formas de empleo (o, más bien, de autoempleo) y de los vínculos laborales atípicos, que aunque en determinados supuestos responden a pautas de mayor flexibilidad y libertad beneficiosas tanto para el empresario como para el trabajador, en otros muchos casos se asocian a situaciones y condiciones de trabajo negativas y/o preca-

rias (salarios más bajos, trayectorias laborales menos seguras y prometedoras, jornadas de trabajo por encima de los límites legales, menores oportunidades de acceso a programas formativos, estatuto de derechos difuso, lugares de prestación de los servicios que pueden no cumplir las condiciones de seguridad e higiene, etc.)<sup>74</sup>, lo que en términos de la OIT se entiende un déficit de trabajo decente<sup>75</sup>.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

Acemoglu, D., “Technical change, inequality, and the labor market”, *Journal of Economic Literature*, vol. XL, 2002.

Aguilera Izquierdo, R. y Cristóbal Roncero, R., “Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica”, en AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, vol. II, 2017.

Alonso Olea, M., “La revolución industrial y la emergencia del Derecho del Trabajo”, *Revista del Trabajo*, núm. 32, 1970.

Bigas Formatjé, N., “Los e-nomads: una nueva especie de trabajador”, *Universitat Oberta de Catalunya News*, 2016.

Camacho Clavijo, S., “El crowdfunding: Régimen jurídico de la financiación participativa en la ley 5/2015 de fomento de la financiación empresarial”, *Revista CESCO*, núm. 17, 2016.

CES, *El futuro del trabajo*, Consejo Económico y Social (CES), Madrid, 2018.

CES, *La digitalización de la economía*, Consejo Económico y Social (CES), Madrid, 2017.

Cruz Villalón, J., “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social (temas laborales)*, núm. 138 (dedicado al impacto de las tecnologías de la información y las comunicaciones sobre las relaciones laborales), 2017.

Del Rey Guanter, S., “Sobre el futuro del trabajo: modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos”, en AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, vol. II, 2017.

<sup>74</sup> CES, *El futuro del trabajo*, Consejo Económico y Social (CES), Madrid, 2018, pág. 126; y Triguero Martínez, L.Á., “La influencia del entorno crowd sobre las relaciones de trabajo y sus...”, op. cit., pág. 102. Al respecto, vid. también el trabajo de Vila Tierno, F., “Emprendimiento y trabajo autónomo como formas de huida del estándar de trabajo decente”, *Revista de trabajo y seguridad social (CEF)*, núm. 421, 2018, págs. 45-76.

<sup>75</sup> En este sentido, se ha señalado también que la mayor inseguridad laboral y de ingresos de estos grupos de trabajadores conlleva asimismo mayores dificultades para acceder a ciertos servicios o prestaciones, de modo que en estos colectivos se presentan mayores tasas de riesgo de pobreza que entre los trabajadores con contratos indefinidos a tiempo completo. Vid. CES, *El futuro del trabajo...*, op. cit., pág. 126.

De la Casa Quesada, S., “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital”, *Revista de trabajo y seguridad social (CEF)*, núm. extraord., 2019.

Deloitte, *Barómetro de Empresas 47 (Valoración del segundo semestre de 2015 y previsiones para el primer semestre de 2016)*, 2016.

Escribano Gutiérrez, J., “Registro empresarial de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial y presunción de celebración del contrato a jornada completa. STSJ Canarias/Las Palmas, de 4 de abril de 2017”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 206, 2018.

Escudero Nahón, A., “Redefinición del “aprendizaje en red” en la cuarta revolución industrial”, *Apertura: Revista de Innovación Educativa*, vol. 10, núm. 1 (dedicado a la formación integrada a las competencias digitales), 2018.

Estellés Arolas, E., “Towards an integrated crowdsourcing definition”, *Journal of Information Science*, 2012.

Eurofound, *Non-standard forms of employment: Recent trends and future prospects*, Eurofound, Luxemburgo, 2018.

Eurofound, *New forms of employment*, Eurofound, Luxemburgo, 2015.

Fernández Avilés, J.A., “NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora”, *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, núm. 2, 2017.

García Jiménez, M., “Revolución industrial 4.0, sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la negociación colectiva en clave de bienestar de los trabajadores”, *Revista de trabajo y seguridad social (CEF)*, núm. extraord., 2019.

García Rubio, M.A., “El empleo y la relación laboral en el nuevo horizonte tecnológico: una visión transversal sobre los efectos de la digitalización”, *Teoría & Derecho*, núm. 23, 2018.

Goerlich Peset, J.M., “¿Repensar el Derecho del Trabajo? Cambios tecnológicos y empleo”, *Gaceta sindical (reflexión y debate)*, núm. 27, 2016.

Gómez Salado, M.Á., «La cuarta revolución industrial: ¿una gran oportunidad o un verdadero desafío para el pleno empleo y el trabajo decente?», *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, vol. 7, núm. 4, 2019.

González-Páramo y Martínez-Murillo, J.M., “Cuarta revolución industrial, empleo y estado de bienestar”, *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, 2017.

Gorelli Hernández, J., *El tiempo flexible*, Tecnos, Madrid, 2018.

Longás Crespo, H., “Las tres revoluciones industriales: La industria 4.0 y el regreso de las fábricas desplazadas a Asia, los nuevos retos de la industria occidental”, El país, 2014.

Madariaga, J., Buenadicha, C., Molina, E. y Ernst, C., Economía de plataformas y empleo, CIPPEC-BID-OIT, Buenos Aires, 2019.

Marotta, D., Lauriño, L. y Zambrano Sequín, L., La IV Revolución Industrial y sus Impactos sobre el Mercado Laboral: Implicaciones para Venezuela, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales, 2019.

Martínez F Cué, D., “Sobre el incierto futuro del trabajo y del rol de los actores sociales”, Economía, vol. 41, núm. 81, 2018.

Mella Méndez, L., “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores”, Trabajo y Derecho (nueva revista de actualidad y relaciones laborales), núm. 16, 2016.

Mendizábal Bermúdez, G., “Introducción”, en AA.VV. (Mendizábal Bermúdez, G., Sánchez Castañeda, A. y Kurczyn Villalobos, P., Coords.), Industria 4.0: Trabajo y seguridad social, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2019.

Mendizábal Bermúdez, G. y López Pérez, E., “¿Nuevo modelo de seguridad social en el contexto de la industria 4.0?”, Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo, vol. 6, núm. 1, 2018.

Mínguez Torres, E., “La importancia de la energía en las revoluciones industriales”, Lección inaugural para la apertura del curso académico 2015/16, 2015.

Molina Navarrete, C., “La «gran transformación» digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas”, Revista de trabajo y seguridad social (CEF), núm. extraord., 2019.

Molina Navarrete, C., “La rabiosa actualidad socio-laboral para el inicio del 2014: entre la certeza de los recortes de la protección social y la esperanza de la empleabilidad a tiempo parcial”, Revista de trabajo y seguridad social (CEF), núm. 370, 2014.

Molina Navarrete, C. y Vallecillo Gámez, M.R., Adicciones conductuales (“sin sustancia”) “en” el trabajo y “al” trabajo: magnitud del problema social y políticas de gestión preventiva en la empresa, Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC, Madrid, 2018.

Monereo Pérez, J.L., “El Derecho Social y del Trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial”, Estudios de derecho judicial, núm. 16. (dedicado a las “Transformaciones del Derecho en la mundialización”), 1999.

Moreno Díaz, J.M., “La negociación colectiva como medio fundamental de reconocimiento y defensa de las nuevas realidades derivadas de la industria 4.0”, Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo, vol. 6, núm. 1, 2018.



Morita Alexander, A., García Ramírez, M.T. y Escudero Nahón, A., “Análisis de la percepción de las competencias genéricas en instituciones de educación superior en México”, *Revista de educación y desarrollo*, vol. 38, 2016.

OIT, Conferencia histórica de la OIT establece normas para medir las nuevas formas de trabajo invisibles, web de la OIT, 2018.

OIT, Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo “Trabajar para un futuro más prometedor”, Ginebra, 2019.

OIT, Informe “La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo”, Ginebra, 2015.

OIT, Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects, Ginebra, 2016.

OIT, Nuestra historia, tú historia, 2019.

OIT, Presentación resumida del informe “Empleo atípico en el mundo: Retos y perspectivas”, Ginebra, 2016.

OIT, Informe “Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo: Aprovechar 100 años de experiencia”, Ginebra, 2019.

OIT y Eurofound, Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, OIT y Eurofound, Luxemburgo, 2017.

Perán Quesada, S., “Tiempo de trabajo y género. La perspectiva española”, en AA.VV. (Perán Quesada, S., Dir. y Coord.), *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI: Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Comares, Granada, 2014.

Perán Quesada, S. (Dir. y Coord.), *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI: Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Comares, Granada, 2014.

Rodríguez Fernández, M.L. y Pérez del Prado, D., *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo*, Fundación para el Diálogo Social, Madrid, 2017.

Rodríguez González, S., “Externalización y fraude: el trabajo a demanda vía apps”, comunicación presentada a las VII Jornadas laborales de la Asociación Canaria de Laboralista, Premio D. Manuel Alarcón 2017.

Rojas, R., “El despido tecnológico ante la automatización del mercado laboral”, *Revista Byte TI*, 2017.

Rubio Mayoral, J.L., “Desarrollo económico y educación. Indicios históricos en las primeras revoluciones industriales”, *Educación XXI: Revista de la Facultad de Educación*, núm. 9, 2006.

Schwab, K., *The Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, Ginebra, 2016.

Slama, D., Puhlmann, F., Morrish, J. y Bhatnagar, R., *Enterprise IoT: Strategies and best practices for connected products and services*, O'Reilly Media, Sebastopol, 2015.

Torrecilla García, J.A., Pardo Ferreira, C. y Rubio Romero, J.C., “Industria 4.0 y transformación digital: nuevas formas de organización del trabajo”, *Revista de trabajo y seguridad social (CEF)*, núm. extraord., 2019.

Triguero Martínez, L.Á., “La influencia del entorno crowd sobre las relaciones de trabajo y sus protagonistas: crowdworking y crowdworkers”, *Labour & Law Issues*, vol. 2, núm. 2, 2016.

UGT, *Efectos e implicaciones de la transformación digital a nivel legal, laboral y social*, UGT, Valladolid, 2018.

Valverde Asencio, A.J., “Las reformas laborales de 2012: el contrato a tiempo parcial”, en AA.VV., *Estudios en torno a la reforma laboral de 2012* (Castellano Burguillo, E. y Del Rocío Fera Basilio, I., Dirs.), Punto Rojo Libros, Sevilla, 2013.

Vega Ruiz, M.L., “El futuro del trabajo: ¿revolución industrial y tecnológica o crisis del estado social?”, *Iuslabor*, núm. 1, 2017.

Vila Tierno, F., “Emprendimiento y trabajo autónomo como formas de huida del estándar de trabajo decente”, *Revista de trabajo y seguridad social (CEF)*, núm. 421, 2018.

**PONENCIA ESPECÍFICA**  
**TELETRABAJO: CRITERIOS FORMATIVOS PARA UNA**  
**ORGANIZACIÓN ERGONÓMICA DEL TIEMPO DE TRABAJO**

*Julio Miño Terrance*  
*Profesor Asociado LOU del Departamento de Derecho del Trabajo y*  
*Seguridad Social de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla).*

Ponencia General: “Nuevas formas de trabajo y tiempo de trabajo ”.

Subtema (ponencia específica): Prevención de los riesgos laborales derivados de la falta de organización temporal e hiperconectividad en las laborales con pantallas de visualización de datos y otros medios telemáticos.

1. Introducción
  2. Relación entre tiempo, salud y productividad
  3. Diferencias de sus formas y características
  4. Dificultades y retos preventivos del teletrabajo
  5. Vigilancia remota del tiempo dedicado al trabajo
  6. Ergonomía temporal: Formación y aprendizaje sistémico
- Anexo de referencias y textos consultados

## 1. INTRODUCCIÓN.

Las nuevas forma de trabajo requieren la actualización del ordenamiento jurídico, sobre todo respecto de los riesgos derivados del auge de las nuevas tecnologías y los trabajadores autónomos, así como en general de los atinentes a la intensificación de la descentralización productiva mor de las mismas. Entre los riesgos nuevos y emergentes se encuentran los que afectan al teletrabajador o trabajador vinculado a las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), que motivan unas variables de riesgo, clasificación tipológica y lugar bastante amplias (vid. ‘3. Diferenciación de sus formas y características’).

Fruto de dicha desregulación, en el ámbito jurídico preventivo a dichos teletrabajadores tan sólo se hace referencia como “usuarios de PVD”<sup>1</sup>, en correlación a la indiferenciación que de los mismos se practica en razón del trabajo a distancia en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Sin embargo, la reforma, actualización o creación de derecho que se requiere, no sería ni mucho menos suficiente, dada la disrupción social y organizativa que a cada paso producen las nuevas tecnologías y la globalización económica, si el mismo no es reflejo del necesario cambio cultural que, propiciado a nivel educativo y social, permita percibir a los ciudadanos la correlación indisoluble de salud, creatividad y calidad de vida desde una perspectiva preventiva primaria (promoción salud).

Las razones de dicha afirmación son conocidas. Por un lado, como defienden hoy todas las instituciones implicadas (OMS, OIT, AISS, OSHA, etc.), no basta con mínimos legales laborales para promover la salud globalmente, así como tampoco, por otro, con la todavía escasa cultura preventiva existente, dado que por mucha calidad que se le dé a la normativa jurídica y técnica, ésta requiere de la voluntad empresarial para su aplicación, que sigue en general motivada por el cumplimiento meramente formal o burocrático en este área (J. de Andalucía, 2017)<sup>2</sup>, ante la perpetuación de deficiencias estructurales del sistema a nivel supraempresarial que no remueven los obstáculos a nivel social (educación, acción y coordinación pública, modalidades, formación, etc.).

Dicho nuevo modelo educativo debe basarse en el valor de la salud promoviéndola en todas sus dimensiones, sin perjuicio de observar la centralidad del trabajo como medio de desarrollo y bienestar humano, así como a la empresa/empresario como principal entorno/ agente para lograr dicho bienestar (mental y musculoesquelético), así como para la puesta en valor del derecho a la vida e integridad física (ausencia de enfermedad, lesión o defunción).

---

1 El RD. 488/1997, de 14 de abril, considera usuarios de pantallas de visualización de datos a quienes habitualmente trabajan en puestos de trabajo compuestos por: a) Pantalla alfanumérica o gráfica, b) Teclado o dispositivo de adquisición de datos, c) Programa para la interconexión persona/máquina, d) Accesorios ofimáticos, y e) Asiento y mesa o superficie de trabajo, así como por el entorno laboral inmediato (¿pero también el virtual al trabajar en el domicilio/en movilidad separado de todo/todos?).

2 Así como, los «... limitados conocimientos de la propiedad o de la gerencia y capacidad existente para gestionar...» (Ibídem: pág. 85, in fine). NOTA: Las referencias completas de las obras citadas se encuentran en el anexo bibliográfico del final ordenanos numéricamente, empezando por ésta (nº I).

En línea con lo anterior, el panel de expertos del grupo A dedicado a riesgos nuevos y emergentes en nuestra investigación, consideraba según García (coord.) «... que la regulación normativa es una mera condición necesaria,... la evaluación de riesgos laborales y la formación constituyen los ejes fundamentales» (Miño, Rubio, Cobos y García, 2019: pág. 16)<sup>3</sup>.

Por ello, y sin menoscabo de otras cuestiones expuestas también en dicho grupo de discusión, como son la necesidad de una nueva negociación colectiva, de llegar a instrumentos internacionales de consenso o de la extensión de la acción sindical a los trabajadores que prestan sus servicios fuera de las instalaciones físicas de la empresa, los expertos del mismo grupo manifestaban consensuadamente la evidente prioridad de «la implementación efectiva de una auténtica cultura preventiva, que debe venir marcada por las acciones formativas y de sensibilización desde la infancia»<sup>4</sup> (Ibídem: p.17).

Se trata de impulsar en España un cambio de mentalidad, que a nivel intra-empresarial supone el uso de metodologías y técnicas de formación y aprendizaje relacionadas con la experiencia y el intercambio profesional, que a la vez suponga el progresivo avance de un conocimiento organizativo de carácter sistémico, entendiendo con Garzón (2006: p.5)<sup>5</sup> que este último es fruto de la combinación del conocimiento existente a nivel individual, de equipo, organizacional e inter-organizacional (a mayor abundamiento véase bloque 2, panel D; Ibídem: p. 38 y Ss.).

Sin embargo, ajustándose a las nuevas formas de organización objeto de nuestra comunicación, la pregunta sería ¿cómo llevarlo a efecto, dada la especial dificultad que tiene la implantación de cambios actitudinales en las situaciones de deslocalización digital del trabajador a través del teletrabajo, ya sea por realizarse el mismo fuera de la empresa, autónomamente, “a demanda” o en movilidad?.

Como se verá en los próximos apartados la respuesta no es sencilla, por eso se aludía un poco más arriba a un nuevo modelo educativo que lo haga posible, pues estas prestaciones externalizadas al menos hoy por hoy no están exentas de mayores complicaciones relativas a la gestión del conocimiento y la participación, por estar obviamente carentes del recurso a experiencias formativas e intercambios profesionales y sociales presenciales, cotidianamente factibles en el seno real y no virtual de una organización estructurada a nivel jerárquico, funcional y social, que en su interior tiene la legítima potestad de dirigir el aprendizaje de sus miembros.

Dado que es ya un hecho la realidad expansiva del “smart working” y la “industria 4.0”<sup>6</sup>, es decir, que la cantidad de trabajadores empleados por cuenta propia o fuera de la

3 Véase referencia completa con el n° II en el anexo bibliográfico del final.

4 Así, dicha investigación afronta la cultura como una meta y la formación como el medio imprescindible para llegar a ella, a través de 4 grupos temáticos (obra “ut supra” referenciada al final con el n° 2).

5 Véase con el n° III en el anexo bibliográfico del final.

6 Industria 4.0 (años 80, Alemania-‘Cumbre Hannover’ 2011): o “Smart factory”, “Internet ind.” o “Ind. 5G”. La optimización de la conexión inalámbrica en relación con la IA o algorítmica sistematizada por “Big data”, “IoT”, “Cloud computing”, “Machine learning”, nos llevará a vivir y trabajar junto a robots en ciudades, edificios y empresas de funcionamiento remoto.

empresa será cada vez más amplia, lo cierto es que merece la pena ponerse a ello de cara a un desarrollo económico y social sostenible, pues en otro caso la que viene denominándose como “cuarta revolución industrial”, puede llevarnos a una descualificación galopante ante la desaparición de empleos de carácter tradicional y la crisis del sistema de relaciones laborales, del cual muchos de estos trabajadores ya han sido expulsados.

Al efecto de subvenir tales consencuencias, más que frenar los avances tecnológicos lo conveniente sería aprovechar las grandes ventajas de la inteligencia artificial para aumentar la eficacia en el trabajo, la formación y la autoregulación profesional, pues maximizando la utilidad de las tareas y eliminando trabajo improductivo por medio de la misma (p.ej. cargas administrativas), se obtendría un ahorro de tiempo que si se asocia a la mejora de la calidad de vida y el control del estrés, puede llevar al incremento recíproco de la salud y el rendimiento.

De cualquier manera, la metodología didáctica dominante de estos trabajadores será a distancia y se apoyará en las NNTT de manera esencial<sup>7</sup>, al igual que en otras relaciones presenciales o sujetas a un patrón más cercano al tradicional, pero con el matiz de que su actualización continua dependerá de la capacidad autodidacta de aquéllos referida sobre todo al uso de las mismas, sin perjuicio de que dicha capacidad dependa de un nuevo paradigma educativo que la ponga al alcance de todos.

Por ello, el incremento “sine qua nom” de la corresponsabilización preventiva de los trabajadores por cuenta propia y ajena del futuro, se convierte así en crucial. Se deberá adquirir una mayor autoregulación laboral y formativa, teniendo en cuenta que el grado de aprendizaje permanente que sepan desplegar, así como el talento digital que detenten, pueden eliminar los problemas de salud que se han citado o, por el contrario, contribuir a acrecentar la conectividad digital en perjuicio de su vida privada y su salud. En prevención tal autoregulación no ha tenido siquiera iniciación todavía pero su aprendizaje debe formar parte del conjunto de las funciones, como parte de un todo, en tanto en cuanto «hay que centrarse... en “cómo” se hace un trabajo bien hecho, lo que obviamente incluye el hacerlo de una forma segura» (Ibídem: p.26).

En la conformación de ese todo, es decir, de un trabajo a la vez sano y productivo, la ergonomía preventiva aplicada al trabajo y la empresa, es el componente imprescindible para el buen desempeño que motiva el aprendizaje sistémico aludido, tras la puesta en valor del factor humano como prioridad estratégica de la misión empresarial. La misma examina y hace posible todas las necesidades anteriormente expuestas, pues desde ella el trabajo puede verse en toda su heterogeneidad<sup>8</sup>.

Es decir, la ergonomía allega la realidad compleja que es la organización del trabajo (y en el contexto de los tiempos que la componen), pues la estudia desde cualquier disciplina o área del conocimiento, en tanto en cuanto «los diferentes acercamientos a los riesgos labo-

7 Por ejemplo, “Realidad extendida” (3D o realidad virtual), “Gamificación”, “Storytelling”, Bancos de datos, Aplicaciones webs y móviles, Navegadores, etc. (vease Ibídem: tabla 1, p.39).

8 O lo que es lo mismo, como un «modelo multidimensional del funcionamiento humano (físico, cognitivo, emocional, social, etc.)» (Boccarà et al., 2019; Vid. nº IV en el Anx. bibliográfico).

rales surgidos en la sociedad de la información se han producido parcialmente... requiere un enfoque multidisciplinar... desde los distintos ámbitos anudados a la PRL... y las técnicas de gestión... que, indefectiblemente, deben venir identificadas por su transversalidad» (Ibídem; Vid. nº III Anx. Bib.).

Dicho lo cual, la educación y el aprendizaje, ambos, han de orientarse para ello a que quienes gestionan, dirigen y operan, sepan y quieran realizar un trabajo sinérgico que haga factible el equilibrio entre calidad, eficacia y salud, con base en la adecuación del tiempo de trabajo (ergonomía temporal), dada la trascendencia del mismo como marco en el que se desarrollan las distintas tareas profesionales y se facilita un clima de corresponsabilización y compromiso entre las dos partes de la relación laboral.

## 2. RELACIÓN ENTRE TIEMPO, SALUD Y PRODUCTIVIDAD.

El alargamiento o inadecuación del tiempo o los horarios de trabajo se asocia en los estudios específicos a dosis de estrés elevadas y otros problemas psicosociales, así como a trastornos osteo-musculares, sin perjuicio de que además los psicosociales puedan tener una fuerte influencia sobre otras patologías (psico-somaticidad)<sup>9</sup>. Tales riesgos son también los más comunes entre los usuarios de TIC, pues el incremento de las patologías mencionadas se achaca a la terciarización, inseguridad laboral, excesiva flexibilidad del tiempo de trabajo y a la conexión digital permanente producida por móviles, ordenadores, 'Internet', etc. (agravado por la situación de crisis general).

La UE (EU-OHSA)<sup>10</sup> dentro de los riesgos nuevos y emergentes, cataloga a los osteomusculares (o musculoesqueléticos) en el primer lugar de ocurrencia, así como a los psicosociales en segundo lugar. En relación con los psicosociales, en el Día Mundial de la Salud Mental 2017 la OMS clasificaba la morbilidad de la depresión y la ansiedad (300 y 260 millones) por encima de la del cáncer, destacando la relevancia de la promoción de la salud mental en los lugares de trabajo, pues la falta de ella muchas veces tiene que ver con la falta de trabajo o de las buenas condiciones del mismo, así como con el acoso o la intimidación en el entorno laboral, con enormes costes socio-económicos, absentismo e improductividad.

El 'Marco estratégico de la UE en materia de SST/2014-20' (Comisión Europea, 2014), recoge como uno de sus tres grandes retos la mejora de la prevención de enfermedades relacionadas con el trabajo, haciendo frente prioritariamente a los riesgos nuevos y emergentes. Por su parte, la 'Estrategia Española de SST/2015-20' (INSHT, 2015), resalta particularmente los riesgos derivados de las nuevas tecnologías, entre los mismos.

Según al OIT más de 400 millones de personas en todo el mundo trabajan 49 horas o más por semana (de un total de 1800 millones). Mientras, existen países europeos desarrollados cuya productividad es mayor que la de España con jornadas continuadas y más

<sup>9</sup> La psicomaticidad de tales trastornos se demuestra en múltiples estudios (por ej. sobre lumbalgia).

<sup>10</sup> La Agencia Europea para la SST lo recoge en varios informes de los años 2005 y 2007.

cortas, lo cual también se está corroborando en algunas experiencias reales respecto de ciertos trabajos. En cambio, los trabajos administrativos, intelectuales y técnicos sujetos a las nuevas tecnologías, particularmente a las TIC, por provocar la conectividad prolongada del usuario debido a la disponibilidad laboral que en torno a las mismas se concita, exigen una labor estática en constante sedestación (sentado) delante de la pantalla u otros medios telemáticos.

Tal hiper-conectividad impide conciliar el resto del tiempo por medio de relaciones sociales fructíferas que eviten un retraimiento y aislamiento físico y personal insano, obstaculizando asimismo una vida activa con ejercicio físico que compense el citado estatismo (estilo de vida sedentario). La misma también tiene mucho potencial para generar adicción al trabajo (“work-alcoholic”) o al mundo y las relaciones virtuales.

Según la ‘Tercera encuesta europea de empresas sobre riesgos nuevos y emergentes’ (ESENER 3)<sup>11</sup>, la transformación digital está dejando claras huellas de su impacto. Tras los movimientos repetitivos de manos o brazos y el trato con alumnos, clientes o pacientes, el tercer factor de riesgo más frecuentemente reportado en la UE-28 (59% de los establecimientos), es la sesión prolongada en sedestación. Es también de interés, por ser factores también propios de algunos teletrabajos, que en la misma encuesta se clasifiquen la presión de tiempo y las horas de trabajo largas o irregulares, en el puesto sexto y doce, respectivamente, entre los trece factores de riesgo predominantes en los centros de trabajo europeos.

Asimismo, de los informes estadísticos y médicos puede deducirse, como asimismo se viene recogiendo sucesivamente en la jurisprudencia, que la organización inadecuada del trabajo, unida a la presencia de factores estresantes en el trabajo, es motivo de accidentes de trabajo no traumáticos, especialmente de carácter cardiovascular.

En dicha línea, Descatha et al. (2019; Vid. V en Anx. bib.), concluyen que las jornadas laborales son un riesgo laboral para ambo sexos en atención a datos de salud procedentes del estudio ‘Constance’. Concretamente, vinculan el riesgo de ictus con las jornadas laborales de más de 10 horas, pues estiman que las personas que trabajan más de 10 horas al día, y que lo hacen un mínimo de 50 días anuales y durante 10 años o más, tienen hasta un 45 por ciento más riesgo de sufrir un ictus. Además, el estudio arroja un dato un tanto sorprendente en esta relación entre trabajar más horas de las legales y los accidentes cerebrovasculares: es más fuerte en los menores de 50 años.

Los efectos derivados de la actualización de tales riesgos sobre la productividad, tienen que ver con afecciones reales y no simuladas del trabajador en muchos casos, pero que al provenir de percepciones subjetivas (sensibilidades) e invisibles a la observación ocular, como por ejemplo las tendinitis en el plano musculoesquelético o las patologías de carácter psicosomático o mental, sus causas pasan inadvertidas produciendo un gran perjuicio al “clima”

---

<sup>11</sup> Por sectores según la misma encuesta (primeros datos), los establecimientos informan con mayor frecuencia en actividades financieras y de seguros (92% de los establecimientos del sector en la UE-28), información y comunicación (92%) y administración pública (89%).



y a la productividad de la empresa, dado el estrés, absentismo, rotación o “presentismo” que ocasionan.

Ello es así, porque el organismo reacciona reactivándose y produciendo un aumento insalubre de cortisol y auresol que dan lugar a estrés, cuando se alarga la jornada, se realizan horas extras o existe una mala relación tiempo-carga-ritmo de trabajo, así como cuando la inflexibilidad de horarios o la hiperconectividad no permiten realizar con soltura pausas, descansos u otras actividades que debemos o deseamos realizar (cuidados, familia, ocio, gestiones, deporte, etc.).

Un estrés por encima del normal en atención a la magnitud del acontecimiento que lo motiva disminuye la eficacia mental y operativa. Se produce ante un mal afrontamiento emocional que depende de la percepción subjetiva frente a un determinado evento que sobrepasa nuestras capacidades, experiencias y conocimientos, que si se prolonga durante cierto espacio de tiempo relacionado con la resistencia de cada individuo, puede ser factor desencadenante de enfermedades como el cáncer, por tener un marcado carácter somático (immunodepresor), o desembocar en una situación de estrés crónico y discapacidad psicológica.

Por eso, es transcendental en la impredecible y acelerada sociedad de la información y la comunicación computarizada, aprender a manejar el estrés (tecno-estrés) y las emociones en el lugar de trabajo y fuera de él, así como su medición y control, siendo como es un indicador del estado emocional y fisiológico con total incidencia en la salud y la productividad, especialmente en relación con los factores de riesgo psicosocial, dado que cuanto más dominio se reúna ante los eventos estrasantes más sano y productivo se es.

A mayores, dentro de los factores organizativos o psicosociales causantes de los problemas aducidos (tabla inferior), habría que ver la incidencia del tiempo de trabajo (o de la relación: tiempo-carga-ritmo de trabajo), con objeto de efectuar un buen diseño de la cantidad de tarea en relación con la intensidad y el ritmo del trabajo en el contexto del tiempo de que se dispone para ella<sup>12</sup>, como coadyuvante material de consecuencias dañinas de carácter no solo psicológico sino también físico propiamente dicho (accidentes y enfermedades ordinarios), dado que los análisis demuestran que los accidentes de trabajo recaen con mayor frecuencia del lado de los trabajadores que alargan su jornada de trabajo mediante la realización de horas extras (OECT).

---

<sup>12</sup> La importancia de la carga de trabajo en los accidentes se ha indicado desde el ‘Informe Duran’, mientras que el diseño ergonómico del trabajo desde sus condicionantes organizativos es el único modo de evitar accidentes y enfermedades (origen del 63 %, según ‘Informe Loren’ -1989-).

FACTORES ORGANIZATIVOS GENERADORES DE RIESGO PSICOSOCIAL
METODOLOGÍA F-PSICO <sup>13</sup>
<p><b>Carga Mental (CM)</b> Carga, ritmo, previsibilidad de tareas, plazos, atención, error, interrupciones, adecuación tiempo-tarea, información tareas, multitarea, apoyo, cambios sucesivos condiciones, así como también equipos de trabajo inadecuados, escasos o excesivos, TIC de alta dependencia o exposición a otros riesgos como ruido, iluminación, temperatura, vibraciones, sustancias peligrosas, riesgos físicos.</p> <p><b>Autonomía Temporal (AT)</b> Jornada-horario, turnos, flexibilidad, descansos, conciliación, etc..</p> <p><b>Contenido del trabajo (CT)</b> Tareas, monotonía, valoración, desajustes funcionales o emocionales, trato público-clientes, violencia.</p> <p><b>Supervisión-Participación (SP)</b> Decisión sobre orden, distribución, procedimiento, incidencias tareas, así como control sobre carga, método, ritmo, tiempo-descansos, tecnología, y comunicación al respecto.</p> <p><b>Definición de Rol (DR)</b> Definición funcional o procedimental, sobrecarga o infracarga por no concordancia con rol, responsabilidad sobre otros.</p> <p><b>Interés por el Trabajador (IT)</b> Promoción, carrera profesional, seguridad contractual, remuneración, valoración, formación, contraprestaciones, reconocimiento.</p> <p><b>Relaciones personales (RP)</b> Apoyo, relaciones, aislamiento, conflictos y su gestión.</p>
Tabla 1. Factores organizativos generadores de riesgo psicosocial (Metodología F-Psico según el IBV).

Como consecuencia del estrés u otros problemas psicosociales (o psicósomáticos) u osteomusculares, el absentismo se convierte en un perjuicio habitual en empresas extensivas en TIC (p.ej. Administraciones u otras entidades del tercer sector). Sin embargo, es necesario la planificación de su combate por medio de encuestas anónimas de salud y entrevistas a gerentes, directivos, responsables de RRHH, representantes, empleados, para compartir el diagnóstico sin tabús, atacar eficazmente los estresores y aumentar la motivación, desde una perspectiva global y desde la gestión del negocio, incardinando un buen desempeño en el marco temporal oportuno.

Finalmente, el control de las enfermedades debe involucrar a toda la empresa, no solo respecto de los riesgos laborales propiamente dichos, sino en relación con la reducción del impacto de enfermedades epidémicas como la obesidad, la diabetes o los problemas cardiovasculares, muy relacionados con estas nuevas formas de trabajo. En todo caso, el ámbito laboral es el espacio con mayor potencial para promover la salud en toda su extensión y entedida como un «estado de bienestar físico, mental y social» (OMS), cuestión en la cual todas las demás instituciones coinciden (OIT, AISS o EU-OSHA).

<sup>13</sup> El método de evaluación 'FPSICO' (INSHT) permite realizar un diagnóstico de la situación psicosocial de una empresa o de áreas parciales de la misma (aplicación individualizada).

Para ello el enfoque preventivo esencialmente participativo, saludable y sistémico es un factor decisivo de satisfacción e integración. El inconveniente mayor es que la deslocalización digital del trabajador, especialmente por medio del teletrabajo (domicilio/empresa), trabajo en la red de suministro (deslocalización geográfica sin sujeción a ningún territorio), en plataformas de producción colaborativa o “a encargo o demanda”, los cuales además se pueden realizar en movilidad (lugares cambiantes con medios telemáticos portátiles y móviles), cada vez más numerosos (“smart workers”; ap. siguiente), puede expulsar al mismo del sistema de relaciones laborales y de la gestión y el aprendizaje ergonómico.

### 3. DIFERENCIACIÓN DE SUS FORMAS Y CARACTERÍSTICAS.

Todos los análisis jurídicos estiman que en España la regulación del trabajo a distancia sito en el artículo 13 ET es confusa e insuficiente, a pesar de la reforma operada en el año 2012, pues no respalda la particularización protectora que, con base en la evaluación específica de sus riesgos, el empresario tiene que llevar a efecto respecto del muy diverso trabajo a distancia que el teletrabajo representa, con gran influencia sobre la forma de organizar la prestación y, por supuesto, sobre el tiempo de trabajo que la misma conlleva.

Las definiciones oficiales son muy amplias asimismo pues, sin distinguir tampoco las distintas formas de teletrabajo que después aclararemos, presentan algunas discrepancias de lugar y vigilancia que pueden lesionar el derecho de este trabajador, a la libre organización del tiempo de trabajo que explícitamente ampara el ‘Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 16 de julio de 2002’ (AMET).

Dicho acuerdo, que destaca el carácter temporal y voluntario del teletrabajo, lo define como una forma de organización y/o de realización del trabajo utilizando las TIC «... en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular».

No obstante, aún más amplia es la definición de la OIT, pues deja entrever que su ubicación podría estar en lugares pertenecientes a la empresa, al referirse al mismo como una forma de trabajo que se realiza en:

Una ubicación alejada de una oficina central o instalaciones de producción,

Separando al trabajador del contacto personal con colegas de trabajo que estén en esa oficina, dado que...

La nueva tecnología hace posible esta separación facilitando la comunicación.

Por tanto, el AMET y la OIT no exigen que el trabajador se encuentre laborando en el domicilio (p. ej. en movilidad o itinerancia) o, incluso, tampoco en un lugar ajeno a la empresa, el segundo organismo, lo cual puede afectar a la flexibilidad de los horarios (p.ej. local separado de la empresa y la producción pero de su propiedad que la misma puede sujetar a determinados horarios), siempre que se halle físicamente separado de los demás

y comunicado exclusivamente por las tic. Este segundo caso no nos parece que debiera considerarse teletrabajo por la razón del control, sin perjuicio de la aplicación del RD. 488/1997 (RDPVD).

Volviendo a la regulación directamente aplicable a nuestro país, el precitado artículo estatutario, por el contrario, restringe sin embargo todo el trabajo a distancia a una preponderancia de la actividad laboral en el domicilio del trabajador o lugar de su libre elección (51% mín.), entendiendo asimismo que es un modo alternativo al trabajo presencial, pero la ‘STS de 11 de abril de 2005’ (Nº rec. 143/2005), en concordancia con el AMET, ha sentado una interpretación del concepto de teletrabajo que se aleja de esta definición, pues entiende que el teletrabajo «puede prestarse en lugar no elegido por el trabajador y distinto de su domicilio», determinando ello una variabilidad enorme de lugares posibles de difícil homogeneización y con mucha transcendencia en relación con la organización del tiempo de trabajo por el propio trabajador<sup>14</sup>.

A diferencia también del domiciliario tradicional con libre organización de todo el trabajo en general, según dicha sentencia el teletrabajo asimismo se podrá desarrollar con vigilancia empresarial, lo cual es en nuestra opinión a efectos preventivos y productivos un error, ya que no hay control más ferreo que el telemático (plena trazabilidad virtual)<sup>15</sup>.

No obstante, la misma se ha pronunciado a favor del AMET en el sentido de que el teletrabajo no es obligatorio («ni por la vía del artículo 41 ET») y sí reversible para cualquiera de las partes, debiendo el trabajador llegar a un acuerdo con el empleador a tal efecto, o al menos obedecer a lo que se haya pactado en la negociación colectiva (no obstante, por parte del empresario la negativa se ha relativizado por mor de la ‘Ley 2/2019, de 7 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres’). Sin embargo, el AMET matiza que la obligatoriedad o irreversibilidad es posible excepcionalmente, cuando el teletrabajo como tal forme parte de la descripción inicial del puesto (vid. AMET; ‘3. Carácter voluntario’: p. 2). En todo caso, tal acuerdo supra-nacional garantiza relativamente tal voluntariedad en el sentido de exigir una aceptación informada del trabajo a realizar (‘Directiva 91/533/CEE’)<sup>16</sup>.

En todo caso, el tipo de ubicación y vigilancia aproximan en ciertos casos al teletrabajador al por cuenta ajena común, pero dada la deslocalización del trabajador el empresario podría extremar unilateralmente las condiciones de trabajo, restringiendo la libertad de organización del tiempo total del teletrabajador, lo cual puede ocurrir cuando el lugar de su prestación es variable y no evaluable. Dicha deslocalización disminuye en caso de que el teletrabajador trabaje y se comunique con el empresario directamente, en los casos en que

14 Entre los más habituales, por ej. “coworking”, transportes, aeropuerto, hotel, restaurante, cibercafé, lugares de operación, etc., que se podrían estar alternando continuamente (teletrabajo móvil).

15 Tareas, horas de dedicación, interrupciones, etc. pueden rastreadse y quedar registrados mediante el uso directo de aplicaciones obligatorias, intranets o extranets, o por medio de algoritmos, “IoT”, videoterminal, visión por ordenador, sensores, geolocalización, etc. Sin perjuicio de la organización de plazos y tareas a través de correo electrónico o algunas de las antecitadas.

16 “Relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral”.

por encima del 51% alterne teletrabajo con trabajo presencial.

En lo que a la tecnología que caracteriza al teletrabajo se refiere, ésta tiene que permitir la comunicación con quien/es posibilitan su realización (empleador, responsable, supervisor, colegas, equipo), así como si ello fuera parte del trabajo, con clientes o suministradores, sobre los cuales conforme a la Directiva 91/533/CEE deberá estar informado facilitando que se dirija a ellos<sup>17</sup>. O sea, que sin perjuicio de otras tecnologías, en todo caso, el teletrabajo requiere el uso de las TIC como medio principal de trabajo, derivando de las mismas los riesgos labores técnicos específicos, aparte de del lugar y la separación física del trabajador cómo se ha indicado, que configuran en su conjunto formas peculiares de interacción funcional y social (familiar p. ej.)<sup>18</sup>.

Por todo lo indicado, sin lugar a dudas, dadas las diferencias existentes con el contrato de trabajo a domicilio, u otras formas de trabajo fuera de la empresa pero sin sujeción a las TIC, dicha regulación no facilita la equidad de derechos, así como por supuesto la formación y acción preventiva aplicada a las particularidades del concreto colectivo.

Tal legislación tampoco enmarca los contornos de la negociación colectiva atinente al mismo (convenios o acuerdos), ni los de los esenciales acuerdos particulares entre empresario y trabajador, ya que la carga de trabajo y los resultados del mismo han de concertarse equitativamente, así como asignar la propiedad y características del lugar y los equipos de trabajo, a excepción exclusivamente del tiempo de trabajo que el teletrabajador, en cambio, al igual que el autónomo, es libre de gestionar (legalmente).

Por eso, teniendo en cuenta las dificultades de gestión que este tipo de deslocalización conlleva y la amplia gama de dispositivos electrónicos que encierra, es preciso primero de todo distinguir el teletrabajo del resto del trabajo a domicilio y a distancia, así como también aclarar la diversidad de formas de vinculación a las TIC que representa el propio teletrabajo, que a nuestro modo de ver exigen un tratamiento distinto, al menos desde el punto de vista preventivo.

Dicha gama abarca desde el ordenador personal (fijo o portátil), a otras pantallas de muy distintas consideración a afectos visuales u osteomusculares por ejemplo, como son las tabletas o los propios "smartphones", así como las PDA. En una dimensión funcional aún más diversa se encuentra el uso de dispositivos de lectura (código de barras y otros), el de impresoras ordinarias, en 3D, o de biotinta, o el uso del fax, o del teléfono fijo o móvil en el plano comercial (ventas, "call center" y otros agentes).

Son también trabajadores a distancia pero muy lejanos a los que nos ocupan, aquéllos que realizan prestaciones de servicios vinculadas a las TIC pero que nada tienen que ver con los dispositivos precitados, o los utilizan con una intensidad que no caracteriza sus

---

17 A tal efecto, el empresario entregará por escrito al teletrabajador, junto a la descripción del trabajo, informaciones complementarias «sobre cuestiones tales como el departamento al que está adscrito, su inmediato superior u otras personas a las que puede dirigirse para informarse sobre temas profesionales o personales, modalidades de entrega de informes, etc.» (AMET: p.2, al inicio).

18 O que conllevan la modificación de la estructura organizativa tradicional del trabajo y de la empresa, tanto en los aspectos físicos como materiales (SAN 42/2000, de 31/05-Nº rec. 207/2003, base a AMET).

riesgos principales, como podrían ser repartidores o choferes vinculados a plataformas digitales que los contratan “a demanda” o “a encargo” (≠factor de riesgo: bicicleta, automovil, etc.), así como por ejemplo operarios vinculados a medios telemáticos portátiles pero que realizan su actividad en lugares de operación remotos<sup>19</sup>, así como controladores de aparcamiento, mensajería en general, etc.

Tal distinción puede servir a fin de proveer el primer paso para evitar las mayores dificultades preventivas atinentes a este tipo de trabajo, sobre todo en el plano de la salvaguarda regulatoria, promotora y de control que es debida por parte de los poderes público, así como en el de la cooperación entre empresario y trabajador a efectos materiales de seguridad, salud y productividad, pues como señala la ‘Guía de recomendaciones en puesto con PVD y nuevos dispositivos’ (Confed. Empr. Ourensana, 2019), por la velocidad de introducción de estos dispositivos ocurre que: «...»

Aún existe un gran desconocimiento sobre los posibles riesgos asociados a su uso en el entorno laboral.

No se dispone de claras directrices para eliminar y controlar los riesgos asociados a la utilización de los nuevos dispositivos electrónicos.

Los pocos riesgos conocidos, difieren de los relacionados con el trabajo con PVD tradicionales, para las cuales, en cambio, sí existen directrices y normativa de regulación. (ordenador de sobremesa o fijo regido por el RDPVD)<sup>20</sup>.

Dicho lo cual, y concluyendo resumidamente sobre todo lo dicho, no es descabellado afirmar apoyándose en los argumentos precedentes que aunque muchos de tales riesgos sean comunes a todas sus actividades, como se ha manifestado más arriba la tipología laboral del teletrabajo es más amplia de lo que a nivel jurídico e incluso técnico-preventivo se está aún examinando, sobre todo teniendo en cuenta que la única regulación específica es el RD. 488/97, puesto que no es lo mismo teletrabajar como agente de un centro de llamadas (“call center”), que hacerlo por ejemplo como diseñador gráfico u otro profesional liberal, que en lugares variables con un ordenador u otros medios portátiles (teletrabajo móvil).

El trabajo móvil es el que integra la característica principal del que se viene denominando como “smart worker”<sup>21</sup>, en el sentido de que el mismo no se haya sujeto a ninguna determinación del lugar donde debe estar para hacer su trabajo, pero conoce ampliamente los objetivos que tiene que alcanzar y el modo de alcanzarlos (si se le da el tiempo oportuno), gozando de una autonomía muy grande debida a su talento digital y la actualización continua del mismo. Este seguramente el es trabajador vinculado a las TIC del futuro y

19 Pej. montador de líneas electricas que efectúa registros, recibe instrucciones y mantiene comunicación multimedia vía móvil, PDA u ordenador portátil, con riesgos de índole diversa como pueden ser las caídas de altura.

20 En cambio no están regulados por dicho RD ni de ninguna manera, otros también dentro de los más habituales como ordenador portátil, tablet, “smartphone y PDA, los cuales se usan en multitud de actividades profesionales o en conjunción con dicho ordenador fijo de sobremesa.

21 Denominado así en los países donde se han regulado algunas condiciones del mismo.

obedecerá mucho más al perfil del “free lance”. De hecho como puede verse en las nuevas formas recogidas en la tabla inferior, casi todas obedecen a trabajadores que no son regulables mediante el RDPVD.

NUEVAS FORMAS DE TRABAJO O PRODUCCIÓN SIN REGULACIÓN		
Ec. Digital (“Gig economy”)	Otras Form. descentralizadoras	Aspectos flexibilizados
TPCP	TPCP/TPCA	
<p>A) TRABAJO “A DEMANDA”: A través de aplicaciones o plataformas digitales {Por ej. ‘Uber’ o ‘Cabify’}<sup>22</sup>.</p> <p>B) POR PROYECTOS: Individuales, grupales o en equipos autogestionados = externaliz. o “outsourcing” global (NNTT).</p>	<p>A) TRABAJO DISTANCIA: - Todo o mayoría en domicilio.</p> <p>B) TELETRABAJO: - 51% hogar/otro sitio+TIC.</p> <p>C) TJO MÓVIL: - Lugar variable/a demanda.</p> <p>D) “SMART WORKING”:- Fuera Esa +NNTT y, en caso acuerdo, % dentro).</p>	<p>1. Contratación: Temporal, ETT, Parcia, Fijo-discontinua, Subcontratación en cadena, No contrato, etc.</p> <p>2. Organización: Fragmentación RRLL, Invisibiliz. derechos, Mod. sust. condiciones-funciones-salario, Tjo. no retribuido, Polivalencia, Microtarea, Des-estructuración del tjo. (red, web, plataforma, correo, móvil, aplicaciones).</p> <p>3. Jornada: tiempo, horario, turnos, nocturnidad, ritmo, descansos, pausas, vacaciones, h. Ex., hiper-conexión dig.</p> <p>4. Lugar: fuera, hogar, variable, móvil, virtual, residencia cambiante, etc.</p> <p>5. Formación “Just in time” (propia con NNTT).</p>
<p>TRABAJO COLABORATIVO<sup>23</sup>: Usualm. cooperando por medio de Internet y NNTT {“Coworking” de esfuerzos, instalaciones o gastos (virtual o no). {“Crowdsourcing” masivo en plataformas Pear-two-Pear. {“Open software” –p.ej. Wikipedia- {Equip. autog. red con otros.</p>	<p>A) EXTERNALIZ. ÁREAS - SUBC. ACT.</p> <p>B) DESLOCALIZACIÓN GEOGRÁFICA {Transnacionales, p.ej.</p> <p>C) DESLOC. FUNCIONAL Esa - TDOR {Multiservicios o UTE, p.ej.</p>	

Tabla 2. Descentralización productiva (elaboración propia en base a múltiples fuentes).

22 En otros países europeos (España “falsos autónomos”), tales plataformas se fortalecen e incluso se ha adaptado la normativa (Francia e Italia). El TJUE ha estimado no obstante que la plataforma estadounidense ‘Uber Pop’ (aplicación móvil), no es de “Sos de la sociedad de la información” (intermediadora) sino de “Servicios de transportes”, y que debe someterse a las reglas del taxi (1 licencia VTC/30 taxis). También declara que ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de prestación de los conductores, aunque otras eas los contraten formalmente y paguen una comisión (Uber).

#### 4. DIFICULTADES Y RETOS PREVENTIVOS DEL TELETRABAJO.

Como se ha visto, la amplia gama de dispositivos puede determinar según el lugar y uso mayoritario que se haga de cada uno de ellos, un dominio dado de unos riesgos sobre otros, lo cual a nivel regulatorio o de inspección de trabajo supone una mayor complejidad, pues es difícil uniformar la aplicación de unos mínimos de derecho necesario, si no es por medio de la negociación colectiva o el acuerdo.

El propio RDPVD (Art. 1.3), excluye de su aplicación («...»): c) Los sistemas informáticos destinados prioritariamente a ser utilizados por el público (como podría ser un móvil), d) Los sistemas llamados portátiles, siempre y cuando no se utilicen de modo continuado en un puesto de trabajo (o sobre su mesa), y e) Las calculadoras, cajas registradoras y todos aquellos equipos que tengan un pequeño dispositivo de visualización de datos o medidas necesario... (como podría ser también una PDA o similar).

Mientras que, por otro lado, tampoco facilita el ejercicio de las potestades públicas de salvaguarda, ni concretamente la evaluación de riesgos o la acción preventiva, el hecho de que tal lugar pueda ser un domicilio particular, como tal inviolable salvo consentimiento expreso o que no se haya construido con la finalidad de trabajar de esta manera. En todo caso el domicilio queda excluido, sin perjuicio de que se pudiera modificar el RDPVD para incluirlo, pues como se puede ver en la anterior descripción reglamentaria del usuario de PVD el domicilio no encaja en la misma, al decir «... así como por el entorno laboral inmediato».

Ello nos lleva a pensar que habría que separar la regulación al menos en dos ámbitos, uno, el referente al usuario de PVD, pues sin perjuicio de las necesarias actualizaciones que requiere el RDPVD sería el aplicable al mismo en el futuro.

Dicho ámbito, sería por tanto el referido a un trabajador caracterizado por su ubicación más o menos fija y condicionado por el equipo descrito en tal norma, en atención a su descripción como cualquier trabajador que habitualmente y durante una parte relevante de su trabajo normal utilice un equipo con pantalla de visualización, entendiéndose así por tal trabajador aquél cuyo puesto está compuesto por: «a) Pantalla alfanumérica o gráfica, b) Teclado o dispositivo de adquisición de datos, c) Programa para la interconexión persona/máquina, d) Accesorios ofimáticos, y e) Asiento y mesa o superficie de trabajo, así como por el entorno laboral inmediato» (Art. 2 RDPVD).

Otro, el del “smart worker” que debería quedar vinculando a la concertación colectiva de sus condiciones desde el ET (reenvío a la negociación colectiva) o, en el caso de los cuenta propia, desde la LETA (a acuerdos de concertación social y profesionales).

---

23 Relación que se fundamenta en «primacía de la persona, equilibrio ec. y social, interés gral. y gobernanza y propiedad democrática» (Díaz-Foncela et al., 2016). Así, algunos negocios de consumo colaborativo “disfrazarían” la prestación PCA (falso autónomo Vs. A. dependiente; por ej.- “Riders” de Deliveroo o Globo, p.ej.). Otras “colaboraciones” (p.ej. plataf. B2B) no son ec. colaborat. (produc. col.).



Así, como propuesta de regulación en torno a la clasificación que se planteaba en el apartado anterior, véase en el contenido de la siguiente tabla.

PROPUESTA DE REGULACIÓN CON REPERCUSIÓN PREVENTIVA	
RD. PVD (488/97 modificado)	Regulación legal (marco) y convencional
TPC. AJ. Y PROPIA	“SMART WORKERS”
A) TELETRABAJO CON PVD: localizados en domicilio/empresa mayoritariamente (TPCA o TPCP).  B) USUARIOS PDV SITOS FÍSICAMENTE EN LA ESA (TPCA).	A.- TJO MÓVIL: Lugar variable/a demanda.  B.- POR PROYECTOS: Individuales, grupales o en equipos autogestionados = externaliz. o “outsourcing” global (NNTT).  C. TRABAJO COLABORATIVO: Usualm. cooperando por medio de Internet y NNTT {“Coworking” de esfuerzos, instalaciones o gastos (virtual o no). {“Crowdsourcing” masivo en plataformas Pear-two-Pear. {“Open software” —p.ej. Wikipedia- {Equip. autog. red con otros.
Tabla 3. Propuestas de regulación con repercusión preventiva ante la extrema descentralización por la NTIC.	

La capacidad de negociación y acuerdo del “smart worker” dependerá del grado de polarización derivado de la revolución digital, en otro caso sólo los más cualificados gozarán de buenas remuneraciones y condiciones de trabajo.

Por eso, las dificultades que se plantean a continuación se han de ver con el interés que ya requieren hoy en día, pues la revolución digital y la automatización están suponiendo que el auge de nuevas formas de organización del trabajo con importantes riesgos nuevos y emergentes se agraven por una destrucción de empleo que, al menos a corto plazo, será difícil de sustituir por los nuevos empleos generados por las nuevas tecnologías, como serán los relacionados con la automatización, la robótica, la inteligencia artificial, las tecnologías verdes, etc, así como los informatizados por medio de las TIC, objeto de nuestro análisis,

sobre todo sí no vienen acompañados de una recualificación a velocidad equivalente a la de los cambios que las TIC requieren.

El “smart worker” es el trabajador que basa su capacidad de negociación en su competencia y formación autodidacta. El riesgo de polarización, si los sistemas de empleo y cualificación y la economía no son implicados, está a la “vuelta de la esquina”, pues es preciso realizar las mejoras educativas y estructurales necesarias.

La polarización social que se está derivando como consecuencia del desempleo, la descualificación y del empleo precario, tendrá aún mayor impacto en los niveles de salud y seguridad laboral en el futuro, pues como se viene advirtiendo por diversos medios e instituciones la misma es paralela al incremento de los ratios de temporalidad o autonomía, así como a los grados de externalización u otros procesos de descentralización, como puede ser la producción colaborativa y en red, así como agregadamente al hecho de ser joven, mayor, mujer o inmigrante.

Se producen así condiciones de trabajo, formación y prevención negativas, que aumentan el riesgo de accidente y materializan una siniestralidad selectiva, así como otros problemas relacionados con los consabidos emergentes factores psicosociales u organizativos, que reducen el bienestar laboral y la calidad de vida del trabajador (p.ej. situaciones de tecno-estrés) y complican la prevención de patologías mentales y cardiovasculares (depresión, ansiedad, ictus, infartos, etc.).

El hecho de que alguien se halle vinculado preponderantemente al teletrabajo, al contrario de lo que se pudiera pensar por su sofisticación, no tienen porque significar una mayor calidad del empleo. Dicha virtualización de las relaciones laborales produce una deslocalización de las personas sujetas al trabajo con las TIC, la cual no es perjudicial si el grado de intervención del trabajador en la determinación de sus propias condiciones de trabajo, especialmente de la carga, ritmo de trabajo y horarios<sup>24</sup>, le permite la autogestión del tiempo de trabajo y a disposición (AMET), o la conciliación del total del tiempo efectivo de trabajo con el personal necesario para mantenerse mental y físicamente en forma.

En caso de la flexibilización extrema de tales condiciones a favor del cliente o empresario, es decir, si el trabajador carece de influencia respecto a la modulación de tales condiciones de trabajo, el mismo no podría organizar el tiempo efectivo dedicado al trabajo, sin embargo el AMET y el TS no impiden como se ha comentado la vigilancia del trabajo por parte del empresario ni de su gestión (poder de dirección), que al contrario de lo que pudiera pensarse, es más sencilla por medio de la inteligencia artificial o de simples vídeo-terminales o las “webcams” incorporadas a los aparatos<sup>25</sup>.

---

24 Por supuesto, un salario impropio basado en multi-micro-tarea (encargo o demanda) o en proyectos mal pagados, también puede tener mucha influencia sobre el incremento del tiempo de dedicación.

25 Aparte del espionaje de datos, los sistemas de visión o detección de movimientos y presencia conectados a sistemas de análisis de datos inteligentes o “Big Data”, tienen una aplicabilidad enorme.

Sin perjuicio de que cualquier situación de deslocalización digital y fragmentación de los procesos productivos pueda llegar a ser extrema incluso en relaciones por cuenta ajena<sup>26</sup>, la cuestión se complica mucho más pues parece que “tiene futuro”, en relación con las fórmulas vinculadas a un trabajo colaborativo que no se produce entre iguales (recuérdense las bases de este último: tabla 2: p.13, pie 23), especialmente cuando éstas se someten o pretenden someterse a regímenes de subcontratación de trabajo autónomo vinculado a plataformas productivas de contratación externa multitudinaria, «trabajando en forma “adhocrática o en “red difusa”, como estrategia de outsourcing... en la sustitución de empleados internos por individuos subcontratados para cada tarea (artesanos, inventores, o personal de staff, matenimiento o marketing)» (Avilés et al., 2018: p.7; vid. VI en Anx. bib.).

Los trabajos de codificador, publicación blogs, creación sitios web, administración de redes sociales por ejemplo, son trabajos ya habituales en tales redes de suministro masivo e indiferenciado de mano de obra, en un itinerario de deslocalización completa a nivel funcional y territorial que no tiene fronteras, ni siquiera todavía las de investigación del fraude laboral e inspección de trabajo de carácter virtual, lo cual deja las condiciones salariales y temporales bajo los parámetros impuestos directamente por el mercado y el empresario. También se encuentran en esta línea, profesionales liberales con el perfil de diseñador gráfico, arquitecto o ingeniero industrial<sup>27</sup>.

Por supuesto, en tales prestaciones la inexistente provisión de retorno-retroalimentación con-del cliente o empresario, es más fácil que desemboque en plazos o trabajos que pueden determinar situaciones de hiper-conectividad o trabajo a disposición, o de neotaylorismo como es por ejemplo el caso de la prestación del trabajo por medio de multi-micro-tareas (caso este último de los “riders” de ‘Deliveroo’ o ‘Glovo’ p. ej.), con consecuencias temporales indeseables al tener que estar a disposición (de cada encargo) en cualquier momento, según la demanda eventual.

Para evitar la ausencia de integración social del trabajador, García, Guevara y Mella (2008: p.453, vid. VII en Anx. bib.), recomienda enriquecer las relaciones interpersonales a efectos de evitar la deshumanización del teletrabajo, por medio de «... reuniones virtuales, teleconferencias, correos electrónicos y sesiones de reuniones periódicas que mantengan vinculado al teletrabajador...»<sup>28</sup>. La misma autora también estima importante la implicación del área de RRHH, para evaluar de forma periódica el clima laboral de la empresa y establecer los ajustes precisos para obtener la percepción y participación de los teletrabajadores.

---

26 Pues aunque implica reglas mínimas de D<sup>o</sup> necesario como las relacionadas con el salario, jornada, etc, su incumplimiento es de difícil coerción en estas circunstancias por la inexistencia de canales que eviten situaciones de escasa cultura preventiva o de inacción sindical o pública.

27 Algunos de los cuales además de manejar las PVD, utilizan otras tecnologías como la impresión aditiva (3D), que bajo las pautas de la colaboración productiva en red con otros profesionales asumen la manufactura pasando de la fábrica al hogar.

28 «cambiar la visión de los Directivos y de las personas que forjan y apoyan la implementación de esta nueva forma de trabajo, en el sentido, de que no se piense que se disminuyen las relaciones sociales, sino que ocurre un cambio en la forma de integrarse, que no necesariamente implica lo presencial». Por eso, la formación organizacional tiene que adaptarse a tales cambios, sin olvidar la trascendencia del cambio de paradigma educativo a tal efecto.

En puridad, cualquiera que sea el tipo de teletrabajo, llegar al equilibrio saludable entre vida personal y laboral (calidad de vida), dependerá en todo caso de los valores entrelazados (confianza, compromiso mutuo, etc.), los criterios de selección del trabajador (experiencia, inteligencia emocional, formación, autonomía, etc.) y del estilo de mando de la empresa (apoyo más que control, medios oportunos, modo de resolver los problemas, etc.), pues en la práctica ésta tiene mucho que decir sobre el grado de flexibilidad a aplicar, la carga y los criterios de resultado, aspectos en relación directa con la salud, el bienestar y la calidad de vida de este trabajador, con menor fuerza al estar aislado para influir en sus condiciones de trabajo.

No obstante, finalmente reiterar que ello no sería suficiente si no se pone en práctica un cambio cultural social de carácter preventivo a nivel educativo y organizacional que promueva salud, creatividad y calidad de vida laboral en un “tandem” conjunto, sobre todo desde la educación a todos los niveles y desde la divulgación social a través de mass media y las distintas administraciones coordinadas. En la empresa en todo caso se trata de hacer factible el equilibrio entre calidad, eficacia y salud, con base en la adecuación del tiempo de trabajo (ergonomía temporal).

En plena conexión con lo expuesto se encuentra la perspectiva del experto preventivo del panel A de nuestra comentada experiencia con grupos de discusión, dedicado a los riesgos nuevos y emergentes, recabándose por García (coord.) que tras introducir en la problemática a los expertos de esta forma, los mismos entienden que: «... a las tradicionales características de nuestro mercado de trabajo, como es la inestabilidad, se han unido nuevos modelos de prestación laboral delimitados por la hiperconectividad, las multi-micro-tareas, o la profundización en los fenómenos de externalización y deslocalización...»<sup>29</sup>» (Op. Cit.: p.18).

Estos y otros elementos fueron valorados por tal grupo de discusión, obteniendo las siguientes conclusiones que tienen una general repercusión, pero también sin lugar a dudas por su importante papel respecto de la organización del trabajo, una gran repercusión para la regulación y gestión saludable o ergonómica de la esfera temporal de tal organización: («...»)

Las tecnologías de la información y comunicación han profundizado en las denominadas zonas grises del Derecho del Trabajo, emergiendo formas de prestar servicios de difícil encaje en las categorías clásicas laborales. En este contexto, y en el ámbito preventivo, parece razonable proteger al fenómeno del trabajo con independencia de la forma jurídica que revista su desarrollo.

De este modo, se aboga por la superación a efectos preventivos de la clásica dicotomía trabajo por cuenta ajena-trabajo por cuenta propia, extendiendo la protección de

---

<sup>29</sup> Agravados cada vez con mayor frecuencia por situaciones de total incerteza jurídica, especialmente en cuanto a los aspectos preventivos atañe (caso de los fenómenos ligados a la economía colaborativa, y más concretamente a la “gig economy”).

la normativa preventiva al trabajo en su conjunto y en cuanto a fenómeno social; y ello, partiendo de la consideración del derecho a la seguridad y salud laboral como un derecho fundamental.

La revolución tecnológica ha generado una necesidad de adaptación constante de los trabajadores a las nuevas formas de producir. Esta necesaria adaptación al cambio debe venir acompañada de instrumentos preventivos que la faciliten y la acomoden a los estándares de seguridad y salud laboral.

En este sentido, se debe prestar una especial atención a los riesgos psicosociales que los procesos de adaptación llevan ínsitos, implantando acciones formativas orientadas a la gestión del estrés y del cambio y, en último término, dirigidas a motivar a los trabajadores frente a los constantes retos a los que se enfrentan en este mundo laboral tan cambiante. Además, se debe tener siempre presente en estos procesos el principio de política preventiva conforme al cual el trabajo debe adaptarse a la persona.

El envejecimiento de la población y la brecha generacional entre los distintos trabajadores que componen las organizaciones, hacen preciso implementar políticas integrales de recursos humanos que permitan la gestión de la experiencia y de la antigüedad.

Esta especial configuración demográfica hace necesario que las acciones formativas se ajusten específicamente a las condiciones particulares de los distintos destinatarios, debiendo consensuarse su diseño con los representantes legales de los trabajadores.

Se reitera en este punto la conclusión a la que se había llegado en el primer apartado de la discusión: frente a las nuevas y cambiantes realidades productivas, la regulación preventiva solo podrá otorgar respuestas parciales y, en muchas ocasiones, extemporáneas.

De este modo, y aun siendo imprescindible un marco jurídico adaptado y que dote de seguridad jurídica a las nuevas formas de trabajo, resulta imperiosa la implementación efectiva de una auténtica cultura preventiva, que debe venir marcada por las acciones formativas y de sensibilización desde la infancia.

## 5. VIGILANCIA REMOTA DEL TIEMPO DEDICADO AL TRABAJO.

En relación con el cambio cultural y educativo que se viene subrayando que ha de significar un cambio auténtico del paradigma moral que, frenando la inercia a la que puede llevar la fascinación por el progreso tecnológico, aproveche las ventajas productivas y de todo tipo de las nuevas tecnologías, en el contexto marcado por la salud y el bienestar humano mediante el control de las mismas, especialmente de la inteligencia artificial (IA) en conexión con los robots y de la metodología del “machine learning” (o aprendizaje automático)<sup>30</sup>, se plantea a continuación el riesgo de la intensificación del control e ins-

---

<sup>30</sup> “ML” o AA es una tecnología que permite hacer automáticas una serie de operaciones procesando una ingente cantidad de información, sobre todo en conexión con “big data”, “IoT”, robots, cobots videoterminales, sensores, geolocalización, etc. Para ello se sirve de árboles de decisiones en razón de los datos disponibles y de fórmulas heurísticas por medio de algoritmos, que evolucionan

trumentalización del trabajador, así como por lo tanto de su tiempo de trabajo y de su disponibilidad y rendimiento, por medio de las nuevas tecnologías.

Entre los artefactos con más capacidad de control del trabajo e invasión de la intimidad se encuentran en pleno desarrollo por ejemplo los sensores de todo tipo, terminales de video o audio, la visión por ordenador, los sistemas, aplicaciones y medios de vigilancia informatizada, y de chequeo de la salud, registros para fichaje o identificación biométricos (de huella, iris, voz o rostro, que pueden tener forma de chips invasivos), etc; incluso los interfaces cerebro-computadora también son ya un hecho<sup>31</sup>.

Tales medios son totalmente operativos en sistemas, robots y maquinas y más eficaces que el ser humano (a salvo del talento y la imaginación), por medio de la IA relacionada con las grandes bases de datos informatizadas o “big data” (BD) y con ‘Internet de las cosas’ (IoT, en inglés), especialmente cuando por medio del aprendizaje automático (ML), se convierten en predictivos y cada vez más autónomos. Con ellos el control del modo y el tiempo de desempeño del trabajador está a un “clic”.

Así, dadas las posibilidades de control y vigilancia que se abren con las NTIC, la formación a todos los niveles y la ciberseguridad tienen un gran trabajo por delante, respecto de la defensa de la privacidad y la protección de datos personales en las relaciones laborales, en base al principio de equilibrio de derechos constitucionales (honor, intimidad, y libertad e igualdad, en general) y el “juicio de proporcionalidad” en el ejercicio del control empresarial (STC 96/2012, de 7 de mayo, y otras del mismo tenor). Zuboff (2019; vid. VIII en Anx. bib.), aboga por la prohibición de este «espionaje al que se somete al usuario “online”», como se ha hecho con los mercados de órganos humanos, puesto que dicha toma ilegítima, secreta y unilateral es vendida y puede ser, está siendo, utilizada en fines oscuros, así como «porque son los enemigos de la autonomía humana y porque producen asimetrías de conocimiento».

Un ejemplo reciente en el ámbito laboral ha sido el del aplicativo ‘Zonar’, que como “herramienta de gestión del talento” se ha utilizado por el área de recursos humanos de una empresa alemana como sistema informático de valoración de empleados (‘el diario. es’, 2019; vid. IX en Anx. bib.), haciendo depender del mismo la evolución del salario y las vías de diálogo. El sindicato mayoritario lo ha tachado de “invasivo, hostil y problemático a nivel de la LPD”, sintiéndose los trabajadores clasificados (rendimiento bajo, bueno y top) y, al ser valorados por los compañeros, observados y estresados, según dicho medio. Para evitar este clima negativo la coevaluación entre iguales, compañeros o colegas, debe ser puesta en valor por la empresa como un medio participativo de aprendizaje en beneficio de sí misma al contemplar el bienestar del trabajador<sup>32</sup>.

---

conforme aumentan tales datos a través de un sistema de inferencias (predicciones) (resumen Asociación APD).

31 A los cuales se ha unido como medio de control en principio de los excesos horarios, el propio nuevo registro de jornada recién regulado en España. No obstante, por todo lo dicho estos trabajadores deberían poder gestionar su tiempo, por lo que un registro puede enrigidecer la relación.

32 Los expertos del panel D (Op. Cit.: p. 54) coinciden en que la autoevaluación y coevaluación son parte del aprendizaje experiencial con redundancia colectiva. Por tanto, no como una forma de

Ello se hace aún más evidente en el caso de los trabajadores digitales, por la total dependencia y uso intensivo de las TIC que pueden agravar las consecuencias de un control tan artificial. La aculturación preventiva y jurídica debe servir para evitar que las mismas se utilicen como reflejo de la desconfianza del empleador, haciendo uso de ellas para una intrusión que incluso puede invisibilizarse, pues esa invasión más que otra cosa probablemente generará menos compromiso y corresponsabilización, así como más estrés e inseguridad en el trabajador, con el riesgo de patologías psicosociales por hiper-conectividad o adicciones al trabajo, ocasionadas por ejemplo por el miedo a la pérdida del empleo o a quedar “descolgado” del mismo.

Un aspecto básico respecto de dicha vigilancia recae sobre qué parte del tiempo total del trabajador se considera tiempo de trabajo efectivo. Según el ET es aquél que el empleado pasa físicamente en su puesto desde el inicio al fin de la jornada diaria (Art. 34. 5 ET), en relación con una jornada que puede pactarse de forma irregular a lo largo del año, siempre que se respeten los descansos diarios y semanales previstos legalmente.

Una aplicación unilateral de la jornada irregular por parte del empresario, que además presupone que no hay posibilidad de entenderse, no es conveniente desde el enfoque preventivo, aunque en defecto de pacto aquél sólo pueda hacerlo en un máximo de un 10%. No obstante, este extremo es razón suficiente a nuestro modo de ver para una intervención colectiva que se solicite con mayor contundencia desde el texto legal (reenvío).

Otra cuestión que respecto de la regulación del tiempo efectivo de trabajo revierte gran interés, es la cuestión relativa al tiempo durante el cual no se produce pero se ha de permanecer a disposición del empresario, la cual merece una mayor concreción jurisprudencial sobre todo respecto de este tipo de trabajadores, o por ejemplo formándose, realizando chequeos médicos, etc. (permisos), es decir, períodos todo ellos que tampoco son de descanso ni de índole estrictamente personal.

El TJUE en interpretación de la Directiva 2003/88/CE (STJUE 21/02/2018-Asunto C-518/15), ha considerado el tiempo relativo a las guardias localizadas y el trabajo “a llamada” como tiempo efectivo de trabajo, a diferencia de lo que nuestro ET establece (presencia física en el puesto). Tal decisión, trasciende a todos los casos en los cuales el trabajador no tiene plena disposición personal para sus relaciones personales y sociales por mor del trabajo o del empresario, o tiene de alguna manera limitada su libertad de tránsito. Ajustándose más a la norma legal estatutaria de nuestro país, el TS previamente había aceptado el cómputo del tiempo en dicha situación, pero siempre que la guardia localizada se realice en el propio centro de trabajo, en cambio.

Por tanto, este aumento del tiempo de trabajo efectivo es de clara aplicación a colectivos como sanitarios o personal de emergencias (guardias ‘localizadas’), pero también podría afectar de lleno por extensión a los sectores y trabajadores vinculados a las TIC, especialmente cuando los mismos tienen limitada su movilidad en el domicilio (lugar de trabajo de muchos teletrabajadores), pues aunque la misma se refiera a las guardias de un

médico por ejemplo (a disposición a través de quizá un “localizador”), el tiempo del teletrabajador también depende de la espera obligatoria de envíos o conexiones electrónicas u otras permanencias similares, aunque no se trate estrictamente de trabajo productivo (revistiendo particular interés en contratas, empresas multiservicios o sectores y colectivos precarizados -mujer, joven, temporal, tiempo parcial, etc.-)<sup>33</sup>.

Sin embargo, sin perjuicio de la relevancia de tal jurisprudencia, habría que decir de nuevo que su aplicabilidad ordinaria depende de que tales premisas se incorporen a la negociación colectiva. Además su exigibilidad tiene las dificultades prácticas que en relación con el teletrabajo se vienen apuntando, sobre todo respecto al trabajo en movilidad, es decir aquél que por medio de las NTIC se realiza en lugares variables, siendo prácticamente inaplicable a la ingente cantidad de trabajadores por cuenta propia, a salvo de un cambio profundo desde el ámbito político-social (LETA, PRL, acuerdos profesionales), en el sentido que también se ha apuntado para los mismos o, al menos en el caso de los autónomos dependientes.

Asimismo, la formación cuando se refiera a la necesaria para el desempeño del puesto debe ser considerada tiempo de trabajo efectivo (STS 11/12/2017), y por lo tanto retribuida y, si es posible, impartida en el horario laboral ordinario.

No obstante, afirmar como es común que por ser obligatoria la formación en materia preventiva es tiempo de trabajo efectivo, no es un grato favor a la cultura preventiva, pues la primera ha de ser fruto de un proceso participativo y aplicado teniendo en cuenta las características de cada puesto-persona (Art. 19 LPRL). Para un aprovechamiento útil del escaso tiempo del teletrabajador y la reducción del habitual tecno-estrés del mismo, se deben evitar las duplicidades y las conexiones digitales innecesarias de éste debido a una formación obligatoria poco “alimenticia”, el cual se haya sometido a una formación continua muy intensa de por sí ante el riesgo de ineptitud por disrupción tecnológica. Así y por ello, el convenio únicamente debe ser orientativo y no un freno a la formación sumamente aplicada cuyo modelo se expone al inicio del último apartado.

Por otro lado, con los actuales presupuestos es de difícil aplicación a este tipo de trabajadores el descuento del tiempo que actualmente el estatuto considera susceptibles de permisos de trabajo (Art. 37 ET), por ejemplo el que se refiere al que las trabajadoras dedican a la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto. Ocurre lo mismo con la realización de exámenes y reconocimientos derivados de la obligación empresarial de vigilancia de la salud, respecto de los cuales ha de tenerse en cuenta que en un futuro, sobre todo en el caso de los trabajadores digitales, los mismos podrían realizarse por medio de medios electrónicos telemáticos (por ejemplo en el propio hogar).

En todo caso, las nuevas tecnologías como se explica a continuación tienen un gran potencial para controlar y establecer una trazabilidad de cualquier gestión que se realiza telemáticamente, como las citadas de carácter formativo o las relacionadas con la salud o

---

<sup>33</sup> Donde se hayan ido implantando los sistema de trabajo a llamada u otro tipo de teletrabajo no conciliatorio, muchas veces sin retribución del tiempo a disposición.



con usencias autorizadas (permisos), lo cual además de motivar el espionaje de datos y la perturbadora vigilancia tecnológica del trabajador, aumenta el tiempo en el cual éste forzosamente ha de estar conectado electrónicamente.

Por eso, sobremanera el trabajo, la formación y la salud del teletrabajador no puede, no conviene para ambas partes, que se cimenten sobre valores o políticas de control extremo o hiper-conectividad, sino en la confianza, la corresponsabilización y en la persecución de objetivos comunes previamente consensuados, los cuales se habrían de garantizar:

A priori con una adecuada selección, es decir, el teletrabajador tiene un perfil distinto: entre otros, experiencia, capacidad digital, iniciativa, autonomía.

A posteriori, con una actualización y formación continua acordes al trabajo y su evolución, que por supuesto incluya la relativa a competencias de organización, gestión del tiempo, afrontamiento emocional, higiene postural, autopromoción de la salud (y demás indicadas al final en el Ap. 6, donde se describe la formación ergonómica del teletrabajador para la optimización de su tiempo y salud).

Naya (2018; vid. X en Anx. bib.), en coincidencia con lo expuesto respecto a un control cada vez mayor de nuestra vida por medio de las tecnologías y el espionaje de datos, entiende que podría evitarse creando un ecosistema de “big data” «... en el que se integre conjuntamente con la tecnología adecuada, las políticas sobre privacidad y confidencialidad y una cultura de uso compartido de los datos. Será por tanto necesario saber adaptar los nuevos trabajos y las relaciones interpersonales...»<sup>34</sup>.

Tras reconocer el derecho a la seguridad digital en relación con que la red garantice la confidencialidad e integridad de los datos de todos los usuarios frente a las amenazas externas (Art. 82), el artículo 87 de la ‘Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales’, reconoce explícitamente a todos los trabajadores y empleados públicos el derecho a la protección de su intimidad en el uso de todo tipo de dispositivos digitales puestos a disposición del mismo por su empleador, al instaurar la obligación de éste de «... establecer criterios de utilización... de acuerdo... a los usos sociales y los derechos reconocidos consuetudinal y legalmente» (por ejemplo determinando el periodo de uso).

En el mismo sentido ha reforzado el ET (trabajadores)<sup>35</sup>. Así, aparte de por razones de intimidad personal y familiar (conciliación), este nuevo precepto instrumenta el derecho a la desconexión digital en torno a la protección del descanso, vacaciones o permisos del

---

34 El uso de sensores es el que puede inferir para el precitado autor, en coincidencia con lo expuesto, un control cada vez mayor de nuestra vida, si no lo evitamos.

35 «Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales» (Artículo 20 bis introducido en el ET por la disposición final decimotercera de la L.O. 3/2018).

trabajador, de manera que fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido y computado (diario, semanal o anual), no se pueda exigir vinculación alguna con la empresa por cualquier medio digital, especialmente en el caso de realización total o parcial del trabajo a distancia o a domicilio.

De nuevo, nos encontramos aquí con dificultades aplicativas sobre todo en ausencia de negociación colectiva, en relación con los teletrabajadores y con todos los trabajadores digitales. No obstante, el último apartado del artículo 88 de la citada ley orgánica establece que el empleador deberá elaborar una política interna que, abarcando inclusive la actuación de los directivos, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, queden publicamente definidas las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital y las acciones de formación y sensibilización del personal para su uso razonable en relación con la fatiga informática.

Supone tal obligación en definitiva que esta es una materia que tiene que formar parte de la planificación preventiva de la empresa forzosamente previa evaluación de riesgos, aunque de ello nada se diga en la LPRL o en el RDPVD, a día de hoy.

Sin embargo, las amenazas informáticas requieren defensas también virtuales para que el derecho a la intimidad en tales entornos no se convierta en meras declaraciones de intenciones. La opinión sobre la importancia moral de estas cuestiones quizá hoy alcanzaría un consenso positivo, empero si los sistemas educativos y la cultura y el aprendizaje organizacional, no se disponen a formar a las personas en valores sino tan sólo en habilidades informáticas para un uso masivo de tales tecnologías, podría ocurrir que se produzca la sustitución de los fundamentos morales por la enorme utilidad que el uso frío e irreflexivo de las prestaciones virtuales ofrece.

Si en el futuro cercano la cultura preventiva quiere conservar su objetividad y el lugar que le corresponde, debe servir para combatir el transfondo pernicioso de los factores de riesgo psicosocial y mental que los procesos venideros de transformación digital van a traer, cualquiera que sea la naturaleza y procedencia de los mismos. Todo ello requerirá sin lugar a dudas una intensa labor formativa y promotora que proporcione el predominio de la reflexión sobre la automatización. Veremos si con ayuda de las máquinas y el aprendizaje ergonómico, la adecuación del tiempo se dirige más a la consecución de objetivos eficaces y motivadores, en el contexto de un buen desempeño y de la conciliación entre los espacios laboral y extra-laboral, que a su mera transacción.

El camino a seguir es la elaboración ergonomica de unos objetivos del puesto sanos y productivos que ajusten correlativamente tiempo, descanso, ritmo e intensidad del trabajo en un contexto de confianza mutua, de forma que se excluya por innecesario el uso de datos de registros informáticos como medio de control, o para su uso indebido, o a peor, manejados a modo de invasión o acoso del trabajador, así como formas de control difíciles de flexibilizar y muy propensos a tales usos como es el registro de jornada cronográfico, claro promotor del presentismo, sobre todo cuando el trabajo se reluce en movilidad o en lugares de titularidad distinta a la del contratante (a distancia, teletrabajo o “smart working”), dada

la comentada naturaleza de estos trabajos.

## 6. ERGONOMÍA TEMPORAL: FORMACIÓN Y APRENDIZAJE SISTÉMICO

Resumidamente la ergonomía es la ciencia que se ocupa de analizar y adecuar la interacción entre el hombre, los equipos de trabajo y el entorno laboral (persona-puesto-lugar de trabajo). Para ello tiene en cuenta los aspectos físicos, cognitivos y organizativos del mismo, adaptando el puesto, elaborando procedimientos de trabajo y formando al respecto. Dicho análisis, diseño y aplicación es sumamente interdisciplinar (o mejor trans-disciplinar) y participativo (todos los implicados).

Dentro de la ergonomía, la faceta temporal forma parte de la ergonomía organizativa pues se aplica sobre horarios, turnos, jornada, pausas, descansos, ritmo de trabajo, etc., haciendo que el tiempo de trabajo sea, a la vez, saludable y productivo. Por ello, se centra en la adecuación de la organización del tiempo del trabajo incidiendo también en las cuestiones actitudinales para ello, con el objetivo de evitar problemas psicosociales y fatiga. No obstante, la ergonomía temporal carecería de eficacia sino se aplicara en relación con la ergonomía ambiental, geométrica o de la comunicación, así como teniendo en cuenta un enfoque sistémico de la prevención y el aprendizaje, orientado a una dirección, gestión y operación de la empresa ajustada a valores y parámetros macroergonómicos<sup>36</sup>.

Dicho enfoque y los problemas estructurales supra-empresariales a los que aludíamos a lo largo de la comunicación, han de llevar a tratar la cuestión de la organización del trabajo desde la educación. También, sin perjuicio de que como ya se ha tenido ocasión de esgrimir dicha educación a efectos preventivos solo sea eficaz si se imparte desde la infancia, es de mucha relevancia la implementación transversal de la materia en la FP y la Universidad (en esta última muy poco presente), destacando dentro de este último ámbito educativo la carencia de grados con contenidos preventivos transversales y de una titulación de grado (o, al menos, otra perspectiva de postgrado), que capacite adecuadamente al técnico superior de la prevención, como asesor principal que es en el proceso complejo de culturización preventiva de la empresa (vid. panel C; Op. Cit.).

Aparte del impulso educativo multinivel que en el ámbito preventivo específico debe darse, y dada la disrupción jurídica y práctica que las nuevas tecnologías están produciendo con el impulso proveniente especialmente de la IA, se tiene que producir un cambio profundo en las metodologías de impartición de todos los tipos de formación organizacional para lograr un aprendizaje abierto, creativo y aplicado. Asimismo, ello afecta profundamente a la formación y el aprendizaje preventivo en la empresa, pues la prevención es una de las disciplinas con mayor responsabilidad en la creación de los marcos actitudinales precisos para tal magno cambio de paradigma.

Por tanto, tales reformas estructurales deben de encabezar las que asimismo se han

---

<sup>36</sup> Para la IEA (Asociación Internacional de Ergonomía), la ergonomía organizacional o Macroergonomía, se preocupa por la optimización de sistemas socio-técnicos, incluyendo sus estructuras organizacionales, las políticas y los procesos.

de producir en el marco de la gestión del conocimiento en la propia empresa, pues las mismas tienen una decisiva influencia en el sistema de gestión de las organizaciones, pero en todo caso es a la mejora del funcionamiento de este último al que ellas deben dirigirse. Un sistema de gestión que debe centrarse en el aprendizaje experiencial, así como en el intercambio, internalización y explicitación del mismo dentro de la empresa y fuera de ella, haciéndose cada vez más visible en procedimientos de organización y de trabajo, que con la participación de la dirección, mandos intermedios y trabajadores en mutua retroalimentación, tienen suma dinamicidad y aplicabilidad. De esta manera se alcanzará un aprendizaje de carácter funcional, saludable y productivo (vid. panel D; *Ibíd.*).

En salud laboral se requiere incorporar técnicas modernas como el aprendizaje basado en problemas, simulación, 3D y realidad aumentada, así como conformar la formación más a “pie de tajo” e implicar a los trabajadores y su retorno experiencial, utilizando la capacidad de comunicación, puesta en común e instantaneidad de intranets, webs, foros, redes, etc., así como incorporando dispositivos manejables y versátiles tales como portátiles, tablets y móviles.

A continuación por fin, se establecen las líneas y contenidos básicos a impartir en relación a la mejor resolución de los problemas y deficiencias micro-ergonómicas que se han sustanciado arriba respecto al tiempo de trabajo (esta formación es conveniente que se imparta del lado del trabajador y del lado del empresario, normalmente):

### **1. Uso de herramientas tecnológicas (dispositivos/aplicaciones): [dirigida a trab. y M.I.]**

Formación específica a teletrabajadores y responsables directos sobre: Internet, teléfonos móviles y bluetooth («mayor satisfacción»), así como extranet, código de barra, la comunicación P2P (persona a persona) y la realidad virtual («puntajes menores»)<sup>37</sup>.

Uso de dispositivos relacionados con la salud: dispositivos de chequeo, de medición del estrés, biorritmos y otros indicadores fisiológicos, de gestión del deporte o ejercicio físico, testadores de calidad del aire, etc.

Formación sobre selección y planificación de su aprendizaje continuo y del uso y realización de aplicaciones de auto-formación y comunicación: 3D, RA, gamificación, vídeo-conferencias, vídeo-tutoriales, plataformas de formación, bancos de datos, repositorios webs, redes y chats formativos, etc.

Manejo fluido de asistentes virtuales y “chatbots” colaborativos, así como de aplicaciones y portales vinculados a gestiones administrativas.

Ciber-seguridad y protección de datos virtuales.

### **2. Sedentarismo, higiene postural y promoción de la salud: [dirigida a todos]**

---

<sup>37</sup> García, Guevara y Mella (Op. Cit.).

Sedentarismo y promoción de la salud: a) Respuesta del organismo al ejercicio físico adaptado y modos de realizarlo, el ejercicio físico como medio terapéutico (del aparato osteomuscular y cardiovascular, el estrés y otros problemas psicológicos y mentales, etc.), b) beneficios y modos de incorporación de ejercicio físico en las formas de esplazarse al trabajo, etc.

Promoción de la salud:

- a) Fatiga tecnológica y su prevención
- b) Nutrición y deporte
- c) Hábitos saludables y estilos de vida
- d) Prevención y tratamiento de las adicciones
- e) Gestión del tiempo libre y la calidad de vida, etc.

Higiene postural y organización del trabajo: a) Modo de sentarse, alternancia de tareas y pausas activas, ergonomía de los equipos y dispositivos, b) Gestión eficaz del tiempo de trabajo en relación con su carga e intensidad, sus pausas y descansos, así como en conciliación con la vida personal, c) Gestión del tecno-estrés, la hiper-conectividad y la adicción a las NTIC, d) Desarrollo de habilidades de comunicación y formas de apoyo en el entorno laboral y familiar.

### **3. Psicoeducación o afrontamiento personal psicosocial<sup>38</sup>:**

Todos deben estar formados en habilidades cognitivas, de desactivación y conductuales, unidas a las de comunicación, participación y trabajo en equipo, y en el modo de hacerlo virtualmente o alternando con trabajo presencial o intercambios profesionales.

Disminución de emociones negativas:

De sesgos cognitivos en la atención e interpretación.

Relajación-disminución de la activación fisiológica.

Cambios de conducta: mejora del autocontrol y del afrontamiento.

Aumentar emociones positivas:

Atención de estímulos positivos.

Anticipación de resultados positivos.

Aplicación de habilidades y fortalezas: optimismo, humor, autorregulación, generosidad, etc.

Procedimientos:

Aprendizaje emocional: cognitivo, asociativo y operante.

Autorregulación emocional.

Inteligencia emocional.

---

<sup>38</sup> Según Cano, 2019 (Vid. XI en Anx. bib.). Por su parte, García, Guevara y Mella (“ut supra”) manifiestan que es fundamental «... fomentar el desarrollo de competencias técnicas y actitudinales como la apertura al cambio, la flexibilidad, la automotivación, la autoorganización a través de entrenamientos, cursos y seminarios, además, de realizar una planificación de cómo se irán desarrollando, quiénes serían los facilitadores idóneos y los recursos necesarios para llevarlos a cabo» (alude al área de RRHH).

Psicología positiva.  
 Psicología clínica cognitivo-conductual.

### ANEXO DE REFERENCIAS Y TEXTOS CONSULTADOS<sup>39</sup>:

Estrategia Andaluza de Seguridad y Salud en el Trabajo 2017-2022 (2017). ‘3. Diagnóstico de la situación de la prevención de riesgos laborales en Andalucía’. Consejería de Empleo, Empresa y Comercio (Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, Instituto Andaluz de PRL).

Miño, J., Rubio, J.C., Cobos, D. y García, G. (2019). ‘Cultura de la prevención y formación de los trabajadores. Reflexiones y propuestas desde el ejercicio profesional’. Asociación Científica de Expertos en Seguridad y Salud Laboral de Andalucía.

Garzón, M.A. (2006). ‘Condiciones para el aprendizaje organizacional’. Documento de Investigación No 25. Facultad de Administración.

Boccaro, V., Delgoulet, C., Zara-Meylan, V., Barthe, B., Gaillard, I., Meylan, S. (2019). ‘The role and positioning of observation in ergonomics approaches. A research and design project’. Proceedings of IEA Congress, Volume VII: Ergonomics in Design, Design for All, Activity Theories for Work Analysis and Design, Affective Design. The 26th-31 th of August 2018, Florence (Italy).

Descatha et al. (2019). ‘Association Between Reported Long Working Hours and History of Stroke in the CONSTANCES’. *Stroke*. 2019;50:1879–1882.

Avilés, J.A., Martínez, S., Mendez, L., Rodríguez-Rico, V., y Todolí, A. ‘El trabajo en la economía colaborativa y la PRL’ (resumen ejecutivo). Secretaria de Salud y MA de UGT-CEC.

García, Raquel E.; Guevara, María Eugenia; Mella, Laura. ‘Calidad de vida laboral de teletrabajadores, en entornos de trabajo que utilizan las tecnologías de la información y la comunicación en la República Dominicana, en el año 2007’. *Ciencia y Sociedad*, vol. XXXIII, núm. 3, julio-septiembre, 2008, pp. 442-461 Instituto Tecnológico de Santo Domingo. Santo Domingo, República Dominicana.

Zuboff, S. (2019). ‘The age of surveillance capitalism’. *Public Affairs & Profile Books*. Aldo Mas (26/11/2019). ‘“Capitalismo de vigilancia”: Zalando pide a sus empleados que valoren a sus compañeros para medir el rendimiento’. *El diario.es* (economía). Naya, S. ‘Nuevo paradigma de Big Data en la era de la industria 4.0. TOG (A Coruña) [revista en Internet]. 2018 [fecha de la consulta]; 15 (27): 4-9. [referencia solicitada por el autor].

Cano, A. (2019). ‘II Congreso Prevencionar’. Centro de Exposiciones MEEU de Madrid, 3 y 4 de octubre de 2019.

---

<sup>39</sup>No incluye normas y publicaciones citadas por completo a lo largo del texto de la comunicación.

**PONENCIA ESPECÍFICA**  
**EL CONCEPTO DE TIEMPO DE TRABAJO Y SU DELIMITACIÓN COMO**  
**TRABAJO EFECTIVO POR LA JURISPRUDENCIA**

*Pompeyo Gabriel Ortega Lozano*  
*Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad de Granada*

1. Contexto general sobre el tiempo de trabajo efectivo
2. No se considera tiempo de trabajo efectivo el desplazamiento de los cuidadores hasta el domicilio del usuario por no acreditarse cuestiones fácticas del caso concreto
3. El tiempo de presencia en el transporte de enfermos y accidentados en ambulancia no se considera tiempo de trabajo efectivo
4. No se considera tiempo de trabajo efectivo el destinado por los tripulantes de cabina al reconocimiento médico y la recogida de uniformes por ser una de las contrapartidas exigidas por la empresa para ampliar los días libres
5. Las guardias no presenciales de los técnicos de mantenimiento de aeronaves con la limitación de responder en tiempo razonable (máximo cincuenta minutos) no se considera tiempo de trabajo efectivo
6. Se considera tiempo de trabajo efectivo el invertido por los enfermeros para transmitirse información médico-sanitaria de los pacientes
7. Cuando queda excluido por convenio colectivo el descanso para el bocadillo no se considera tiempo de trabajo efectivo
8. Se considera tiempo de trabajo efectivo el destinado a la formación necesaria para el desempeño del puesto
9. No se considera tiempo de trabajo efectivo el primer y último desplazamiento de los trabajadores de ayuda a domicilio
10. No se considera tiempo de trabajo efectivo la guardia localizada en la que el trabajador debe estar atento al móvil
11. El infarto debe considerarse accidente de trabajo al encontrarse el trabajador en tiempo de trabajo efectivo
12. No se considera tiempo de trabajo la localización médica en la que no se imponen condiciones restrictivas de disponibilidad
13. La guardia localizada de prevención de incendios con un plazo máximo de respuesta de treinta minutos no se considera tiempo de trabajo efectivo
14. Conclusiones.

Resumen. Implantado el registro o control diario de la jornada laboral, una de las cuestiones que más problemas está suscitando en la práctica es la de determinar qué se entiende por “tiempo de trabajo” y qué debe computarse como “tiempo de trabajo efectivo”. Al hilo de lo anterior, el artículo 34.5 ET establece que “el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”. Cuestión que está dando lugar a conflictividad en nuestros tribunales, lo que pretendemos clarificar con esta ponencia específica a raíz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su recepción por el Tribunal Supremo, así como la doctrina seguida por tribunales inferiores (a raíz del criterio restrictivo asumido por el Tribunal Supremo): interpretación jurisprudencial que no siempre resulta congruente entre sí como podrá comprobarse a lo largo del desarrollo de la temática.

Palabras clave. Tiempo, trabajo, efectivo, jornada, descanso



## 1. CONTEXTO GENERAL SOBRE EL TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO

No existe en nuestro ordenamiento jurídico definición alguna del tiempo de trabajo. Tiempo de trabajo que, según doctrina, puede definirse como “encuadramiento temporal de la deuda de actividad a cargo del trabajador”<sup>1</sup>, o como el “tiempo que cada día invierte el trabajador en cumplir sus obligaciones para con el empresario, derivadas del contrato de trabajo”<sup>2</sup>. De conformidad con el artículo 34.5 ET, “el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”. Esta definición está anclada en la presencia física del trabajador en su puesto de trabajo. Pero lo cierto es que nuestra normativa no ofrece ninguna indicación más. El caso es que este precepto significa que el tiempo de trabajo empieza a computar desde el momento en que el trabajador está presente en su puesto de trabajo preparado para comenzar a trabajar, lo que, en un principio, hace excluir todo el tiempo destinado a realizar aquellas actividades previas preparatorias a la llegada al puesto de trabajo o posteriores a la retirada del mismo<sup>3</sup>.

Por otra parte, la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en su artículo 2, sí define el tiempo de trabajo como “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”. Concepto que se concibe en contraposición al de período de descanso, al excluirse mutuamente ambos conceptos: por tanto, no pueden existir situaciones intermedias. Al hilo de lo anterior, el propio TJUE considera que deben darse tres elementos o criterios constitutivos para que el tiempo se considere tiempo de trabajo efectivo<sup>4</sup>: a) Criterio espacial: permanencia en el centro de trabajo. b) Criterio de autoridad: estar a disposición del empresario. c) Criterio profesional: estar ejerciendo su actividad o sus funciones (obedecer las instrucciones del empleador).

Es doctrina del TJUE aquella que establece que la presencia física y la disponibilidad del trabajador en el lugar de trabajo, durante el período de guardia, a los efectos de prestar

---

1 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y MONREAL BRINGSVAERD, E. J.: “La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores”, RMTS, núm. 58, 2005, p. 57.

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

3 POQUET CATALÁ, R.: “Consideración en torno al tiempo de trabajo: tiempo de desplazamiento, tiempo de disponibilidad y limitación del tiempo de trabajo efectivo”, Revista de derecho de la seguridad social, núm. 19, 2019, p. 174.

4 MARTÍN RODRÍGUEZ, O.: “Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español”, en Nueva revista española de derecho del trabajo, núm. 194, 2017, pp. 239 y ss. MARTÍN RODRÍGUEZ, O.: La ordenación del tiempo del trabajo en España, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017, passim. MOLINA NAVARRETE, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso”, en Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, núm. 138, 2017, p. 263.

sus servicios profesionales, debe considerarse como ejercicio o desarrollo de funciones<sup>5</sup>. En efecto, conforme la anterior afirmación, no puede excluirse del concepto de “tiempo de trabajo”, el periodo de tiempo que el trabajador está de guardia en presencia física, aunque no realice funciones o trabajo alguno, pues lo contrario iría en contra del objetivo de la Directiva 2003/88, cual es, garantizar la salud y seguridad de los trabajadores, de manera que puedan disfrutar de periodos mínimos de descanso y de periodos de pausa adecuados<sup>6</sup>. De la STJUE de fecha 9 de septiembre de 2003 extraemos la conclusión de que el factor determinante para calificar como “tiempo de trabajo” la actuación de un trabajador (médicos que están de guardia física) es el hecho de que el trabajador esté obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad<sup>7</sup>. En la STJUE de fecha 10 de septiembre de 2015 se confirma que toda vez que los desplazamientos son consustanciales a la condición de trabajador que carece de centro de trabajo fijo o habitual, el centro de trabajo de estos trabajadores no puede reducirse a los lugares de intervención física de estos trabajadores en los centros de los clientes de su empresario. De lo anterior se deduce que, cuando los trabajadores hacen uso de un vehículo de empresa para dirigirse desde su domicilio a un cliente asignado por su empresario o para regresar a su domicilio desde el centro de tal cliente y para desplazarse de un cliente a otro durante su jornada laboral, debe considerarse que estos trabajadores permanecen “en el trabajo”, y, por tanto, todo este tiempo empleado se considerará “tiempo de trabajo”<sup>8</sup>. Y de la STJUE de fecha 21 de febrero de 2018 extraemos que la obligación de permanecer presente físicamente en el lugar determinado por el empresario y la restricción que, desde un punto de vista geográfico y temporal, supone la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos, limitan de manera objetiva las posibilidades que tiene un trabajador de dedicarse a sus intereses personales y sociales y, por tanto, debe considerarse “tiempo de trabajo”<sup>9</sup>.

Por otro lado, existen numerosos problemas relacionados con la actividad laboral que, en un principio (como regla general que admite excepciones), parecen quedar eliminadas del cómputo de la jornada (cambio de vestuario; tiempo de desplazamiento hasta llegar al centro de trabajo; salida del trabajo; aseo después del trabajo, salvo que se trate de actividades peligrosas, tóxicas o infecciosas, entre otros supuestos). Por otro lado, el propio Estatuto de los Trabajadores decide computar como tiempo de trabajo determinados periodos en los que, técnica y jurídicamente, no existe trabajo efectivo, pues no hay ejercicio de la actividad, ni tampoco el trabajador está a disposición del empresario. Nos referimos a supuestos como los permisos del artículo 37.3 ET (matrimonio, fallecimiento, accidente, enfermedad, hospitalización, traslado del domicilio habitual, cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, funciones sindicales o de representación del

5 STJUE de 3 de octubre de 2000, Simap, C-303/98, [EU:C:2000:528], apartado 48.

6 STJUE de 3 de octubre de 2000, Simap, C-303/98, [EU:C:2000:528], apartado 49. STJUE de 21 de febrero de 2018, Matzak, C-518/15, [ECLI:EU:C:2018:82], apartado 58.

7 STJUE 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C-151/02, EU:C:2003:437, apartado 63.

8 STJUE 10 de septiembre de 2015, asunto C-266/14, Tycó, [ECLI:EU:C:2015:578].

9 STJUE 21 de febrero de 2018, asunto C-518/15, Ville de Nivelles y Rudy Matzak, [ECLI:EU:C:2018:82].

personal, la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, casos de adopción, etcétera) dónde el legislador crea una ficción jurídica<sup>10</sup>; a las vacaciones anuales<sup>11</sup>; los períodos de tiempo no trabajados por causas imputables al empresario (su solución se recoge, a sensu contrario, en el artículo 30 ET); o supuestos de formación necesaria donde el artículo 23.1.d.) ET recoge expresamente lo siguiente: “el tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo”.

Desarrollado el contexto general sobre el tiempo de trabajo efectivo y el criterio jurisprudencial amplio que viene aplicando el TJUE analicemos, a continuación, casos recientes resueltos por la jurisprudencia española.

## **2. NO SE CONSIDERA TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO EL DESPLAZAMIENTO DE LOS CUIDADORES HASTA EL DOMICILIO DEL USUARIO POR NO ACREDITARSE CUESTIONES FÁCTICAS DEL CASO CONCRETO**

En la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 1 de diciembre de 2015<sup>12</sup>, se analiza el abono de gastos por desplazamiento en plena vinculación con el tiempo de trabajo efectivo. Para el Tribunal Supremo, la interpretación literal del precepto controvertido del convenio colectivo conduce a la conclusión de que los “gastos de desplazamiento” están previstos para dos supuestos determinados: a) Realización del servicio, dentro de la jornada laboral, a requerimiento de la empresa, que comporte la necesidad de utilizar medios de transporte; o b) Naturaleza del servicio y organización del trabajo que implique la necesidad de utilizar medios de transporte para su prestación, especialmente en los desplazamientos entre servicios de tipo rural o semirural. En ambos supuestos se contempla el abono de estos gastos que suponen la necesidad de utilizar medios de transporte, cuando son realizados dentro de la jornada laboral, bien a requerimiento de la empresa (supuesto a), bien en desplazamientos entre servicios de tipo rural o semirural (supuesto b), pero en modo alguno prevé el abono de dichos gastos por la utilización de medios de transporte fuera de la jornada laboral, ni en el desplazamiento del trabajador desde su domicilio hasta el primer usuario, ni en el desplazamiento desde el último usuario hasta el domicilio del trabajador.

Comparando tal supuesto con el resuelto por la sentencia TJUE, C-266/14, asunto Tyco, se revela la existencia de grandes diferencias entre ambos. En efecto, en el asunto Tyco se había procedido al cierre de las oficinas abiertas en diferentes provincias adscribiendo a todos los trabajadores a las oficinas centrales de Madrid, realizando su trabajo en la zona territorial a la que están adscritos, que comprende la totalidad o parte de la provincia en la que trabajan o, en ocasiones, varias provincias. Se desplazan en un vehículo de la empresa, desde su domicilio a los centros donde han de realizar las tareas de instalación,

---

10 BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: Tiempo de trabajo y tiempo de descanso, tesis doctoral, Universidad de Alicante, 2016, p. 67. BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: Tiempo de trabajo y tiempo de descanso, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, *passim*.

11 MONEREO PÉREZ, J. L. y GUINDO MORALES, S.: “La nueva doctrina comunitaria sobre las vacaciones como período de descanso: el reciente acervo jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 67, 2019, *passim*.

12 STS 1 de diciembre de 2015 [RJ 2015\6208].

siendo la distancia muy variable, en ocasiones, hasta de 100 km, debiendo asimismo desplazarse una o varias veces a la semana a las oficinas de una agencia logística de transporte para recoger aparatos, piezas y material. La empresa calcula la duración de la jornada diaria contabilizando el tiempo transcurrido entre la hora de llegada al centro del primer cliente del día y la hora de salida del centro del último cliente, mientras que, con anterioridad al cierre de las oficinas provinciales, la empresa calculaba la jornada desde la entrada en las mencionadas oficinas para retirar el vehículo.

Sin embargo, en el asunto ahora examinado, no consta que concurran ninguna de estas circunstancias, ya que no se ha acreditado que los trabajadores deban acudir desde su domicilio al domicilio del usuario, ni que la distancia al mismo pueda alcanzar hasta 100 km, ni que los domicilios a los que han de acudir se encuentren en diferentes provincias, ni que con anterioridad se iniciara el cómputo de la jornada contabilizando desde que se incorporaban al centro de trabajo de la empresa.

Como reflexión, señalar que el Tribunal Supremo cierra la puerta a la aplicación de la renovada interpretación jurídica sobre el tiempo efectivo de trabajo sobre el sustento de que no nos encontramos ante un mismo supuesto<sup>13</sup>. En otros términos: para el Tribunal Supremo todo se reduce a una cuestión fáctica<sup>14</sup>. Es decir: que se den todas las notas del propio asunto Tyco, de lo contrario, la doctrina del TJUE no podrá ser aplicada. Por tanto, queda el Tribunal Supremo anclado a la literalidad de la propia ley nacional<sup>15</sup>.

### 3. EL TIEMPO DE PRESENCIA EN EL TRANSPORTE DE ENFERMOS Y ACCIDENTADOS EN AMBULANCIA NO SE CONSIDERA TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO

En la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 21 de abril de 2016<sup>16</sup>, se analiza si debe considerarse tiempo de trabajo efectivo las horas de presencia en el sector del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia. En concreto, se solicita por la parte demandante que “las horas denominadas de presencia son horas de trabajo efectivo, y que tendrán la consideración de horas extraordinarias cuando su prestación implique la superación de una jornada de 40 horas semanales en cómputo anual”.

El artículo 8.1 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre sobre jornadas especiales de trabajo, normativa aplicable al traslado en ambulancia de enfermos y accidentados, dispone que “para el cómputo de la jornada en los diferentes sectores del transporte y en el trabajo en el mar se distinguirá entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia. Se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo aquel en el que el trabajador

13 CABEZA PEREIRO, J.: “Algunas reflexiones a la vista del asunto Tyco sobre el concepto de tiempo de trabajo”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2016, p. 41.

14 Lo mismo ocurre en la STSJ de Andalucía, Granada, 2 de marzo de 2017 [AS 2017\89].

15 MOLINA NAVARRETE, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 138, 2017, p. 266.

16 STS 21 de abril de 2016 [RJ 2016\2147].

se encuentre a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga. Se considerará tiempo de presencia aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares”. Termina el precepto disponiendo que “en los convenios colectivos se determinarán en cada caso los supuestos concretos conceptuales como tiempo de presencia”.

Respecto a los tiempos de presencia, el artículo 8.3 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre sobre jornadas especiales de trabajo, fija su tope máximo cuando dispone lo siguiente: “los tiempos de presencia no podrán exceder en ningún caso de veinte horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes y se distribuirán con arreglo a los criterios que se pacten colectivamente y respetando los períodos de descanso entre jornadas y semanal propios de cada actividad”; lo que queda limitado por el propio convenio colectivo aplicable que fija su tope en 50 horas al cuatrimestre. Y dado que la regulación contenida en el convenio colectivo no contradice el límite de horas establecido en el art. 8.3 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre sobre jornadas especiales de trabajo, la disposición convencional no resulta contraria a derecho.

Sin embargo, e imaginamos que por haber seguido un criterio más restrictivo que el sustentado por los tribunales europeos, el propio Tribunal Supremo termina la sentencia con la siguiente coletilla: “queremos también expresar que, no obstante, no se nos escapa que en dicho concepto (el de “tiempo” de presencia”) se incluyen situaciones que pueden calificarse cuando menos de dudoso tiempo de espera, como puede ser la conducción sin servicio, averías y que el servicio de guardia no consta donde se presta si en el domicilio del trabajador o en instalaciones de la empresa, pero ello debería dilucidarse en cada caso concreto (individualmente), pues en el presente litigio tampoco se ha practicado prueba adecuada ni el objeto del debate se ha particularizado”.

#### **4. NO SE CONSIDERA TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO EL DESTINADO POR LOS TRIPULANTES DE CABINA AL RECONOCIMIENTO MÉDICO Y LA RECOGIDA DE UNIFORMES POR SER UNA DE LAS CONTRAPARTIDAS EXIGIDAS POR LA EMPRESA PARA AMPLIAR LOS DÍAS LIBRES**

En la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 4 de mayo de 2016<sup>17</sup>, la parte demandante solicita la declaración de nulidad del precepto del convenio colectivo que establecía la programación de los reconocimientos médicos en días libres, lo que no es acogido por este tribunal. En efecto, se define el tiempo de trabajo del personal de vuelo como el período durante el cual el personal permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, lo que, obviamente, no comprende el tiempo dedicado al reconocimiento médico, sin perjuicio de que, por disposición legal o convencional, pudiera asimilarse al mismo.

<sup>17</sup> STS 4 de mayo de 2016 [RJ 2016\2450].

Para la actora, el redactado del convenio colectivo cuya nulidad pretende sería contrario a disposiciones legales de derecho necesario. Y lo sería porque al establecer el convenio que los reconocimientos médicos deben realizarse en días libres estaría infringiendo el carácter de derecho necesario que implica que el día libre no es tal si se realiza alguna actividad, aunque sea no laboral en interés de la empresa. Frente a tal razonamiento, la sentencia recurrida ha constatado que el convenio establece bastantes más días libres que los que impone la legalidad vigente. A partir de ese punto considera la sentencia recurrida, en interpretación que esta Sala del Tribunal Supremo comparte, que tal circunstancia hace admisible que se programen reconocimientos médicos en día libre puesto que esa fue una de las contrapartidas exigidas por la empresa para ampliar los días libres y los días sin servicio lo que fue aceptado por los representantes de los trabajadores y, como tal acuerdo, incorporado al convenio. Con ello se está afirmando la amplia capacidad que tiene el convenio colectivo para regular las materias, introducidas por la norma convencional, en lo que superen el derecho necesario.

Por otro lado, se solicitaba por la parte demandante que se anulase el precepto del convenio colectivo que establecía que la recogida, pruebas y cambios de uniforme se realizarán fuera de la jornada laboral. Sin embargo, se rechaza tal petición por diferentes razones: por una parte, la exigencia del uniforme deriva de la normativa aeronáutica; y, por otra, en realidad el tiempo que se consume en la recogida, prueba o cambios de uniforme no es tiempo de trabajo puesto que se trata de espacios temporales en los que los trabajadores no están en sus puestos de trabajo a disposición del empresario, sin cuyo requisito no estamos realmente en presencia de tiempo de trabajo efectivo. En efecto, cuando no hay disposición del tiempo de trabajo del trabajador al empresario, no puede hablarse de que pueda existir prestación de trabajo efectivo. Es verdad que, en algunas ocasiones, la ley otorga la consideración de trabajo efectivo a un tiempo en el que no hay prestación de trabajo, ni plena disposición; pero ello se hace en atención a unas concretas circunstancias; generalmente, a que tal tiempo redunda, a la postre, en beneficio del empresario.

En muchas ocasiones es el convenio colectivo el que asimila descansos o tiempo libre como tiempo efectivo de trabajo, lo que aquí no ha ocurrido. Fuera de estos casos, hay que estar a las circunstancias concretas del supuesto. Es por ello que, hay que tener presente, se trata del tiempo necesario para que los trabajadores puedan cumplir con un requisito previsto legalmente para el desempeño de su trabajo, que la empresa corre con los gastos de confección, que es el propio convenio el que establece que el tiempo discutido no es tiempo de trabajo puesto que debe realizarse en días libres y que en el convenio se establecen días libres en cuantía mayor que la exigida legalmente.

##### **5. LAS GUARDIAS NO PRESENCIALES DE LOS TÉCNICOS DE MANTENIMIENTO DE AERONAVES CON LA LIMITACIÓN DE RESPONDER EN TIEMPO RAZONABLE (MÁXIMO CINCUENTA MINUTOS) NO SE CONSIDERA TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO**

En la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 18 de noviembre de 2016<sup>18</sup>, “el conflicto a dirimir gira en torno a un acuerdo colectivo que instaura y regula un sistema de guardias

<sup>18</sup> STS 18 de noviembre de 2016 [RJ 2016\6085].

no presenciales por períodos de 18 horas, durante las cuales los técnicos de mantenimiento de aeronaves se mantienen a disposición de la empresa con un margen de reacción que, con carácter general, es de un máximo de 50 minutos. Si durante la guardia se realiza un servicio, el tiempo dedicado a este último computa a efectos de la jornada anual, pero la mera guardia sin servicio es tratada por la empresa como tiempo de descanso. Tanto la mera guardia como los servicios reciben compensación económica específica”. Por tanto, “lo que debe determinarse es si ese tiempo de guardia sin servicio que, como decimos, viene considerándose por la empresa como tiempo de descanso, debería contabilizarse en realidad como tiempo de presencia. Y en caso de que así fuera, extraer las consecuencias pertinentes en cuanto al respeto al descanso entre jornadas y al tiempo máximo de presencia semanal dispuestos”.

En efecto, las normas que se denuncian como vulneradas distinguen entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia en el sector de transporte, pero hace una remisión expresa a la regulación convencional: “en los Convenios Colectivos se determinará en cada caso los concretos supuestos conceptuales como tiempo de presencia”. De la indicada regulación sobre la naturaleza jurídica del tiempo de guardia “on call” se desprende que se trata de un servicio establecido para poder atender una guardia en caso de que fuera necesario, pero que no requiere la presencia del trabajador en un lugar señalado por el empresario. El trabajador durante ese servicio “on call” tiene completa libertad de movimientos y solamente se le exige un tiempo razonable de respuesta cuando es requerido para la efectiva prestación de una guardia. Por otro lado, es importante señalar que ese tiempo de espera en el servicio “on call” es remunerado por la empresa de conformidad con lo establecido en el apartado “compensación económica por servicio on call”, incluido en el referido acuerdo marco que regula este servicio.

La situación de disponibilidad en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica el desarrollo de ningún trabajo, y, por ende, está claramente fuera de la jornada laboral. En definitiva, en tal situación el trabajador dispone de libertad para atender incluso a sus tareas personales o familiares, sin otras limitaciones que responder en tiempo razonable a los requerimientos que reciba para la prestación efectiva de una guardia.

#### **6. SE CONSIDERA TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO EL INVERTIDO POR LOS ENFERMEROS PARA TRANSMITIRSE INFORMACIÓN MÉDICO-SANITARIA DE LOS PACIENTES**

De conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 20 de junio de 2017<sup>19</sup>, se debe computar como tiempo de trabajo efectivo, el invertido por los enfermeros para transmitirse información médico-sanitaria de los pacientes, pues no hay duda de que es de absoluta necesidad para el adecuado tratamiento y seguridad de los enfermos ingresados y, además, se lleva a cabo en el propio puesto de trabajo, antes de iniciarse y concluirse el respectivo turno.

---

<sup>19</sup> STS 20 de junio de 2017 [RJ 2017\3112].



Con esta sentencia se analiza si la transmisión de información sobre los pacientes por parte de los enfermeros se considera o no tiempo efectivo de trabajo. Para tal consideración, el convenio colectivo de aplicación no ofrece definición alguna de tal concepto. Por tanto, de conformidad con el artículo 34 ET, “la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo” y, en todo caso, “el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”. Sin olvidar que la escasa regulación que el Estatuto de los Trabajadores contiene tiene carácter de derecho necesario relativo, lo que significa que sus previsiones son exclusivamente modificables en términos favorables para el trabajador.

Pues bien, en su concepción jurídico-laboral estricta, el concepto de “jornada de trabajo”, que es el término utilizado por el artículo 34.1 ET, equivale al tiempo de servicios efectivamente prestados por el trabajador como pago de su deuda de actividad. En plano jurisprudencial, “la jornada efectiva de trabajo es el tiempo que, en cómputo diario, semanal o anual, dedica el trabajador a su cometido laboral propio” y, en términos del artículo 34.5 ET, es el tiempo en que el trabajador “se encuentra en su puesto de trabajo”. Conforme a esta doctrina no cabe duda de que el tiempo a que se refiere el presente conflicto no admite otra calificación que la dada como “tiempo efectivo de trabajo”, en tanto que se trata de obvia actividad profesional (transmitir información médico/sanitaria de los pacientes), resulta de absoluta necesidad (que no ya mera conveniencia) para el adecuado tratamiento y seguridad de los enfermos ingresados, y se lleva a cabo en el respectivo puesto de trabajo, antes de iniciarse y concluirse el respectivo turno.

## **7. CUANDO QUEDA EXCLUIDO POR CONVENIO COLECTIVO EL DESCANSO PARA EL BOCADILLO NO SE CONSIDERA TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO**

En la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 13 de julio de 2017<sup>20</sup>, tras presentar, el 4 de marzo de 2014, los delegados de personal a la empresa una propuesta de calendario para el año 2014, en los mismos términos que las de los años anteriores (total días laborables: 249, jornada anual: 1768 horas, jornada diaria: 7,875, días a trabajar: 224,5), presentó la empresa una contrapropuesta el mismo 4 de marzo de 2014, siendo la siguiente: total días laborables: 249, jornada anual: 1768 horas, jornada diaria: 7,75, días a trabajar: 228,12.

El 24 de marzo de 2014 se reunieron los representantes de los trabajadores y la empresa y suscribieron un documento en el que se constata que la diferencia entre la propuesta de calendario de la empresa y la de los trabajadores radica en la consideración como tiempo de trabajo efectivo de los 15 minutos para el bocadillo en jornada continuada superior a 6 horas. Y es que, por parte de la empresa, no se considera como tiempo de trabajo efectivo dichos 15 minutos; y, por parte de la representación de los trabajadores, se consideran como trabajo efectivo 7,5 minutos, mientras que los otros 7,5 minutos son a cargo del trabajador y, por tanto, no trabajo efectivo, tal como se venía haciendo hasta la fecha. Al

---

20 STS 13 de julio de 2017 [RJ 2017\3986].



no haber sido posible firmar un calendario laboral de común acuerdo entre las partes, la empresa manifiesta que aplicará su propuesta de calendario laboral para 2014.

El Tribunal Supremo, partiendo del dato de que no constituye condición más beneficiosa el que la empresa viniera tolerando que diariamente se computaran los 7,5 minutos de descanso para el bocadillo como tiempo de trabajo efectivo, se concluye que la empresa puede decidir unilateralmente (como ha hecho a partir del año 2014) que dicho descanso para bocadillo deje de considerarse tiempo de trabajo, lo que irremisiblemente acarrea el que anualmente hayan de realizarse 1768 horas de trabajo efectivo (a diferencia de lo que se había considerado en años anteriores).

Si han de realizarse dichas 1768 horas de trabajo efectivo, necesariamente la empresa ha de proceder a adaptar la distribución de la jornada anual para alcanzar dichas horas, sin que por lo tanto constituya una modificación sustancial de condiciones de trabajo la mera adaptación de la jornada anual, adaptación que entra dentro del poder de dirección del empresario, que ha procedido a fijar en 228,12 los días de trabajo, en lugar de los 224,5 que se venían trabajando hasta el año 2014.

No es que el empresario haya procedido a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de las que disfrutaba el trabajador (de 224,5 días de trabajo a 228,12) pues las horas anuales de trabajo no se han modificado, simplemente el empresario ha cesado en su “tolerancia” de considerar tiempo de trabajo los 7,5 minutos diarios de descanso para bocadillo y ha pasado a disponer que no cabe considerarlos tiempo de trabajo.

Si la sentencia recurrida hubiera considerado que tal descanso constituía una condición más beneficiosa, el empresario por su única voluntad no podría haber cambiado la consideración de dicho descanso como tiempo no trabajado y, por ende, no podría aumentar los días de trabajo para incorporar ese tiempo no trabajado. Sin embargo, al declarar la sentencia recurrida y consentirlo la parte actora, que tal consideración del descanso para el bocadillo no tiene la naturaleza de condición más beneficiosa, los trabajadores no tienen derecho a tener una jornada anual inferior a 1768 horas de trabajo efectivo, por lo que el mero ajuste de la jornada efectuado por el empresario no requiere acudir al procedimiento del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

## **8. SE CONSIDERA TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO EL DESTINADO A LA FORMACIÓN NECESARIA PARA EL DESEMPEÑO DEL PUESTO**

La sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 11 de diciembre de 2017<sup>21</sup>, analiza si el tiempo empleado por los trabajadores para adquirir el certificado de formación o renovar la autorización especial para conducir vehículos que transporten mercancías peligrosas se considera o no tiempo de trabajo efectivo.

Del relato fáctico resulta que “la empresa demandada abona el curso de reciclaje básico o, en su lugar, a elección del titular, un curso de formación inicial básico, para la

<sup>21</sup> 201 STS 11 de diciembre de 2017 [RJ 2017\5952].

renovación del ADR, cuyos contenidos versan sobre disposiciones y conductas del conductor aplicables al transporte de mercancías peligrosas”. Dicho curso “se efectúa fuera de la jornada de trabajo y no se considera tiempo de trabajo efectivo, al igual que el tiempo utilizado para el examen para la obtención del mencionado ADR”. La renovación del ADR obliga a los trabajadores a superar con aprovechamiento el curso de reciclaje, así como los exámenes correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 28.3 del Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores, por lo que nos encontramos ante una actividad formativa de la que el art. 23.1.d) ET señala como necesaria, al ser ineludible la renovación para que los trabajadores puedan desempeñar las funciones propias de su puesto de trabajo, además de que la autorización especial caduca cada cinco años, lo que evidencia la necesidad de un reciclaje formativo continuo, que tiene su razón de ser en las características de los vehículos a conducir y mercancías peligrosas a transportar.

Por lo tanto, el tiempo dedicado a estas actividades formativas, en concreto las necesarias para la renovación del ADR comprendiendo no solo la asistencia al curso y su superación con aprovechamiento, sino también el examen sin el cual no se obtiene la correspondiente certificación, han de considerarse tiempo de trabajo efectivo y ha de ser remunerado como tal, pues conforme a lo dispuesto en el art. 23.1.d) ET y el art. 42 del convenio, las actividades formativas deben realizarse preferentemente durante la jornada de trabajo, corriendo a cargo de la empresa, cuando no sea posible impartirlas dentro de la jornada de trabajo.

Sin que a ello obste ni sea admisible el razonamiento que hace la recurrente de que en ningún momento a lo largo de la vigencia de los tres convenios colectivos que ha tenido la empresa procediera a abonar como trabajo efectivo el tiempo dedicado por el trabajador a la renovación del ADR, pues el derecho persiste y si los trabajadores realizan tal actividad fuera de la jornada de trabajo, el tiempo formativo forma parte del tiempo de trabajo efectivo y ha de compensarse como hora ordinaria, cuando no pueda efectuarse dentro de la jornada normal de trabajo.

## **9. NO SE CONSIDERA TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO EL PRIMER Y ÚLTIMO DESPLAZAMIENTO DE LOS TRABAJADORES DE AYUDA A DOMICILIO**

En la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 4 de diciembre de 2018<sup>22</sup>, se rechaza reconocer la consideración como tiempo de trabajo aquel que es utilizado por el empleado para desplazarse desde su domicilio al del usuario o cliente por entenderse que la doctrina del TJUE no es de aplicación.

La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede en Valladolid, de 24 de mayo de 2017<sup>23</sup>, ha desestimado la demanda en la que se reclama por la federación sindical demandante que se declare que el

---

<sup>22</sup> STS 4 de diciembre de 2018 [RJ 2018\6023].

<sup>23</sup> STSJ Castilla-León, sede en Valladolid, de 24 de mayo de 2017 [AS 2017, 907].

tiempo que las personas trabajadoras, incluidas en el III Convenio Colectivo Regional para la actividad de Ayuda a Domicilio, dedican a los desplazamientos diarios entre su domicilio y los centros del primer y último cliente que les asigna su empresario, constituye tiempo de trabajo. Frente a dicha resolución judicial se ha interpuesto por la parte actora recurso de casación.

Según dicha parte recurrente, el art. 15 del convenio colectivo regula los desplazamientos entre servicios y que la doctrina europea viene a indicar que los desplazamientos de los trabajadores que no tienen un centro de trabajo fijo o habitual, y se produzcan entre el domicilio y los centros del primer y último cliente es tiempo de trabajo, siendo esta la situación que presenta, a su juicio, el colectivo de trabajadores afectados por el conflicto colectivo. Sin embargo, para el Tribunal Supremo, el motivo debe ser desestimado porque la sentencia de instancia no ha incurrido en la infracción legal y jurisprudencial que se denuncia. En efecto, se considera que los hechos que se ofrecen en la misma eran tan parcos como los testimonios de las partes y testigos y, en todo caso, no ha resultado acreditado que exista una situación uniforme en aspectos relevantes como el que los trabajadores acuden desde sus domicilios al del primer usuario o desde el domicilio del último usuario, tras finalizar la actividad, al domicilio del trabajador, así como las distancias entre esos domicilios, medios de localización, uso de vehículos, etcétera. En suma, y comparando este supuesto con el resuelto por la sentencia del TJUE, asunto Tyco, se revela la existencia de diferencias entre ambos, lo que conduce a que la interpretación dada por dicho tribunal al artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CE, no resulte de aplicación al asunto ahora debatido.

Como se observa, el tema no es baladí. Lo cierto es que, para analizar si el desplazamiento del trabajador se considera tiempo de trabajo, habrá que estar al caso concreto. Los tribunales españoles parten de que la regla general excluye de la jornada laboral los tiempos dedicados al desplazamiento del trabajador previos al comienzo de la jornada laboral. Así pues, de manera genérica, quedan excluidos del cómputo de tiempo de trabajo efectivo la recogida del uniforme del trabajador o del propio equipo necesario para el desarrollo del trabajo<sup>24</sup>; o el traslado dentro de la empresa desde el garaje donde están los vehículos a la sede de la unidad y regreso<sup>25</sup>. Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo sí considera tiempo efectivo de trabajo cuando el desplazamiento se produce desde el centro de trabajo a otro lugar distinto, así como su regreso<sup>26</sup>. O el tiempo invertido por los vigilantes de seguridad en el desplazamiento para recoger los uniformes de trabajo que la empresa pone a disposición del empleado en lugar diferente del centro de trabajo<sup>27</sup>. Como puede observarse, la única conclusión cierta es que debe estarse a la doctrina judicial y jurisprudencial para determinar el caso concreto.

---

24 STSJ Andalucía, Málaga, 24 de octubre de 2002 [JUR 2003\77937].

25 STSJ de Castilla-La Mancha 28 de diciembre de 2001 [AS 2002\1487].

26 STS 24 de junio de 1992 [RJ 1992\4669].

27 STS 24 de septiembre de 2009 [RJ 2009\4696].

#### **10. NO SE CONSIDERA TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO LA GUARDIA LOCALIZADA EN LA QUE EL TRABAJADOR DEBE ESTAR ATENTO AL MÓVIL**

En la sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 20 de septiembre de 2018<sup>28</sup>, en la demanda se solicita que se declare que el tiempo dedicado a la guardia domiciliaria debe considerarse tiempo de trabajo efectivo a los efectos de respetar los límites de jornada diaria, descanso entre jornadas y descanso semanal. Sin embargo, para la Audiencia Nacional, tal solicitud no puede tener merecida acogida porque el trabajador “únicamente ha de estar disponible y localizable sin que se fije un plazo mínimo de disponibilidad para realizar las intervenciones que le sean requeridas, sin que tal exigencia implique más que estar pendiente de la terminal de telefonía móvil que le proporciona la empresa, sin que se le exija la presencia en un lugar determinado, ni en las proximidades del mismo, ya que al no fijarse un plazo mínimo para el inicio de la intervención (que en la práctica totalidad de los casos consta que se efectúa desde el propio lugar en que se encuentra el trabajador) prácticamente no ve mermadas ni su libertad ambulatoria, ni las posibilidades de dedicar tiempo al descanso y a sus inquietudes personales y sociales”. En suma, no se considera tiempo de trabajo efectivo el tiempo en que el personal está disponible y localizable (horas de mera disponibilidad), sin que se le exija la presencia en un lugar determinado, ni en las proximidades del mismo, y sin que se fije un plazo mínimo para el inicio de la intervención que le sea requerida, pues prácticamente no ve mermadas ni su libertad ambulatoria, ni las posibilidades de dedicar tiempo al descanso y a sus inquietudes personales y sociales. Guardia localizada consistente en estar atento al teléfono móvil, lo que no se corresponde con horas de trabajo efectivo pues no llega a producirse una intervención del trabajador.

#### **11. EL INFARTO DEBE CONSIDERARSE ACCIDENTE DE TRABAJO AL ENCONTRARSE EL TRABAJADOR EN TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO**

En la STSJ La Rioja 11 de octubre de 2016<sup>29</sup>, firme por declararse la inadmisión del recurso de casación por el Tribunal Supremo, sí que se aplica con éxito la doctrina del TJUE en el asunto Tyco poniéndose en plena vinculación con la relación de prestación de Seguridad Social. En este sentido, adelantando el resultado final, el tribunal revoca la sentencia de instancia para calificar como “accidente de trabajo” el fallecimiento de un trabajador por un infarto agudo de miocardio en el portal de su domicilio cuando regresaba a su casa por haber olvidado coger el móvil. Para ello, y una vez descartado por el tribunal que se trate de un accidente en misión o de un accidente in itinere, se decreta que cuando el trabajador sufrió el infarto, la jornada laboral ya había comenzado: por tanto, se encontraba en tiempo y lugar de trabajo. Veamos más a fondo la sentencia y el caso planteado.

La sentencia de instancia ha descartado que el fallecimiento del trabajador tenga encaje en cualquiera de los tipos legales de accidente de trabajo, entendiendo que, al haberse producido el infarto de miocardio que ocasionó su fallecimiento, no en tiempo y lugar de trabajo, pues por este último debe entenderse el establecimiento de los clientes a visitar, y no su domicilio, sino cuando se dirigía desde su residencia al trabajo, no entra en juego la

---

28 Sentencia Audiencia Nacional 20 de septiembre de 2018 [AS 2019\565].

29 STSJ La Rioja 11 de octubre de 2016 [JUR 2017\17270].

presunción del artículo 115.3 LGSS (hoy artículo 156 TRLGSS), sin que tengan cabida en la noción de accidente in itinere, las enfermedades surgidas durante el desplazamiento al lugar de trabajo; y tampoco en el concepto de accidente en misión, ya que el episodio coronario se produjo cuando no había iniciado su actividad profesional, ni se constata cualquier circunstancia especial que permita establecer una relación de causalidad entre el trabajo y la crisis cardíaca que provocó la muerte.

El escenario fáctico que ofrece la inalterada versión judicial de los hechos ilustra que el fallecimiento se produjo en las siguientes circunstancias: el trabajador, inspector comercial, cuyas funciones consistían en desplazarse diariamente con su vehículo desde su domicilio a los establecimientos de los clientes, iniciando la jornada laboral sobre las 9 horas, el día 5 de enero de 2015, salió de su casa para ir a trabajar y una vez en la calle, al subir al coche, se percató de que se había olvidado el móvil, y cuando regresaba a cogerlo, a las 9<sup>15</sup> en el portal del edificio sufrió un infarto agudo de miocardio que le ocasionó el fallecimiento.

En efecto, comoquiera que, al igual que en la actividad de transporte, la actividad del causante consistía en el desplazamiento permanente como forma de cumplir la prestación de servicios, no produciéndose el desdoblamiento entre trabajo y desplazamiento propio de la misión típica, no es posible acudir a la figura de creación jurisprudencial del accidente en misión<sup>30</sup>. Tampoco podemos encuadrar el supuesto en liza en la modalidad del accidente in itinere, habida cuenta que, al estar ante un trabajo itinerante sin centro de trabajo asignado, el tiempo transcurrido desde que el trabajador sale de su domicilio hasta que regresa al mismo después de realizar la última de las visitas programadas para cada día, ha de conceptuarse como tiempo de trabajo, tal y como desde la óptica puramente contractual, ha entendido la STJUE 10 de septiembre de 2015, caso Tyco.

Como consecuencia de ello, para este tribunal, en el plano de la relación jurídica de seguridad social a efectos de aplicación del artículo 115.3 LGSS (hoy artículo 156 TRLGSS), hemos de colegir que la actividad laboral se inicia en el momento mismo en que el trabajador sale de su residencia para realizar las visitas a los diferentes clientes incluidos en su ruta diaria de trabajo, por lo que no es dable calificar como tiempo de desplazamiento hacia el trabajo el que media desde que se abandona el domicilio hasta la llegada a la sede del primer cliente, ni como lugar de trabajo este último emplazamiento, sino que, cuando el trabajador, una vez fuera de su domicilio (que solo abarca el espacio físico cerrado en el que desarrolla su vida diaria y es inmune a la intromisión de terceros, y no, por tanto, las escaleras o el portal del inmueble en que se ubica su vivienda<sup>31</sup>), comienza a realizar el trayecto para dirigirse a las instalaciones de los clientes a visitar en ejecución de la prestación de servicios, se encuentra ya en tiempo y lugar de trabajo.

Así pues, habiéndose producido la crisis cardíaca que provocó el fallecimiento cuando el trabajador, tras salir de su casa para trabajar y llegar al coche con el que normalmente realiza su trabajo, al advertir que había olvidado el móvil regresó a buscarlo y se encontraba en el portal del edificio en que radica su vivienda, entra en juego la presunción del

<sup>30</sup> STS 6 de marzo de 2007 [RJ 2007\1867].

<sup>31</sup> STS 26 de febrero de 2008 [RJ 2008\3033].

artículo 115.3 LGSS (hoy artículo 156 TRLGSS), pues en ese momento el trabajador ya había iniciado su jornada laboral, encontrándose en tiempo y lugar de trabajo.

Por todo ello, este tribunal declara que la contingencia origen del fallecimiento del trabajador es el accidente de trabajo, condenando a las partes a estar y pasar por tal pronunciamiento, y a la mutua al pago de las prestaciones causadas por dicha situación protegida.

Como reflexión destacar que este tribunal aplica con éxito la sentencia del TJUE, en el asunto Tyco, al calificar como accidente de trabajo, el fallecimiento del trabajador que sufrió un infarto agudo de miocardio en el portal de su domicilio cuando regresaba al mismo por darse cuenta, una vez montado en su vehículo, que había olvidado el teléfono móvil. En efecto, para este tribunal, la jornada laboral del trabajador, cuando sufre el accidente, ya había quedado iniciada: por tanto, estaba en tiempo y lugar de trabajo.

Puede comprobarse como la doctrina laboral del tiempo efectivo de trabajo desprende sus efectos en la relación jurídica de seguridad social. Aplicando esta doctrina, es evidente que la actividad laboral se inicia en el momento mismo en que el trabajador sale de su residencia para realizar las visitas a los diferentes clientes incluidos en su ruta diaria de trabajo. Por tanto, cuando el trabajador, una vez fuera de su domicilio, comienza a realizar el trayecto para dirigirse a las instalaciones de los clientes a visitar en ejecución de la prestación de servicios, se encuentra ya en tiempo y lugar de trabajo.

## **12. NO SE CONSIDERA TIEMPO DE TRABAJO LA LOCALIZACIÓN MÉDICA EN LA QUE NO SE IMPONEN CONDICIONES RESTRICTIVAS DE DISPONIBILIDAD**

En la sentencia del TSJ de Madrid, de fecha 23 de abril de 2018<sup>32</sup>, se cuestiona la Instrucción de la Dirección General de Coordinación de la Administración Periférica del Estado, de 20 de enero de 2016, por la que se regula el régimen de jornadas y horarios de los Servicios Médicos de Sanidad Exterior en las áreas y dependencias de sanidad y política social de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno. En este sentido, el artículo 10 de la Instrucción se refiere a los periodos de localización cuando señala lo siguiente: “1. La distribución de la jornada de trabajo deberá contemplar los períodos de localización que sean requeridos, en función del tipo de servicio que se ha de prestar según lo previsto en los artículos 4 y 5 de esta instrucción. Estos períodos de localización se definen como aquellos en los que no se requiere la presencia física del trabajador en el lugar de trabajo, sino que únicamente el trabajador debe estar comunicado y disponible por si sus servicios fueran requeridos para la atención de alertas sanitarias, emergencias u otras incidencias que requieran atención urgente e inaplazable. El período de localización no se considera tiempo de trabajo, salvo que el empleado público sea requerido para la prestación de un trabajo o servicio efectivo. Si durante el período de localización se produce un aviso y este deriva en la realización de una actuación o desde su domicilio o que requiera el traslado al lugar de trabajo, se considerará trabajo efectivo el tiempo de realización de esta actuación, según el sistema de contabilidad establecido en el artículo 14 de esta instrucción”.

<sup>32</sup> STSJ Madrid de 23 de abril de 2018 [RJCA 2018\756].

Para resolver el asunto, el TSJ de Madrid se refiere a la jurisprudencia europea. De los asuntos Jaeger (trabajador efectúa un servicio en régimen de presencia física en el hospital) y Della (períodos de guardia en el centro laboral) se infiere que el factor determinante para considerar tiempo de trabajo en los periodos de localización es el de si este tiene o no lugar en el centro de trabajo. En este contexto, lo más importante no es la proximidad al centro de trabajo exigida (el tiempo máximo en que deba contestarse el requerimiento del empleador), sino la calidad del tiempo y, en este sentido, nada conduce a concluir que la instrucción imponga a los funcionarios en periodo de localización unas condiciones de disponibilidad tan restrictivas que conviertan en ilusoria la posibilidad de invertir ese tiempo en descanso o en sus intereses personales.

Se acusa a la instrucción no garantizar el derecho a descanso al personal que preste servicios efectivos durante la localización, pero, al contrario, la misma establece que el período de localización es compatible con el descanso siempre que tenga una duración mínima de doce horas consecutivas sin que se requiera la prestación de un trabajo o servicio efectivo. En caso de interrupción del período de localización por el requerimiento que dé lugar a una actuación, una vez terminada ésta, el empleado tendrá derecho a disfrutar de ese descanso, demorándose el comienzo de su siguiente jornada en el tiempo necesario para garantizar el descanso efectivo de doce horas ininterrumpidas desde el final de la actuación.

Adicionalmente, al respecto del periodo de descanso, en la STJUE de fecha 21 de febrero de 2018, asunto Matzak, se declara que el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse “tiempo de trabajo”. Ahora bien, ninguna novedad supone tal pronunciamiento para la resolución de nuestro caso pues ni es preciso que durante los periodos de localización se permanezca en el domicilio ni tampoco la instrucción recurrida contiene espacio temporal tan breve de respuesta al requerimiento que impida la dedicación de actividades de ocio, familiares, etcétera, propias de los periodos de descanso.

### **13. LA GUARDIA LOCALIZADA DE PREVENCIÓN DE INCENDIOS CON UN PLAZO MÁXIMO DE RESPUESTA DE TREINTA MINUTOS NO SE CONSIDERA TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO**

En la sentencia del TSJ de Madrid, de fecha 25 de julio de 2018<sup>33</sup>, se debate si debe considerarse tiempo de trabajo efectivo las guardias localizadas que realizan los servicios de prevención de incendios forestales. En el supuesto que hoy se debate, los trabajadores afectados por el conflicto colectivo deberán presentarse completamente equipados en el punto de encuentro en un plazo máximo de treinta minutos desde el momento en el que se les comunique. Como se puede comprobar, en este caso, a los trabajadores no se les obliga a encontrarse en un determinado sitio durante el periodo de la guardia localizable y el lapso temporal para incorporarse al puesto de trabajo no es tan breve. Obviamente, supone una

---

33 STSJ Madrid 25 de julio de 2018 [JUR 2018\274821].



restricción y les está limitando para poder realizar cualquier actividad, pero ello acontece en cualquier guardia de localización (es una circunstancia inherente a la misma) y entendemos además que en todos estos casos el tiempo para incorporarse al puesto de trabajo es necesariamente breve. Además, se trata de un colectivo que presta servicios en el medio rural y lo habitual será que residan en localidades cercanas al punto de encuentro y que su vida social se desarrolle normalmente en la zona, y también que los desplazamientos se realicen con más rapidez que en ciudades o grandes aglomeraciones, por lo que entendemos que en no es aplicable al supuesto de autos la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2018, caso Matzak: por tanto, no puede equipararse la guardia de localización a tiempo de trabajo efectivo.

#### 14. CONCLUSIONES

Analizada la reciente jurisprudencia europea<sup>34</sup>, se confirma un criterio extensivo sobre el “tiempo de trabajo”, excluido automáticamente por el “período de descanso”. Por tanto, no existe una categoría intermedia entre ambas categorías. Se separa así el trabajo efectivo donde el empleado permanece en la empresa y el descanso del mismo donde decide desarrollar su vida. Se construye un concepto de consideración de “tiempo de trabajo efectivo” mediante la limitación del trabajador de su libertad de predisponer de su tiempo; aunque, como regla general, se requiere la presencia física en el lugar que la empresa haya determinado (que el trabajador esté ocupado, aunque no haga nada, con algo relacionado con el servicio que presta) y la disposición del trabajador a desarrollar y cumplir las órdenes empresariales, sin medir el rendimiento efectivo de los servicios profesionales del trabajador.

En relación a las guardias médicas<sup>35</sup>, la jurisprudencia del TJUE se decanta por reconocer la mera presencia física y la disponibilidad del trabajador en el lugar de trabajo como prestación de servicios y, por ende, computa como tiempo de trabajo efectivo. Así pues, las horas de inactividad laboral no quedan equiparadas a descansos, aunque el trabajador pueda incluso dormir en el propio centro de trabajo, pues al estar en el lugar de trabajo existe limitación de su libertad<sup>36</sup>.

Reconocido como tiempo de trabajo efectivo, y debiendo computarse como tal, al legislador comunitario y a la jurisprudencia europea le resulta indiferente que se cataloguen de jornada ordinaria o extraordinaria o el sistema de retribución de estas horas, el cual, puede incluso diferenciar entre horas de actividad e inactividad, aspectos en los que habrá que estar al derecho nacional. Lo único que le interesa desde esta perspectiva a la jurisprudencia europea es el respeto de los obligados descansos entre las jornadas de los trabajadores<sup>37</sup>.

34 También STJUE de 3 de octubre de 2000, Simap, C-303/98, [EU:C:2000:528], STJUE 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C-151/02, [EU:C:2003:437], STJUE 1 diciembre 2005, Dellas y otros, C-14/04, [ECLI:EU:C:2005:728] y STJUE 11 enero 2007, Vorel, C-437/05.

35 Auto TJUE 11 enero 2007, asunto C-437/05, Vorel.

36 LAHERA FORTEZA, J.: Tiempo de trabajo efectivo europeo, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 43-44, 201, p. 77.

37 Auto TJUE 11 enero 2007, asunto C-437/05, Vorel.



Posteriormente, en el asunto Tyco<sup>38</sup>, el TJUE considera que, dentro del concepto de tiempo de trabajo efectivo, también debe computarse como tal aquellos desplazamientos (de ida) desde el domicilio personal al domicilio del cliente y (de vuelta) del domicilio del último cliente al domicilio personal, más cuando no se posee un centro de trabajo fijo o habitual (y antes sí se poseía). Y se consideran tiempo de trabajo efectivo porque son desplazamientos plenamente vinculados al trabajo, tiempo en el que no se puede disfrutar libremente del tiempo personal por parte de la persona.

En el más reciente asunto Matzak<sup>39</sup>, se trata de determinar si la guardia localizada del trabajador con la obligación de estar en su domicilio y poder acudir al centro de trabajo en un plazo máximo de ocho minutos, es o no tiempo de trabajo efectivo. Y aquí, para el TJUE, el mero hecho de tener que estar presente físicamente en el lugar determinado por el empresario, suponiendo una restricción geográfica y temporal al trabajador, limita de manera objetiva las posibilidades de dedicarse a sus intereses personales y sociales, por lo que, a efectos prácticos, esta guardia se equipara a una guardia presencial, computándose como tiempo de trabajo efectivo.

Como queda comprobado, el TJUE, para resolver si es o no tiempo de trabajo efectivo, se fundamenta en el grado de restricción de la libertad personal del trabajador, sin darle importancia a la presencia física o no del mismo (lo cual, implicará una respuesta actual para un problema moderno). Por tanto, cuando se limita la libertad personal del trabajador se descarta automáticamente el período de descanso y, al no existir categorías intermedias, solo puede haber la consideración como tiempo de trabajo efectivo, sin perjuicio de la presencia o no del trabajador en el centro de trabajo. Y, en relación a la dimensión retributiva, el TJUE se separa de la misma remitiéndose a la legislación y práctica nacional, lo que le permite acoger un amplio concepto de trabajo efectivo<sup>40</sup>, lo que quizás sea la problemática de los casos que se han planteado ante el Tribunal Supremo, pues en algunos de los asuntos donde se acoge un concepto restrictivo por este último tribunal, los asuntos se plantean en plena vinculación con la retribución económica.

Es evidente que estos casos del TJUE vinculan a los tribunales españoles. Por tanto, en las resoluciones españolas, deben considerarse como tiempo de trabajo efectivo todos aquellos supuestos en los que se debata las guardias presenciales o las guardias localizadas (llámese como se quiera llamar) en las que se limite o restrinja, de manera amplia, la libertad del trabajador; o aquellos desplazamientos hasta el cliente de los trabajadores que no poseen un centro de trabajo habitual o fijo.

Lo que ponemos en vinculación con la protección social del trabajador considerando que desde que se inicia el desplazamiento del domicilio del trabajador al domicilio del primer cliente (o al lugar físico donde el empresario haya mandado al trabajador) y viceversa

---

38 STJUE 10 de septiembre de 2015, asunto C-266/14, Tyco, [ECLI:EU:C:2015:578].

39 STJUE 21 de febrero de 2018, asunto C-518/15, Ville de Nivelles y Rudy Matzak, [ECLI:EU:C:2018:82].

40 LAHERA FORTEZA, J.: Tiempo de trabajo efectivo europeo, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 43-44, 201, p. 78.

(desde el domicilio del cliente hasta el domicilio particular del trabajador), además de que debe ser considerado tiempo efectivo de trabajo, también debe protegerse en caso de que se sufra un accidente de trabajo consecuencia de dicho desplazamiento<sup>41</sup>.

Sin embargo, también es cierto que el Tribunal Supremo ha sido reticente a realizar un alineamiento pleno con el criterio amplio y más reciente del tiempo de trabajo efectivo del TJUE. Aunque también debe reconocerse que el propio TJUE se remite a la normativa de los Estados miembros y que, el Tribunal Supremo, en todas sus fundamentaciones, termina justificándolo con la propia normativa española o con la normativa resultante de la negociación colectiva.

Así pues, por ejemplo, en la STS 4 de mayo de 2016<sup>42</sup>, no se considera tiempo de trabajo, ni los reconocimientos médicos, ni la recogida y cambio de uniforme, sustentándose el Tribunal Supremo en que, en realidad, los trabajadores no están en sus puestos de trabajo a disposición del empresario, sin cuyo requisito no estamos realmente en presencia de tiempo de trabajo efectivo y, además (posiblemente sea la clave de dicha solución), porque así ha sido tratado en la negociación colectiva otorgándose en el convenio colectivo, a cambio, más días libres. Por tanto, es evidente la fundamental importancia a la que, en materia de tiempo de trabajo, se le da a la negociación colectiva, lo cual, y por las especiales características de cada relación laboral (las cuales, deben analizarse de manera individual), creemos que es positivo (por supuesto, siempre que se regule de la manera correcta y en virtud del criterio amplio utilizado por el TJUE). Algo parecido ocurre con la STS 1 de diciembre de 2015<sup>43</sup>, en atención de personas dependientes y, en concreto, en los trayectos del domicilio al usuario: en esta sentencia, para el Tribunal Supremo no puede aplicarse la jurisprudencia del TJUE en el asunto Tyco por no darse las mismas cuestiones fácticas anclándose en la propia literalidad de la normativa española. Algo similar a lo que ocurre en la STS 21 de abril de 2016<sup>44</sup>, que, sin embargo, puede tener más sustento jurídico y justificación, pues, en este caso, que versa sobre el transporte de enfermos y accidentados, se decide aplicar normativa específica: el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre sobre jornadas especiales de trabajo. O en la STS 18 de noviembre de 2016<sup>45</sup>, respecto a las guardias no presenciales de los técnicos de mantenimiento de aeronaves con margen de reacción de un máximo de cincuenta minutos, en las cuales, para el Tribunal Supremo, la situación de disponibilidad del trabajador que solo debe estar localizable por la empresa no implica tiempo de trabajo efectivo, más cuando el trabajador dispone de un tiempo amplio y razonable para responder en caso de que tenga que ponerse a disposición de la empresa. O en la STS 13 de julio de 2017<sup>46</sup>, en la que partiendo de que no constituye condición más beneficiosa

---

41 STSJ La Rioja 11 de octubre de 2016 [JUR 2017\17270]. POQUET CATALÁ, R.: “Consideración en torno al tiempo de trabajo: tiempo de desplazamiento, tiempo de disponibilidad y limitación del tiempo de trabajo efectivo”, *Revista de derecho de la seguridad social*, núm. 19, 2019, p. 197.

42 STS 4 de mayo de 2016 [RJ 2016\2450].

43 STS 1 de diciembre de 2015 [RJ 2015\6208].

44 STS 21 de abril de 2016 [RJ 2016\2147].

45 STS 18 de noviembre de 2016 [RJ 2016\6085].

46 STS 13 de julio de 2017 [RJ 2017\3986].

el que la empresa viniera tolerando que diariamente se computaran los 7,5 minutos de descanso para el bocadillo como tiempo de trabajo efectivo, se concluye que la empresa puede decidir unilateralmente (como ha hecho a partir del año 2014) que dicho descanso para bocadillo deje de considerarse tiempo de trabajo. O, por último, en la STS 4 de diciembre de 2018<sup>47</sup>, en la que el Tribunal Supremo confirma que, en la prestación de servicios de ayuda a domicilio, el desplazamiento de los trabajadores desde su domicilio al de primer usuario y desde el del último usuario al domicilio personal no es tiempo de trabajo, pues la doctrina del TJUE en el asunto Tyco no puede aplicarse por existir diferencias entre ambos supuestos: en suma, porque no ha resultado acreditado que exista una situación uniforme.

Por otro lado, en la STS 16 de diciembre de 2008<sup>48</sup>, en vinculación con el tiempo de trabajo efectivo de los abogados, el reglamento considera tiempo de trabajo efectivo el “tiempo que los abogados permanezcan en el despacho realizando actividades propias de su profesión y el que dediquen fuera del despacho para la asistencia y defensa de los clientes”, mientras que excluye del cómputo de la jornada “el tiempo que empleen los abogados en los desplazamientos o esperas, salvo que durante los mismos realicen actividades propias de su profesión”. Por tal motivo, y por la contradicción existente en la lectura de ambos preceptos, el Tribunal Supremo anula esta exclusión de la normativa: por tanto, los tiempos de desplazamiento y espera del abogado deben considerarse tiempo de trabajo efectivo, pues el letrado se encuentra disponible para el despacho y ha recibido órdenes de realizar esa tarea profesional. Además, no es tiempo que se considere de descanso, sino que realmente se encuentra integrado en su actividad profesional<sup>49</sup>. O en la STS 20 de junio de 2017<sup>50</sup>, en la que el Tribunal Supremo considera (con bastante razón) que la transmisión de información entre los enfermeros sobre el estado de salud y cuidado de los pacientes es tiempo de trabajo efectivo. Para este tribunal, no cabe duda de que el tiempo a que se refiere el presente conflicto no admite otra calificación que la dada como “tiempo efectivo de trabajo”, en tanto que se trata de obvia actividad profesional (transmitir información médico/sanitaria de los pacientes), resulta de absoluta necesidad (que no ya mera conveniencia) para el adecuado tratamiento y seguridad de los enfermos ingresados, y se lleva a cabo en el respectivo puesto de trabajo, antes de iniciarse y concluirse el respectivo turno. O la STS 11 de diciembre de 2017<sup>51</sup>, en la que se considera que sí es tiempo de trabajo efectivo la actividad formativa imprescindible para el desempeño del puesto de trabajo, pues así lo dispone el artículo 23.1.d) ET: “el tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo”.

Visto todo lo anterior, solo quedaría delimitar, más precisamente, el concepto de tiempo de trabajo o tiempo efectivo de trabajo. A nuestro juicio, este es aquel en el que concurren simultáneamente tres elementos: primero, presencia física del trabajador donde el empleador o empresario haya determinado (por tanto, no tiene que ser el propio centro de trabajo); segundo, disponibilidad del trabajador frente al poder de dirección del empresario (hallarse a disposición del empleador); y, tercero, ejercicio activo de las funciones propias o

47 STS 4 de diciembre de 2018 [RJ 2018\6023].

48 STS 16 de diciembre de 2008 [RJ 2008\5991].

49 LAHERA FORTEZA, J.: Tiempo de trabajo efectivo europeo, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 43-44, 201, p. 79.

50 STS 20 de junio de 2017 [RJ 2017\3112].

51 STS 11 de diciembre de 2017 [RJ 2017\5952].

relacionadas con el propio trabajo a desarrollar (sin que esto signifique que el trabajador esté produciendo resultados materiales). Como contrapartida, todo aquello que no es tiempo de trabajo es tiempo de descanso o reposo. Es decir, un período de tiempo que pertenece enteramente al trabajador y, por tanto, podrá emplear dicho tiempo como el propio trabajador desee. Pero habría una especialidad que debiera de tenerse en cuenta (especialmente por la jurisprudencia cuando el tiempo se convierta en zona gris) y con la que también el tiempo empleado debería de computarse como trabajo efectivo: en el momento en el que el trabajador no puede disfrutar libremente del tiempo personal debe considerarse tiempo efectivo de trabajo.

¿Y cómo se computa el trabajo? De conformidad con el artículo 34.5 ET, “el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”. Entonces, ¿qué ocurre con la problemática del tiempo empleado ex ante o ex post de la propia prestación laboral? Que, en principio, quedan eliminadas del cómputo de la jornada (reiteramos, solo como norma general, sin atender a las especialidades de cada caso concreto): nos referimos al tiempo dedicado al desplazamiento hasta el lugar de trabajo, el cambio de ropa, etcétera<sup>52</sup>. Como decíamos, esto es solo en principio, pues, por negociación colectiva se podrá acordar que se considere tiempo efectivo de trabajo o, incluso, que se remunere considerándose tiempo de espera o de presencia (como así lo ha recogido más de un convenio colectivo). Lo importante es tener en cuenta que, si se considera tiempo de trabajo efectivo, estas horas deberán computarse de cara a la jornada máxima anual y de cara al período de descanso entre una jornada y otra<sup>53</sup>.

Y por ello debemos realizar una advertencia: no sería justo que el convenio colectivo lo regulase de manera restrictiva, pues atendiendo a toda la casuística a la que nos hemos referido, es evidente concluir que el Tribunal Supremo está decantándose (salvo que se den prácticamente las mismas cuestiones fácticas de las sentencias planteadas ante el TJUE, lo cual, ya adelantamos, es bastante complejo y difícil) por la aplicación estricta de la normativa nacional y, por tanto, de la negociación colectiva, aplicación que se viene realizando de manera literal. En suma, para saber si estamos ante tiempo de trabajo efectivo, habrá que estar a cada caso concreto, determinando si la actividad a evaluar limita o no la libertad personal del trabajador.

Como propuesta de lege ferenda, quizás sea el momento de provocar la ruptura de la división única y existente entre “trabajo efectivo” versus “tiempo de descanso”. Quizás debería de introducirse un “tiempo” intermedio entre el trabajo efectivo con su determinado rendimiento y el tiempo de descanso con su desvinculación total de la actividad laboral. Quizás un tiempo intermedio denominado “tiempo de atención al trabajo”, “tiempo de guardia”, “tiempo digital”, “nuevo tiempo de trabajo” o “tiempo semi-disponible”. Sea como fuera la denominación, aunque no sea considerado tiempo efectivo de trabajo, al menos sí debería tener algún tipo de efecto retributivo (no solo recogido por autonomía o convenio colectivo).

---

52 POQUET CATALA, R.: “Localización como posible tiempo de trabajo efectivo a la luz de la doctrina judicial comunitaria, STJUE, de 21 de febrero de 2018, C-518/2015, Asunto Matzak”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 146, 2019, p. 225.

53 CABEZA PEREIRO, J. et al: *La ordenación del tiempo de trabajo*, Compostela, Santiago de Compostela: CGRL, 2004, p. 79.

Analizado el tiempo de trabajo efectivo por la doctrina del TJUE, el Tribunal Supremo no siempre se alinea estrictamente con la jurisprudencia europea, pues la recepción de esta doctrina en la materia ha seguido una interpretación que no siempre resulta congruente asentando un criterio bastante más restrictivo y en el que termina por analizarse el caso concreto (reduciéndose a cuestiones fácticas).

En suma, con todo este recorrido jurisprudencial, ha quedado evidenciado que los tribunales nacionales continúan atrapados en una interpretación literal de la normativa española (artículo 34.5 ET), así como del contenido articulado en los propios convenios colectivos, debiendo analizarse cada supuesto planteado de manera individual y concreta.



PONENCIA ESPECÍFICA  
NUEVAS FORMAS DE TRABAJO EN LA ERA DIGITAL Y TIEMPO DE  
TRABAJO: LOS CASOS SINGULARES DE UBER, GLOVO Y SANDEMAN'S

*ALEJANDRO ZALVIDE BASSADONE*  
*Profesor del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la*  
*Universidad de Huelva*

1. Introducción
2. Nuevas formas de trabajo en la era digital
3. El modelo de los conductores de Uber
4. El sistema de los riders de Glovo
5. El trabajo a propina de los guías (free tour) de Sandeman's
6. Conclusiones

## 1. INTRODUCCIÓN

El imparable desarrollo de las nuevas tecnologías atrae sistemas de organización y negocio que generan nuevas formas de trabajo difíciles de encuadrar en los modelos tradicionales, de tal manera que surge una ingente variedad de micro trabajos que son desarrollados bajo diferentes fórmulas en las que se ven imbricados los prestadores de estos servicios o trabajadores, los clientes y las entidades que facilitan dicho sistema.

Dentro de esta denominada gig-economy se analizan algunas de esas formas de empleo para vislumbrar su laboralidad y su relación con el tiempo de trabajo como elemento trascendental de las condiciones en las que se desarrollan. Entre los distintos modelos que intervienen en el mercado a través de plataformas informáticas se van a analizar tres de ellos a modo representativo por el impacto generado en el ámbito de actividad en el que operan y las peculiares características que ofrecen, siendo además bastante singular y no solo por lo anecdótico, el modo en el que se van a desarrollar cada uno de estos empleos ya que uno se va a realizar en coche, otro en bicicleta y otro andando, así, los modelos seleccionados corresponden a los conductores de Uber, los riders de Glovo y los guías (free tour) de Sandeman's.

## 2. NUEVAS FORMAS DE TRABAJO EN LA ERA DIGITAL

El avance de las nuevas tecnologías genera cambios constantes en la vida cotidiana de las personas a la vez que surge una importante transformación en otros ámbitos de actividad, entre los que interesa destacar el que se viene manifestando en los últimos tiempos a la hora de operar en el mercado y su repercusión laboral. La aparición de estos diferentes modelos de organización en el entorno digital ha supuesto a su vez el surgimiento de nuevas formas de empleo que se alejan de los sistemas tradicionales, y que inciden directamente en el marco jurídico-laboral actual, ya que se aprecia como insuficiente para poder afrontar con garantías los nuevos retos que se van sucediendo. La manera en la que se pueden manifestar este tipo de trabajos son múltiples y variadas, aunque según el informe Eurofound "New forms of employment" (2015)<sup>1</sup>, estas nuevas formas de trabajo que se vienen desarrollando en Europa en los últimos tiempos se pueden agrupar en las siguientes modalidades: employee sharing, job sharing, interim management, casual work, ICT-based mobile work, voucher-based work, portfolio work, crowd employment, collaborative employment.

En este escenario interesa centrarse en una de las fórmulas que más han crecido en nuestro país en los últimos tiempos y que sin duda más debate jurídico está suscitando, como es el sistema relativo al crowd employment, es decir, el empleo que se manifiesta a través de una plataforma digital que conecta a los usuarios demandantes de un servicio por el que van a realizar un pago, con aquellos individuos que van a satisfacer la prestación de dicho servicio. Este modelo de corte triangular entre la entidad digital, el cliente y el sujeto

---

<sup>1</sup> EUROFOUND (2015), New forms of employment, Publication Office of the European Union, Luxembourg.



trabajador, no implica aparentemente la existencia de una relación de trabajo por cuenta ajena con dicha plataforma informática, sin embargo, la laboralidad de estos nuevos empleos de la era digital deben ser valorados bajo una óptica en la que “inciden decisivamente en todos los conceptos nucleares del Derecho del Trabajo hasta ahora conocido, y fundamentalmente en la ajenidad y dependencia” (Sagardoy)<sup>2</sup>.

La gran cantidad de actividades que ya admiten estos sistemas de trabajo van proporcionando diversos elementos de valoración a la hora de poder discernir su carácter laboral o no, pero además se van a permitir nuevas hipótesis de trabajo sobre las que tratar de afrontar futuros retos legislativos que amparen este tipo de relaciones sin que a su vez, ello pueda suponer una huida de esas entidades hacia nuevos métodos aún más sofisticados y que vuelvan a superar ese encuadramiento profesional, o que se pueda perder un mercado de trabajo que mal que bien genera un empleo que sigue creciendo de forma exponencial.

La manera en la que se manifiestan estos crowdworks va a tener una serie de elementos comunes, pero va a depender en gran medida de la forma en la que interactúen estos sujetos trabajadores con la marca que gestiona cada una de las plataformas, ante lo cual se van a tratar algunos de estos modelos representativos en función del impacto generado en el ámbito de actividad en el que suelen operar. Además, no solo son significativas las características particulares de cada una de ellas, sino que la forma en la que normalmente se ejecuta cada uno de estos trabajos va a materializarse de forma distinta, ya sea en coche, en bicicleta o andando, así, los modelos seleccionados corresponden a los conductores de Uber, los riders de Glovo y los guías (free tour) de Sandeman's.

Por otro lado, el tiempo de trabajo supone una cuestión determinante a la hora de conformar las condiciones en las que se van a desenvolver los trabajadores, una circunstancia que no pasa desapercibida en cualquier marco regulador de orden laboral y que ya desde un primer momento fue objeto de reconocimiento desde la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuyo primer Convenio giraba precisamente sobre dicha cuestión (Convenio sobre las horas de trabajo [industria], 1919, núm. 1), y que a día de hoy, cuando se cumple un siglo de dicha regulación, y tras múltiples Convenios relativos a la cuestión temporal en el trabajo, sigue estando muy presente en muchos de los documentos que parten de la OIT, como pone de manifiesto por citar alguno, la reciente Guía elaborada para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada<sup>3</sup>.

Este elemento temporal aparece en muchas de las reglas que integran el ordenamiento jurídico laboral y suele extenderse a distintos aspectos relativos tanto al tiempo de trabajo como al de descanso, y por consiguiente suelen regularse cuestiones como la limitación de jornada, el tiempo mínimo entre jornadas, el descanso semanal, las vacaciones anuales, las

---

2 SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., En la presentación de la obra *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: estudios desde el derecho español y comparado*. Alemania, Reino Unido, Polonia, Portugal y Argentina. MORENO SOLANA, A.; MELLA MÉNDEZ, L., Pág. 10, Dykinson, 2016.

3 Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada. Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 2019

horas extraordinarias y cualquier otra consideración vinculada a este factor que pueda tener alguna repercusión en el trabajo. El factor temporal vinculado al trabajo sigue estando en constante evolución, y las tendencias actuales señalan a trabajos más deslocalizados y flexibles lo que sin duda influye en determinados segmentos de actividad que tendrán que ir adaptándose a nuevas configuraciones de orden temporal.

Aunque van a ser los nuevos modelos de negocio y la forma de intervenir en el mercado por parte de algunos de estos operadores los que, sin duda, están generando un cambio más significativo en las estructuras organizativas y consecuentemente en la manera de interpretar la ordenación del tiempo de trabajo. De tal forma que la prestación de estos servicios a través de empresas de intermediación digital permiten una teórica libertad horaria y la posibilidad de compatibilizar otros trabajos, por lo que parece ser una buena oportunidad para encontrar un tipo de empleo a la carta, aunque como trasfondo lo que viene originando es una descarga a esas empresas de costes laborales y donde aparece un nuevo uso del factor trabajo desconocido hasta entonces en nuestro país bajo el contrato cero horas en el que el empleador solo paga por los servicios solicitados, sin que exista obligación de mantener jornada ordinaria<sup>4</sup>.

### 3. EL MODELO DE LOS CONDUCTORES DE UBER

Sin duda el modelo más representativo es el de Uber, que en síntesis actúa como plataforma digital mediante una aplicación móvil que permite a los clientes acceder a un servicio de transporte con conductor, un sistema bastante controvertido que parte de la propia autorización para poder operar en el mercado, pero que dispone de muy diversas aristas que vienen generando un gran debate jurídico en todos aquellos países donde operan y que no han encontrado una respuesta uniforme a nivel internacional. En cualquier caso, interesa ahora abordar dos de esas cuestiones significativas, una sobre la laboralidad de los conductores y otra relativa al tiempo de trabajo.

#### **Indicios de laboralidad**

La relación que se origina entre los conductores y la plataforma Uber se formaliza a través de un acuerdo de colaboración en el que se exige que estén dados de alta como autónomos. Una circunstancia que desde una perspectiva laboral conviene analizar para contrastar la verdadera naturaleza de dicha relación ya que habrá que vislumbrar si se dan los caracteres esenciales del trabajo por cuenta ajena que establece el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores en cuanto a voluntariedad, ajenidad, subordinación o dependencia funcional y retribución.

El sistema de funcionamiento de esta actividad parte de un proceso inicial de selección donde el aspirante ha de cumplir toda una serie de requisitos para poder acceder a la plantilla de conductores, o por mejor decir para poder convertirse en socio conductor como sutilmente los identifica la propia compañía. De tal forma que se exigen ciertos requi-

---

<sup>4</sup> CALVO GALLEGOS, F. J., “Nuevas tecnologías y nuevas formas de trabajo”. *Creatividad y Sociedad*, 2016 (26), 200-238.

sitos básicos entre los que cabe destacar una experiencia mínima de dos años de carnet de conducir, un certificado de antecedentes penales, un dispositivo móvil que pueda soportar la aplicación y la tenencia de un vehículo que cumpla determinadas características y esté operativo legalmente para poder circular. Además, se ha de pasar una entrevista personal donde se informa con más detalle de aspectos relacionados con el modo de funcionamiento de la actividad, así como instrucciones precisas de la forma en la que deben llevarse a cabo los servicios. En definitiva, un proceso selectivo para poder registrarse como conductor en la plataforma y poder trabajar, que mantiene la esencia de los procesos de selección de personal de cualquier relación de trabajo dependiente, aunque sea a través de nuevos mecanismos tecnológicos que permiten la incorporación de un número ilimitado de puestos a cubrir.

Una vez superado el proceso anterior se formaliza un acuerdo donde se detallan las condiciones en las que se basa la actividad tanto las económicas como las de prestación del servicio, incluidas unas instrucciones o recomendaciones con un grado de detalle ciertamente sorprendente para optimizar el servicio a prestar a los clientes. Unos usuarios que con posterioridad van a poder valorar ese servicio a través de la propia aplicación, lo cual, va a servir para asignar una determinada calificación a los conductores que pueden así mejorar su situación en la empresa bajo un sistema de incentivos, sin embargo y en la dirección contraria, una valoración negativa puede significar ser desactivado de la plataforma a modo de despido disciplinario.

Unas valoraciones que unidas a otros indicadores sobre frecuencia y tiempos de trabajo sirven para que la empresa controle en todo momento la actividad de sus conductores con lo que esta forma de operar en el mercado a través de las nuevas tecnologías permite un control *ex ante* y un control *ex post*<sup>5</sup>. Quiere ello decir que aunque el control no se ejercite mediante un sistema de subordinación o dependencia funcional de corte clásico, va a existir un mecanismo de control indirecto que permite una gestión tan eficaz, o más, que el basado en ordenes formales dadas por un empresario a sus trabajadores y en el control directo de su ejecución<sup>6</sup>.

Este control integral sobre la actividad de los conductores se expande al ámbito retributivo puesto que el propio sistema operativo del negocio permite a la aplicación canalizar todas estas funciones, ya que además de gestionar la demanda de servicios va a fijar los precios, va a cobrar por ellos y posteriormente va a abonar el porcentaje correspondiente a los conductores. Así, el conductor no interviene en dicho proceso y es la compañía la que actúa como pagadora liquidando semanalmente mediante transferencia las cantidades adeudadas en función de los servicios prestados. De lo que se desprende el carácter retributivo de este tipo de trabajos en los que se identifica con claridad quien actúa como sujeto pagador y otras de sus notas características como la periodicidad en el abono, aunque sea bajo la modalidad de pago por servicio realizado o destajo.

5 TODOLI-SIGNES, A., "El impacto de la "Uber economy" en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo". IUS Labor, 2015, n° 3, p. 1-25.

6 Conclusiones del Abogado General de la UE, Sr. MACIEJ SZPUNAR, presentadas el 11 de mayo de 2017, Asunto c-434/15, Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber System Spain, S.L., Apartado 52.

Esta forma de gestionar el negocio pone de manifiesto otro de los indicios de laboralidad de este tipo de trabajo como es el de la ajenidad en los frutos, toda vez que el servicio prestado por el conductor va a revertir directamente en la compañía, sin que ni tan siquiera el trabajador intervenga en el proceso de cobro, limitándose tan solo a percibir de la empresa la cantidad correspondiente a los servicios prestados. Siguiendo por tanto, los argumentos esgrimidos por la jurisprudencia en cuanto a la utilidad patrimonial, ya que en este caso los ingresos van a ir a parar directamente al patrimonio de la empresa y no de los conductores, los cuales solo van a percibir su salario por unidad de obra<sup>7</sup>. También se aprecia otro de los caracteres inherentes a las relaciones de trabajo como es el de la ajenidad en los riesgos, y ello pese a que son los propios conductores los que deben aportar los medios de producción, sufragar los gastos implícitos, a la vez que sus ingresos van a depender del número de trayectos realizados y consecuentemente, son ellos los que a priori van a someterse a un mayor riesgo que el soportado por un trabajador convencional. Sin embargo, realmente quien acapara toda la interacción en el mercado va a ser Uber, y por consiguiente quien en última instancia puede ver condicionada su cuenta de resultados, todo lo cual lleva a considerar que los prestadores del servicio van a eludir la asunción del riesgo y ventura de la actividad productiva tal y como habría de corresponder a los verdaderos trabajadores autónomos<sup>8</sup>.

Por todo lo cual, bajo este sistema de empleo a través de la plataforma Uber parecen subyacer los caracteres fundamentales que delimitan el trabajo por cuenta ajena, aunque sea sometido a nuevos criterios interpretativos y a sabiendas de la necesidad de adaptar esta fórmula de trabajo a un marco jurídico adecuado.

### **Tiempo trabajo y la incidencia de la desconexión digital**

La máxima de la que parten este tipo de plataformas digitales para captar personal suele ser aquella de trabaja donde quieras y cuando quieras, un anuncio que se centra en dos circunstancias básicas que condicionan cualquier relación de trabajo: el lugar y el tiempo de trabajo. Pero sobre todo y para hacerlo más atractivo se pone el énfasis en la libertad de decisión del trabajador sobre cuándo y durante cuánto tiempo quiere prestar sus servicios<sup>9</sup>. Siguiendo esta línea, los reclamos que viene utilizando la plataforma Uber para registrar conductores se apoyan, entre otras, en frases tales como “conduce cuando tú quieras” o “gana dinero con tu propio horario”, una supuesta flexibilidad sobre la que se hace necesario desgranar ciertas cuestiones de orden temporal.

Esta forma de empleo flexible permite incorporar un número indeterminado de conductores para prestar un servicio de transporte a la carta en aquellos lugares donde opera la compañía, en lo que viene siendo un ciclo productivo de veinticuatro horas al día todos los días del año. Lo que supone que la franja para poder realizar la actividad es bastante

7 STS de 6 de octubre de 2010, n° 5384/2010, Fj. 3.

8 GINÉS I FABRELLAS, A.; GÁLVEZ DURAN, S., “Sharing economy vs. Uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des) protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”, InDret, 2016, n° 1, p.1-44.

9 GUERRERO VIZUETE, E., “La economía digital y los nuevos trabajadores: un marco contractual necesitado de delimitación”. Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, 2018, vol. 6, no 1. P. 195-218.

amplia y permite multiplicar las opciones a la hora de seleccionar el tiempo a dedicar a esta tarea, un grado de dedicación que puede ser variable, al permitir desarrollarse como ocupación secundaria o complementaria de otros trabajos, o, ser realizada con carácter exclusivo y a plena dedicación, sin que en cualquier caso exista una verdadera regulación o limitación sobre este tiempo de actividad.

La ausencia de horarios y jornada predeterminada va a suponer una adaptación del trabajo a la circunstancia personal de cada uno, permitiendo algunas condiciones ventajosas para el conductor como el hecho de poder encontrar con mayor facilidad un tipo de empleo menos rígido que el convencional, o la posibilidad de compatibilizar ambos tipos de empleos, o, la circunstancia siempre bien valorada de conciliar trabajo y vida familiar o personal. Sin embargo, no conviene obviar que la falta de concreción horaria también puede tener efectos negativos ya que puede suponer una acumulación de horas trabajadas que pueden llegar a poner en riesgo la salud e integridad de estos trabajadores y del entorno en el que se desarrollan

El tiempo a destinar a este trabajo se ve condicionado por la situación de necesidad de cada uno o por el estímulo económico que supone aceptar cada nuevo servicio, pero además hay que tener en consideración que la empresa también va a influir notablemente en este tipo de decisiones, de tal forma que ofrece pagos especiales a aquellos conductores que ofrezcan sus servicios en determinados días y franjas horarias donde la demanda crece, como es el caso de los fines de semana o festivos, o recomendando acudir a determinados eventos que suelen generar una gran demanda de servicios que también son bien valorados por la compañía. Lo que viene a significar un grado de libertad relativo para el conductor que puede ver mediatizada su decisión sobre la distribución de su tiempo de trabajo, a sabiendas de que ocupar un puesto destacado en esos horarios o estar alerta ante determinados acontecimientos va a significar un volumen de ingresos muy superior, ya que de otra forma se van a tener que realizar un mayor número de viajes y/o estar más tiempo disponible y, en definitiva, sumar más horas de trabajo para tratar de alcanzar el mismo beneficio.

Para realizar el trabajo el conductor debe estar previamente conectado a la aplicación y en disposición de responder a las demandas para la recogida de pasajeros, por lo que se distingue un tiempo de prestación del servicio y otro de espera, pero a disposición de la empresa, en el que se podrá estar estacionado o circular de forma itinerante como mejor se recomienda por la compañía para la captación de clientes. En cualquier caso, hay que entender que este tiempo de espera a disposición de la plataforma ha de considerarse como tiempo de trabajo efectivo, ya que la incidencia es directa en la posibilidad de obtener esos viajes o servicios, e incluso una ausencia más o menos prolongada en esa disponibilidad puede significar la desconexión por parte del sistema. Un proceso que en un mundo digital aumenta las posibilidades de conectar los periodos de no trabajo con los de trabajo productivo que hace resurgir la cuestión del tiempo de trabajo y su ordenación bajo los nuevos modelos de organización<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> MOLINA NAVARRETE, C., Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: "desconexión digital", garantía del derecho al descanso. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, 2017, n° 138, p. 249-283.

Esta desconexión que puede ser definitiva o temporal si al final vuelve a ser rehabilitado, viene precedido de un mecanismo de control por parte de la aplicación que permite realizar un rastreo del tiempo dedicado por cada conductor a modo de control de jornada laboral y fiscalizar los servicios realizados o en su caso rechazados. Pese a la voluntariedad que parece existir en cuanto a ser un compromiso libremente prestado en el que van a poder organizar su tiempo de trabajo, no parece que se ajuste a una realidad en la que puedan manejar del todo esta situación, toda vez que la plataforma puede proceder a su desactivación si existe una larga intermitencia o un cierto número de rechazos. Y es que, a pesar de la relevancia que cobra delimitar el tiempo de trabajo frente al tiempo de no trabajo en cualquier ámbito laboral y pese a la mayor complejidad que supone hacerlo por la ausencia de un empresario físico, debe considerarse que en estos casos y ante la posibilidad señalada del riesgo a ser desconectado, que la jornada de trabajo debe abarcar tanto el tiempo durante el que se realiza el trabajo encomendado como el que se permanece a disposición de la digital<sup>11</sup>.

La forma de gestionar esta mano de obra se basa en la exigencia de utilizar prestaciones de carácter discontinuo e intermitentes que son necesarias para estas actividades productivas<sup>12</sup>, lo que tiende a influir en el tiempo personal del trabajador ya que como se señalaba una ausencia prolongada de disponibilidad ante la demanda puede provocar una desactivación de la aplicación, pero no como un derecho a la desconexión digital que sirva para garantizar el derecho al descanso del trabajador sino como un despido o suspensión temporal del vínculo existente entre las partes. Esto se aleja muy mucho de dicho reconocimiento, antes al contrario, va a influir notable y negativamente en ese tiempo de descanso por generar un estado de alerta permanente o intermitente en muchos de estos trabajadores que van a ver entrelazados los tiempos de trabajo y de descanso, sin poder realmente delimitar con claridad cada uno de ellos y sin una regulación que los proteja. Una regulación que tal como se apunta debería existir y contemplar una verdadera libertad del trabajador para poder fijar su horario y su jornada, a la vez que debería establecer un máximo imperativo de jornada semanal con objeto de evitar sobrecarga de trabajo e incentivar el reparto del trabajo y la reducción del desempleo<sup>13</sup>.

#### 4. EL SISTEMA DE LOS RIDERS DE GLOVO

Glovo funciona de forma esencial como una empresa de reparto a domicilio de diversos productos, fundamentalmente comida, para lo que utiliza un conjunto de repartidores denominados “glovers” que se encargan de recoger los pedidos y entregarlos en el lugar

---

11 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., La transcendencia de la disponibilidad horaria del trabajador en el contexto de las plataformas digitales. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2019, no 146, p. 121-158.

12 DAGNINO, E., “Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy”. *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2015, vol. 3, n° 3, p.1-31.

13 TODOLI-SIGNES, A., “El impacto de la “Uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”. *IUS Labor*, 2015, n° 3, p. 1-25.

designado por el cliente. Estos repartidores deben ser mayores de edad, estar registrados en la compañía, dados de alta como autónomos, disponer de un dispositivo móvil que admita la aplicación, y disponer de un vehículo apropiado para realizar el reparto, normalmente bicicleta o moto, aunque últimamente también proliferan los patinetes eléctricos, incluso también se permite ir andando. Sin embargo pese a las alternativas de medios de transporte, suele usarse de forma mayoritaria el de las bicis ya que comparativamente es más barato, tanto por el precio del vehículo, como por otras cuestiones de mantenimiento, seguro, combustible, etc., y no solo eso, sino que además el servicio en moto por ejemplo va a encarecer algo más el precio final a cobrar al cliente, y ello sin contar además con otra ventaja comparativa, ya que el reparto en bici permite sortear con mayor facilidad los atascos de tráfico, con lo que esta herramienta de trabajo adquiere un mayor protagonismo y sostiene el sistema de los famosos ciclistas-repartidores o riders, lo que a su vez origina un sistema de empleo con peculiaridades propias.

### **Indicios de laboralidad**

Para poder trabajar en la compañía es preciso pasar un proceso selectivo que pasa por concertar una cita a la que también acuden varios aspirantes, en la que informan del funcionamiento del sistema y todo su desarrollo sin más preguntas que la de estar o no de acuerdo con las condiciones que ofrece la empresa. Una vez superada esa fase previa se procede a firmar un contrato de adhesión a la plataforma como trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE), una posibilidad por otro lado, plenamente admitida en nuestro ordenamiento jurídico, siempre y cuando claro está, se den los caracteres necesarios para dicho ejercicio. Los riders o Profesionales Independientes como los denominan en este contrato suscrito con la compañía Glovo no negocian en realidad absolutamente nada del acuerdo, lo que les convierte en sumisos del clausulado y por tanto de las condiciones de trabajo impuestas por la empresa.

En dicha forma de prestar el trabajo el glover tampoco interviene para nada en la configuración del precio por servicio ni percibe físicamente ninguna partida económica del cliente salvo la generosidad de una propina, por lo que el resultado va a engrosar directamente las cuentas de la digital, en lo que puede apreciarse el carácter de ajenidad en los frutos. Aunque eso sí, con posterioridad y de forma cíclica semanal o quincenalmente, procederá al pago al trabajador por el resultado de las micro tareas realizadas que serán variables según criterios predeterminados por la propia app en función de varios factores tales como la distancia y el tiempo invertido, pudiendo además modificar dichas tarifas con la periodicidad que crea conveniente, lo que a su vez pone de manifiesto otro de los caracteres esenciales del trabajo por cuenta ajena, como es el de la retribución.

Tampoco se advierte la independencia que debe presidir este tipo de relaciones en las que, pese a la apariencia de un amplio grado de libertad, esta no se va a manifestar y ello pese a que existe una teórica libertad del riders para conectarse, aceptar o no un servicio, elegir la forma de realizarlo y demás. Ya que la falta de conexión durante un tiempo determinado o el rechazo frecuente de pedidos hace que se pierda valoración en el sistema de excelencia y por tanto hace que se pierdan horas para poder trabajar y consecuentemente la posibilidad de obtener pedidos, sin contar que una desconexión prolongada te desactiva



directamente del sistema. Además, existe toda una serie de normas a cumplir para prestar correctamente el servicio, en cuanto a indumentaria, tiempo máximo de ejecución del encargo, comunicación, geolocalización, uso de distintivos de la empresa y correcto estado de mantenimiento de la famosa mochila amarilla, y como no, el correcto trato al cliente so pena de ser negativamente valorado y poder incluso ser expulsado o despedido por tal motivo. Todo lo cual lleva a interpretar como en este tipo de relación se dan nuevas formas de dependencia o en lo que puede entenderse como una evolución del sistema tradicional al nuevo formato de dependencia digital<sup>14</sup>.

Interesa asimismo destacar el criterio jurisprudencial que se viene manteniendo en las últimas sentencias, no así en algunas precedentes, en reconocimiento de la laboralidad de estos repartidores y entre las que cabe destacar el fundamento esgrimido por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid<sup>15</sup> que considera como determinante la falta real de autonomía de este colectivo al entender que:

“Si decidiera emprender por sí mismo este tipo de actividad como auténtico autónomo, estaría condenado al fracaso y sus posibilidades de crecimiento como emprendedor serían nulas, ya que el éxito de este tipo de plataformas, se debe al soporte técnico proporcionado por las TIC que emplean para su desarrollo y a la explotación de una marca, en este caso Glovo, que se publicita en redes sociales a través de los buscadores tipo Google, sitio al que acuden los clientes cuando necesitan la compra y entrega de los productos que la demandada suministra”.

Incide la sentencia en la inviabilidad de emprender el repartidor una actividad con sus medios y desvinculado de la plataforma bajo una actividad económica propia, lo que consecuentemente conecta con otra de las notas que califica como laboral la relación contractual: la ajenidad. Una ajenidad en los frutos ya manifestada por cuanto el resultado de la actividad del repartidor va a parar directamente a la digital, a la que además se desplazan los riesgos del trabajo realizado, y en la que también se manifiesta la ajenidad en el mercado de tal manera que la plataforma se erige como intermediaria imprescindible entre el glover y el destinatario final. Además, interesa al menos dejar señalada la muy reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid<sup>16</sup>, que avala la línea argumental anteriormente planteada sobre los repartidores de Glovo y que viene a establecer un criterio uniforme que ofrezca seguridad jurídica a este colectivo, entendiéndose que la relación existente entre estos repartidores y la plataforma digital tiene naturaleza jurídico laboral ordinaria o común.

Por último, conviene al menos reseñar la modificación introducida en el Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería (ALEH)<sup>17</sup>, en lo relativo a la incorporación en el ámbito funcional de los repartidores de comida a domicilio incluidas las plataformas digitales o a

14 SIERRA BENÍTEZ, E. M., “El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué Derecho del Trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2015, vol. 3, n.º 4, p. 93-118.

15 Sentencia n.º 53/19.

16 STSJM 6611/2019.

17 Resolución de 19 de marzo de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican los acuerdos de modificación y prórroga del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería.



través de las mismas, lo que viene a significar un reconocimiento de este colectivo como un personal laboral más del sector de la hostelería.

### **Tiempo trabajo y de descanso**

El tiempo de trabajo tiende a ser uno de los atractivos teóricos de este tipo de empleo en el que el repartidor puede decidir libremente las horas y los días que quiere coger a la semana para trabajar, aunque en realidad los condicionantes existentes van a influir notablemente en su decisión. De tal forma que para poder elegir los bloques horarios a realizar la aplicación abre dos veces a la semana, y a partir de entonces el glover registrará las horas que quiere realizar según las franjas disponibles, lo cual está sometido a un sistema de prioridades en las que aquellos que ostentan un mayor grado de excelencia según el ranking alcanzado, son los que van a poder elegir en primer lugar, por lo que los novatos o aquellos con una valoración más baja van a poder obtener un número de horas inferior y en los tramos horarios menos atractivos como los de noche o fines de semana.

Otro factor a considerar es que la demanda de pedidos es mayoritariamente de reparto de comidas, lo que viene a significar que los horarios de máxima actividad van a coincidir con los habituales de almuerzo y cena, y consecuentemente el margen de decisión va estar marcado en gran medida por esta circunstancia ante la necesidad imperiosa de obtener pedidos. Y es que en realidad las horas registradas a disposición de la plataforma en este sistema de trabajo “on demand” no se traducen en recompensa económica si no es por la efectividad de la llamada para ejecutar esas micro tareas. Por lo que el incentivo de disponer de esa flexibilidad en cuanto al momento y al tiempo de prestación frente a horarios fijos y regulares origina lo que también se califica como molecularización de los servicios, dotando a los mismos de una apariencia de autonomía y haciendo derivar la retribución hacia una compensación económica por resultado y no por tiempo de trabajo<sup>18</sup>.

En ese turno de trabajo predeterminado el repartidor debe estar conectado a la app para poder obtener las peticiones oportunas, lo que ineludiblemente obliga a un tiempo de disponibilidad a beneficio de la empresa y otro de espera una vez asignado el encargo que se extiende hasta el momento de recepción del pedido en el local correspondiente, lo cual en momentos de alta demanda puede abarcar un tiempo de espera más que considerable. El tiempo de ejecución del encargo está limitado a un marco teórico de 60 minutos en el que el rider tiene libertad a la hora de elegir la ruta al destino final, aunque debe estar geolocalizado en todo momento, aunque, lo que más va a interesarle es prestar este servicio en el menor tiempo posible aun a costa de su desgaste físico, y ello con la intención de estar otra vez en liza a la espera de una nueva petición que poder cobrar. Por lo que la necesidad de delimitar tiempo de trabajo y de descanso tiene un objetivo bidireccional, por un lado como garantía de la seguridad y salud del trabajador, y por otros como interés productivo, ya que el cansancio del trabajador puede aumentar los errores por fatiga<sup>19</sup>.

---

18 GONZÁLEZ ORTEGA, S., Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, 2017, no 138, p. 85-123.

19 PÉREZ CAMPOS, A. I., La desconexión digital en España ¿Un nuevo derecho laboral?, Anuario Jurídico y Económico Escorialense, 2019, nº 52, p. 101-124.

El sistema de asignación de pedidos puede estar a su vez condicionado por la modalidad seleccionada por el rider o por factores de valoración del repartidor por lo que la jornada de trabajo puede extenderse durante bastantes horas sin que correlativamente se obtenga un beneficio proporcional, lo que sin duda llevará al glover a demandar más horas en la aplicación para tratar de compensar ese déficit y por consiguiente sacrificar una parte no deseada de su tiempo de descanso. Una situación que por extensión puede reconducir al derecho a la desconexión digital del trabajador, entendiéndose como tal el reconocimiento a no conectarse a cualquier herramienta digital durante sus periodos de descanso y que estas nuevas tecnologías no diluyan lo que fue una conquista social: la limitación de la jornada y el derecho al descanso<sup>20</sup>.

## 5. EL TRABAJO A PROPINA DE LOS GUÍAS (FREE TOUR) DE SANDEMAN'S

El modelo de guías turísticos gratuitos o free tours es ideado por el fundador de la compañía Sandeman's, que diseña un sistema de visitas guiadas gratuitas basadas en el pago de propinas que voluntariamente dan los turistas que son quienes deciden el importe a entregar. Un modo de realizar rutas turísticas de forma más económica que lo que supondría pagar el coste real del servicio, por lo que rápidamente se propaga a las principales ciudades turísticas del mundo con un éxito notable, lo que asimismo origina un efecto emulación por parte de un número considerable de empresas a nivel internacional, muchas de ellas de carácter local. El funcionamiento diseñado por esta empresa pionera con respecto a estos guías se basa en términos generales en reclutar personas con unas características especiales para amenizar los recorridos a pie, actuando como colaboradores de la plataforma informática, pero operando teóricamente como autónomos y percibiendo el pago del servicio directamente del cliente del que deben detraer una cantidad fija que deben obligatoriamente entregar a la compañía.

### **Indicios de laboralidad**

Para poder trabajar para Sandeman's como guía del tour gratis es necesario contactar con la entidad, acreditar unos conocimientos específicos del lugar, siendo además muy bien valorado el conocimiento de algún idioma. Unos requisitos para acceder a este tipo de empleo no demasiado difíciles pero que, no obstante, van a quedar supeditados a la superación de un periodo de prueba mucho más exigente, de tal forma que la opinión de los clientes va a ser determinante en su continuidad en la empresa, y a la vez será el propio guía el que a la vista del dinero obtenido valore si es suficiente para cubrir sus necesidades ya que en muchas ocasiones supone su único trabajo o medio de vida.

Una vez superado los formalismos de registro la plataforma on line va a publicitar los perfiles de estos trabajadores como un reclamo más de las rutas ofertadas tratando de captar clientes desde su aplicación. Para realizar adecuadamente la tarea la compañía les

---

20 SERRANO ARGÜESO, M., "Always on". Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0. Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, 2019, vol. 7, n° 2, p. 164-191

instruye en una serie de puntos básicos o guion sobre el servicio a realizar, tales como itinerarios, horarios, duración, y como se debe actuar ante los usuarios para obtener mejores resultados. A la hora de realizar el tour estos sujetos van a hacer uso de indumentaria y/o acreditación de la empresa y un paraguas bastante llamativo que va a permitir identificar a la entidad promotora a modo de imagen corporativa y al mismo tiempo va a servir in situ como reclamo para la captación directa de nuevos clientes. Además, durante el recorrido tienen la misión de ofrecer a los turistas otros tours de la plataforma que operan a precio cerrado en un sistema de venta cruzada a modo de freemium, una herramienta de marketing que viene a enlazar el servicio prestado con la demanda de estos otros servicios especializados y tarifas predeterminadas.

En el punto de encuentro donde se inicia la salida suele estar un responsable directo de la empresa que trata de coordinar y supervisar la salida de los diferentes grupos anotando los datos correspondientes o usando la foto de grupo para fiscalizar el pago que debe hacer el guía por cada usuario del free tour. El mecanismo de supervisión y control sobre la actividad de estos guías se mantiene durante todo el tiempo que dura la relación, aunque sea de una manera diferida, ya que en cualquier momento el método de valoración posterior del servicio recibido por parte de los usuarios puede desembocar en la expulsión del sistema a modo de despido.

Por lo que puede apreciarse una forma de trabajar organizada y visible, en la que se entablan distintos mecanismos de control de todo el proceso que avalan la teoría de que el trabajo que se ejerce, pese a que la plataforma pretende invertir el planteamiento y considerar que son estos guías autónomos los que contratan sus servicios de comercialización de los tours, deberían enmarcarse en realidad en un tipo de empleo subordinado y dependiente, aunque no son fáciles de insertar en la categoría tradicional de contrato de trabajo, donde en su mayoría aparecen trabajadores independientes que se insertan en una integración organizativa ajena, aunque conservando rasgos importantes de independencia<sup>21</sup>.

### **Jornada de trabajo y singularidades de la remuneración**

A diferencia de los modelos anteriores, en este tipo de empleo la jornada de trabajo viene predeterminada por la empresa digital que marca en su plataforma informática los horarios de salida de los free tours además del recorrido o los idiomas en los que se ofertan. Por lo que el reclamo usado por las otras plataformas de, trabaja cuando quieras y donde quieras, no sirve en estos casos, donde además se marca en la misma aplicación el tiempo estimado de cada ruta en unas dos horas y media, por lo que suele ser frecuente que el guía realice más de un tour cada día o jornada de trabajo.

El concepto free tour tiende a asociarse en un primer momento al ámbito colaborativo al entender esta forma de ofrecer servicios como una propuesta de acogida por parte de una persona local hacia un grupo de turistas para enseñarles durante un rato las bondades de su ciudad sin pedir nada a cambio, aunque ahondando en esa realidad pueden apre-

---

21 RASO DELGUE, J. "La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo", Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, 2017, vol. 5, n° 1, p.1-35.

ciarse otros indicios que lo alejan de esa primera versión. Y es que el ofrecimiento altruista inicial viene marcado por el planteamiento posterior en el que el guía indica que la empresa no le paga un sueldo y que sus honorarios van a depender exclusivamente de la generosidad de cada uno, en el que se hace frecuente insistir en detalles tales como este es mi trabajo, no tengo otro medio de vida o paga tan solo por lo que creas que vale mi trabajo, por lo que el turista al final se ve obligado al pago de una cantidad más que generosa por el servicio recibido. En este sentido, ya desde la UE se ofrece una orientación para poder apreciar si existe una relación de empleo o no, en la llamada economía colaborativa ya que se entiende como un escenario cada vez más difuso, recomendando para su determinación un análisis caso por caso y aconsejando a los agentes implicados consultar la legislación laboral de cada territorio, basándose de forma acumulativa en tres criterios esenciales: la existencia de un vínculo de subordinación, la naturaleza del trabajo y la existencia de una remuneración<sup>22</sup>.

Sin duda el sistema de remuneración es lo más llamativo de este tipo de empleo ya que hay que considerar que la forma de retribución viene integrada por la categoría de “propinas de clientes”<sup>23</sup>, aunque hay quien considera que incluso en el caso de un trabajador retribuido total y exclusivamente por propinas, tampoco debería rechazarse apriorísticamente el contrato de trabajo<sup>24</sup>. Una condición que aun a sabiendas del carácter no salarial de la propina desde un punto de vista jurídico, pretende reconocer una realidad en la que aparecen nuevas formas de empleo en las que se trata de reinterpretar el sistema y donde el carácter retribuido de la relación laboral también puede sufrir una mutación. En este sentido conviene reseñar una posibilidad ciertamente singular, como es el modelo utilizado y regulado en España para los casinos, bajo lo que se conoce como «tronco de propinas», un sistema que permite constituir un tronco con la masa global de las propinas con cargo al cual habrán de abonarse necesariamente los salarios del personal, así como la cuota patronal a la Seguridad Social, y el resto se reparte entre los trabajadores en función de determinados indicadores<sup>25</sup>, en todo caso, se alcance o no, la cuantía suficiente con esta bolsa de propinas no deberían eludirse ciertos deberes fundamentales del empleador como el de garantizar una remuneración básica y regular.

## 6. CONCLUSIONES

El desarrollo imparable de las tecnologías de la infocomunicación y las nuevas formas de operar en el mercado han supuesto la aparición de distintas fórmulas de trabajo impensables hace tan solo unos años pero que, sin embargo, se han insertado de pleno en la sociedad laboral actual en la que siguen creciendo de forma exponencial y en la que casi con toda seguridad, van a seguir surgiendo bajo un modus operandi cada vez más sofisticado.

22 Com. (2016) 356 final, Bruselas, 2.6.2016, Una Agenda Europea para la economía colaborativa.

23 OIT, Resolución de la 20.ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo (CIET) sobre las estadísticas de las relaciones de trabajo. Se considera como una forma más de remuneración en el sentido de base sobre la que se calcula el pago principal, la variable “propinas de clientes”.

24 LUJÁN ALCARAZ, J.; La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo: contribución al estudio del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. 1991. Tesis Doctoral. Universidad de Murcia.

25 Orden de 9 de enero de 1979 por la que se aprueba el Reglamento de Casinos de Juego, (BOE n.º 20 de 23.1.1979), art. 28.

La deslocalización y flexibilidad de estos sistemas son claves para atraer un colectivo de trabajadores cada vez más numeroso que se siente seducido por la posibilidad de trabajar donde quiera y cuando quiera, además, la gran cantidad de micro tareas a realizar supone en algunos casos admitir un número ilimitado de candidatos que en muchos casos ven en este tipo de empleo notables ventajas comparativas en relación con el sistema formal o convencional.

El modelo de Uber es seguramente el más representativo y controvertido de los que operan a través de plataformas digitales por la gran cantidad de aristas que dispone en su forma de interactuar con sus socios conductores como sutilmente los denomina. Es un ámbito de actuación carente de regulación específica pese a lo cual parecen subyacer los caracteres clásicos que delimitan el trabajo realizado por cuenta ajena, aunque para ello deban someterse a nuevos criterios interpretativos y a sabiendas de la necesidad de adaptar este tipo de formato de trabajo a un nuevo marco jurídico que ofrezca mayores garantías a dichos trabajadores sin que ello suponga una huida hacia delante de estas entidades digitales en busca de nuevos mecanismos difíciles de alcanzar. La cuestión temporal se asienta sobre una teórica libertad de estos trabajadores a la hora de decidir sobre el tiempo a destinar a estas tareas que en realidad puede verse mediatizada por un factor como el económico y la situación de necesidad de cada prestador, ya que van a tener que realizarse los servicios en aquellas franjas horarias donde la demanda crece. Por otro lado, el tiempo de espera pero conectado a la plataforma debería valorarse como tiempo de trabajo efectivo por ser requisito necesario a la hora de poder obtener esos viajes o servicios, incluso una ausencia más o menos prolongada puede significar poder ser desconectado por parte de la plataforma, pero no como reconocimiento del derecho a la desconexión digital sinónimo de garantía del derecho al descanso del trabajador, sino a modo de despido o suspensión temporal de la relación existente entre las partes. Todo lo cual puede generar un estado de alerta permanente o intermitente en muchos de estos trabajadores que van a ver entrelazados los tiempos de trabajo y de descanso, por lo que se hace necesario una regulación que garantice realmente una verdadera libertad del trabajador en materia de horarios y jornada, y asegure asimismo un tiempo suficiente de descanso.

El sistema de los riders de Glovo que actúan bajo contratos de adhesión con la compañía como trabajadores autónomos económicamente dependientes ofrece claros indicios de laboralidad por la forma de intervenir en el servicio de reparto en el que se aprecian los elementos necesarios para dicha catalogación, una cuestión que en los últimos tiempos viene avalada por la jurisprudencia que incluso cambia el sentido de algunas de sus decisiones precedentes y los considera como trabajadores por cuenta ajena. Por otro lado, los tiempos de trabajo y de descanso también se ven sometidos a factores inherentes al tipo de reparto a realizar donde los horarios de máxima actividad suelen estar predeterminados y donde deberían ser regulados de manera muy especial para este colectivo de trabajadores en cuya ejecución del servicio se incrementa el esfuerzo físico, por lo que una realización de forma incontrolada podría suponer un estado de agotamiento para estos repartidores y consecuentemente vendría a significar una involución del sistema de protección de la salud sobre el que tradicionalmente vienen basándose las normas reguladoras sobre tiempo de trabajo.

En cuanto al trabajo a propina de los guías free tour de Sandeman`s, la forma que tienen de desarrollar su actividad es distinta con respecto a las anteriores, ya que estas actuaciones se van a manifestar en lugares y horarios predeterminados, lo que no impide la intervención manifiesta de la plataforma informática que los comercializa y tutela. Pero, sobre todo lo que tiene un carácter más destacable es el modo de retribución, donde es el guía quien percibe directamente el pago de los clientes bajo un sistema de propinas, por lo que en un primer momento aparenta ser una actividad más colaborativa que laboral. Aunque, a pesar esa peculiar forma de liquidar el pago en el que es el propio guía el que debe abonar una cantidad fija por cliente a la compañía y no a la inversa, como suele ser preceptivo en cualquier relación de trabajo formal, podemos encontrar sistemas alternativos como suele suceder en los casinos donde se utilizan las propinas para poder sufragar parte de los costes laborales de la empresa, lo cual unido a la verdadera realidad que rodea a la forma de prestar ese servicio de guía nos pueden trasladar a un escenario bien distinto donde poder reconsiderar su laboralidad.

**PONENCIA ESPECÍFICA  
CONCILIACIÓN, CONEXIÓN DIGITAL Y TRABAJO A TIEMPO  
COMPLETO: UN TRIÁNGULO CUASI PERFECTO.**

*Olga García Coca  
Profesora Ayudante Doctora  
Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.*

Subtema de la Ponencia General a la que se presenta: Tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral, familiar y personal

1. Introducción
2. Algunas notas acerca del trabajo a tiempo parcial
3. Adaptación del puesto de trabajo y conciliación familiar y laboral
  - 3.1. ¿Qué se entiende por conciliación familiar y laboral?
  - 3.2. Evolución de las políticas de conciliación laboral y familiar
  - 3.3. El art. 34.8 a debate
4. La digitalización como medios de acceso a jornadas a tiempo completa
  - 4.1. Conexión digital y tipología del empleo
  - 4.2. Implicaciones de la conexión digital respecto a la salud del trabajador
5. Observaciones finales
6. Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

La fórmula de contratación basada en la parcialidad del empleo supone, según lo establecido en el art. 12 del Estatuto de los Trabajadores, acceder a una jornada de trabajo inferior a la máxima legal establecida. La flexibilización del tiempo de trabajo se ha posicionado como una medida de fomento de empleo que proporciona ocupación entre la población especialmente afectada por el problema de desempleo, como pudiera ser el sector femenino. La proliferación de estos trabajos parciales tiene su más firme representación entre las mujeres las cuáles acceden a empleos precarios para poder lograr la tan deseada conciliación laboral y familiar. Es por ello que, el principio de voluntariedad, que debe regir a la hora de aceptar empleos parciales, se ve afectado por la estigmatización social de la mujer como garante del bienestar familiar.

Tradicionalmente, y todavía hoy día, aunque con algunas mejoras que hacen que se distancie la brecha existente entre el empleo ocupado por hombres y mujeres, el sector femenino ha sido el encargado de procurar por la familia en su término más amplio, aspecto que ha propiciado que este colectivo se haya incardinado en los trabajos de esta modalidad. De este modo, se produce una limitación de las oportunidades laborales e, incluso, una paralización de su carrera profesional por medio de la petición de reducciones de jornada que le permitan atender sus obligaciones familiares y el cuidado y educación de sus hijos, con las consecuencias que todo ello tiene para su protección social.

Es por ello que, con la revolución que ha supuesto los avances de las TICS en el mundo del trabajo, quizás sea necesario hacer una reflexión y utilizar los recursos digitales o tecnológicos para procurar que puedan optar por tener presencia en trabajos a tiempo completo, sin necesidad de sacrificar su carrera profesional ni la conciliación de la vida laboral y familiar, si es esa la elección de la trabajadora. En los últimos tiempos se habla mucho de desconexión digital, en la que entiendo que debe presidir también la voluntad del trabajador, pero me pregunto si también el trabajador, en este caso las mujeres, podrían elegir la conexión digital a través de sistemas, ya existentes, como el teletrabajo, trabajo en red o trabajo digital remoto (“Smart working”) a cambio de acceder a trabajos con jornada completa, siempre que su profesión lo permita y que no afecte a su salud laboral.

## 2. ALGUNAS NOTAS ACERCA DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

El impulso de esta modalidad contractual resulta de la aprobación de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo<sup>1</sup> en la que se intenta reflotar el mercado de trabajo por medio del apoyo a la iniciativa emprendedora, al desarrollo empresarial y a la creación de empleo. Con esta intención se produce la aprobación en bloque de una serie de medidas conducentes a promover el trabajo entre los jóvenes de forma parcial para de esta manera intentar que compatibilicen empleo y formación.

No hay que olvidar que el trabajo a tiempo parcial, históricamente en España, ha aglutinado «todas las manifestaciones de lo que se considera precariedad», como la in-

<sup>1</sup> BOE núm. 179 de 27 de Julio de 2013.



voluntariedad, la unilateralidad en la determinación de las condiciones de trabajo, la retribución minorada en su parte proporcional respecto a un trabajo a tiempo completo, la excesiva temporalidad de los contratos de trabajo, las duraciones de los mismos demasiado reducidas, el elevado índice de rotación, la concentración de este modelo de empleo en personas con una cualificación muy baja, en muchas ocasiones jóvenes, o la feminización de este clase de trabajo y, consecuentemente, las discriminaciones indirectas que se producen<sup>2</sup>.

Aunque se preveía como una forma de contratación encaminada a insertar a los jóvenes en el mercado de trabajo es cierto que se ha convertido en la forma de empleo preferida por el sector femenino<sup>3</sup> como consecuencia de su posición social y el lugar que ocupa dentro de la configuración familiar. Y en este sentido, cabe hacer un análisis del principio de voluntariedad<sup>4</sup> que inspira la regulación del trabajo a tiempo parcial, pues no queda del todo claro que, en el caso de las mujeres, la elección de este empleo se fundamente en la voluntad propia de querer trabajar sólo la mitad de la jornada sino, más bien, que es una situación que se presenta de forma casi obligatoria o impuesta para poder atender sus compromisos familiares<sup>5</sup>.

Por tanto, parece que la feminización paulatina de la clase asalariada ha ido avanzando, en un contexto como el español, a partir de la extensión del trabajo poco cualificado convertido en jornadas parciales<sup>6</sup>. Este hecho sitúa a la mujer en una posición más débil para el uso autónomo de su tiempo, pues se encuentra con limitaciones a la hora de compatibilizar su trabajo con la maternidad, pudiendo solamente acceder a jornadas parciales que coincidan de forma casi plena con el horario escolar de los hijos. En este sentido

---

2 Escudero Rodríguez, R.: “Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la reforma”, en *Relaciones Laborales*, núm. 2, pp. 10-13. Espín Saez, M.: “El contrato a tiempo parcial ¿la conciliación en los tiempos de la precariedad?”, *Revista Información Laboral*, núm. 12, 2016, pp.1-6.

3 Las mujeres ocupan el 72% de los contratos parciales. El 20% de las mujeres elige este tipo de jornada por motivos familiares, aunque manifiestan que les gustaría tener un trabajo a tiempo de completo que les permitiera conciliar.

4 Artículo 9 y 10 del Convenio número 175 de la OIT, sobre el trabajo a tiempo parcial: “Deberán adoptarse medidas para facilitar el acceso al trabajo a tiempo parcial, productivo y libremente elegido, que responda a la vez a las necesidades de los empleadores y de los trabajadores, siempre que se garantice la protección a que se refieren los artículos 4 a 7 del presente Convenio”. Por su parte, establece el artículo 10: “En los casos apropiados, deberán adoptarse medidas para que el traslado de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial, o viceversa, sea voluntario, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales”

5 Beltran Filip, R.: “Las mujeres y el trabajo a tiempo parcial en España. Elemento para su análisis”, Cuaderno de Relaciones Laborales núm.17, 2000, pp. 141-142; Solas Picó, M.T., Hidalgo Rúa, G. M. y García Díaz, M.: “Trabajo a tiempo parcial: incidencias”, *Revista Acciones e Investigaciones Sociales*, n. 3, 1995, págs. 198 y ss.

6 Uno de cada dos contratos firmados por mujeres en febrero de 2019 (45,5%) fue a tiempo parcial, mientras que en el caso de los hombres esa proporción baja a uno de cada cuatro (23%), según los últimos datos del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) que ha publicado la agencia EFE. Del total de 683.997 contratos firmados por mujeres en el segundo mes del año, 310.966 fueron a jornada parcial (45,5%) y 367.238 a tiempo completo (54,5%).

es dónde se deduce la falta de voluntariedad del trabajo a tiempo parcial convirtiéndose en una modalidad forzada y con peores condiciones económicas que el trabajo a tiempo completo y que es obvio que su acceso está propiciado por la falta de trabajos a jornadas completas que permitan atender obligaciones familiares. Lógicamente, si es la única forma de trabajo compatible con el cuidado de hijos, sin que se prevean otros mecanismos para poder contar con un empleo a tiempo completo (como se verá más adelante), la contratación de estas trabajadoras no se sustenta del principio de voluntariedad, pues no se presentan otras alternativas que puedan permitirle la tan deseada conciliación laboral y familiar.

A diferencia de lo que se ofrece a los jóvenes, cuya incursión en la modalidad parcial se utiliza como medio de transición hacia un trabajo a jornada completa, a las mujeres con responsabilidades familiares se le presenta como la única forma de trabajo compatible. Es una situación que no va a variar en el tiempo de forma tan acelerada como la adquisición de formación por parte de los jóvenes, sino que, más bien, se perpetua en el tiempo casi con carácter indefinido, pues en el caso de la contratación a tiempo parcial de las mujeres esta no se origina para que adquieran la formación necesaria para acceder a puestos cualificados con mayores exigencias de tiempo.

Cosa distinta ocurre con la modificación de la jornada de trabajo a tiempo completo por una jornada parcial en la que debe mediar, inexcusablemente el acuerdo y voluntariedad de las partes para que se produzca este cambio. Así lo ha avalado la jurisprudencia<sup>7</sup>, dando de esta forma un papel primordial al principio de voluntariedad en las modificaciones sobrevenidas de las condiciones de trabajo. A la hora de definir los principios básicos de la regulación del trabajo a tiempo parcial es preciso aludir a la voluntad en la elección de esta modalidad contractual para insertarse en el mercado de trabajo.

En este punto se puede decir que si una trabajadora tiene una jornada completa de trabajo será ella la que decida una novación de su contrato de trabajo para acceder, por circunstancias familiares, a una jornada parcial, sin que en ningún momento sea el empresario el que imponga este cambio en su tiempo de trabajo para atender a sus circunstancias familiares. Incluso podría convertirse en una práctica discriminatoria si se realizan estas novaciones de la modalidad contractual de forma unilateral, ya que, aunque socialmente sea la mujer la que se encarga de las labores relacionadas con la organización de los hijos y del hogar familiar, es claro que la obligación es de la misma forma para ambos progenitores.

---

7 STS de 14 de mayo de 2007 (Rec. 85/2006), “no basta con que la reducción del tiempo de trabajo sea inferior a la jornada ordinaria a tiempo completo, sino que es preciso que la reducción de jornada sea voluntariamente adoptada con sujeción a la concreta modalidad de contrato a tiempo parcial (...)», a lo que añade que «la imposición unilateral de jornada reducida (con carácter individual o colectivo) e incluso la modificación colectiva acordada de consuno con los representantes de los trabajadores, no determinan la mutación del contrato tiempo completo/tiempo parcial, sino la mera reducción de la jornada en contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica, pues la específica modalidad de que tratamos (contrato a tiempo parcial) únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumente por medio de una novación extintiva, que en todo caso es requirente de la voluntad concorde del trabajador”.

Otra característica que puede propiciar el acceso de las mujeres a los contratos de trabajo a tiempo parcial es el tiempo de trabajo, pues ya se sabe que el trabajo productivo cualificado requiere la dedicación de bastantes horas dependiendo del sector y la organización empresarial. En este sentido, y como consecuencia del modelo de reparto del tiempo social productivo y doméstico hace difícil que la vida laboral de las mujeres se sustente con trabajos cualificados. Salvo en aquellas situaciones en las que el trabajo profesional de la mujer se ve asistido por ayuda externa, el tiempo de la mujer está mediado por la consabida doble jornada laboral fruto de la superposición de viejos y nuevos roles<sup>8</sup>. De manera que la distribución del tiempo de trabajo y, por tanto, la participación de los trabajadores en los denominados trabajos cualificados supone la dependencia de terceras personas para colaboran en la gestión familiar. En ocasiones los salarios de los trabajos a jornada completa hacen que la mujer prescindiera de estos tipos de trabajos al no poder mantener esa ayuda externa, por lo que encontramos una vez más que la característica vinculada al tiempo de trabajo tampoco persigue la voluntariedad que deben integrar la elección de los trabajos a tiempo parcial.

### 3. ADAPTACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO Y CONCILIACIÓN FAMILIAR Y LABORAL

#### 3.1 ¿Qué se entiende por conciliación familiar y laboral?

La importancia de la conciliación de la vida familiar y laboral se ha convertido en algo más que un concepto ambicioso. El concepto conciliación trabajo-familia se ha entendido de múltiples y diversas maneras, se puede hablar de un concepto, por un lado, estricto encaminado a compatibilizar los tiempos dedicados a la familia y al trabajo; y de otro, más amplio que hace referencia al desarrollo pleno de las personas en el ámbito del trabajo, afectivo, familiar, personal, de ocio, estudio e investigación, y a disponer de tiempo para uno mismo. Por tanto, de forma global, se puede identificar la conciliación como una forma de mantener el equilibrio en las diferentes dimensiones de la vida con el fin de mejorar el bienestar, la salud y la capacidad de trabajo personal.

Conciliar, significa, por tanto, mantener el equilibrio en las diferentes dimensiones de la vida con el fin de mejorar el bienestar, la salud y la capacidad de trabajo personal. Se presenta también como un concepto necesario para que la sociedad pueda avanzar en el ámbito familiar permitiendo que haya más nacimientos para así garantizar las políticas de protección social del futuro. Esta realidad pasa por darle a la familia un lugar destacado, protegiendo a las personas garantes de ese bienestar familiar con medidas que fomenten la posibilidad de lograr ese equilibrio entre el trabajo y el incremento de la familia, lo que supone un mayor esfuerzo económico y, por tanto, más esfuerzo laboral.

Obviamente, la conciliación laboral y familiar es un derecho que tienen ambos progenitores, si nos referimos al cuidado de hijos menores, o cualquier trabajador que se en-

---

<sup>8</sup> ortiz garcía, p.: “El trabajo a tiempo parcial ¿Una alternativa para la mujer en tiempos de crisis?”, *Sociología del Trabajo*, nueva época, núm. 82, otoño de 2014, pp. 73-92.

cuentre en una situación de necesidad por tener que colaborar con alguna responsabilidad familiar. Pero estadísticamente son las mujeres las que acceden a jornadas de trabajo a tiempo parcial para poder conciliar, lo que sitúa al sector femenino en una situación más desfavorecida en cuanto al avance en su carrera profesional. Es por ello, que en la mayor parte de los casos, va a ser el colectivo más favorecido por las medidas de conciliación que se pretendan implantar dentro de la empresa. La mejora de esta situación tiene dos objetivos claros; en primer lugar, impulsar a las mujeres trabajadoras para que puedan alcanzar puestos de trabajo afines a sus características formativas y profesionales, los cuales pueden exigir trabajar a tiempo completo; y en segundo lugar, porque ese acceso restringido a un modelo o tipo de empleo puede estar conectado con una discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo.

### **3.2 Evolución de las políticas sobre conciliación familiar y laboral.**

No han sido pocas las normas que han intentado abordar la tan deseada conciliación laboral y familiar. La propia Constitución hacía referencia, aunque no de forma expresa, a lo largo de su redacción en primer lugar en el art. 14 en donde se consagra el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres; en segundo lugar en el art. 9.2 instando a los poderes públicos a promover políticas que favorezcan la conciliación; y por último en el art. 39 que se encuentra vinculado a la protección a la familia.

El desarrollo de estos preceptos constitucionales tiene su proyección en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras<sup>9</sup> la cual supuso la necesidad de configurar un sistema adaptado a las nuevas relaciones sociales surgidas entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada. Esta norma significó un paso importante pues estableció materias como el permiso de maternidad, actualmente fijado en 16 semanas; el de paternidad, de 8 semanas –que se convertirán en 16 en 2021–; las excedencias y reducciones de jornada para el cuidado de hijos; las medidas de seguridad para embarazadas y lactantes, etc.

En el año 2007 nace la Ley 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres<sup>10</sup> con la finalidad de fomentar nuevas políticas conciliadoras y establecer mejoras en lo relativo a la corresponsabilidad en las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres. Esta norma implanta aspectos generales respecto a la igualdad que fueron trasladados al ámbito laboral por medio de la modificación del Estatuto de los trabajadores en los siguientes términos: la posibilidad de que la negociación colectiva establezca medidas de acción positiva que favorezca el acceso al empleo de las mujeres y la eliminación de situaciones de discriminación en sus condiciones de trabajo; relación a la regulación de la jornada laboral, se reconoce el derecho del trabajador a adaptarla para facilitar la conciliación de la vida personal y laboral, en los términos previstos que se establezcan en la negociación colectiva; duración del permiso de lactancia; reconocimiento del riesgo durante la lactancia como causa de suspensión del contrato de trabajo; etc.

<sup>9</sup> BOE núm. 266, de 06 de noviembre de 1999.

<sup>10</sup> BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2007.

De otra parte merece la pena destacar como el panorama normativo europeo ha contribuido a mejorar nuestro sistema de conciliación laboral y familiar, ya que nuestras normas internas son fruto de la transposición de directivas dirigidas a renovar estas garantías de los trabajadores. Así pues, la norma del año 1999 es fruto del acogimiento de las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE)<sup>11</sup>, y de la 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES<sup>12</sup>. En el caso de la Ley 3/2007 se puede decir que su origen viene propiciado por el nacimiento de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo<sup>13</sup> y de la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro<sup>14</sup>.

Recientemente se ha publicado el RDL 6/2019 de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación<sup>15</sup>. Esta norma viene a cubrir algunas carencias que tenían las otras normas relativas, entre otras medidas, al incremento y a la igualdad entre la duración del permiso de maternidad y paternidad y al establecimiento de la adaptación de la jornada para poder conciliar con tus obligaciones familiares, sin que la norma entre a analizar y distinguiendo las personales. Esta reforma, respecto a estos dos puntos comentados, establece La equiparación plena sí puede resultar interesante como medida que evita la discriminación en la contratación laboral. Desde el momento en que la mujer y el hombre tienen el mismo permiso de nacimiento por hijo carece de fundamento empresarial favorecer la contratación por el factor género, conexo a esta variable, ya neutra. A su vez, la buena combinación de permisos corresponsables, horarios adaptados, menos reducciones de jornada y guarderías facilitará la conciliación laboral y familiar y, con ello, disminuirá la brecha salarial.

### 3.3. El art. 34.8 del ET a debate

Como se ha comentado uno de las propuestas para mejorar la conciliación laboral y familiar es los cambios introducidos respecto a la adaptación de la jornada al puesto de trabajo, tal y como queda recogido en el art. 34.8 del ET<sup>16</sup> cuyo contenido vamos a ir analizando en

11 DOCE núm. 348, de 28 de noviembre de 1992

12 DOCE núm. 145, de 19 de junio de 1996

13 DOCE núm. 269, de 5 de octubre de 2002.

14 DOUE núm. 373, de 21 de diciembre de 2004

15 BOE núm. 57 de 7 de marzo de 2019.

16 Art. 34.8 ET: “Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la for-

este apartado. En el citado precepto se excluye la vida personal dentro de los motivos de la conciliación dejando este beneficio tan sólo a aquellos trabajadores que acrediten responsabilidades familiares de uno u otro tipo<sup>17</sup>. Ahora bien, la intención del legislador en establecer esta medida conciliadora no es incluirlo dentro de la ya conocida reducción de jornada y su concreción horaria, sino que debiera distinguirse, como se ha hecho, en otro precepto diferente pues su ejercicio no es realizado de forma unilateral por parte del trabajador y no tiene más límites que los establecidos legalmente con especial referencia a la determinación de un horario dentro de la jornada y aquellos otros impuestos por la negociación colectiva.

Tan sólo se podrá pedir la adaptación del puesto de trabajo en aquellos casos en los que se tenga que atender a un hijo menor de 12 años<sup>18</sup>. De entre las diversas interpretaciones posibles (y sin comprender los motivos de esta restricción), parece razonable que esta limitación del ejercicio sólo sea predicable para el caso de que la adaptación se solicite para el cuidado de hijos (no limitándose, por ejemplo, si se solicita para el cuidado de otros familiares).

---

ma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años. En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión. La persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto”.

17 Existen pronunciamientos judiciales en los que ya sólo se hacía referencia a la conciliación familiar y laboral, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 26 de 14 de marzo de 2011 (BOE núm. 86, de 11 de abril de 2011): “Ello obligaba en el presente caso a valorar las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia de educación especial en la que prestaba servicios, para ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituía o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional. En relación con las circunstancias familiares concurrentes, conforme a los datos obrantes en las actuaciones, resultaba necesario tener en cuenta el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia que la denegación del horario nocturno al recurrente pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos”.

18 Recientemente el Juzgado de lo Social de Valladolid ha interpretado la edad del menor sin limitaciones a la hora de ejercitar el derecho alegando que la madre podría adaptar su horario para conciliar pues el otro progenitor pernoctaba todos los días de la semana fuera. Argumenta la sentencia que la resolución judicial que la posibilidad regulada en el artículo 34.8 es «complementaria y alternativa» a la del artículo 37.6, lo que representa que, cuando se tengan hijos menores de 12 años no es necesario acudir a la reducción de jornada, sino que puede utilizarse el derecho a distribuir su jornada y el tiempo de trabajo en relación con las necesidades de la persona empleada.

Por otra parte, es un derecho individual cuyo reconocimiento no está condicionado a lo previsto en el convenio colectivo o en un acuerdo con la empresa. Por tanto, en lo que respecta a su titularidad el papel del convenio colectivo queda relegado tan sólo a fijar los términos de su ejercicio sin más, puesto que ya el propio precepto lo proclama como un derecho de las personas trabajadoras, mujeres y hombres. Esta titularidad individual no conierte al derecho (ni, en su caso, a su disfrute) en obligatorio, pudiendo perfectamente las personas trabajadoras interesadas no solicitarlo. Si se ha optado por solicitar el derecho este no se genera de forma inmediata, sino que se requiere aceptación por parte de la empresa que tendrá que estudiar si procede o no esa solicitud de adaptación del puesto de trabajo<sup>19</sup>. Por lo que queda en manos de la empresa el disfrute de la medida, que podrá denegarse si ésta demuestra que no puede adaptar el puesto de trabajo ni en horario ni en distribución de la jornada<sup>20</sup>. Es por tanto un derecho a solicitar una posible adaptación del puesto si se justifican las causas para adaptarlo en aras a lograr la conciliación laboral y familiar.

En cualquier caso, nada se indica en la norma respecto del momento y/o la forma en que dicha solicitud deberá efectuarse; al menos con carácter general. A salvo de lo que venga establecido por la negociación colectiva (que no parece pueda introducir muchas limitaciones en este punto)<sup>21</sup>, claro queda que la persona trabajadora podrá efectuar su solicitud cuando lo estime más oportuno en virtud de sus necesidades conciliatorias no existiendo, por tanto, un plazo general al respecto<sup>22</sup>. Se ha previsto, como forma de adaptación del puesto de trabajo, hacerlo desde una perspectiva relacionada con modificaciones respecto a la duración de la jornada, a su distribución y ordenación del tiempo<sup>23</sup>, y a su forma de

---

19 Agustí Maragall, J.: “El derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET después del Real Decreto-Ley 6/2019. La cuestión de la corresponsabilidad en su reconocimiento”, *Jurisdicción Social*, núm. 199, 2019, pág. 20 y ss; Beltrán Heredia, I.: “El derecho de adaptación de la jornada para conciliar la vida familiar y laboral (art. 34.8 ET)” en *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, junio, 2019.

20 El derecho a la concreción horaria permitiría que hubiera menos reducciones de jornada por cuidado de hijo menor de 12 años, las cuales suponen una disminución del salario de los trabajadores que acceden a esa forma de conciliar. El Juzgado de lo Social de Madrid en su sentencia núm. de 26 de mayo de 2019 establecía que; “la solicitud de concreción horaria resulta plenamente cabal y ajustada a su finalidad, y que de no admitirse la solicitud podría el menor quedar por las tardes en situación de desamparo, por lo que reconoce el derecho de la trabajadora, dependiente de tienda, a reducir su jornada por cuidado de hijo menor a 35 horas semanales, con concreción horaria de Lunes a Viernes de 9.30 a 15.30 horas y Sábados de 9.30 a 14.30 horas. Para llegar a este reconocimiento valora también la organización de la empresa, que si bien durante las mañanas tiene mayor actividad de ventas y clientes, también cuenta con plantilla sobredimensionada en un 60% aproximadamente, lo que hace que la concreción solicitada no vaya a causar graves disfunciones, al tratarse también de una gran empresa con muchos trabajadores”.

21 En todo caso, el convenio colectivo debe adoptar un papel activo buscando la ponderación entre las necesidades empresariales y las propias del trabajador. Si la negociación colectiva no tiene prevista este tipo de medidas, se requiere, desde su solicitud una obligación de negociación de las condiciones que van a establecer si prospera o no esa adaptación, como máximo se debe dar una respuesta a la petición en un máximo de 30 días.

22 Barrios Baudor, G.L. “Adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de vida familiar y laboral”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2019.

23 Vid, Sentencia núm. 284 del Juzgado de lo Social de Salamanca de 9 de agosto de 2019, en



prestación, estando previsto para esta última la posibilidad de solicitar trabajar a distancia desde un dispositivo, cual sea, con conexión digital a una red de internet.

Tampoco deja claro el precepto la modificación de lo acordado, es decir, si existe posibilidad de adaptación del puesto cuando no se han producido nuevas circunstancias familiares que produzcan esa necesidad de cambio en las condiciones de ejecución del trabajo. Sobre este asunto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 9 de abril de 2019 ha establecido que “...parece abusivo, y contrario a la buena fe, que la actora, transcurrido un tiempo, solicite la modificación del horario que había aceptado expresamente sin que haya constancia de variación alguna de las circunstancias familiares o del menor que tiene bajo su patria potestad”, por lo que es un tema que se deja a la interpretación jurisprudencial, aunque, en mi opinión parece lógico que se desvirtúa la petición de adaptación del puesto de trabajo si no se dan modificaciones en tu situación familiar que propicien un cambio bajo este mecanismo conciliador, pues no existe nexo de unión entre la causa y el efecto que tendría el no adaptar el puesto para la conciliación laboral y familiar.

#### 4. LA DIGITALIZACIÓN COMO MEDIO DE ACCESO A JORNADAS A TIEMPO COMPLETA

La segregación del mercado de trabajo, que propicia la feminización del empleo a tiempo parcial, produce un hecho evidente el cual tiene relación con que las mujeres concentren su actividad en sectores que tienen menor prestigio, unido a la falta de presencia en cúpulas directivas o de organización empresarial. Esto supone que el empleo se convierta en su gran mayoría en precario<sup>24</sup>. Todas estas circunstancias implican un retroceso de la mujer en el mercado de trabajo.

Cierto es que, existen otros sectores que no son imagen de trabajo precario, debido a su estabilidad laboral, que han empleado de manera masiva a mujeres. Nos referimos a la Administración Pública la cual ha dado cobertura a contrataciones parciales con buenas condiciones de trabajo pero que se ha visto desbordada por los recortes en servicios públicos produciéndose una disminución de la oferta pública de empleo. En este sentido, se continúa con la lógica de la feminización de trabajos que fomentan la jornada parcial, pero en el caso de los organismos públicos la precariedad es bastante más acentuada o se centraliza en las dificultades para acceder a puestos de responsabilidad que conlleva la realización de

---

la que se establece que: “...en la contestación dada a la trabajadora no se argumentan debidamente razones organizativas de justifiquen suficientemente su negativa, más allá de la lógica incidencia en los turnos del resto de trabajadoras del Centro de igual categoría, que de apreciarse por sí solo impediría de forma sistemática en la mayoría de los casos el ejercicio de este derecho. Los cuadrantes aportados además, constatan que en el turno de tarde no siempre hay 12 trabajadoras, o 9 si es fin de semana, como señala la empresa, y además son frecuentes los cambios de turnos entre las trabajadoras, tal y como lo corroboró el testigo”.

<sup>24</sup> Espín Sáez, M.: “El contrato a tiempo parcial: de la oportunidad de generar empleo a la precariedad en el empleo”, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 31, 2015, pp.145-148.



una misma jornada de trabajo dentro del sector público<sup>25</sup>. Todo ello unido a la práctica, más que habitual, de reclutar trabajadores declarados a tiempo parcial que en realidad asumen una jornada completa siendo uno de los principales focos de irregularidades en materia de empleo.

Como se ha comentado estadísticamente son las mujeres las que están dispuestas a sacrificar su jornada y, por tanto, acceder a este tipo de empleos. Para intentar paliar los efectos del trabajo a tiempo parcial en el sector femenino sería conveniente realizar una repartición más equitativa entre el factor trabajo y el factor capital, para que los empleados a tiempo parcial puedan mantener un nivel de vida digno, como mínimo.

La digitalización del trabajo podría colaborar para conseguir ese objetivo, permitiendo que las mujeres pudieran cumplir jornadas completas de trabajo sin que ello supusiera una restricción de su derecho de conciliación familiar. Aunque en estos últimos meses mucho se ha hablado del derecho a la desconexión digital<sup>26</sup> en el ámbito de las relaciones de trabajo, como medida de aislamiento de los trabajadores del entorno tecnológico que rodea a la empresa, quizás sería interesante darle la vuelta a este derecho y permitir la conexión digital para cubrir jornadas de trabajo a tiempo completo, en el supuesto que el trabajador lo decida voluntariamente con la finalidad de poder conciliar su vida familiar y laboral. En algunos trabajos se podría plantear una reorganización y adaptación del puesto de trabajo para tener durante parte de la jornada laboral presencialidad física en la empresa y online desde casa el resto del tiempo. De forma que, el trabajador pudiera conectarse digitalmente desde otros puntos y que ese tiempo de conexión se contabilizara para poder alcanzar una jornada completa, sin que ese vínculo se extendiera más allá de lo legalmente establecido en su contrato de trabajo.

Es obvio que, el trabajador debe tener un tiempo de descanso y para lograr proteger lo el derecho a la desconexión digital comenzaría a ejercitarse cuando el trabajador ya haya cumplido las horas establecidas en su contrato de trabajo, con la particularidad de que una parte de su tiempo de trabajo podría ser de gestión flexible, fomentando su conexión digital

---

25 Torns, T y Recio Caceres, C.: “Las desigualdades de género en el mercado de trabajo: entre la continuidad y la transformación”, *Revista de Economía Crítica*, n°14, segundo semestre 2012, pp. 186-190.

26 Art. 88 LOPDGDD: “Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”.

desde casa o desde cualquier lugar con acceso a internet. Prima, por tanto, la voluntariedad del trabajador de someterse a esta forma de trabajo atendiendo, también, a la permisibilidad del empresario para hacerlo el cual tan sólo podría negarse justificando su decisión en la imposibilidad de ejercer de esa manera la prestación de servicios encomendada por razones organizativas o productivas.

Esta propuesta para acercar a los trabajadores<sup>27</sup>, que quieran hacerse cargo de sus hijos o familiares, a conseguir tener un empleo que cubra sus necesidades económicas accediendo a jornadas a tiempo completo permitiéndole teletrabajar, puede suponer una reducción del tiempo que dedica el trabajador a desplazarse al centro de trabajo, lo que puede estar relacionado con un incremento de la productividad. En la era de las nuevas tecnologías, en las que parece que ya nada es irrealizable cobra mayor importancia la elección del lugar de trabajo, siempre que éste sea compatible con las características propias de la organización productiva. La elección del lugar de trabajo es clave para favorecer la conciliación, por lo que en estos casos el sitio más idóneo para trabajar y poder atender tus responsabilidades familiares debe ser el domicilio del trabajador<sup>28</sup>. A pesar de estas ventajas para trabajador y empresa, existen algunos inconvenientes en la implantación de este sistema que pasamos a describir en los siguientes apartados.

#### **4.1. Conexión digital y tipología de empleo.**

Para poder perpetrar la digitalización del trabajo con las suficientes garantías hay que calibrar y saber diferenciar en que actividades se podría proponer esta forma de cumplir con las obligaciones laborales la prestación de servicios. En este sentido, se puede decir que hay profesiones para las que no se puede extender esta forma de trabajar y que requieren una presencialidad en la empresa casi incuestionable; profesionales sanitarios, personal de la construcción, otros empleos relacionados con el sector servicios etc. Por lo que para este tipo de empleos no se podría adaptar el puesto en cuanto a la forma de prestación, el trabajo desde casa una parte de la jornada es obvio que no se puede dar en muchos sectores pero sí en muchos otros que no requieren de una presencialidad física todo el tiempo de trabajo y si se admite esa presencia virtual del trabajador. Por ejemplo, una administrativa que realice tareas de gestión o de oficina, puede realizar parte de la jornada desde casa, concertando citas o preparando la agenda del día siguiente sin necesidad de desplazarse por la tarde a la oficina. También podría darse esta manera de llevar a cabo la tarea encomendada en un sector como el periodismo o la comunicación audiovisual, pues estos servicios tienen un grado de digitalización importante y realmente se permite poder utilizar esta conexión digital para ejercer el trabajo y, además, se valora el trabajo por objetivos más que por la necesidad de cumplir un horario rígido de trabajo, se admite una gestión flexible del mismo.

Otro de los problemas está relacionado con la sensación permanente de disponibilidad para la organización en la que se trabaja unido a una posible pérdida de integración

---

<sup>27</sup> En su mayoría mujeres, aunque la mentalidad está y ya el propio RDL 6/2019 habla de igualdad de oportunidades de conciliación tanto para hombres como para mujeres.

<sup>28</sup> Jover Martínez, C.: “La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y reforma”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 4/2013, pp. 19-21.

en la empresa como consecuencia de esa distancia de la empresa que genera el trabajar a través de medios digitales. Por otra parte, se puede tener una cierta sensación de aislamiento, aunque este aspecto mejora bastante si se trabaja fomentando la interacción social por medio de plataformas o con la creación de grupos de trabajo que tengan que estar conectados para realizar una determinada prestación. De todas formas, el aislamiento del resto de compañeros es menor si se realiza una parte de la jornada en la empresa y otra en casa, puesto que realmente se acude al centro de trabajo todos los días y se comparte el trabajo con los compañeros, con los cuáles se pueden obtener respuestas a consultas que se puedan formular.

La asunción de costes que produce trabajar desde casa para completar la jornada y poder acceder a jornadas a tiempo completo con la posibilidad de conciliar vida profesional y familiar debe estar explícitamente recogida en el acuerdo de empresario y trabajador, mediante el cual éste se somete a adaptar el puesto de trabajo prestando servicios de esta forma. Lo que pudiera ser un problema para el trabajador, quedaría resuelto si se respeta lo establecido entre empresario y trabajador y se fijan de forma lógica la asunción de responsabilidades respecto a los gastos que puede generar esta forma de empleo para el propio trabajador.

El tercer inconveniente, puede estar relacionado con la capacidad del trabajador para separar el trabajo de la familia, decidiendo realizar el trabajo en un momento del día en dónde no tenga intromisiones que le generen tensión laboral, es decir, el trabajador debe decidir cuándo ser más productivo, en que horario puede tener más disponibilidad digital y más tranquilidad para ejercer su trabajo. Este hecho puede crear un problema añadido, ya que puede afectar a la salud del trabajador; por este motivo deben quedar claramente delimitadas las horas de trabajo con la vida personal<sup>29</sup>.

#### **4.2. Implicaciones de la conexión digital respecto a la salud del trabajador.**

Aunque la era digital aporta beneficios para la conciliación de la vida familiar y laboral cierto es que presenta una íntima relación con la falta de descanso y la disponibilidad absoluta del trabajador, aspectos que pueden afectar a la salud del trabajador, que puede derivar en graves consecuencias psicosociales relacionadas con el estrés y el trabajo en solitario. Ciertamente, el derecho a la desconexión digital nace con el objetivo de intentar matizar y paliar esas situaciones de abuso conectadas con la excesiva conexión de los empleados a los mecanismos tecnológicos, lo cual interfería de forma directa con su derecho a conciliar y su tiempo de descanso al no desconectar de las preocupaciones que les generaba el trabajo. Por ello, el legislador ha tenido mucho acierto en la regulación de este derecho, pero la propuesta de conexión digital para permitir una mayor conciliación no debe implicar un exceso de trabajo, sino una forma de completar la jornada completa desde casa o desde cualquier punto con conexión a internet.

---

<sup>29</sup> Pérez Bilbao, J.: “Criterios para su implantación. en “INSHT.ES”, Documento: [http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/401a500/ntp\\_4\\_12.pdf](http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/401a500/ntp_4_12.pdf)

Si se respeta la delgada línea que separa la vida personal del trabajo, se contribuye a mejorar la calidad de vida de los trabajadores y, por tanto, su salud sobretodo si le dan valor emocional a pasar tiempo con sus hijos y sienten completos en su estatus profesional y personal. Los trabajadores que pueden atender su vida familiar y pueden avanzar en su carrera profesional utilizando las ventajas de estar conectados digitalmente, son empleados más felices y equilibrados, y a la vez más productivos.

A mi modo de entender, más estrés y tensión provoca el sacrificio de tener que elegir entre avanzar profesionalmente o cumplir con tus deberes como madre, esa situación genera más ansiedad o más problemas psicosociales que el hecho de poder acceder a otros trabajos con más dedicación y la posibilidad de una gestión flexible del tiempo de trabajo.

## 5. VALORACIÓN FINAL

Una vez hecho el planteamiento estas son las conclusiones observadas:

1.- Cada vez más empresas reparan en la importancia de la conciliación para alcanzar un balance entre ambos aspectos de la vida de los trabajadores, el problema es que en muchos casos ofrecen trabajos parciales o precarios para que las trabajadoras puedan alcanzar la tan deseada conciliación. Esta situación produce insatisfacción por parte de las trabajadoras, parece que la conexión digital podría aportar soluciones para lograr este equilibrio entre la complacencia profesional y el poder cumplir con las responsabilidades familiares, por medio de la adaptación del puesto de trabajo, ajustando la forma de prestación de servicios encomendada.

2.- No obstante, esta forma de trabajar plantea algunos interrogantes que evidentemente tienen que ir respondiéndose. En primer lugar, entender esta forma de trabajo como un complemento para acceder a la jornada completa, sin que ello implique trabajar más tiempo del acordado en el contrato de trabajo; en segundo lugar, el respeto a la desconexión digital de los trabajadores que aceptan y eligen esta manera de trabajar; y en tercer lugar, el establecimiento de los medios necesarios para ejecutar la prestación de servicios sin que ello suponga un coste para el trabajador.

3.- Una vez más se deja en manos de la negociación colectiva la regulación del derecho a la adaptación del puesto de trabajo. En este sentido, su aceptación también va a depender de la empresa y de sus necesidades productivas u organizativas, pero con la conexión digital esta adaptación es más sencilla e incluso si se plantea bien, los trabajadores que trabajan desde casa pueden ser más productivos, por lo que en un principio la negativa empresarial a la adaptación del puesto para ejercer el trabajo de forma virtual debería de estar fundamentada fehacientemente.

4.- Si se ha tenido que regular el derecho a la desconexión digital ha sido debido a la existencia de un abuso por parte de la empresa materializado en las exigencias a los trabajadores de estar conectados fuera de las horas de trabajo, generando situaciones de estrés y ansiedad. Además esta práctica venía haciéndose sin contar con la voluntad del trabajador;

por lo que ¿no sería más lícito que el trabajador decidiera conectarse digitalmente de forma voluntaria para poder tener un acceso a jornadas de trabajo que no denotaran la tan temida precarización laboral?

5.- Que el sector femenino es el más perjudicado y más afectado por la precarización laboral es algo ya evidente, y que esta situación es en parte el resultado de la posición que la mujer tiene dentro del enclave familiar es otro hecho ciertamente reconocible. Además de fomentar políticas empresariales que favorezcan la conciliación laboral y familiar de la mujer, se deberían de incluir propuestas que mejoraran la corresponsabilidad, para que ambos progenitores estuvieran en igualdad de condiciones sociales para solicitar medidas conciliadoras. Al fin y al cabo es un problema social más que laboral, y educativo al ser la mujer la que siempre, aunque poco a poco se va flexibilizando el concepto, ocupa ese papel dentro de la sociedad

6.- Por último, la conclusión más general que da enfoque al título del trabajo es la sensación de que esta fórmula no alcanza, en cierto modo, la perfección ya que tiene lagunas y problemas de aplicación, algunos comentados y otros que pueden surgir al poner en práctica el mecanismo. Por tanto, la mejor forma de conciliar la vida familiar y laboral de momento no existe, y en algunos casos está limitada por muchos factores, siendo la salud y el descanso de los trabajadores un aspecto que a lo mejor hace complicada su verdadera implantación bajo esta forma de prestación digital de parte de la jornada. Lo único realmente relevante es que el tiempo de trabajo y su gestión es un hecho primordial para llegar a ser trabajadores felices y mentalmente sanos.

## 6. BIBLIOGRAFIA

AGUSTÍ MARAGALL, J.: “El derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET después del Real Decreto-Ley 6/2019. La cuestión de la corresponsabilidad en su reconocimiento”, *Jurisdicción Social*, núm. 199, 2019.

BARRIOS BAUDOR, G.L. “Adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de vida familiar y laboral”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2019.

BELTRAN FILIP, R.: “Las mujeres y el trabajo a tiempo parcial en España. Elemento para su análisis”, *Cuaderno de Relaciones Laborales* núm.17, 2000.

BELTRÁN HEREDIA, I.: “El derecho de adaptación de la jornada para conciliar la vida familiar y laboral (art. 34.8 ET)” en *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, junio, 2019.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.: “Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la reforma”, en *Relaciones Laborales*, núm. 2

ESPÍN SÁEZ, M.: “El contrato a tiempo parcial: de la oportunidad de generar empleo a la precariedad en el empleo”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 31.

ESPÍN SÁEZ, M.: “El contrato a tiempo parcial: de la oportunidad de generar empleo a la precariedad en el empleo”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 31, 2015.

JOVER MARTÍNEZ, C.: “La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y reforma”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 4/2013.  
ortiz garcía, p.: “El trabajo a tiempo parcial ¿Una alternativa para la mujer en tiempos de crisis?”, *Sociología del Trabajo*, nueva época, núm. 82, otoño de 2014.

SOLAS PICÓ, M.T., Hidalgo Rúa, G. M. y García Díaz, M.: “Trabajo a tiempo parcial: incidencias”, *Revista Acciones e Investigaciones Sociales*, n. 3, 1995.

TORNS, T Y RECIO CACERES, C.: “Las desigualdades de género en el mercado de trabajo: entre la continuidad y la transformación”, *Revista de Economía Crítica*, n°14, segundo semestre 2012.

**PONENCIA ESPECÍFICA**  
**LA ANOMALÍA DE LA ACUMULACIÓN DE LA JORNADA DEL JUBILADO**  
**PARCIAL: ALGUNAS MANIFESTACIONES EN SEGURIDAD SOCIAL**

*D<sup>a</sup>. Margarita Arenas Viruez*  
*Prof.<sup>a</sup>. Contratada Doctora de D<sup>o</sup> del Trabajo y de la Seguridad Social. Acreditada para Titular de*  
*Universidad. Universidad Pablo de Olavide*

Ponencia general “El trabajo a tiempo parcial desde la perspectiva de la Seguridad Social”

1. Introducción
2. La jubilación parcial en su modalidad de acumulación de jornada: una figura desnaturalizada pero legal
  - 2.1. El parámetro temporal (anualidad/globalidad) de la acumulación de las jornadas de trabajo y su repercusión en la desnaturalización de la jubilación parcial
  - 2.2. Libertad de pacto entre las partes: supuesto legal pero anómalo
3. Manifestaciones de la anomalía de la acumulación de jornadas en prestaciones de seguridad social
  - 3.1. Acumulación de jornada e incapacidad temporal: no prórroga del período efectivo de prestación de servicios
  - 3.2. Acumulación de jornada y prestación por desempleo
    - 3.2.1. Delimitación de la situación legal de desempleo
    - 3.2.2. Cómputo del tiempo de cotización: la incidencia de la supresión de la regla día trabajador, día cotizado
4. Conclusiones

## 1.- INTRODUCCIÓN

Legal pero anómala. Estos dos son los rasgos que en la actualidad, a tenor de los más recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo<sup>1</sup>, mejor describen la figura de la acumulación de la jornada de trabajo del jubilado parcial en cuanto supuesto que, aunque no tiene expresa contemplación legal, se viene utilizando en la práctica (si bien no con frecuencia<sup>2</sup>), pese a las dudas que su configuración genera en relación con la posible desnaturalización de la jubilación parcial que le da cobertura.

En efecto, como es sabido, la jubilación parcial tiene una finalidad principal, cual es ofrecer flexibilidad en el paso a la jubilación, con el propósito de que el acceso a la misma “esté dotada de los caracteres de gradualidad y progresividad, evitando una ruptura brusca entre la vida activa y el paso a la jubilación, con los beneficios sociales de toda índole que tal medida produce...”<sup>3</sup>. Sin embargo, a pesar de las virtudes de diversa índole que presenta esta modalidad de jubilación parcial, lo cierto es que en la práctica el empresario y el trabajador pueden acordar que la totalidad de las horas de trabajo que debe realizar el trabajador, por razón de su contrato a tiempo parcial, se presten de forma concentrada. Concentración de las horas de trabajo que se hace no ya en determinados períodos de cada año, tal y como plantea la Exposición de Motivos del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, que regula la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, sino incluso en un solo año, trabajando al inicio de la jubilación parcial todas las jornadas que le correspondan hasta el final de la misma. El resto del tiempo, hasta la jubilación total, el trabajador queda liberado de la prestación de servicios.

En tal caso, la ejecución de este acuerdo, adoptado en virtud de la libertad de pacto que impera en nuestro ordenamiento jurídico, acarrea la desaparición de la antes referida finalidad esencial de la jubilación parcial, renunciando el trabajador al disfrute de un acceso paulatino a la jubilación. Precisamente, esta práctica ha generado dudas acerca de su legalidad o no, sobre todo por el posible uso fraudulento de la figura de la jubilación parcial, cuya utilización, bajo la modalidad de acumulación de jornada, puede suponer el encubrimiento de una jubilación anticipada. Sin perjuicio de que en las páginas siguientes se aborde con detenimiento esta controvertida cuestión, en estos momentos, a los efectos de presentar y delimitar el tema objeto de tratamiento en la presente ponencia específica, lo relevante es poner de manifiesto, como se ha dicho en las palabras iniciales, que la concentración de la jornada del trabajador a tiempo parcial, también jubilado parcialmente, es, en palabras del TS, “un supuesto anómalo”, “que ciertamente puede tener consecuencias del más diverso orden y que ni siquiera procede ahora aventurar...” (STS de 19 de enero de 2015, RJ 2015/449).

1 STS de 19 de enero de 2015 (RJ 2015/449), STS de 29 de marzo de 2017 (RJ 2017/2246) y STS de 31 de enero de 2018 (RJ 2018/414).

2 Su utilización es escasa. Pueden verse datos del año 2017 analizados en MALDONADO MOLINA, J.A.: “La acumulación de la jornada del jubilado parcialmente”. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros, número 418, 2018, págs. 52 y ss.

3 Palabras extraídas de la Exposición de Motivos del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, que regula la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, así como la jubilación parcial (BOE de 27 de noviembre de 2002).



En este sentido, con la finalidad de conocer algunas de estas consecuencias de diverso tipo y de orden práctico y real, con pronunciamientos judiciales al respecto que pongan de manifiesto lo anómalo de esta figura, se presenta la presente ponencia específica. Así, se pretende conocer algunas manifestaciones de la anomalía que caracteriza a este supuesto de acumulación de jornada del jubilado parcial, si bien limitando el ámbito de atención a las consecuencias en materia de Seguridad Social. Y es que el carácter anómalo de la jubilación parcial en su modalidad de concentración de las jornadas de trabajo se detecta no sólo en materia de Seguridad Social, sino también en el ámbito laboral.

Así, a modo de ejemplo, algunas de las consecuencias que derivan del carácter especial de esta figura, que han generado conflictos jurídicos que han tenido su reflejo en los Tribunales de Justicia, son algunos de los que se indican. Primero, acerca de la posible desaparición de la causa de temporalidad del contrato de relevo, que implique un cambio en la naturaleza jurídica del mismo, que deriva de que, al amparo de las normas de la jubilación parcial, se produce una anticipación de la edad de jubilación, sin que exista causa de temporalidad para la celebración del contrato de relevo<sup>4</sup>. Segundo, en relación con el derecho del jubilado parcial, que ha acumulado su jornada en los primeros meses de vigencia de la misma, a estar incluido en el servicio de retén establecido en el seno de la empresa<sup>5</sup>. Y, tercero, sobre el derecho del trabajador a la acumulación anual del crédito horario retribuido, también en el caso de un trabajador jubilado parcial que tiene acumulado su tiempo de trabajo<sup>6</sup>.

Pero, como se ha dicho, el objeto de la presente ponencia específica es centrar la atención en analizar las manifestaciones del carácter anómalo de la figura en cuestión, pero sólo en materia de Seguridad Social. Al respecto, tras el pertinente rastreo y búsqueda de pronunciamientos judiciales que aborden conflictos en relación con el tema objeto de análisis, se puede partir de que han sido dos las prestaciones de Seguridad Social sobre las que ha surgido alguna controversia jurídica derivada del carácter especial de la acumulación de la jornada de trabajo del jubilado parcial.

En concreto, se trata, por un lado, de la prestación por desempleo, en relación con la cual han surgido, a su vez, dos cuestiones problemáticas: primero, sobre la determinación y delimitación de la situación legal de desempleo en el supuesto en que se produce una suspensión colectiva de los contratos de trabajo que no coincide con el período de prestación de trabajo por parte del jubilado parcial con acumulación de jornada, que ha generado cuantiosos pronunciamientos judiciales, sobre todo, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; y, segundo, sobre el cómputo del tiempo de cotización del jubilado parcial con concentración de jornada a los efectos de causar derecho a la prestación por desempleo y de determinar la duración de la misma. Y, por el otro, la otra prestación afectada es la incapacidad temporal; en concreto, el conflicto versa sobre la incidencia en el cómputo de

4 Sobre esta cuestión se pronuncia la ya citada STS de 19 de enero de 2015 (RJ 2015/449), seguida por la STS de 29 de marzo de 2017 (RJ 2017/2246).

5 Al respecto puede verse la STSJ de Cataluña de 27 de octubre de 2017 (AS 2018/126).

6 Sobre esta controversia puede verse la STSJ de País Vasco, de 20 de octubre de 2015 (JUR 2015/299725).

los períodos de prestación efectiva de los servicios a jornada completa en caso de incurrir el trabajador jubilado parcialmente en situación de incapacidad temporal, lo que ha tenido escaso reflejo en los Tribunales de Justicia, si bien existe una sentencia de este año de la Audiencia Nacional de interés al respecto.

Así pues, sobre estos conflictos jurídicos planteados versa la presente ponencia específica, que se compone de dos partes. Una primera en la que, con la finalidad de presentar el marco y régimen jurídicos de la jubilación parcial, si bien en su modalidad de acumulación de jornada, se analiza esta práctica considerada legal, pero anómala, centrando la atención en la finalidad de la jubilación parcial, así como en la forma en que se puede configurar tal acumulación de jornada y la problemática que ha venido generando. Y una segunda parte, en la que se analizan las manifestaciones en materia de Seguridad Social, en relación con las dos prestaciones ya referidas, del carácter especial de la controvertida figura de la acumulación de la jornada de trabajo del jubilado parcial.

## **2.- LA JUBILACIÓN PARCIAL EN SU MODALIDAD DE ACUMULACIÓN DE JORNADA: UNA FIGURA DESNATURALIZADA PERO LEGAL**

Como se ha dicho, la Exposición de Motivos del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, que regula la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, señala que la regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial puede originar en la práctica que el trabajador acuerde con su empresa que la totalidad de las horas que debe realizar anualmente, por razón de su trabajo a tiempo parcial, se presten de forma concentrada en determinados períodos de cada año, permaneciendo inactivo el tiempo restante. Esta posibilidad que se refiere, con carácter general, al contrato a tiempo parcial es la que sirve de apoyo legal al supuesto de acumulación de las jornadas de trabajo del jubilado parcialmente, sin que este supuesto, como tal, disponga de una regulación propia en cuanto modalidad de disfrute de la jubilación parcial.

En tales supuestos de concentración de jornadas es esencial conocer las reglas que permiten articularlo jurídicamente, esto es, básicamente las reglas relativas a la retribución que percibe el trabajador jubilado parcialmente y las normas sobre la exigencia, o no, del mantenimiento de alta en el Régimen que corresponda y la contribución al sistema de Seguridad Social. Al respecto, también con carácter general para el supuesto de acumulación de jornadas de un trabajo a tiempo parcial, la referida Exposición de Motivos anticipa que la remuneración se puede percibir durante el tiempo de prestación de servicios o de forma prorrateada a lo largo del año. La remuneración y las demás pautas vienen reguladas en el art. 65.3 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, que regula el reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (RGC, en adelante), que da cobertura normativa a este supuesto de hecho que se configura mediante un acuerdo entre el empresario y el trabajador. A tenor de este precepto se conoce que, por lo que respecta al alta, ésta se mantiene mientras no se produzca la extinción de la relación laboral, aunque el tiempo de trabajo esté concentrado en determinados períodos. De la misma forma que se mantiene la obligación de cotizar mientras no se extinga la relación laboral, siendo de aplicación las especiales reglas que se detallan en el citado art. 65.3 del

RGC (básicamente, cómputo anual del total de las remuneraciones que integran la base de cotización; prorrateo entre los doce meses del año o período menor de que se trate; y correspondientes regularizaciones en cuanto consecuencias del cálculo anual y anticipado de la base de cotización).

Hasta ahora, al hacer referencia al marco jurídico de la figura de la acumulación de jornadas de trabajo que, con carácter general, puede acordar un trabajador a tiempo parcial, se ha mencionado, en varias ocasiones (sobre todo, al computar las horas de trabajo y al computar las remuneraciones a las que tenga derecho el trabajador), el carácter anual de dicha acumulación. Sin embargo, en la práctica, el acuerdo de concentración de jornadas entre el jubilado parcial y el empresario puede adquirir un carácter plurianual o globalizado, de manera que se opta por la realización de las jornadas en los primeros meses, tras el acceso a la jubilación parcial, quedando liberado de la prestación de servicios el tiempo restante, incluso años, hasta el acceso a la jubilación total<sup>7</sup>. Y, precisamente, la superación del límite de la anualidad en el cómputo de las jornadas de trabajo ha sido el origen de la principal problemática, aunque no la única, que ha girado en torno a esta figura por la desnaturalización de la jubilación parcial, en los términos que se exponen a continuación.

### **2.1.- El parámetro temporal (anualidad/globalidad) de la acumulación de las jornadas de trabajo y su repercusión en la desnaturalización de la jubilación parcial**

Además de la distorsión que genera el desajuste entre, por un lado, la prestación efectiva de trabajo, y, por el otro, la forma de retribución, el mantenimiento del alta en el Régimen de Seguridad Social que corresponda y la cotización al sistema (distorsión que, en cualquier caso, se produce incluso aunque el parámetro temporal de la acumulación de jornada sea anual), el principal problema que plantea la concentración de la jornada al inicio del acceso a la jubilación parcial, con la liberación de la prestación de servicios para el resto del tiempo hasta la jubilación total, estriba en la no adecuación plena de esta figura a una de las finalidades esenciales de jubilación parcial que le sirve de cobertura. En concreto, la desaparición de la gradualidad y progresividad en el acceso a la jubilación y el posible uso fraudulento de la misma, ocultando una real jubilación anticipada, son algunos de los argumentos que se han venido esgrimiendo para defender la ilegalidad de esta práctica.

En efecto, algunos pronunciamientos judiciales<sup>8</sup>, así como numerosas resoluciones administrativas de diferentes organismos administrativos<sup>9</sup> que han abordado esta controverti-

7 A modo de ejemplo, a los efectos de conocer cómo en la práctica se realiza esta acumulación de jornadas, pueden verse los Planes de Jubilación Parcial de los años 2017 y 2018 de la empresa ADIF, los cuales contienen dos posibilidades: bien acumulación del tiempo de prestación efectiva de servicios dentro de cada año; o bien acumulación del tiempo de prestación efectiva de servicios de todo el período de jubilación parcial al principio de la nueva situación como trabajador a tiempo parcial. Los detalles de estos Planes se pueden conocer en los hechos probados que se contienen en la SAN de 1 de marzo de 2019 (AS 2019/1267).

8 Entre otras, la STSJ de Aragón, de 21 de noviembre de 2007 (JUR 2008/228923), la STSJ de Andalucía, de 29 de abril de 2013 (AS 2013/49953) y la STSJ de País Vasco, de 14 de enero de 2014 (AS 2014/479).

9 Una relación detallada de estas resoluciones administrativas que han abordado la cuestión objeto de tratamiento puede verse en MARTÍN JIMÉNEZ, R.: “Jubilación parcial y acumulación

da cuestión consideran que la práctica consistente en superar el año, en cuanto parámetro temporal que sirve para acumular las horas de prestación de trabajo, no se ajusta a la norma. Las partes tienen la libertad de acordar la concentración de las horas de trabajo y de concretar la forma del pago de la retribución, que puede percibirse durante el tiempo de prestación de servicios o, en su caso, prorrateada lo largo del año. Pero, en todo caso, hay un límite infranqueable cual es el parámetro de un año, de manera que la jornada de trabajo se puede acumular de año en año, pero no hacerlo de forma interanual<sup>10</sup>.

La superación de la acumulación anualizada de la jornada de trabajo implica la desaparición de una de las finalidades esenciales de la jubilación parcial, cual es el tránsito progresivo y no brusco a la jubilación (de ahí la tantas veces referida desnaturalización de esta figura), lo que, en opinión de algunas de estas resoluciones judiciales y administrativas, produciría en la práctica un disfrute, fraudulento, de la jubilación anticipada, sin aplicación de coeficientes reductores. Según esta posición se trataría de una huida fraudulenta de la jubilación anticipada (penalizada) a la jubilación parcial (incentivada) con el consiguiente perjuicio para el sistema de Seguridad Social y la obtención indebida de la pensión de jubilación parcial<sup>11</sup>. Sin que se aprecien en esta conducta las notas definitorias del art. 23.1 c) de la LISOS (infracción muy grave), ya que no se produce falseamiento de documentos ni connivencia entre la empresa y el trabajador para obtener la prestación de jubilación parcial puesto que los hechos son veraces. Si bien la distribución de la jornada sin respetar el límite

---

de jornada”. Revista de Información Laboral, número 5, 2015, parte Artículos Doctrinales. Editorial Aranzadi, versión online (BIB/2015/1861), págs. 2 y ss. Igualmente, un breve repaso sobre la posición de algunos organismos en contra de la acumulación interanual de la jornada de trabajo puede verse en MARTÍNEZ BOTELLO, P: “Sobre la acumulación de la totalidad de la jornada de trabajo en los contratos de jubilación parcial anticipada”. Revista de Información Laboral, número 10, 2014, parte Artículo Doctrinal, págs. 4 y ss., versión online (BIB 2014/4092).

10 Al respecto, pueden verse la Resolución de 22 de octubre, de la Dirección General de Trabajo, sobre contrato de relevo y jubilación parcial en empresas pertenecientes al mismo grupo industrial; la Consulta de 27 de junio de 2006, de la Dirección General de Trabajo, sobre jubilación parcial; y la Consulta de 20 de junio de 2007, de la Dirección General de Trabajo, sobre jubilación parcial.

11 Al respecto, pueden verse la Consulta de 17 de septiembre de 2010, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre la posibilidad de considerar infracción administrativa el disfrute de la prestación de jubilación parcial en supuestos de acumulación de jornada; la Consulta de 17 de octubre de 2013, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, sobre jubilación parcial; y la Nota informativa de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de 9 de abril de 2014, sobre el cambio de criterio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social en relación con la tipificación de casos de comprobación de irregularidades en la acumulación de la jornada en la jubilación parcial. Tampoco se ajusta a la finalidad querida con la regulación del contrato de relevo y de la jubilación parcial la cláusula convencional consistente en conceder al trabajador que se jubila un permiso retribuido extraordinario coincidente con el tiempo que le resta hasta alcanzar la edad ordinaria de jubilación. En tal caso en realidad se produce una ficción o simulación contractual al faltar un elemento del contrato como es la prestación de servicios (Consulta de 20 de junio de 2007, de la Dirección General de Trabajo, sobre jubilación parcial y Consulta de 25 de abril de 2012, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre nulidad de las cláusulas sobre jubilación parcial establecidas en los convenios colectivos provinciales de operadores logísticos y de transportes de Guadalajara, que establecen la posibilidad de concesión de una licencia retribuida sin prestación de servicios).

legal del año supone una infracción de las normas sobre jornada y, por ello, una conducta tipificada en el art. 7.5 de la LISOS (infracción grave). Argumentos, todos ellos, rebatidos por el TS que, como se analiza a continuación, ha declarado la legalidad de esta práctica de acumulación de jornadas del jubilado parcial, sea en cómputo anual o globalizado.

## **2.2.- Libertad de pacto entre las partes: supuesto legal pero anómalo**

Aunque la cuestión principal sobre la que se pronuncia la STS de 19 de enero de 2015 (RJ 2015/449)<sup>12</sup> es referente a la validez de un contrato de relevo y sobre si su extinción supone o no un despido improcedente (posición que se argumenta, precisamente, en la utilización fraudulenta de la jubilación parcial con acumulación de jornada, con la consiguiente desaparición de la causa de temporalidad del contrato de relevo), lo cierto es que en esta sentencia el TS despejó las dudas acerca de la legalidad de la acumulación de jornada del jubilado parcial. A tal efecto, son tres los argumentos que sustentan y fundamentan su posición.

En primer lugar, la libertad de pacto que impera en nuestra legislación que hace que, aunque la modalidad de jubilación parcial con acumulación de jornada no tenga una expresa contemplación legal, ello no implica que sea una figura ilegal, salvo que exista fraude por pretender burlar la plural finalidad de la norma.

En segundo lugar, el cumplimiento satisfactorio de las finalidades de la jubilación parcial y, como requisito de la misma, del contrato de relevo, cuales son, por un lado, evitar, como medida de política de empleo, que la jubilación anticipada parcial se traduzca en la pérdida de puestos de trabajo y, por el otro, evitar que los ingresos de la Seguridad Social se vean mermados, para lo que se exige la correspondencia de cotización. La otra finalidad de la jubilación parcial, esto es, el acceso paulatino a la situación de jubilación, tal y como reconoce el TS, queda desatendida, si bien ello obedece a la voluntad del trabajador que, previo acuerdo con el empresario, renuncia a la gradualidad en el acceso a la jubilación.

Y, en tercer lugar, el TS atiende al concepto de jubilación, como “situación de necesidad generada por la ausencia de rentas salariales, determinada por el cese en el trabajo a causa de la edad y acompañada del cese en las cotizaciones”, para negar que haya existido una jubilación total anticipada puesto que se ha mantenido la retribución, la situación de alta y la contribución al sistema de Seguridad Social. Ahora bien, destaca el TS una singularidad: la acumulación de la prestación de servicios al inicio de la jubilación parcial, lo que, como se viene diciendo, hace que este supuesto sea calificado como anómalo, con consecuencias de diverso tipo, algunas de las cuales serán analizadas en el apartado siguiente.

Años después, el TS, en la STS de 29 de marzo de 2017 (RJ 2017/2246) y en la STS de 31 de enero de 2018 (RJ 2018/414), se pronunció, ahora sí como cuestión objeto de recurso, sobre si es posible, en una jubilación parcial anticipada, acumular la jornada de trabajo del jubilado parcial que consiste en un determinado porcentaje en un solo año. La respuesta, en ambos casos, fue la misma, transcribiendo la argumentación y las considera-

---

<sup>12</sup> Seguida, entre otras, por la STSJ de Andalucía, de 10 de diciembre de 2015 (JUR 2016/28475).

ciones de la STS de 19 de enero de 2015, por lo que concluye que fue correcta la actuación en virtud de la cual se acordó la concentración de jornadas en el período inmediatamente posterior a la suscripción del contrato a tiempo parcial.

De esta forma, el TS da prioridad a la necesidad de atender al mercado de trabajo y a las necesidades financieras del sistema de Seguridad Social, colocándolas en una posición superior con respecto al objetivo de acceso paulatino y escalonado a la jubilación, que, en base a la libertad de pacto entre las partes, puede ser objeto de renuncia por parte del trabajador mediante la acumulación de la jornada de trabajo, incluso haciendo un cómputo globalizado. Sin que ello comporte, en opinión del TS, una burla a la finalidad de la jubilación parcial, ni, en consecuencia, una conducta fraudulenta. En definitiva, se ha primado el componente financiero del sistema de Seguridad Social y la creación de empleo sobre el elemento sociológico, de preparación psicológica del trabajador para el tránsito de la vida laboral activa a la inactiva. Lo que, como se hace en el apartado conclusivo de esta ponencia, requiere una reflexión sobre si tiene sentido la utilización de una figura, como es la jubilación parcial que, bajo la modalidad de acumulación de jornada de trabajo, pierde gran parte de su razón de ser. Y ello no sólo por tal motivo, sino también por las consecuencias que derivan de la distorsión temporal que se produce entre la prestación de trabajo y el mantenimiento de las obligaciones empresariales para con el trabajador y la Seguridad Social. Algunas de ellas, las referentes a las prestaciones de Seguridad Social, son las que se tratan a continuación.

### 3.- MANIFESTACIONES DE LA ANOMALÍA DE LA ACUMULACIÓN DE JORNADAS EN PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Pese a la existencia de argumentos, ciertamente sólidos, en apoyo de la desnaturalización de la jubilación parcial en la modalidad de acumulación de la jornada, de forma globalizada, al inicio del acceso a la misma, el TS ha esgrimido razones que han permitido superar dicha desnaturalización y, con ello, salvar la legalidad de esta práctica. Pero, lo ha hecho, como no podía ser de otra forma, sin obviar la singularidad, la anomalía, del supuesto que se está analizando, que es consecuencia del desajuste en el tiempo de la prestación de servicios y del cumplimiento de las obligaciones empresariales; desajuste que, como ya se ha dicho antes, también se produce en el caso de que la acumulación de la jornada adquiera un carácter anual, si bien en tal supuesto la gradualidad del acceso a la jubilación pervive. En concreto, como se dijo en la introducción de esta ponencia específica, son dos las prestaciones que, a tenor de los conflictos judiciales planteados, han sentido las consecuencias, reales y no meramente teóricas, del carácter anómalo de esta figura.

#### 3.1.- Acumulación de jornada e incapacidad temporal: no prórroga del período efectivo de prestación de servicios

Una controversia, que ha sido resuelta por la SAN de 1 de marzo de 2019 (AS 2019/1267), es referente a qué sucede si durante la prestación de servicios inicialmente pactada entre el trabajador, jubilado parcialmente, y la empresa, en virtud de un acuerdo de acumulación de jornadas, el trabajador inicia un proceso de incapacidad temporal. En concreto, la cues-

ción estriba en determinar si durante el proceso de incapacidad temporal también opera la acumulación de jornada pactada o si, por el contrario, tal acumulación no puede actuar, de manera que se computan los períodos de incapacidad temporal únicamente en función del porcentaje de reducción de jornada que tenga cada trabajador, lo que implicaría una prórroga de la prestación efectiva de servicios<sup>13</sup>.

Se trata, sin duda, de una controversia que no es sino consecuencia de la distorsión temporal entre la prestación de servicios, el salario y la cotización, pudiendo existir períodos de prestación de trabajo durante toda la jornada, si bien percibiendo la remuneración correspondiente a un porcentaje de la jornada y cotizando por dicha cantidad; así como períodos en los que no existe prestación de servicios, aunque se sigue percibiendo salario y cotizando por lo percibido. Es en el primero de estos períodos, en el que se prestan servicios durante toda la jornada, en el que surge la cuestión controvertida, al situarse el trabajador a tiempo parcial en situación de incapacidad temporal.

Según se expone en esta SAN, la práctica de la empresa según la cual, en relación con el cómputo de los días en situación de incapacidad temporal, en esos días no opera la acumulación de la jornada y, por ello, amplía el período de prestación efectiva de trabajo, carece de justificación porque, rigiendo el principio de libertad de pactos, las partes no lo acordaron así de forma expresa. No cabe la prórroga del tiempo de prestación de servicios (que, en este caso, vence en la primera mitad de la duración total del contrato) al no haber pacto expreso, aunque hayan permanecido suspendidos los contratos durante un tiempo por causa de incapacidad temporal. Al no constar en la Circular del plan de jubilación parcial ni en el contrato que, en caso de incapacidad temporal, no opera la acumulación de jornada, dicha situación no debe dar lugar a la prórroga del período efectivo de la prestación de servicios.

De este pronunciamiento judicial se entiende que el pacto de acumulación de jornadas se aplica en todo caso, aunque concurra una causa suspensiva de la relación laboral, salvo previsión en contrario. Por ello, sólo en el caso de que se haya previsto de forma expresa en el acuerdo de concentración que, en el caso de que el trabajador se sitúe en situación de incapacidad temporal, no opere la acumulación pactada, es cuando la empresa podría exigir la adicional prestación efectiva de servicios, hasta completar las jornadas acordadas. Es, también en esta ocasión, el principio de libertad de pactos el que, según este pronunciamiento judicial, ofrece, en un sentido o en otro, una respuesta a la cuestión controvertida. La renuncia, por parte del trabajador y de la empresa, a la prestación de servicios, a tiempo parcial, durante el tiempo que resta hasta alcanzar la jubilación total acarrea unos riesgos para las partes, que son consecuencias del carácter especial de esta modalidad de jubilación parcial; riesgos con mayor o menor incidencia en la relación laboral en función de mo-

---

13 Esta era la práctica de las empresas ADIF y ADIF ALTA VELOCIDAD, las cuales venían ampliando el período temporal inicial de prestación de servicios pactado con los trabajadores jubilados parcialmente y ello como consecuencia de la situación de incapacidad temporal en que se encontraban durante dicho período de prestación de servicios, computando cuatro horas (el 50% de la jornada) de recuperación de trabajo del período de incapacidad temporal para los trabajadores que habían reducido el 50% de su jornada y la parte proporcional para los del 75%.



mento en que surge la causa suspensiva, ya sea durante el período de acumulación, ya sea tras la finalización del mismo. Por ello, de la misma forma que es la libertad de pactos, en cuanto principio que impera en nuestra legislación, el que da cobertura a esta modalidad de jubilación parcial carente de regulación normativa expresa, también es el acuerdo entre las partes el que puede introducir mayores concreciones y precisiones, pudiendo reducir algunos de los riesgos que se derivan del carácter anómalo de esa figura.

Sobre esta misma cuestión, si bien con acuerdo de acumulación interanual de jornadas, se pronuncia la STSJ de Galicia, de 7 de julio de 2017 (AS 2018/92), según la cual el hecho de que las partes hayan acordado que la prestación de servicios se produzca de forma acumulada mediante jornadas completas, no puede tener como consecuencia que los días de incapacidad temporal se computen también como jornadas completas. En tal caso, sólo se puede imputar el 25 por ciento de la jornada, según lo acordado, pues no hacerlo así “comportaría una modificación unilateral del contrato de trabajo a tiempo parcial que establece una jornada del 25%”. Según argumenta el Tribunal –en nuestra opinión, de forma discutible–, de no haberse convenido la acumulación de jornada, el trabajador trabajaría diariamente el 25 por ciento de la jornada diaria y en caso de pasar a la situación de incapacidad temporal ésta no excedería del 25 por ciento de su jornada parcial pactada, de manera que el hecho de que las partes convinieran la concentración interanual de la jornada de trabajo, no puede tener la consecuencia de que los días de incapacidad temporal se computen también como jornadas completas.

De esta forma, se llega a una solución diferente de la dada por la referida SAN de 1 de marzo de 2019, con el discutible argumento de atender a lo que hubiera sucedido si no hubiera habido pacto de acumulación de jornadas, como si no existiera tal pacto, a pesar de que lo hubo. Es decir, se pone remedio a una posible consecuencia o manifestación del carácter anómalo de la acumulación de jornada, obviando el pacto de acumulación, dejándolo sin efecto, a pesar de la existencia de un pacto lícito entre las partes. En nuestra opinión, la diferencia de criterio puede obedecer a que, tal y como destaca la SAN de 1 de marzo de 2019, aunque al respecto guarda silencio la STSJ de Galicia de 7 de julio de 2017, en el caso que dirime ésta última la situación de incapacidad temporal se produce antes del inicio del tiempo de trabajo acumulado<sup>14</sup>; mientras que en el caso que juzga la AN el supuesto de incapacidad temporal se actualiza cuando el trabajador está desempeñando sus servicios de manera acumulada con una jornada a tiempo completo.

De ahí que lo que podría justificar que el tiempo en incapacidad temporal no se compute a jornada completa es el hecho de que cuando se va a hacer efectivo el acuerdo de acumulación se sabe, de antemano, que no se va a poder cumplir en los términos pactados. Pero, se insiste, no porque así hubiera sucedido si no hubiera habido pacto, sino porque el acuerdo no se puede cumplir en los términos pactados. En tal caso, no se trata de asumir

---

14 En este caso el jubilado parcial había acordado con su empresa que la totalidad de las jornadas de trabajo que anualmente debía realizar se prestaran en determinados períodos de cada año. La empresa comunicó que la jornada correspondiente a 2013 se prestaría de forma acumulada durante un total de 9 días laborables, desde el 31/10/2013 a 13/11/2013 pero el trabajador estuvo en situación de IT entre el 21/08/2014 y el 10/11/2014.



un posible riesgo derivado del pacto de acumulación pues ya se sabía, antes de iniciar la prestación de servicios, que el pacto no se podía cumplir según lo acordado. Lo que, en cualquier caso, para evitar situaciones de inseguridad, se puede estipular de forma expresa, como se dijo antes, en el propio acuerdo o pacto de acumulación, al amparo de la autonomía de las partes, reduciéndose así las consecuencias derivadas del carácter especial de esta modalidad de jubilación parcial.

### **3.2.- Acumulación de jornada y prestación por desempleo**

En relación con la incidencia en la prestación por desempleo de la acumulación de las jornadas de trabajo del jubilado parcialmente, se han de diferenciar dos cuestiones controvertidas, que han tenido fiel reflejo en los Tribunales de Justicia.

#### **3.2.1.- Delimitación de la situación legal de desempleo**

Un supuesto que ha generado cierta conflictividad judicial en algunos Tribunales Superiores de Justicia, especialmente en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, es referente a si el trabajador jubilado parcial con jornada de trabajo acumulada tiene derecho a la prestación por desempleo en el caso en el que se produce un expediente de suspensión de contratos en un período en el que el trabajador, en virtud de la concentración de la jornada, ya está fuera del período de actividad laboral. La doctrina judicial reciente considera que en el supuesto descrito el trabajador no se encuentra en situación legal de desempleo y, en consecuencia, no tiene derecho a la prestación por desempleo<sup>15</sup>.

Las resoluciones judiciales que dirimen esta cuestión parten de considerar que la acumulación de la jornada en la jubilación parcial implica que el trabajador jubilado parcial, fuera del período en que se concentra su jornada, está sin trabajar y queda desvinculado de la actividad productiva de la empresa, sin perjuicio de que se mantenga la cotización y con independencia de la forma de abono del salario. Es cierto que la persona que se encuentra en situación de jubilación parcial y mantiene simultáneamente un trabajo a tiempo parcial puede encontrarse en situación legal de desempleo en el caso de suspensión temporal de su contrato al amparo del art. 47 del ET y, si cumple los requisitos exigidos, podrá causar derecho a la prestación por desempleo; pero la situación legal de desempleo tiene que coincidir con el tiempo de suspensión del contrato de trabajo.

---

15 Al respecto, pueden verse, entre otras, la STSJ de Madrid, de 24 de octubre de 2016 (JUR 2016/192764), la STSJ de Madrid, de 3 de mayo de 2017 (AS 2017/1238), la STSJ de Cataluña, de 31 de octubre de 2017 (AS 2018/77), la STSJ de Cataluña, de 1 de junio de 2018 (AS 2018/2076), STSJ de Cataluña de 18 de junio de 2018 (AS 2018/2165), la STSJ de Cataluña, de 5 de noviembre de 2018 (JUR 2019/12991), la STSJ de Cataluña, de 11 de diciembre de 2018 (JUR 2019/62474), la STSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2018 (JUR 2019/90782), la STSJ de Cataluña, de 24 de enero de 2019 (JUR 2019/95484) y la STSJ de Cataluña, de 8 de febrero de 2019 (JUR 2019/96440). En sentido contrario, esto es, reconociendo el derecho a la prestación por desempleo al jubilado parcial con acumulación de jornada que se ve inmerso en un expediente de suspensión de contratos cuando ya no estaba trabajando, podemos ver la STSJ de Asturias, de 12 de abril de 2013 (JUR 2013/197739) y la STSJ de Madrid, de 26 de diciembre de 2017 (JUR 2018/50200).

Por ello, si se acuerda la suspensión de contratos de trabajo durante el período en el que el jubilado parcial ya no realiza actividad laboral, se entiende que éste no se encuentra en situación legal de desempleo puesto que dicha situación no se puede dar durante el tiempo en que ya se ha dejado de trabajar, sin que se produzca ninguna pérdida de ocupación laboral durante el procedimiento de suspensión de contratos. De esta forma, si no existe una prestación laboral efectiva que se suspenda y por la que se deje de percibir salario, no se puede causar derecho a la prestación por desempleo en cuanto prestación sustitutiva de las rentas dejadas de percibir (y no de los salarios prorrateados que retribuyen un trabajo ya realizado). Así, no se produce la situación legal de desempleo porque el trabajador no puede quedar exonerado de la obligación de trabajar (pues ya ha prestado los servicios debidos) y porque el empresario no puede quedar exonerado de remunerar el trabajo, pues ya se han devengado los salarios, por lo que el empresario tiene la obligación de abonarlos.

Como se deduce de la argumentación jurídica expuesta en los pronunciamientos judiciales que han resuelto esta controversia, la denegación del reconocimiento de la prestación por desempleo al trabajador que se encuentra en la situación descrita se basa, por un lado, en el propio concepto de la figura de la suspensión de contrato de trabajo y, por el otro, en la finalidad de la prestación por desempleo del nivel contributivo. Aunque la posición judicial parece acertada, un par de consideraciones merece el razonamiento seguido.

Primera, en nuestra opinión, no es que la situación legal de desempleo tenga que “coincidir necesariamente con el período de suspensión de la relación laboral acordada conforme al art. 47 del ET”, tal y como se indica en estas sentencias; sino que, precisamente, la propia situación legal de desempleo se produce cuando se suspende el contrato al amparo de lo establecido en el art. 47 del ET (art. 267.1 b) de la LGSS), de manera que lo que se protege por la prestación por desempleo es la suspensión del contrato de trabajo. De ahí que si se considera que la exoneración de la obligación de trabajar que requiere la figura de la suspensión del contrato de trabajo no se puede producir porque ya no se está trabajando (se dejó de trabajar cuando se prestó la jornada acumulada), la consecuencia lógica es que se entienda que no se da la situación legal de desempleo. El matiz discutible es que técnicamente el contrato de trabajo del jubilado parcial que ha finalizado su prestación de servicios tras acumular la jornada de trabajo no está en suspenso (aunque a efectos prácticos su posición sea muy similar) y su obligación de trabajar no se ha interrumpido, sino que ha finalizado, de la misma forma que finaliza la jornada semanal, aunque es cierto que en otra dimensión.

Y segunda, la suspensión del contrato de trabajo por decisión del empresario al amparo del art. 47 del ET, que es configurada como situación legal de desempleo, dibuja un escenario en el que, por algunas de las razones previstas en el citado precepto y atendiendo a las dificultades que atraviesa la empresa, se justifica la suspensión de los contratos de trabajo y, con ello, la exoneración de la obligación de remunerar el trabajo. Sin embargo, a pesar del expediente de suspensión de contratos de trabajo y de la debida concurrencia de las causas que lo justifican, atendiendo al criterio judicial expuesto, el empresario tendrá que seguir abonando el salario al trabajador jubilado parcial que ha acumulado su jornada, salvo que ya lo hubiera abonado antes (si así lo hubiera acordado con el trabajador), en cuyo caso

adquiere mayor convicción la posición de la doctrina judicial que se está analizando. En efecto, en este último supuesto, además de que el trabajador ya no presta servicios, desaparece por completo la finalidad de la prestación por desempleo de carácter contributivo en cuanto prestación que sustituye las rentas dejadas de percibir.

Lo que, sin embargo, no sucede en el supuesto en el que el empresario abona el salario prorrateado, en cuyo caso el pago de la prestación por desempleo sí cumple su función de prestación sustitutiva de las rentas salariales dejadas de percibir (no por dejar de trabajar puesto ya prestó sus servicios y, por ello, resulta imposible exonerar al trabajador de su obligación de trabajar, sino porque el empresario, al amparo del art. 47 del ET, queda exonerado de pagar el salario). Esta ficticia construcción sería una consecuencia del pago diferido del salario en caso de acumulación de la jornada de trabajo, cuya justificación se encontraría en la figura de la suspensión de contratos de trabajo al amparo del art. 47 del ET. Sin embargo, esta interpretación produce un enriquecimiento injusto del empresario puesto que éste ya ha recibido el beneficio económico que le aporta la prestación de los servicios prestados por parte del trabajador jubilado parcialmente. De manera que, de reconocerse el derecho a la prestación por desempleo, la obligación empresarial de remunerar el trabajo ya prestado se sustituiría por la obligación del Servicio de Empleo de abonar la prestación por desempleo. Lo que no es de recibo. Por ello, es el empresario quien tiene que seguir abonando los salarios por un trabajo ya prestado, pese a las dificultades de carácter económico por las que esté atravesando<sup>16</sup>, lo que no es sino consecuencia, otra manifestación, si bien razonable, del carácter anómalo de la acumulación de jornada, es decir, del desajuste temporal entre la prestación efectiva de trabajo y el abono del salario (y de cotizaciones sociales).

### **3.2.2.- Cómputo del tiempo de cotización: la incidencia de la supresión de la regla día trabajador, día cotizado**

Como es sabido, entre los requisitos exigidos para causar derecho a la prestación por desempleo, el art. 266 de la LGSS requiere “tener cubierto el período mínimo de cotización al que se refiere el art. 269.1 de la LGSS”, según el cual se ha de atender (tanto para causar derecho a la prestación como para determinar la duración de la misma) a “los períodos de ocupación cotizada” que acredite el trabajador. Por ello, es esencial conocer qué se entiende por período de ocupación cotizada, esto es, qué período se computa, y, sobre todo, qué reglas de adecuación existen, si las hay, para cuando se acreditan cotizaciones a tiempo parcial y, en concreto, cómo puede incidir o afectar en dicho cómputo la acumulación de jornadas del jubilado parcialmente. Y es que, como se dijo antes, aunque, en virtud

---

<sup>16</sup> Por el contrario, sí puede verse una muestra de atención a las especiales circunstancias de la empresa (“circunstancias de anormalidad”), inmersa en una suspensión colectiva de los contratos de trabajo, en la STSJ de Cataluña, de 11 de diciembre de 2018 (JUR 2019/62474), según la cual no se hace responsable a la empresa del abono de la pensión de jubilación parcial en un supuesto en que han transcurrido más de 15 días entre la extinción del primer contrato de relevo y la celebración del segundo contrato (tal y como prevé el apartado 4º de la Disposición Adicional segunda del RD 1131/2002, de 31 de octubre). Según indica esta sentencia, no parece lógica la imposición de obligación alguna a la empresa de contratar a una nueva trabajadora que no podría desarrollar actividad alguna al estar suspendidos todos los contratos de los trabajadores de la empresa.

del pacto de acumulación de jornadas, no haya prestación de servicios durante todo el tiempo de duración del contrato a tiempo parcial del jubilado, se mantiene la situación de alta y la cotización, en atención a las reglas contenidas en el artículo 65.3 del RGC. Una vez más, esta distorsión entre el trabajo y la cotización al sistema tiene incidencia, ahora, en el cómputo del tiempo de cotización para causar derecho y determinar la duración de la prestación por desempleo.

El cómputo del tiempo de cotización del trabajo a tiempo parcial es una cuestión compleja y controvertida, habiendo tenido su reflejo en los pronunciamientos judiciales de los Tribunales nacionales y del TJUE. Y, aunque la STJUE de 11 de noviembre de 2017 (TCJE 2017/196), Caso Espadas Recio<sup>17</sup>, parece haber zanjado la polémica, en los términos que se exponen más adelante, lo cierto es que es necesario, para conocer la regulación actual y el alcance de la reforma normativa que deriva de la citada sentencia, centrar la atención en cómo interpretar “los períodos de ocupación cotizada” a los efectos antes referidos, así como en conocer cómo se computan las cotizaciones acreditadas correspondientes a un trabajo a tiempo parcial, sobre todo cuando existe acumulación de jornadas. En este sentido, la LGSS, por un lado, marca algunas pautas sobre qué cotizaciones computan o no a los efectos de determinar el período de ocupación cotizada y, por el otro, se remite al desarrollo reglamentario para la determinación de dicho período en el supuesto en el que se hayan realizado trabajos a tiempo parcial. Esta norma reglamentaria es el Real Decreto, 625/1985, de 2 de abril, que desarrolla la Ley de 2 de agosto de 1984 (RPD, en adelante), que, precisamente, ha sido modificado para su adaptación al fallo de la STJUE de 11 de noviembre de 2017.

Pero ha sido el TS el que ha interpretado la expresión “período de ocupación cotizada”. Precisamente, los supuestos de hecho que están en el origen de estos pronunciamientos del TS son casos de trabajadores que habían accedido a la jubilación parcial y que el trabajo a tiempo parcial lo habían desarrollado acumulando la jornada en unos meses del año, quedando el resto del tiempo sin prestar servicios. Para determinar la duración de la prestación por desempleo, el TS ha manifestado que la LGSS se refiere “en términos claros y categóricos” a ocupación cotizada, “por lo que no vale, simplemente, con el hecho de la cotización (...) sino que es preciso el hecho de trabajo efectivo”<sup>18</sup>. Por ello, sólo ha de tenerse en cuenta para la duración del devengo de la prestación por desempleo el tiempo en que, efectivamente, se prestó la actividad laboral, por más que la correspondiente cotización por la contingencia por desempleo y el alta en la Seguridad Social se mantengan todo el año. Son, pues, dos los requisitos exigidos: la cotización y la efectiva prestación de servicios, lo

17 Puede verse un análisis detallado de esta sentencia en PÉREZ DEL PRADO, D.: “Otro «toque» del Tribunal de Justicia a propósito de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial: reflexiones al hilo del caso Espadas Recio”. Revista de Información Laboral, número 4/2018, parte Jurisprudencia. Editorial Aranzadi, 2018, versión online (BIB/2018/8595).

18 Al respecto, pueden verse, entre otras, la STS de 13 de febrero de 2007 (RJ 2007/1777), la STS de 16 de marzo de 2007 (RJ 2007/3244), la STS de 17 de abril de 2007 (RJ 2007/5001) y la STS de 4 de abril de 2011 (RJ 2011/3697). Esta jurisprudencia ha sido seguida por la STSJ del País Vasco, de 18 de enero de 2011 (JUR 2011/305636), la STSJ de Andalucía, de 13 de noviembre de 2013 (AS 2014/130) y STSJ de Cataluña, de 20 de diciembre de 2016 (JUR 2017/39870), entre otras.

que responde al carácter contributivo de la prestación por desempleo y a la finalidad de la misma, en cuanto prestación sustitutiva de las rentas dejadas de percibir por la pérdida del trabajo u ocupación laboral.

Otra precisión adicional hace la jurisprudencia del TS recaída al respecto, en relación con las cotizaciones que corresponden a trabajos a tiempo parcial: se considera como día cotizado entero aquel en el que sólo parcialmente se desarrolló la actividad laboral. Esta segunda pauta, en nuestra opinión, contradice o, al menos, matiza la anterior, en el sentido de que está considerando como cotizado un día entero a pesar de que no se ha trabajado todo el día. Es cierto que concurren los dos requisitos antes citados; pero también lo es que no hay correspondencia plena entre ellos, que, en principio, es lo que se espera en base al principio contributivo y a la finalidad de la prestación por desempleo. Esta segunda pauta, recogida en el art. 3.4 del RPD<sup>19</sup>, no es sino una regla especial y específica de aplicación a la prestación por desempleo derivada del trabajo a tiempo parcial, con la que se supera el perjuicio que, si no se aplicara, sufrirían los trabajadores a tiempo parcial horizontales<sup>20</sup>; pero que no atiende a la peculiaridad del trabajo a tiempo parcial vertical, lo que incide en la determinación de la duración de la prestación por desempleo<sup>21</sup>. De ahí que dicha previsión normativa, en virtud de la cual cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajo a tiempo parcial, cada día trabajado se computa como día un cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada, tal y como se contemplaba en el art. 3.4 del RPD, ha sido considerada contraria al Derecho de la Unión Europea.

En efecto, la aplicación de la regla día cotizado, día trabajado conlleva que el período computado para el cálculo de la duración de la prestación no se extienda a todo el tiempo de duración del contrato en el que el trabajador permanece de alta en Seguridad Social, sino exclusivamente a los días realmente trabajados, a diferencia de lo que sucede en los

19 Algunos pronunciamientos judiciales en los que, a los efectos de resolver los conflictos planteados, se aplica esta regla específica de cómputo del período de ocupación cotizada cuando se han realizado trabajos a tiempo parcial son, entre otros, la STJS de Navarra, de 22 de enero de 2010 (AS 2010/1288), la STSJ de Castilla y León, de 17 de noviembre de 2011 (JUR 2011/410126), la STJS de Galicia, de 20 de julio de 2012 (JUR 2012/283063), la STSJ de Galicia, de 5 de diciembre de 2013 (JUR 2014/26458), la STSJ de Galicia, de 19 de diciembre de 2013 (JUR 2013/125711), la STSJ de Madrid de 9 de junio de 2014 (JUR 2014/248996), la STJS de Madrid de 2 de diciembre de 2015 (JUR 2016/13622) y STSJ de Castilla y León, de 1 de febrero de 2018 (AS 2018/614).

20 Se trata, en palabras del TS (STS de 9 de julio de 2001, RJ 2001/7312) de “la fórmula que en desempleo se utiliza para medir o especificar la protección social que merece el contrato o el trabajo a tiempo parcial”.

21 Sobre el impacto desfavorable de esta norma para los supuestos de trabajo a tiempo parcial vertical pueden verse, entre otros, a CABEZA PEREIRO, J.: “La carencia para el acceso a la protección por desempleo en el contrato a tiempo parcial”. Revista Doctrina Aranzadi Social, número 20/2011 parte Estudio. Editorial Aranzadi, pág. 2 versión online (BIB 2010/3245); a ROQUETA BUJ, R.: “La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial”. Revista Española de Derecho del Trabajo, número 174/2015, parte Estudios. Editorial Aranzadi, 2015, versión online (BIB 2015/1043), pág. 5; y a BLAZQUEZ AGUDO, E.M.: “La parcialidad como factor disfuncional de la protección por desempleo”. Revista Española de Derecho del Trabajo, número 180/2015, parte Estudios. Editorial Aranzadi, 2015, versión online (BIB 2015/16249), pág. 8.

contratos a tiempo parcial horizontales. Por ello, la STJUE de 11 de noviembre de 2017 declara que el art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical, excluye los días no trabajados del cálculo de los días cotizados y que reduce de este modo el período de pago de la prestación por desempleo, cuando está acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres que resultan perjudicadas por tal normativa.

Meses después se reformó el art. 3.4 del RPD para garantizar que se aplique el mismo criterio para el cómputo de la ocupación cotizada a efectos de determinar el período mínimo exigible para causar derecho a la prestación por desempleo o la duración de ésta, con independencia de que el trabajo se haya realizado a tiempo parcial horizontal o vertical. Así, la redacción actual del referido precepto, dada por el Real Decreto 950/2018, de 27 de julio, es la siguiente: cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a trabajos a tiempo parcial realizados al amparo del art. 12 del ET, se computará “el período durante el que el trabajador haya permanecido en alta con independencia de que se hayan trabajado todos los días laborables o sólo parte de los mismos, y ello, cualquiera que haya sido la duración de la jornada”.

De esta forma, el período durante el que el trabajador haya permanecido en alta se configura como la regla de medida para calcular el cómputo de cotizaciones que correspondan a trabajos a tiempo parcial<sup>22</sup>; regla que resulta de aplicación incluso en el caso de que no se hayan trabajado todos los días (lo que se hace para ajustar la regla de cómputo a los trabajos a tiempo parcial vertical, que es la novedad) y sin importar la duración de la jornada (regla que implica adecuar la regla de cómputo a los trabajos a tiempo parcial horizontal, tal y como ya existía).

La implantación de esta regla, en nuestra opinión, permite apreciar la evolución, normativa y jurisprudencial, que se ha seguido en relación con los criterios relativos a cómo medir el carácter contributivo de la prestación por desempleo en cuanto prestación sustitutiva de las rentas dejadas de percibir por la pérdida del trabajo. Así, de exigir la concurrencia de la cotización y de la prestación efectiva del trabajo (manifestación máxima del principio de contributividad y de la vinculación más estrecha de la prestación con el trabajo), se ha pasado, en primer lugar, a la regla de día cotizado, día trabajado (manifestación también intensa, pero relativizada, del principio de contributividad pues no tiene por qué haber correspondencia plena entre lo cotizado y lo trabajado), y, en segundo lugar, a la regla de período de alta, aunque no haya trabajo durante todo este período y al margen de la duración de la jornada (manifestación mínima de la vinculación de la prestación con

22 Otras propuestas ofrecidas por la doctrina, como, por ejemplo, la cotización por horas trabajadas, la aplicación de coeficientes multiplicadores según el mayor número de horas o la aplicación de la teoría del paréntesis, pueden verse en BLAZQUEZ AGUDO, E.M.: “La parcialidad como factor disfuncional de la protección por desempleo”, op. cit., pág. 10. En esta línea, analizando posibles soluciones para solventar la problemática derivada del distinto tratamiento en materia de protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial verticales, puede verse a PÉREZ DEL PRADO, D.: “Otro «toque» del Tribunal de Justicia a propósito de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial...”, op. cit., págs. 11 y ss.

el trabajo, cuya justificación se encuentra en el respecto al principio de igualdad de trato y no discriminación).

De esta forma, se supera la doctrina del TS, antes expuesta, según la cual resultaba necesario, para determinar el período de ocupación cotizada, que, además de la cotización, se produjera una efectiva prestación laboral. Lo que se hace para evitar la diferencia de trato entre el trabajo a tiempo parcial vertical y horizontal, consiguiéndose asimismo evitar la aplicación de una doble penalización puesto que, evidentemente, la cuantía de la prestación por desempleo se verá reducida como consecuencia de una menor contribución al sistema. La nueva regla de cómputo del período de ocupación cotizada implica, al aplicarla al caso del trabajador a tiempo parcial que ha concentrado su jornada de trabajo (existiendo períodos de inactividad superior al mensual, pero que cotiza durante todo el año en virtud de unas reglas especiales de prorrateo anual de la cotización), la determinación de un mayor período de ocupación cotizada y, con ello, una mayor duración de la prestación por desempleo.

Y es que la acumulación o no de la jornada no debe incidir en la duración de la prestación por desempleo en un supuesto en el que se trabaja el mismo tiempo (y se mantiene la cotización todo el año) puesto que, como dice la norma, se ha de computar, a los efectos de determinar el período de ocupación cotizada, el período en el que el trabajador haya permanecido en alta, con independencia de que se hayan trabajado o no todos los días. De no entenderse así, la acumulación de jornada implicaría una reducción de la duración de la prestación por desempleo con respecto al supuesto de no acumulación, a pesar de trabajar lo mismo, aunque con distinta distribución en el tiempo<sup>23</sup>. De esta forma, con la actual redacción del art. 3.4 del RDP se supera una de las consecuencias que sobre la protección por desempleo producía el desajuste entre la prestación de servicios y las reglas de cotización al sistema de Seguridad Social que conlleva el pacto de acumulación de jornadas del jubilado parcial.

#### 4.- CONCLUSIONES

Pese a que el TS ha salvado la legalidad de la jubilación parcial, en su modalidad de acumulación interanual de jornadas, lo ha hecho con una matización y con una advertencia.

23 Sin embargo, se excluyen de dicho cómputo, por expresa previsión del art. 3.4 del RPD, los períodos de inactividad productiva de los trabajadores fijos discontinuos, incluidos los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas, que, como es sabido, se configuran como situación legal de desempleo. Este tipo de contrato, que no deja de ser un contrato a tiempo parcial, se regula al amparo del art. 16 del ET (y no del art. 12 del ET, tal y como exige el art. 3.4 del RPD), sin que resulten de aplicación las reglas de cotización especiales en supuestos de trabajo concentrado en períodos inferiores a los del alta, lo que justificaría el diferente tratamiento a los efectos de determinar la duración de la prestación por desempleo. Y es que, durante los períodos de inactividad, aunque se mantenga el alta, se suspende la obligación de cotizar, tal y como ha manifestado el TS (STS de 14 de julio de 2016, RJ 2016/4827). Además, si se cumplen los requisitos, durante los períodos de inactividad se puede percibir la prestación por desempleo, sin que las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación que efectúe la entidad gestora se puedan computar a los efectos de determinar el período de ocupación cotizada (art. 269.2 de la LGSS).



La matización es el carácter especial, anómalo, que presenta esta figura, fruto del desajuste temporal entre la prestación de servicios y el cumplimiento de las obligaciones empresariales de mantenimiento del alta y de la cotización al sistema de Seguridad Social. Y la advertencia consiste en anunciar cómo este supuesto puede tener consecuencias del más diverso orden, aunque sin aventurarlas, identificarlas ni analizarlas, ni siquiera en el plano teórico. Por ello, con la finalidad de conocer algunas de estas consecuencias o manifestaciones —reales y controvertidas, con reflejo en los Tribunales de Justicia— del carácter anómalo de la figura de la acumulación de jornadas del jubilado parcial, si bien sólo centrando la atención en materia de Seguridad Social, se ha presentado esta ponencia específica, la cual ha permitido conocer cómo han sido dos las prestaciones del sistema de Seguridad Social sobre las que se ha sentido dicha anomalía.

Por un lado, en relación con la prestación por incapacidad temporal, surgiendo la cuestión consistente en determinar si durante el proceso de incapacidad temporal también opera la acumulación de jornada pactada o si, por el contrario, tal acumulación no puede actuar, de manera que se computan los períodos de incapacidad temporal únicamente en función del porcentaje de reducción de jornada que tenga cada trabajador, lo que implicaría una prórroga de la prestación efectiva de servicios. Como se ha analizado, a tenor de la SAN de 1 de marzo de 2019, el pacto de acumulación de jornadas se ha de aplicar en todo caso, aunque concurra una causa suspensiva de la relación, salvo previsión en contrario. De la misma forma que es la libertad de pactos, en cuanto principio que impera en nuestra legislación, el que da cobertura a esta modalidad de jubilación parcial carente de regulación normativa expresa, también es el acuerdo entre las partes el que puede introducir mayores precisiones, pudiendo reducir algunos de los riesgos que se derivan del carácter anómalo de esa figura.

Sólo en el caso de que se sepa, antes de iniciar la ejecución del pacto de acumulación, que el mismo no se va a poder cumplir en los términos pactados, podría justificarse la prórroga de la prestación de servicios en el tiempo que dure la suspensión del contrato por la incapacidad temporal. En tal caso, no se trata de asumir un posible riesgo derivado del pacto de acumulación pues en tal caso ya se sabe, antes de iniciar la prestación de servicios, que el pacto no se puede cumplir según lo acordado. Lo que, para evitar situaciones de inseguridad, igualmente se puede precisar de forma expresa en el propio acuerdo o pacto de acumulación, al amparo de la autonomía de las partes, reduciéndose así las consecuencias derivadas del carácter especial de esta modalidad de jubilación parcial.

Y, por el otro, en relación con la prestación por desempleo, son dos las cuestiones controvertidas que han sido resueltas por los Tribunales de Justicia. Primera, si el trabajador jubilado parcial con jornada de trabajo acumulada tiene derecho a la prestación por desempleo en el caso en el que se produce un expediente de suspensión de contratos en un período en el que el trabajador, en virtud de la concentración de la jornada, ya está fuera del período de actividad laboral. Según la doctrina judicial mayoritaria, en el supuesto descrito el trabajador no se encuentra en situación legal de desempleo y, en consecuencia, no tiene derecho a la prestación por desempleo. No se produce la situación legal de desempleo porque el trabajador no puede quedar exonerado de la obligación de trabajar (pues ya ha



prestado los servicios debidos) y porque el empresario no puede quedar exonerado de remunerar el trabajo, pues ya se han devengado los salarios, por lo que el empresario tiene la obligación de abonarlos. Por ello, es el empresario quien tiene que seguir abonando los salarios por un trabajo ya prestado, pese a las dificultades de carácter económico por las que esté atravesando, lo que no es sino consecuencia, si bien razonable, del carácter anómalo de la acumulación de jornada, es decir, del desajuste temporal entre la prestación efectiva de trabajo y el abono del salario (y de cotizaciones sociales).

Y segunda, sobre el cómputo de las cotizaciones del trabajo a tiempo parcial que realiza el jubilado parcialmente y sobre la incidencia de la acumulación de jornadas en dicho cómputo. Tras la reforma del RPD, el período durante el que el trabajador haya permanecido en alta se configura como la regla de medida para calcular el cómputo de cotizaciones que correspondan a trabajos a tiempo parcial, superándose la doctrina del TS, según la cual resultaba necesario, para determinar el período de ocupación cotizada, que, además de la cotización, se produjera una efectiva prestación laboral. La nueva regla de cómputo del período de ocupación cotizada implica, al aplicarla al caso del trabajador a tiempo parcial que ha concentrado su jornada de trabajo, la determinación de un mayor período de ocupación cotizada y, con ello, una mayor duración de la prestación por desempleo. De esta forma, aunque la finalidad era eliminar la discriminación por razón de sexo que la anterior regla suponía (cuando está acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres), la regla de cómputo actual permite superar una de las consecuencias que sobre la protección por desempleo producía el desajuste entre la prestación de servicios y las reglas de cotización al sistema de Seguridad Social que conlleva el pacto de acumulación de jornadas del jubilado parcial.

Estas manifestaciones en materia de Seguridad Social de la anomalía de la jubilación parcial, en su modalidad de acumulación de jornadas, además de permitir una aproximación a la advertencia que hizo el TS en relación con las consecuencias de diverso orden que la singularidad de esta figura puede tener, conducen a la necesidad de hacer una reflexión sobre la oportunidad de su propia existencia y, lo que es más importante, sobre la legalidad de su admisión. Y es que, como ya se ha indicado, esta modalidad de jubilación parcial hace que la finalidad esencial que persigue se esfume, desapareciendo el carácter progresivo y paulatino del acceso a la jubilación, de ahí los argumentos a favor de su uso fraudulento por la posible ocultación de una real jubilación anticipada, sin aplicación de coeficientes reductores.

Pero, además, se ha cuestionado la legalidad de esta práctica tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre<sup>24</sup>, en base a que la normativa actual

---

24 Al respecto, puede verse la SAN de 26 de enero de 2016 (AS/2016/353), que declara que la supresión unilateral de la empresa AIRBUS GROUP de los Acuerdos sobre la acumulación de la jornada pendiente de trabajar del jubilado parcial, en base a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, que obliga a las empresas a controlar las horas realizadas por los trabajadores, no es ajustada a Derecho. La empresa no puede desconocer los acuerdos a los que ha llegado, sin que sea de aplicación la cláusula rebus sic stantibus, pues, si considera que la práctica es ilegal, tendría que haber impugnado el acuerdo, pero no suprimirlo unilateralmente. De esta forma,

impide no sólo la acumulación interanual sino también la anual. Aunque pueden argüirse diversos argumentos<sup>25</sup>, el más convincente es que no resultan de aplicación las reglas comunes del contrato a tiempo parcial pues el contrato que realiza un jubilado parcial tiene sus propias reglas. En concreto, el art. 215.2 g) de la LGSS, desde el 1 de abril de 2013, fija unas reglas propias para el supuesto de jubilación parcial, que son diferentes de las previstas en el art. 65.3 del RGC<sup>26</sup>. Sin embargo, en nuestra opinión, la no aplicación del art. 65.3 del RGC es más que discutible pues, sin duda, la regla prevista en el citado art. 215.2 g) de la LGSS rige durante el disfrute de la jubilación parcial; pero, como el jubilado parcial es también trabajador a tiempo parcial, lo previsto en el art. 65.3 del RGC, en caso cotización de los trabajadores contratados a tiempo parcial con trabajo concentrado en períodos inferiores a los de alta, resulta igualmente de aplicación, si bien en caso de pacto de acumulación de jornada.

Por ello, la mayor duda pervive en el caso de que se opte por la acumulación interanual, cuyas reglas de cotización no tienen una regulación, ni siquiera en el art. 65.3 del RGC, que se refiere a la acumulación anual. A lo que se añade, como se ha dicho, la desnaturalización, la pérdida de la finalidad esencial para la que se creó, que se produce en esta figura en el caso de acumulación global del tiempo de trabajo. Sin embargo, como se ha analizado, a pesar de las dudas, el TS ha declarado la legalidad, pero también la singularidad, de esta modalidad de jubilación parcial; singularidad que existe incluso en caso de acumulación anual y que, precisamente, ha sido el objeto de esta ponencia específica, en la que se han expuesto algunas de sus manifestaciones en materia de Seguridad Social, lo que, en cualquier caso, no impide que se ponga fin a la presente ponencia demandando una intervención del legislador, que despeje las dudas de legalidad que giran en torno a esta figura.

---

esta sentencia no se pronuncia sobre la legalidad o no de la práctica, sino sólo sobre la decisión de la empresa de dejar sin efecto el acuerdo.

25 En defensa de esta posición, aportando diversos argumentos puede verse a MALDONADO MOLINA, J.A.: “La acumulación de la jornada del jubilado parcialmente”, op. cit., págs. 58 y ss.

26 El artículo 215.2 g) de la LGSS dispone que, durante el período de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando éste a jornada completa, si bien es cierto que la elevación de la cotización se hace de forma paulatina hasta el año 2017.

EL DERECHO DE ADAPTACIÓN DE LA JORNADA PARA CONCILIAR LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL EX ARTÍCULO 34.8 ET:  
LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE

*Enrique Costoya Allegue (abogado)*

*Luis Ocaña Escolar (abogado y professor asociado Universidad de Sevilla)*

En pleno tránsito del derecho laboral hacia las esencias civilistas, irrumpe la promulgación del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, que formalmente establece nuevos caminos para adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo a fin de conciliar la vida familiar y laboral. Aunque la técnica jurídica empleada por el legislador arroja grandes dosis de incertidumbre y hacen cuestionar el recorrido de su aplicabilidad real, la jurisprudencia ha comenzado a que establecer ciertos criterios de graduación respecto de los límites del derecho que la ley otorga al trabajador, con el fin de conciliar las necesidades e intereses que convergen en el seno de las relaciones contractuales.

Más allá del análisis jurídico que podamos hacer del redactado del cuerpo legal así como las diferentes interpretaciones y tendencias que vienen marcando los Tribunales, lo cierto es que es muy difícil no contextualizar este cambio en el marco de la gran contienda doctrinal que se da en el “suelo” del derecho del trabajo. La modificación -en su regulación legal- de una materia sustancial como es la distribución, duración de la jornada e, incluso, la forma de prestación de servicios a cargo de las necesidades familiares del trabajador, supone un revés a las tesis liberalizadoras que pretenden usar los avances tecnológicos como causa justificadora que permita diluir el derecho del trabajo.

Los derechos de concreción horaria de la nueva redacción del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores suponen un abierto cuestionamiento de las tesis que sostienen que el elemento sustancial de laboralidad continúa siendo la dependencia y subordinación del trabajador dentro de la esfera organizativa de la empresa. Así, mientras el legislador avanza adaptando la institución del trabajo a las nuevas realidades sociales que hacen necesario reformular la prestación del trabajo para incorporar la flexibilidad que proporciona la técnica y las nuevas estructuras productivas, alguna jurisprudencia sigue anclada en antiguas tesis que consideraban la subordinación como el elemento esencial que permite diferenciar la relación laboral de otras prestaciones de trabajo. La “cuestión del poder”<sup>1</sup> es un concepto graduable, que muestra distinta intensidad según la cualificación del trabajador, la forma de organización del trabajo o el lugar de prestación de servicios<sup>2</sup>. La configuración jurisprudencial de la dependencia siempre ha ido ligada a conceptos como el de la subordinación jerárquica, la autoridad, el control, la inspección y la dirección técnica de la empresa sobre el contenido y todos los detalles de la actividad de su dependiente, dentro de una lógica dual y estática de “trabajo” subordinado al “capital”, dónde el empresario asume todo el riesgo económico y el trabajador ninguno.

No deja de ser sorprendente que, una vez en vigor la nueva redacción del artículo 34.8 ET por el que se introduce de forma tangible el derecho -aunque a priori no absoluto- de concreción horaria del trabajador, salte la noticia de que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid resuelva a favor de las tesis de la mercantil Glovo, y sitúee como la primera de las causas de ausencia de laboralidad de la relación entre la mercantil y los riders “la libertad de elección de la franja horaria en la que desea trabajar, con fijación de la hora

1 SUPIOT, A. (Coord.) Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa. Valencia. 1999; pág.31

2 MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. Y GARCÍA MURCIA, J., Derecho del trabajo; pág. 174

de inicio y de finalización de su actividad [...]”<sup>3</sup>. Antes de este análisis del caso concreto, el mencionado Tribunal contextualiza los posicionamientos doctrinales que han sido utilizados por la jurisprudencia para resolver esta cuestión, pivotando sobre los conceptos de “ajenidad” y “dependencia”, señalando de este último que sus “indicios [...] más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario”. No dejan de ser sorprendentes las tesis del Tribunal, y no solo en atención a la reciente evolución del derecho positivo, sino contraponiéndola a la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ya en el 2014 estableció la “macroajenidad” como herramienta teórica idónea<sup>4</sup> para el análisis de la laboralidad de las relaciones contractuales. Destacó un elemento esencial, el de ajenidad al mercado, que a pesar de haber sido previamente teorizado —ya en el año 86— por el profesor Alarcón<sup>5</sup>, adquiere ahora absoluta vigencia como elemento principal de análisis. La actualización de dichas tesis llevadas a cabo por el profesor Todoli han adaptado y actualizado dichos principios al denominado “nuevo modelo productivo”, ofreciendo nuevas herramientas<sup>6</sup> y presentando nuevos conceptos como el de “ajenidad de la marca”, que nos permiten abordar la cuestión de laboralidad dentro de la economía de plataformas sin ningún tipo de fricción con el derecho positivo.

La experiencia de estos últimos años nos ha demostrado como una relación contractual con una débil estructura organizativa empresarial ha supuesto un abuso de posición dominante sobre la parte contractual débil, desposeída de la protección del derecho laboral al amparo de las tesis organicistas que situaban este elemento del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores como predominante. La actual redacción del art. 34.8 del TRLET otorga, al menos de manera formal, un avance sustancial en la flexibilidad horaria vinculada a la conciliación familiar, sin que esto pueda suponer un cuestionamiento de la laboralidad del vínculo contractual, más al contrario, ya que al introducirlo de forma expresa como derecho sustantivo pasa a ser una nota definitoria de la prestación laboral.

La Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo habla de la creación de un marco jurídico que permita avanzar en pos de la plena igualdad e introduce medidas que permitan garantizar la corresponsabilidad de las personas en la vida personal, familiar y laboral. Se trata por tanto, del establecimiento de un objetivo: la conciliación de la vida familiar y laboral, que es la finalidad abiertamente pretendida por dicha norma. En concreto refiere la Exposición de Motivos: “En este sentido, los poderes públicos están obligados a adoptar medidas específicas a favor de las mujeres cuando existan situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.

Es esencial tener presente que, en la relación de trabajo, las personas trabajadoras, mujeres u hombres, tienen derecho a ejercer la corresponsabilidad de la vida personal,

---

3 Sentencia 715/2019 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Rec. 195/2019)

4 Sentencia del Tribunal Supremo 1404/2014 (REC 3205/2012)

5 ALARCÓN CARACUEL MR., “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo” Civitas, no 28, 1986

6 TODOLI SIGNES, A. “El trabajo en la era de la economía colaborativa. Tirant lo blanch

familiar y laboral, quedando prohibido cualquier trato discriminatorio directo e indirecto por razón de sexo.

Buscando dar a la sociedad un marco jurídico que permita dar un paso más hacia la plena igualdad, este real decreto-ley contiene 7 artículos que se corresponden con la modificación de siete normas con rango de ley que inciden de forma directa en la igualdad entre mujeres y hombres.”

Es aquí donde se ha de enmarcar la nueva redacción del artículo 34.8 ET. Analicemos cuáles han sido las respuestas que han acogido los Tribunales a fin de resolver las cuestiones que en estos primeros meses de aplicación de la norma se les han presentado.

Partíamos de una jurisprudencia constitucional que vanía declarando la nulidad de sentencias de instancia por prescindir de toda ponderación en relación con el derecho a la no discriminación por las circunstancias familiares, la dimensión constitucional de las normas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral y el mandato de protección a la familia y a la infancia. La doctrina del TC obligaba a valorar “las concretas circunstancias personales y familiares que concurren en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia de educación especial en la que prestaba servicios, para ponderar si la negativa de la empresa a trabajar en horario nocturno constituye o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional”, particularmente el número de hijos, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia que la denegación del horario nocturno pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos, todo ello a la vista de si la organización del trabajo del centro en cuestión permite o no alteraciones de esa clase (por todas STC 24/2011, de 14 marzo). El mismo Tribunal Supremo acogía esta tesis y decía: “Cuando se viene disfrutando de reducción de jornada por motivos familiares y de guarda legal con una determinada concreción horaria, y desde tal situación se solicita la variación del horario o turnos que venía realizando, nos encontramos ante supuestos incardinables en el ámbito de aplicación del art. 34.8 ET (STS 24-04-12).”

Es decir, se destacaba la dimensión constitucional del mandato contenido en el artículo 39 de la Constitución, se atendía al interés del menor y se establecía el límite en aquellos comportamientos que supusieran un ejercicio abusivo del derecho o contrario a las exigencias de la buena fe.

A tal efecto, la jurisprudencia menor –la primera donde impactan las reformas legales- acogía estas tesis y así destacamos la Sentencia número 366/2012 del Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona, de 10 de octubre que establecía:

F.J. 4º: “Resulta de aplicación el art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción introducida por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de julio (RCL 2012, 147, 181), de Medidas de Reforma Laboral, ya que la solicitud de la demandante se produjo el 5 de julio de 2012, bajo la vigencia de dicha norma.

El precepto establece efectivamente que “quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo a algún menor de 8 años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla”.

La propia norma señala que las reducciones de jornada contempladas en el apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por las razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

El precepto que venimos comentando trata de dar respuesta a la nueva realidad social que deriva de la necesidad de conciliación del trabajo y la familia, necesidad que ha sido planteada a nivel internacional y en el ámbito comunitario.

A nivel internacional en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en Pekín en septiembre de 1995, se consideró como objetivo estratégico fomentar una organización de responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres, y en la declaración aprobada por los 189 estados allí reunidos se reafirmó este compromiso.

A su vez, en el ámbito comunitario, la maternidad y la paternidad, en su más amplio sentido, se han recogido en las directivas del Consejo 92/85/CEE de 19 de octubre (LCEur 1992, 3598) y 96/34/CEE de 3 de julio (LCEur 1996, 1756).

La primera de ellas contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. La segunda; relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor, como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

Mediante la Ley 39/1999, de 5 de noviembre (RCL 1999, 2800), de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral en las Personas Trabajadoras, se completó la trasposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria, superando los niveles mínimos de protección previstas en las mismas, y así la ley introdujo cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores pudieran participar en la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, y trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de empleo, a las condiciones de trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres, y al mismo tiempo se facilita que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el momento mismo del nacimiento o de su incorporación a la familia.

A la vista de la regulación legal señalada puede concluirse que constituye un derecho del trabajador no sólo la reducción de la jornada, lo que aquí no se cuestiona, sino tam-

bién el derecho a la concreción horaria, es decir, que constituye facultad del mismo elegir el horario en el que se desarrollarán sus servicios dentro de la jornada ordinaria, todo ello con la finalidad de que pueda conciliar la vida familiar y laboral y, en definitiva, que quede debidamente atendido el hijo menor de ocho años, sin que expresamente se haya establecido por el legislador en principio ningún límite en el ejercicio de esta facultad, si bien la posibilidad de que se oponga el empresario a la solicitud del trabajador sí que ha sido provista por el legislador.

Efectivamente, en el art. 37.6 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) se indica que la concreción de horario y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 del artículo, “corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria”, y en el apartado segundo del art. 37.6 del Estatuto de los Trabajadores se añade que “las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, serán resueltas por la Jurisdicción Social a través del procedimiento establecido en el art. 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre ( RCL 2011, 1845 ), reguladora de la Jurisdicción Social”. En cualquier caso, la facultad o derecho del trabajador, lógicamente, debe ejercitarse siempre conforme a las exigencias derivadas del principio de buena fe que rige las relaciones jurídicas contractuales ( art. 7 del CC ( LEG 1889, 27 ) ), y especialmente la relación jurídica-laboral ( art. 5 a ) y 20. 2 del Estatuto de los Trabajadores ), de manera que puede concluirse que su ejercicio será abusivo o contrario a tales exigencias derivadas del principio de buena fe y, por lo tanto, no podrá ampararse judicialmente, cuando suponga, dadas las circunstancias que concurran en cada caso, un grave perjuicio para la subsistencia de la empresa o afecte gravemente a la producción, o exista la posibilidad de satisfacer el derecho del trabajador en otro horario compatible con el proceso productivo de la empresa.

En este sentido, la doctrina judicial ya tiene declarado que, si bien es verdad que la armonización del derecho a una reducción de la jornada de trabajo que el art. 37 otorga a los trabajadores no resulta en ocasiones de fácil acomodación con las facultades organizativas que al empresario conceden los arts. 20 y 41 del mismo cuerpo legal , es lo cierto que la persona que tenga a su cargo la guarda legal del menor o incapacitado, a la que el ordenamiento otorga el derecho a solicitar la reducción de la jornada, es la capacitada para determinar cuál es el momento más adecuado para cumplir las obligaciones derivadas de aquella guarda, y que le llevan a tener que prescindir, incluso, de parte de su salario en función de necesidades variables en cada caso y que por pertenecer a la intimidad de la persona y de la familia y en relación con circunstancias personales ligadas a las del guardado, excluye la posibilidad de que sea el empresario quien, desconociéndolas, elija o pueda elegir la determinación de tal derecho de reducción, conforme a la interpretación que, a tenor de lo prevenido por el art. 3 del CC , debe darse al apartado nº 5 del art. 37 del Estatuto de los Trabajadores , ya que sí, indiscutiblemente, en el caso de no existir conexión entre los intereses de la empresa y el trabajador es a éste a quien debe corresponder la elección del horario laboral que le permita la atención y custodia del menor a su cuidado, porque él es el titular del derecho a la reducción de jornada que el precepto otorga, nada permite que tal facultad se desplace al empresario por el solo hecho de que surja colisión



o se suscite enfrentamiento entre los intereses de unos y otros, de tal modo que si bien no se puede ignorar que el ejercicio de tal derecho por el trabajador, en cuanto que lo es y forma parte de la empresa demandada, puede colisionar con los derechos del empleador y principalmente con los que sobre la ordenación del trabajo le confiere el Estatuto de los Trabajadores, tal colisión debe solventarse en el sentido de que, en principio, la elección del horario corresponde al trabajador, sin que entre en juego la facultad empresarial de dirección y organización, aunque indudablemente el ejercicio de aquel derecho del trabajador debe estar regido por los principio de buena fe, sin hacer ilusorio, arbitrario, incómodo o imposible el del empresario a organizar su trabajo ( sentencia del TSJ de Cataluña de 20 de octubre de 1994 (AS 1994, 3872) ).

En el mismo sentido, sobre la facultad del trabajador para elegir el horario en el que desarrollará la jornada reducida, siempre con sometimiento a la finalidad que inspira la reducción de la jornada por cuidado de hijos y a su ejercicio con arreglo a las exigencias o reglas de la buena fe, cabe citar también las sentencias del TSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 1993 (AS 1993, 5108) y 5 de diciembre de 1995 (AS 1995, 4754) , las TSJ de Aragón de 17 de abril de 1999 (AS 1999, 1025) o también la de Cataluña de 6 de septiembre de 1999 .

Resulta también pertinente recordar que el Tribunal Supremo, por todas la sentencias de 6 de abril de 2004 (RJ 2004, 5909) , ha venido insistiendo que el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores forma parte del desarrollo del mandato Constitucional ( art. 39 de la Constitución Española ( RCL 1978, 2836 ) ) que establece al protección a la familia y a la infancia, finalidad ésta que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

Idéntica línea interpretativa se observa en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 1956) cuando afirma que los supuestos de jornada reducida por guarda legal no sólo tienden a proteger el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para cumplir mejor con los deberes inherentes a la patria potestad que reconoce el art. 154 del Código Civil (velar por ellos, tenerlos a su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral), sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible.

Y en la solución de los conflictos que puedan surgir no debe dejarse al margen la dimensión constitucional del problema jurídico. Por ello es necesario recordar que, como señaló el Tribunal Constitucional en las sentencias de 10 de abril de 2000 (RTC 2000, 95) y 5 de mayo de 1982 (RTC 1982, 19) , a tenor del art. 53.3 de la Constitución Española no pueden conceptuarse a los principios rectores de la política social y económica “entre los que se encuentran los establecidos en el art. 39.1 y 2 de la Constitución (RCL 1978, 2836) , necesidad de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y mandato a los poderes públicos de protección integral de los hijos, y a los propios padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos”, como normas vacías de contenido, siendo obligación de los órganos judiciales la de tenerlos presentes en la interpretación de las restantes normas constitucionales y de las leyes, de manera que, en suma, lo que se nos dice es que las

resoluciones de dichos órganos habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, obligación ésta que, obviamente, es predicable respecto de los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución Española, y en concreto en lo atinente al rechazo de cualquier discriminación por razón de sexo.

El propio Tribunal Constitucional ha llamado la atención sobre la necesidad de tener en cuenta la dimensión constitucional de la reducción de jornada y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo ( art. 14 de la Constitución Española ) de las mujeres trabajadoras como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia ( art. 39 de la Constitución Española ), lo que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa ( sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero ( RTC 2007, 3 ) ).

En el caso analizado por el Tribunal Constitucional el órgano judicial había denegado la reducción de jornada solicitada por la trabajadora en base a consideraciones de estricta legalidad, derivadas de la interpretación que realiza de la expresión “dentro de su jornada ordinaria” utilizada por el apartado 6 del art. 37 del Estatuto de los Trabajadores al referirse a la decisión de la trabajadora respecto de la concreción horaria de la reducción de jornada. A juicio del órgano judicial, la jornada reducida propuesta por la trabajadora no se ajustaba a los límites establecidos en el citado precepto, al pretenderse el establecimiento de una jornada a desarrollar exclusivamente de lunes a miércoles y en horario de tarde, siendo así que la jornada ordinaria de la trabajadora se desarrollará de lunes a sábados y en turnos rotativos de mañana y tarde.

Según el Tribunal Constitucional esta fundamentaron del la resolución judicial prescinde de toda ponderación de las circunstancias concurrentes y de cualquier valoración de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, implícito en su ejercicio de derecho a la reducción de jornada por motivos familiares, pudiera tener la concreta opción planteada y, en su caso, las dificultades que ésta pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma, El hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de la jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional del art. 14 de la Constitución Española de la cuestión que se le planteaba, de suerte que el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse a las sentencia recurrida en amparo “no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado” ( sentencias del Tribunal Constitucional 191/1998, de 29 de septiembre ( RTC 1998, 191 ) , y 92/2005, de 18 de abril ( RTC 2005, 92 ) ).

La sentencia del Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado porque el órgano judicial de instancia no realizó la valoración de las circunstancias concretas, ni analizó

en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve ni cuales fueron las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, convirtiéndose, así, en un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar.

La doctrina expuesta se completó con la contenida en el auto del Tribunal Constitucional nº 1/2009, de 12 de enero (RTC 2009, 1 AUTO) , dictado en trámite de ejecución de la sentencia antes citada, en el que se indica que la ponderación de las circunstancias concurrentes no puede ser meramente aparente o formal, sino que debe realizarse una valoración razonable de los elementos de convicción obrantes en el proceso, en orden a determinar la relevancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora pudiera tener la concreta solicitud planteada, a partir de una interpretación de la institución orientada con base en su dimensión constitucional.

Concretamente señala que, en relación con la distribución de la carga probatoria, la valoración de las circunstancias concurrentes desde la perspectiva de la trabajadora no implica que ésta tenga que aportar prueba alguna referida a eventuales circunstancias específicas dentro de su esfera íntima, personal o familiar; que puedan justificar una forma determinada de proceder a la reducción de su jornada. Añade que parece un hecho evidente, no necesitado de una especial acreditación, que una jornada de trabajo distribuida de lunes a sábados en turnos rotativos de mañana y tarde es una jornada que plantea especiales dificultades a quien, por razones de guarda legal, tiene a su cuidado directo un menor. Asimismo indica que deben analizarse las eventuales dificultades para acceder a la reducción de jornada solicitada por parte de la empresa y en especial la magnitud de dichas dificultades y la facilidad o dificultad de su superación, a fin de poder ponderarlas junto a las que ocasiona la trabajadora la solución contraria.

De nuevo el Tribunal Constitucional otorgó amparo a un trabajador que había solicitado la adscripción a un turno fijo de noche, y que vio que en la vía judicial se denegaba su pretensión porque en la normativa aplicable no se reconocía un derecho directo del trabajador a elegir cambio de turno de trabajo por motivos familiares, y no existe tampoco un turno fijo de noche, sino que todos los trabajadores de su categoría que voluntariamente, como el demandante, habían elegido el régimen de turnos rotativos de mañana, tarde y noche, van turnando en los correspondientes horarios . Pues bien, el Tribunal Constitucional vuelve a otorgar el amparo porque considera que la fundamentación de las resoluciones judiciales impugnadas prescindían de toda ponderación de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación del trabajador pudiera tener su pretensión de desempeñar su jornada laboral en el horario nocturno por motivos familiares y, en su caso, las dificultades que esta pretensión del trabajador pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma. Insiste el Tribunal Supremo que no puede resolverse el conflicto sin valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE , en relación con el artículo 39.3 CE , que tiene el asunto que se plantea. Aclara el Tribunal Constitucional que la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la,

perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales ( art. 14 de la CE ) como desde la perspectiva del mandato de protección de la familia y de la infancia ( art. 39 de la CE ), debe prevalecer y servir de orientación para la resolución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecta a la conciliación profesional y familiar. Y por ello en el caso deberían valorarse las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la propia organización del régimen de trabajo (...) en que el trabajador prestaba servicios, para ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituyendo un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional. Así, en relación a las circunstancias familiares señala que debía tenerse en cuenta el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia que la denegación del horario nocturno pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos. Y era necesario valorar si la organización del trabajo mediante turno fijo (diurno) y rotatorio de la residencia permitía alteraciones como la interesada por el recurrente sin poner en funcionamiento de la residencia en dificultades organizativas lo suficientemente importantes como para excluir tales modificaciones ( sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011 de 14 de marzo ( RTC 2011, 26 ) ).

Diversos y heterogeneos debates jurídicos se abrían a raíz de tales pronunciamientos: estamos o no ante un auténtico derecho social fundamental, hasta dónde llega el derecho a concreter el horario laboral, qué dedemos considerar como obstáculos justificados y proporcionales que pueda impedir la efectividad del derecho, cómo debemos entender lo que son propuestas razonables o excesivamente gravosas. El debate estaba servido en los ámbitos jurisprudenciales y doctrinales.

Y efectivamente así ha sido. Atendamos ahora a las más recientes sentencias judiciales dictadas tras la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 34.8 ET. Entre los pronunciamientos judiciales más recientes y destacados encontramos:

Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Ciudad Real de 13 de marzo de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:2212), que dice: “Tal y como ha venido a señalar la STSJ, Sala de lo Social, de Andalucía en sentencia de fecha 1-2-2018 Rº 4108/17 “ El derecho a la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de un hijo menor, y el derecho a la correlativa concreción horaria derivada del mismo, son derechos regulados en los artículos 37.5 y 6 ET , 34.8 ET en relación con el artículo 14 y 10 CE, en cuanto el sexo y la condición familiar constituyen factores de discriminación (SSTC 3/2007 y 26/2011) de modo que al ser un auténtico derecho social fundamental prevalece en la función resolutoria de dudas interpretativas, exigiéndonos integrar por vía interpretativa las lagunas de esta materia y de los textos restrictivos contrarios a un desarrollo efectivo de estos derechos. Estos preceptos, introducidos en la norma estatutaria por la Ley 39/99 de 5 de noviembre de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y que en lo referente al párrafo primero del apartado quinto han sido modificados por la vigente LO 3/2007 de 22 de marzo, con la introducción del art. 34.8 ET, que no sólo regulan los derechos antes mencionados siendo un contenido sensiblemente más amplio, ya que se reconoce un nuevo

derecho a la adaptación razonable de la jornada de trabajo al trabajador por motivos de conciliación, sin necesidad de proceder a una reducción de jornada. Estas normas reconocen el derecho a la reducción de la jornada de trabajo, el derecho a concretar el horario laboral derivado del mismo, como la adaptación de la duración y distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación familiar y laboral, tanto a los trabajadores y trabajadoras que tengan a su cuidado a un hijo menor como a aquellos que por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo a un menor, sea o no hijo suyo, entre otros”. En el caso examinado, la concreción horaria solicitada implica un cambio de turno, dado que la actora prestaba servicios una semana de mañana y la semana alterna de tarde, solicitando con la concreción horaria pasar a prestar servicios siempre de mañana, lo que obliga a ponderar las circunstancias concurrentes desde una perspectiva constitucional, valorando en especial la afectación de los arts. 14 y 39 CE, a los efectos de resolver el litigio y las dudas interpretativas que pudieran plantearse respecto de los preceptos legales o convencionales a aplicar. La prueba practicada a instancias de la actora en el acto del juicio, la testifical de su compañera Doña Victoria , delegada del comité de empresa, sirvió para desmentir los motivos alegados por la empresa en la comunicación de 20.11.2018 por la que denegó a la actora la concreción horaria solicitada. Así, la Sra Victoria manifestó que no tienen plan de igualdad en la empresa a día de hoy, que son 15 en plantilla, menos Remedios que está de excedencia y otra trabajadora que está de baja, que van rotando mañana y tarde, que si Remedios se incorpora por la mañana no sobraría gente, que a la gente con jornada de 40 horas se les hace ir más horas por la mañana para cubrir ciertas necesidades de por la mañana y por la tarde hacen menos horas, que hay más venta por la mañana y es cuando llegan los pedidos, que hay dos personas que se rotan cuando hace falta más gente por la tarde, que son como comodines que se pueden poner por la tarde, que hay una nueva figura de coach manager que es una formadora que les da formación y estuvo por la mañana y por la tarde durante un día y medio para formar a todos, y que Remedios no produciría perjuicio por trabajar por la mañana. A la vista de lo anterior, no habiendo comparecido la empresa al acto del juicio a explicar los motivos de su negativa, no habiendo acreditado imposibilidad organizativa o productiva o de otra índole para acceder a la concreción horaria solicitada por la actora, o que se cause perjuicio a otras trabajadoras, con arreglo al principio de facilidad y disponibilidad probatoria del art. 217.7 LEC, se ha de estimar la demanda.”

La sentencia concluye con la estimación de la demanda, si bien otorga un peso muy importante en su justificación a la falta de oposición procesal presentada por la empresa, que no compareció al acto de juicio. De modo tal que la valoración de la prueba se limita a la propuesta y practicada por la parte actora –documental y testifical- y fue estimada como suficiente para acreditar que no existía inconvenientes empresariales organizativos para acceder a la concreción horaria.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Canarias de 12 de marzo de 2019 (ECLI: ES:TSJICAN:2019:3), que indica en su F.J. 3º: “Por tanto, es evidente que objetivamente se han probado las razones que justifican la petición de una nueva concreción horaria laboral de la actora que le permita atender los cuidados de su hijo de apenas 2 años de edad al momento de su petición, cuestión diferente será la del análisis de las ra-

zones organizativas alegadas por la empresa y la ponderación de los derechos en juego, de la parte trabajadora y la parte empresarial, que analizaremos a continuación. Entenderlo de otro modo, supone hacer una interpretación restrictiva de un derecho de dimensión constitucional en el que debe primar una hermenéutica de interpretación con perspectiva de género a tenor del mandato contenido en el art. 4 de la LO 3/2007, proyectada en la interpretación y aplicación del derecho contenido en el art. 37.5 ° y 6° del ET en relación con el art. 1, 9.2 °, 14 y 39 de la CE. Además y tratándose de un derecho humano, debe regirse en su interpretación y aplicación por el principio pro persona, que exige una interpretación garantizadora y favorable en la protección de este derecho humano, en aquellos casos en los que se involucren relaciones asimétricas entre mujeres y hombres, como sucede en el ejercicio del derecho a conciliar familia y trabajo, ejercitado mayoritariamente por las mujeres trabajadoras, siendo por tanto su impacto de género incuestionable. El deber internacional de diligencia debida exige del Estado, a través de todos sus poderes (incluido el judicial), respetar, proteger y garantizar el cumplimiento efectivo del derecho para lograr la igualdad de facto (art. 2 f ) y 5. a) de la CEDAW, en relación con las Recomendaciones 28 y 33 del Comité Cedaw y arts. 10.2 ° y 96 de la CE). Como ya dijimos en nuestra sentencia de 15 de diciembre de 2017 (Rec.1249/2017), sentencia de 7 de marzo de 2017 (Rec. 1027/2016 ) y sentencia de 2 de mayo de 2017 (Rec. 1237/2016 ) entre otras , la integración de la perspectiva de género en la resolución judicial debe realizarse tanto en la fase de tramitación procesal, como en la valoración de la prueba, y también y sobre todo, en la interpretación y aplicación de las normas sustantivas.

(...)

La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado, tal y como ha venido reiterando el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias (por todas, la sentencia 17/2003 de 30 de enero de 2003 )”

En este supuesto, se destaca una clara perspectiva de género a la hora de ponderar los intereses en juego y así el Tribunal se decanta por una interpretación favorable a la igualdad efectiva. La interpretación y aplicación de la norma se realiza desde el análisis de la realidad social y salvaguardando la salud de la trabajadora más allá del periodo de embarazo y lactancia. Se ampara a la trabajadora en cuanto tal y se evita a través de la respuesta judicial la situación de discriminación que sería susceptible de sufrir.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de abril de 2019 (ECLI: ES:TSJM:2019:3817), que expone en su F. J. 3<sup>a</sup>: “La contestación ofrecida por la empresa a la solicitud de la actora de adaptar su horario reducido consiste en manifestar que ello “perjudica a sus compañeros de trabajo y obligaría a la empresa

a cubrir el turno de tardes con una nueva trabajadora, hechos que provocarían una falta de rentabilidad en el centro de trabajo que pondría en peligro su viabilidad” (documento obrante a folio 30 de las actuaciones). Es notable que la manifestación empresarial resulta sumamente vaga, lacónica e imprecisa. Aunque alude a un genérico perjuicio para sus compañeros, no concreta mínimamente a que trabajador (-es) podría afectar, ni qué cambios tendrían que efectuarse para que el servicio continuara siendo debidamente atendido. G) Ni siquiera consta que la empleadora haya explorado o indagado la posibilidad de introducir algún cambio en el horario de otros trabajadores, contando con el posible consentimiento de éstos, siendo notable que en principio bastaría que un solo trabajador aceptase realizar horario permanente en turno de tarde para que la actora pudiera trabajar también permanentemente en horario de mañana, sin que por ello quedase desatendido el servicio en el centro de trabajo.

H) En estas condiciones, ha de considerarse que la actuación empresarial no resulta conforme con las exigencias de la buena fe ( artículo 20-2 del Estatuto de los Trabajadores : “En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe “), siendo que en este tipo de cuestiones la exigencia de buena fe debe entenderse de una manera más rigurosa por afectar al cuidado de hijos menores, de modo que la constatación de buena fe exigirá que por parte empresarial se haya examinado y explorado seriamente la posibilidad de adaptación horaria y, en caso de considerarse inviable, se expongan con suficiente concreción y detalle las razones por las que así se entienda. I) En definitiva, por la empresa no se ha acreditado la existencia de una imposibilidad real de adaptar el horario laboral de la actora, siendo que el mero dato de que por las tardes la afluencia de público al establecimiento es mayor que por las mañanas no significa que el horario laboral de la actora no pueda adaptarse, pues para ello sería necesario además que contando con todo el personal disponible tal atención no resultase posible. En todo caso, la empleadora no ha explicitado con el suficiente rigor y detalle las causas que pudieran impedirle dicha adaptación, ya que la respuesta dada a la solicitud de la trabajadora fue sumamente genérica y omisiva. Tampoco ha acreditado haber explorado o indagado todas las posibilidades razonables de realizar los ajustes necesarios, incluso contando con el posible ofrecimiento voluntario de otro-s trabajador-es, para hacer viable dicha adaptación horaria. De manera meramente complementaria procede dejar constancia de que, por razones temporales, no resulta de aplicación a la solicitud aquí examinada lo actualmente previsto por los Reales Decretos-leyes 6/2019 y 8/2019 de 1 y 8 de marzo, que han dado nueva redacción a los arts. 37 y 34 del Estatuto de los Trabajadores (en el sentido de que la empresa comunicará la aceptación de la petición, o bien planteará una propuesta alternativa, o bien manifestará la negativa a su ejercicio indicando las razones objetivas en las que se sustente tal negativa). Pero, incluso sin tener en cuenta dicho régimen normativo ulterior (que ya decimos no aplicamos por razones de temporalidad), la exigencia de explicitar y acreditar cumplidamente las razones en que se funde la negativa empresarial debe entenderse implícita, según hemos dejado expuesto, dentro de una conducta empresarial ajustada a las reglas de la buena fe en el ámbito laboral.”

En este caso, y de nuevo ante la falta de explicación y de ofertas alternativas por la parte empresarial, la sentencia se decanta por no considerer ajustada a las reglas de la



buena fe la posición patronal de invocar un pretendido perjuicio sin concretar de qué se trata. Se exige, por ende, a los empleadores, que manifiesten con detalle las causas para negarse a la adaptación horaria e incluso que de haberlas ofrezcan posibles soluciones alternativas frente a las solicitudes de sus empleados. Es decir, que la negative, exige de un comportamiento constructivo de la empresa, que es sobre quien recaé la carga de justificar su no aceptación y areditar la veracidad e las razones alegadas.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Andalucía –Sevilla- de 11 de abril de 2019 (ECLI: ES:TSJAND:2019:3536), en cuyo F.J. 3º se sostiene: “En cualquier caso, el hecho de que se solicite un cambio de horario, para que se le asigne el turno de mañana fijo frente al turno rotatorio que venía realizando, desde una situación de jornada reducida consolidada desde tiempo antes, con horario fijado de mutuo acuerdo entre la empresa y la trabajadora a cambio de una decisión de traslado solicitado por la actora, nos lleva a considerar que el derecho que se está ejercitando, realmente, no es el contemplado en los apartados 6 y 7 del art. 37 del Estatuto de los Trabajadores, sino el que le confiere el art. 34.8, que establece el derecho del trabajador a solicitar un cambio de horario (distribución de la jornada de trabajo) como medida para promover la conciliación de la vida familiar y laboral. Y si bien el ejercicio de este derecho había sido interpretado de manera restrictiva por el T.S. en sentencias 13 de junio de 2008 , 18 de junio de 2008 , 20 de mayo de 2009 y 19 de octubre de 2009 , de manera que consideraban que el ejercicio reconocido en el art. 37.6 del E.T. no incluía la solicitud de cambio de horario si no iba unido a la de reducción de la jornada, obsérvese que tales sentencias se dictaron en supuestos en que la solicitud de cambio de horario se produjo antes de la introducción del apartado 8 al art. 34 del Estatuto de los Trabajadores, que fue incorporado por el apartado tres de la disposición adicional décimo primera de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que posibilitaba tal cambio de horario aunque subordinado a lo previsto en la negociación colectiva o al acuerdo que se llegara con el empresario respetando lo previsto en aquella, se entiende que los mínimos allí acordados, mejorando en aquella . A ese apartado se añadió un nuevo párrafo redactado por el número 2 del artículo 9 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, según el cual “A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas”. Con independencia de las diversas interpretaciones que ha merecido tal precepto parece, que una favorable a la posibilidad de solicitar el cambio de jornada se estableció por el TC en la STC 26/2011, que concedió el amparo solicitado en un supuesto en que por el trabajador no se pidió la reducción de jornada, sino únicamente la elección del turno de trabajo. En cualquier caso, esa interpretación se muestra más acorde con la finalidad de las normas destinadas a la conciliación de la vida laboral y familiar, que obedecen al mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE)”, y especialmente, “desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras, según indica el TC en la sentencia 3/2007, de 15 de enero. Y así, esta Sala, en sentencia de 1 de febrero de 2018 concluyó que si bien el art. 34.8 del ET no otorgaba a la trabajadora un derecho de elección sino un poder de negociación del mismo de buena fe, “ esto es, a



plantear cambios con efecto útil para su interés de cuidar al menor, que el empleador negocie de buena fe -con ofertas y contrapropuestas reales-... De modo que si no lo hace, y no esgrime una razón organizativa suficiente, el art. 34.8 ET en relación al art. 139 LRJS le da mejor posición a la mujer trabajadora titular de un derecho-expectativa a la adaptación razonable del art. 38.4 ET “. Tal interpretación viene corroborada por la nueva redacción dada al art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores por Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo.

(...)

De todas formas, tanto para concretar los términos de ejercicio de los derechos reconocidos en los artículos 34.8 y 37.6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores se han de ponderar las circunstancias concretas, entre otras si el ejercicio del derecho que postula la actora es abusivo o contrario a las normas de la buena fe. Y para ello hemos de advertir que aquí no se solicita la reducción de la jornada con la correlativa fijación del nuevo horario como consecuencia de esa reducción, sino que como hemos visto más arriba, la actora ya tenía reconocido el derecho a la reducción de la jornada, sin que conste la fecha exacta, pero al menos desde un momento anterior a abril de 2015. Teniendo ya esa jornada reducida, pidió a la empresa que se la trasladara a otro centro de trabajo, aceptando expresamente que el cuadrante de turnos de la estación a la que se la trasladaba, incluyendo los turnos rotativos de mañana, tarde, noche y turno partido, manteniendo la reducción de jornada, lo que se constituía como requisito para que la empresa accediera al traslado solicitado. Parece abusivo, y contrario a la buena fe, que la actora, transcurrido un tiempo, solicite la modificación del horario que había aceptado expresamente sin que haya constancia de variación alguna de las circunstancias familiares o del menor que tiene bajo su patria potestad. En atención a la finalidad de las normas tendentes a procurar la conciliación de la vida laboral y familiar, parece claro que no hay inconveniente alguno en que, ante un cambio de las circunstancias personales y familiares concurrentes, la trabajadora pueda solicitar un cambio del horario desligado cronológicamente de la petición de reducción de jornada. No se pueden oponer obstáculos a ese cambio a la vista de los intereses en juego, a no ser que se acredite por la empresa que le comporte una real e importante gravosidad. Pero si hay un acuerdo entre la empresa y la trabajadora por el que esta aceptaba un determinado horario con jornada reducida a cambio de una concesión de aquella (traslado a otro centro de trabajo), no parece que sea conforme a las reglas de la buena fe que se pretendan alterar unilateralmente los términos del mismo sin que hayan cambiado aquellas circunstancias, cuando además la solicitud de la trabajadora comportaba importantes dificultades organizativas ante la negativa de los demás trabajadores del centro de trabajo a alterar su horario y régimen de trabajo a turnos, teniendo en cuenta además que la empresa, ante la imposibilidad de acceder al horario solicitado por la actora le ofreció alguna alternativa, que no aceptó esta, que comportaba que no realizara turno de noche, y que aumentarían las jornadas en el turno de mañana respecto al que tenía establecido por mutuo acuerdo, lo que parece que le era más beneficioso acercando el horario en cierta manera al solicitado y no concedido por la empresa.”

Observamos como aquí la Sala opta por aquella interpretación que a su parecer más fielmente obedece al mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia desde

la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras. Integra el enfoque de género en la interpretación de la norma y sostiene cómo ha evolucionado la configuración legal del precepto hasta otorgar mejor posición jurídica a la mujer trabajadora titular de un derecho-expectativa a la adaptación razonable. Ahora bien, también deja claro que no es posible alterar esta adaptación unilateralmente y cuando se le han impuesto obligaciones organizativas con anterioridad a la empresa.

Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Oviedo de 15 de abril de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:2224), que señala en su F. J. 2º: “Pero debe repararse en el sentido del proceso de conciliación de la vida familiar, que obliga a buscar un equilibrio entre las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. Y ello obliga a exponer, partiendo del reconocimiento del derecho del trabajador, los diversas formas como se puede manifestar, ofreciendo la empresa, como expresamente señalan los preceptos antes citados, alternativas para satisfacer el interés del operario. Y no es ésta la postura mantenida en este juicio, en el que la empresa se opone al entender que no está justificado el cambio, pero no ofrece otras posibilidades a la demandante. Así, ni tan siquiera se allega a este juicio la plantilla con la que cuenta, su jornada y horario. Si el inconveniente surge, al parecer, por el fraccionamiento de la jornada de la trabajadora sustituta, podía, por ejemplo, proponer retrasar el inicio de la jornada a la actora para que pudiera obtener con mayor comodidad la atención de sus hijos. Pero ni se ofrece una forma alternativa a la propuesta por la demandante, ni tampoco se esgrimen claramente cuáles son las dificultades organizativas que supondría el reconocimiento de la medida solicitada. En tales términos, la absoluta oposición de la demandada, sin falta de alternativa posible -más que el mantenimiento del régimen horario vigente- y sin acreditar un directo e injustificado perjuicio para la organización de la empresa, debe estimarse la demanda, sin adentrarnos en otros pormenores, que, en realidad, no se han debatido más que con la postura de la empresa del sacrificio de la conciliación de la vida familiar de la empresa. Y ello porque aunque en abstracto fuera posible que la demandada reintegrara a sus hijos en la guardería -nada se decía en la demanda, ni tampoco en la ampliación de la demanda de la asistencia al colegio y al comienzo del juicio, en que se ratificaron en aquéllas- a la hora en que viene haciendo ahora, con tiempo suficiente para llegar al inicio de su jornada de trabajo, ello supone una merma de la natural conciliación de la vida familiar, que solamente es posible imponer en el contexto de la alegación de un perjuicio empresarial directo e insuperable en términos de racionalidad económica.”

En este caso, se estima la demanda presentada. En esta ocasión la posición procesal de la empresa ha sido la oposición a lo solicitado por la parte actora. Ahora bien, esta oposición se ha manifestado abiertamente pero sin ofrecer ninguna alternativa. Ni se plantean otras posibilidades intermedias ni se evidencia las imposibilidades organizativas que se invocan. Al igual que en la sentencia de Ciudad Real, observamos como el juzgador de instancia valora desfavorablemente la posición patronal que no considera justificada racionalmente. Se exige un plus de racionalidad a la libre decisión empresarial cuando nos encontramos en material de conciliación de la vida familiar y laboral.

Sentencia del Juzgado de lo Social número 26 de Madrid, de 10 de mayo de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:2944), que en su F. J. 2º manifiesta: “Existe unanimidad en que la re-

gla general es que corresponde al trabajador la concreción de la reducción, salvoque exista mala fe, abuso de derecho o desconexión con la finalidad (STS 20 de julio de 2000 o STSJ Galicia de 12 de abril de 2013 -JUR 189219), y debiendo ceder frente al mismo el interés productivo empresarial”

Y prosigue en su F. J. 3º diciendo: “obstante lo anterior, ha habido un hito importante que obliga a reenfocar el estado de la cuestión, habida cuenta de que la solicitud es con efectos de 13 de marzo de 2019, y que ha dicha fecha, ya habíaentrado en vigor (8-3-2019 el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, que ha modificado de forma sustancial el art. 34 ET relativo a la jornada de trabajo, reconociendo el derecho de los trabajadores a adaptar la duración y distribución de la jornada, ordenación del tiempo de trabajo, e incluso la modalidad en que se trabaja, conel objeto de hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y personal. En el caso de tales adaptaciones se soliciten para el cuidado de hijos, el derecho persiste hasta que el menor tenga 12 años. Dicho precepto, si bien remite a la negociación colectiva la forma de organización de tales modificaciones, si pone demanifiesto que, en caso de que nada diga la negociación colectiva, el empresario y el trabajador deben negociar, y en su caso acordar debiendo el empresario justificar las razones objetivas que fundamenten la negativa. Es cierto que no se ha modificado expresamente la literalidad del art. 37.6 ET, pero hemos de concluir que, si el legislador de urgencia, ha incorporado como derecho subjetivo del trabajador la adaptación del trabajador de la jornada, en razón de los cuidados de hijos menores de 12 años, sin necesidad incluso de reducción horaria, resultaría absurda vista la Exposición de Motivos (art. 3.1 CC) la interpretación de que dicho derecho de adaptación no se extienda a aquellos casos de reducción de jornada, en que el trabajador hace un sacrificio al perder parte de su salario. Por ello, esta discordancia, más aparente que real entre el art. 34 y el art. 37.6 ET, debe resolverse en favor de considerar también se ha extendido al trabajador tal derecho de adaptación cuando se reduce la jornada, como suceden en el caso de autos. Y esta consideración nos lleva a reinterpretar lo dispuesto en el art. 37.6 ET, en el sentido de que ya no sera necesario que la reducción de jornada se circunscriba al horario diario realizado por el trabajador, debiendo en consecuencia recuperar la inicial interpretación en el sentido de determinar la prosperabilidad o no de lapretensión de la actora, confrontando los posibles derechos en colusión, esto es, el superior interés del menor (art. 39 CE como dimensión constitucional del derecho) y la necesidad de su cuidado, y los posibles perjuicios o disfunciones causados al empresario.”

Esta sentencia hace prevalecer el derecho del trabajador frente al interés empresarial, a la luz de la nueva regulación. De hecho, lo considera compatible y coherente con las reducciones de jornada debiendo analizarse de forma conjunta la pretensión de la parte trabajadora a la hora de causar alteraciones productivas.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 28 de mayo de 2019 (ECLI: ES:TSJGAL:2019:3362), que establece en su F. J. 3º: “En este punto no solo por la justificada invocación que realiza la recurrente del art. 14 de la CE -dada la amplísima mayoría de mujeres trabajadoras que solicitan su reducción de jornada para cuidado de sus hijos frente a los hombres trabajadores que ejercitan tal derecho- lo que nos lleva a la obligación de interpretar la normativa legal bajo los parámetros del art. 4

de la LOIEMH 3/2007 de 22 de marzo, sino también por la importantísima sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007 cuya doctrina establece que las resoluciones judiciales, en esta materia, no pueden quedarse en el mero marco de la legalidad ordinaria y la interpretación literal de la norma, sino que ha de ponderar todas las circunstancias concurrentes en concreto la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, implícito en su ejercicio del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares, pudiera tener la concreta opción planteada y, en su caso, las dificultades que ésta pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma. En concreto señala: El hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE de la cuestión que se le planteaba, de suerte que, como hemos afirmado en diversas ocasiones en relación con otros derechos fundamentales, el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra la Sentencia recurrida en amparo “no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado” (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5 ; y 92/2005, de 18 de abril , FJ 5). La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET y en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego. Dado que esta valoración de las circunstancias concretas no se ha realizado, debemos concluir que no ha sido debidamente tutelado por el órgano judicial el derecho fundamental de la trabajadora. La negativa del órgano judicial a reconocer a la trabajadora la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve ni cuáles fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, se convierte, así, en un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar; y en tal sentido, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, de acuerdo con nuestra doctrina.” El contenido de tan importante resolución, y las pautas interpretativas que en ella se fijan, permite concluir, sin ningún lugar a dudas - como antes indicamos- que cuando que los juzgados y tribunales ordinarios nos enfrentamos a un supuesto como el presente, no podemos situarnos exclusivamente en el ámbito de la legalidad ordinaria, sino que hemos de tratar de ponderar y valorar el derecho fundamental en juego, y que la dimensión constitucional de todas las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida familiar y laboral de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres

trabajadoras como desde el mandato de la protección a la familiar y a la infancia (art. 39 CE), pautas que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Partiendo de estas premisas se puede concluir, en muy grandes líneas que: a) No se puede establecer soluciones generales aplicables de forma indistinta a todos los casos, sino que ha de estarse necesariamente al caso concreto, ponderándose los distintos intereses en juego, b) Que cuando se trata reducción de jornada, con concreción horaria dentro de la jornada ordinaria, sin que implique un cambio de turnos o de días de prestación de servicio, estamos ante un derecho personalísimo del trabajador correspondiéndole a éste fijar la concreción horaria. c) Pero si se trata de una reducción de jornada, que implique una modificación, bien en el sistema de turnos o en el del número de días de prestación de servicios no le corresponde automáticamente a la trabajadora tal concreción, sino que han de ponderarse las circunstancias concurrentes, ya que de no hacerlo, y directamente negar la reducción de jornada propuesta por la trabajadora por no ser conforme a la legalidad ordinaria, sin entrar a ponderar y valorar los derechos en juego supone una vulneración al derecho a la no discriminación por razón de sexo.

Y así lo ha venido entendiendo esta Sala de Suplicación ya desde hace años, pudiendo citarse a tal efecto la STSJ de Galicia de 11 de marzo de 2009 que nos recuerda que “no debemos de olvidar que, como norma general, es a los/as trabajadores/as a quienes se les atribuye la facultad de concreción horaria del derecho a la reducción de jornada - STS de 16.6.1995, RCU 3849/1994 -, salvo ausencia de buena fe y/o causa empresarial probada, lo que, como se deriva de una lectura amplia de actuaciones, no acaece en el caso de autos tanto porque la trabajadora demandante ha aportado prueba suficiente como para considerar su actuación de buena fe en relación con sus circunstancias familiares - conveniencia médica de regularidad de los horarios de la hija de la trabajadora, folio 9, y horario de la guardería, folio 10-, como porque la empresa demandada se ha limitado a negar el derecho de la trabajadora al no considerarlo comprendido en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, lo cual, aunque en modo alguno es acreditación de mala fe -como se afirma en el recurso de suplicación de la trabajadora-, sí delata que no ha probado una causa empresarial concreta que justifique razonablemente su negativa al horario pretendido por la trabajadora más allá de un genérico alegato de necesidad de organización del trabajo en turnos sucesivos -folio 25-. Dicha solución es, asimismo, la más acorde con la dimensión constitucional del derecho a la reducción de la jornada por motivos familiares, una dimensión constitucional que ha sido puesta de manifiesto tanto por el Tribunal Supremo - STS de 20.7.2000, RCU 3799/1999 -, como de modo más expreso por el propio Tribunal Constitucional - STC 3/2007, de 15 de enero -.” O las más recientes como la STSJ de Galicia de 20 de noviembre de 2017, rec 3626/2017 con cita de otras muchas de esta Sala, que en consonancia con pronunciamientos de otros Tribunales Superiores, nos recuerdan que en casos como el presente ( reducción de jornada con concreción horaria)” es al empresario al que le incumbe demostrar que confluyen razones más poderosas, normalmente organizativas, que le impiden su disfrute en los términos propuestos por la trabajadora; y tan solo cuando dichas razones se hayan probado, en caso de colisionar ambos derechos, será la trabajadora quien deba probar las razones que legitiman su posición y su interés en su nuevo horario”. (STSJ de Andalucía de 3 de mayo de 2018, rec 979/2018). Pero a tal efecto no son suficientes razones organizativas de carácter genérico, sino que debe

indicar, de forma concreta, la imposibilidad o la importante dificultad de aceptar el nuevo horario propuesto por la trabajadora. Y así a precitada sentencia de esta Sala del TSJ de Galicia de 20 de noviembre de 2017, nos da pautas interpretativas cuando dice: “El relato fáctico no consigna las razones de tipo organizativo, técnicas o productivas (p.ej. turnos de mayor/menor actividad, existencia de turnos fijos o no de otras trabajadoras, modalidad o modalidades de horario laboral vigentes, adscripción de trabajadoras a uno u otro horario, existencia de trabajadora/s con o sin reducción de jornada, cambios en los medios o métodos de trabajo, aumento o disminución de clientela) en base a las que, únicamente, la empresa puede oponerse al ejercicio del derecho de conciliación de la demandante a la adaptación de jornada (TSJ Galicia s. 27-6-2017 /r. 30-2017, TSJ Madrid s. 19-7-2017 /r. 1182- 2016), y que, por tanto, pudieran justificar su negativa a su reconocimiento que, por el contrario ahora resulta amparado por los artículos 14, 39 CE y 37 ET, en cuanto fija la prestación laboral de la actora esencialmente mientras su hijo asiste a clase y sin que tal conciliación pueda recaer en el otro progenitor de acuerdo con su circunstancialidad ya indicada. La demandada, en lugar de explicar de modo razonable su postura, se limitó a alegar un interés simple y particular (la dificultad de cubrir el turno de noche) que la trabajadora no aceptó, en cuanto, objetivamente y a simple vista, haría más gravosa su prestación laboral, pues se vería abocada a trabajar de forma única y permanente de 22 a 8 horas, con la consecuencia inevitable de quedar su descendiente menor al cuidado de sus padres/abuelos maternos, también de modo uniforme y durante el tiempo indicado, particular éste que por sí mismo no resulta admisible dado el nivel constitucional de protección del derecho interesado y, por tanto, preferente en aplicación de la doctrina transcrita en el fundamento jurídico anterior. Entendemos que la negativa de la empresa tampoco puede ampararse en el incremento de turnos de las compañeras de la demandante con igual categoría, pues tal efecto es normalmente consustancial a la reducción de jornada debatida y, de apreciarse, la impediría de forma sistemática, sin perjuicio -como indicamos- de oportuna y justificada negativa empresarial, ahora inexistente.”

Este pronunciamiento judicial adopta la perspectiva judicial de género para enfocar la cuestión y así manifiesta que todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia, han de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Esto es, que establece cuál es la guía interpretativa para resolver los supuestos de colisión de intereses. Y va más allá cuando enumera algunas razones de tipo organizativo, técnicas o productivas (turnos de mayor/menor actividad, existencia de turnos fijos o no de otras trabajadoras, modalidad o modalidades de horario laboral vigentes, adscripción de trabajadoras a uno u otro horario, existencia de trabajadora/s con o sin reducción de jornada, cambios en los medios o métodos de trabajo, aumento o disminución de clientela) como aquellos criterios objetivos con arreglo a los cuales podrían las empresas oponerse al ejercicio del derecho de conciliación de la demandante a la adaptación de jornada. La necesidad y las dificultades organizativas deben quedar así acreditadas para evitar decisiones que discriminarían indirectamente a las trabajadoras.

Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Zamora de 26 de julio de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:4096), que señala en su F. J. 4º: “El derecho a la reducción de la jornada de

trabajo por cuidado de un hijo menor, y el derecho a la correlativa concreción horaria derivada del mismo, son derechos regulados en los artículos 37.5 y 6 ET, 34.8 ET en relación con el art. 14 y 10 CE, en cuanto el sexo y la condición familiar constituyen factores de discriminación (SSTC 3/2007 y 26/2011) de modo que al ser un auténtico derecho social fundamental prevalece en la función resolutoria de dudas interpretativas, exigiéndonos integrar por vía interpretativa las lagunas de esta materia y de los textos restrictivos contrarios a un desarrollo efectivo de estos derechos. Estos preceptos, introducidos en la norma estatutaria por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y que en lo referente al párrafo primero del apartado quinto han sido modificados por la vigente LO 3/2007, de 22 de marzo, con la introducción del art. 34.8 ET, que no sólo regulan los derechos antes mencionados siendo un contenido sensiblemente más amplio, ya que se reconoce un nuevo derecho a la adaptación razonable de la jornada de trabajo al trabajador por motivos de conciliación, sin necesidad de proceder a una reducción de jornada. Estas normas reconocen el derecho a la reducción de la jornada de trabajo, el derecho a concretar el horario laboral derivado del mismo, como la adaptación de la duración y distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación familiar y laboral, tanto a los trabajadores y trabajadoras que tengan a su cuidado a un hijo menor como a aquellos que por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo a un menor, sea o no hijo suyo, entre otros.”

E. J. 6º: “Es cierto que el art. 34.8 ET no da un derecho de modificación unilateral, sino un poder de negociación del mismo de buena fe, esto es, a plantear cambios con efecto útil para su interés de cuidar al menor, que el empleador negocie de buena fe -con ofertas y contrapropuestas reales-... De modo que si no lo hace, y no esgrime una razón organizativa suficiente, el art. 34.8 ET en relación al art. 139 LRJS le da mejor posición a la mujer trabajadora titular de un derecho- expectativa a la adaptación razonable del art. 38.4 ET.

(...)

Debemos concluir que no es admisible estar o atender de forma exclusiva al tenor literal de la norma, pues lo decisivo es la finalidad perseguida, lo que exige atender al bien que se considera necesitado de protección. En este sentido es evidente que no nos encontramos tan sólo ante un derecho de los trabajadores a conciliar la vida familiar y laboral, sino también ante un interés necesitado de protección, como es el de los menores a recibir la mejor atención posible. Estamos, en suma, ante el deber de proteger a la familia y a la infancia. Esta finalidad y deber son los que prevalecen y sirven de orientación para resolver cualquier duda interpretativa, así como para dar al sentido literal de las palabras de la ley la mayor eficacia posible, atendiendo a su espíritu.

(...)

Y en este sentido, cabe entender que el art. 34.8 ET lo que configura es un poder de iniciativa del titular de este derecho a realizar, de acuerdo con el principio de buena fe, propuestas razonables de concreción de su jornada de trabajo. Este poder de iniciativa desencadenará por su parte, un proceso negociador al que queda sujeto el empresario, con el



fin de buscar la adaptación del tiempo de trabajo que resulte compatible con los diferentes intereses que mantienen las partes en estos casos.”

Insiste la resolución en añadir al derecho de los trabajadores a conciliar la vida familiar y laboral, la necesidad de exponer un interés susceptible de protección, como es el de los menores a recibir la mejor atención posible. La finalidad de la norma se encuentra en la mayor protección y atención a los menores por lo que es este el criterio que debe server a la hora de resolver las dudas interpretativas que se susciten.

Sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Gijón, de 29 de agosto de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:2962), en cuyo F. J. 3º se establece: “Habida cuenta del número de trabajadores del centro y la organización de los turnos, es evidente que la adscripción de la demandante a un turno de mañana de forma fija, conlleva necesariamente la descompensación en el sistema organizativo, y perjudica de forma evidente a la empresa.”

Esta sentencia atiende a la dimensión de la empresa y a su realidad organizativa, a la vista de la cual desestima la pretensión de la parte actora. Es decir, que realiza una ponderación de los intereses en juego atendiendo a la realidad empresarial, esto es, a las posibilidades reales del empleador de acceder a la adaptación sin sufrir perjuicios. Se salvaguarda de esta manera el interés patronal en no padecer un menoscabo relevante de su organización empresarial.

Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Mataró de 12 de septiembre de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:4831), cuyo reciente F. J. 4º dispone: “Sin que la actora tenga que acreditar si los abuelos -y mucho menos terceros ajenos a la familia- están disponibles o no a fin de poder ir a recoger a sus hijos al colegio. Es un hecho notorio la importancia de los abuelos en la sociedad actual, y el importante soporte que son tanto para sus hijos como para sus nietos; pero la patria potestad, con todos los deberes y facultades que comporta le corresponde a los padres (art 154 y siguientes del Código Civil). Son los padres los que tiene que “velar por ellos (sus hijos), tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (art.154. punto 1º CC) “ y para ello necesariamente tiene que poder conciliar su vida laboral, con la personal y familiar como le permite, hoy en día varias medidas normativas. En definitiva, no existe ningún dato que permite afirmar que la petición de horario realizada por la trabajadora suponga una imposibilidad, o que admitir el mismo sea notablemente gravoso, ya que no existen datos que así lo permitan deducir de los hechos expuestos; al existir diferentes posibilidades que no generan dificultades organizativas para la empresa. Destacando que desde que la empresa recibió la solicitud de la actora, la empresa no inició vía de negociación alguna, reuniéndose con la trabajadora un mes más tarde, 17.07.2019, y denegándole la petición ese mismo día.”

La conclusión que nos ofrece este pronunciamiento tiene que ver con el papel que el Código Civil otorga a los progenitores. Se trata de una interpretación conforme a la literalidad del precepto para evitar que la parte actora tenga que justificar no ya sus necesidades de conciliación, sino la de terceros, ante una empleadora que no sufre inconveniencia productiva alguna.



A modo de síntesis, observamos en las últimas tendencias jurisprudenciales un cambio interpretativo relevante y que introduce nuevos elementos de análisis para resolver los supuestos planteados. Entre otros nos encontramos con:

La exigencia a las empresas de acreditar auténticos perjuicios organizativo, que no pueden ser ilusorios, arbitrarios, imposibles o meras incomodidades. Las empresas debe plantear y acreditar tales causas como límites al derecho de adaptación. La incomparecencia a juicio, la mera negativa a aceptar la solicitud o la falta de planteamiento de alternativas no son aptas para que prevalezca el interés patronal sobre el de la parte trabajadora

Hay una especial atención a las circunstancias concretas (necesariedad, dificultades organizativas, obstáculos injustificados) que alegan las empresas, siendo la dimension y posibilidades reales de cambio de las mismas sin suponer gravámenes excesivos los límites del ejercicio de este nuevo derecho. Solo las dificultades importantes son aptas para excluir las modificaciones propuestas, ues ha de existir un importante trastorno de la planificación empresarial a fin de considerer apta la desestimación de la adaptación solicitada

Se penalizan procesalmente la posiciones procesales contrarias a la buena fe, derivadas de la incomparecencia o de la ausencia de plantear alternativas. No se aceptan las meras negativas, sino que se exige de una actitud de negociación a partir de la cual ofrecer soluciones constructivas y dialogadas entre las partes.

Se realizan valoraciones de la prueba donde se atiende a los criterios de facilidad probatoria y proximidad, incorporando en ocasiones referencias expresas al 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no suelen abundar en otras modalidades procesales

Se observa una marcada tendencia a incorporar la perspectiva judicial de género en el análisis de estos asuntos, teniendo presente las situaciones de discriminación directa e indirecta en que pueden incurrir determinadas respuestas empresariales. Estamos ante medidas legislativas que pretenden incidir en el avance de medidas que contribuyan a alcanzar la igualdad efectiva y estos parámetros se está incorporando en la metodología juridical empleada por ciertas resoluciones judiciales a la hora de analizar los supuestos planteados



PONENCIA ESPECÍFICA  
EL CONTROL SINDICAL DEL TIEMPO DE TRABAJO A TRAVÉS DE  
LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

*José Manuel Sánchez Torrado*  
*Doctorando, Facultad de Derecho*  
*Universidad de Sevilla*

1. Introducción
  - 1.1. Tiempo de trabajo como elemento esencial del contrato laboral y su necesidad de adaptación
  - 1.2. Margen regulatorio de la negociación colectiva y algunos mecanismos
2. Desincentivo a la descentralización de la negociación colectiva a través del control sindical del tiempo de trabajo
  - 2.1. Breve referencia a la incidencia de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en la negociación colectiva.
  - 2.2. Convenio colectivo del sector de la alimentación de Navarra de 12 de Enero de 2018. STSJ de Navarra de 30 de julio de 2014 (AS 2014/2277)

## RESUMEN

El tiempo trabajo es una condición de trabajo prioritaria para las partes de la relación laboral que actúa en el centro de tensión de intereses contrapuestos de trabajadores y empresarios. La conflictividad en torno a esta materia ha sido una constante histórica que irrumpe con más intensidad en la actualidad con las nuevas formas de trabajo vinculadas a las nuevas tecnologías. En estos momentos, tanto el aspecto cualitativo como cuantitativo del tiempo de trabajo se encuentran en un periodo de efervescencia. En relación al primero, se debate entre la compatibilidad de los mecanismos de flexibilización de la empresa para adaptarse a las exigencias del mercado y los derechos de los trabajadores. Respecto al segundo, tras la reciente obligatoriedad del registro diario de jornada, reivindicación arraigada de los sindicatos, se plantean todavía algunos interrogantes.

Ante esta situación, parece resultar necesaria una adaptación de la normativa laboral a las nuevas realidades productivas y la incorporación de mecanismos que garanticen los derechos de los trabajadores y trabajadoras. Asimismo, el control sindical del tiempo de trabajo adquiere relevancia para proteger los derechos laborales.

El control sindical del tiempo de trabajo se puede entender desde un sentido estricto (vigilar el cumplimiento de la normativa) o amplio (dotar la relación laboral de unas condiciones laborales equitativas en el marco de la negociación colectiva), como vamos a intentar trasladar en este artículo.

Para exteriorizar el segundo tipo de control sindical del tiempo de trabajo, hacemos mención en este artículo al Convenio Colectivo del Sector del Comercio de Alimentación de Navarra (BON de 12 de enero de 2018) y, seguidamente, a la STSJ de Navarra de 30 de Julio de 2014 (AS 2014/2277). Esta última, habilita una estrategia negociadora que supone un obstáculo para la descentralización de la negociación colectiva instaurada tras la reforma laboral 3/2012 y para todos los efectos que la misma conlleva.

## INTRODUCCIÓN

### **1. Tiempo de trabajo como elemento esencial del contrato laboral y su necesidad de adaptación**

El tiempo de trabajo es un elemento esencial de la relación laboral tanto para el trabajador como para el empresario, muestra de ello es la conflictividad constante que existe en torno al mismo.

La relevancia del tiempo de trabajo la encontramos en la Carta Magna, que en su artículo 40.2 asigna como garante a los poderes públicos para garantizar la seguridad e higiene en el trabajo y el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.

La preocupación por la limitación del tiempo de trabajo siempre ha estado presente en la normativa laboral desde sus inicios; de hecho, la que se conoce como primera ley laboral, Ley Benot, de 1873, iba dirigida principalmente a limitar la jornada laboral de los menores en la industria. En la esfera internacional es destacable que el primer convenio de la OIT nació con el objetivo de limitar las horas de trabajo y disponer horas de descanso para los trabajadores de la industria<sup>1</sup>. Además, en el ámbito de la Unión Europea debemos de destacar el artículo 31.2 de la CDFUE<sup>2</sup> y la Directiva 2003/88 CE, de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo cuyo objetivo es el establecimiento de disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo.

Asimismo, el tiempo de trabajo es una condición de trabajo que tiene una incidencia directa sobre otros aspectos de la relación laboral, como son: la seguridad, la salud y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores. También presenta influencia en el salario y, por consecuencia, en las cotizaciones a la Seguridad Social. Igualmente, es un factor determinante del reparto del empleo, siendo por ello de interés para las políticas públicas. A estos efectos, la normativa laboral siempre ha fijado una serie de limitaciones al tiempo de trabajo para asegurar el descanso y la salud de quienes trabajan. Sin embargo, en las últimas décadas, se percibe una tendencia del legislador hacia la flexibilización de la regulación relativa al tiempo de trabajo, de manera que son cada vez más abundantes las reglas legales que permiten una modulación de los límites del tiempo de trabajo en atención a los intereses de las empresas<sup>3</sup>.

---

1 Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1).

2 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 31.2: Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas.

3 Sin ánimo de exhaustividad, a la empresa se le reconoce multitud de posibilidades de flexibilizar el tiempo de trabajo, entre otras: cómputo anual del límite de jornada semanal; distribución irregular de la jornada; superación del límite diario de 9 horas; la utilización de horas extraordinarias; o la disposición del día y medio de descanso semanal acumulables por periodos de hasta 14 días. Además, la empresa también podría modificar, con ciertos requisitos, la jornada de trabajo mediante

Si percibimos la evolución del marco normativo del tiempo de trabajo, observamos que la importancia ha pasado de ser una cuestión cuantitativa a cualitativa, siendo objetivo prioritario de la normativa laboral la flexibilidad y adaptación de la empresa a las transformaciones del sistema económico y productivo. No obstante, en los últimos años de nuevo cobra protagonismo la duración del tiempo de trabajo y su control<sup>4</sup>; véase por ejemplo la solución judicial al conflicto sobre el registro diario de la jornada [STJUE de 14 de mayo de 2019 (TJUCE 2019/90)].

Por otra parte, la normativa laboral también reconoce derechos dedicados a adaptar el tiempo de trabajo a las necesidades familiares de los trabajadores. No obstante, la legislación en numerosas ocasiones vincula la efectividad de estos derechos al desarrollo de la negociación colectiva.

Consecuentemente, la regulación del tiempo del trabajo es una materia prioritaria debido a que actúa en el centro de tensión de los intereses contrapuestos de los trabajadores y empresarios. Así pues, el ordenamiento jurídico-laboral, a nuestro entender, debe tender hacia la búsqueda de un equilibrio entre la protección de los dos intereses referidos, siendo aquí donde la negociación colectiva juega un papel fundamental, como nos referiremos en el siguiente apartado.

### **Necesidad de adaptación a las nuevas formas de trabajo**

En la actualidad, el ámbito del tiempo de trabajo todavía adquiere más importancia tras la evolución que ha experimentado el mundo del trabajo a través de la tecnología<sup>5</sup>, que ha desencadenado el nacimiento de multitud de tipos de tiempos de trabajos atípicos y flexibles: banco de horas, contratos de fin de semana, mini trabajos, contrato de cero horas, el trabajo a la llamada, o el trabajo en plataformas digitales. Todo ello, ha provocado importantes cambios en las condiciones de trabajo, así como en la ejecución del trabajo dentro de la jornada y su control por parte de los empleadores. En la mayoría de los casos, se trata de nuevas formas de organización y producción del trabajo que se sitúan extramuros del alcance de las normas nacionales y de la propia negociación colectiva, que en ocasiones impide el ejercicio y protección de los derechos de los trabajadores fomentando la precariedad laboral.

Por ello, entendemos que es necesaria una revisión del marco normativo laboral, incluida la regulación de instituciones colectivas como la negociación colectiva y represen-

---

la vía de modificación sustancial de condiciones de trabajo, el descuelgue del convenio colectivo y mediante la formalización de un convenio colectivo de empresa.

4 STS de 20 de junio de 2019 (AS 2019/1743).

En relación al registro de jornada se indica que no es contraria a derecho la práctica empresarial consistente en descontar directamente de las nóminas mensuales de los trabajadores los retrasos en el fichaje de entrada. Asimismo, el retraso injustificado en la incorporación del puesto de trabajo no genera un derecho del trabajador a que su jornada sea redistribuida, y sin que tal práctica constituya una multa de haber, ya que el carácter bilateral del contrato de trabajo implica que el derecho al percibo del salario se genera por la efectiva prestación de servicios.

5 SAN de 10 de octubre de 2019 (AS 2019/2239).

En esta se declara, al amparo del art. 54 del Convenio Colectivo Estatal de Contact center (BOE 29-6-2017), que independientemente de la distribución de jornada y horarios, por cada hora de trabajo efectivo, se tiene derecho al disfrute de una pausa de cinco minutos.

tación de los trabajadores, que contemple las nuevas formas de trabajo con el objetivo de proteger los derechos de los trabajadores sometidos a esas nuevas formas de organización y de ordenación del tiempo de trabajo.

Un ejemplo de la necesidad de adaptación lo encontramos en el art. 34.5 ET relativo al cómputo del tiempo de trabajo. Este sostiene que: “El tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”. Esta previsión, si bien puede resultar adecuada para computar el tiempo de trabajo desarrollado en fábricas industriales, presenta dificultades para aplicarse a las nuevas formas de trabajo, como el trabajo mediante plataformas.

No obstante, en la actualidad se viene apreciando esfuerzos del legislador para adaptar la normativa al nuevo modelo productivo basado en el uso de las nuevas tecnologías y garantizar los derechos laborales. De este modo, sin ánimo de exhaustividad, encontramos el art. 88.1 de la LO 3/2018, de 5 diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y garantía de derechos digitales que reconoce el derecho a la desconexión digital de los trabajadores para evitar la invasión empresarial en su tiempo de descanso. Adicionalmente, se incorpora el derecho de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión en el art. 20 bis ET.

Más recientemente, el Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo ha incorporado a nuestra regulación la obligatoriedad de las empresas de llevar un registro diario de jornada con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la regulación relativa al tiempo de trabajo. Asimismo, el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo ha modificado el art. 34.8 ET, este recoge el derecho de las personas trabajadoras a solicitar adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de la prestación, incluida la prestación del trabajo a distancia con la finalidad de hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral.

Finalmente, sin perjuicio de los avances que se vienen produciendo, consideramos que existe una necesidad de seguir incorporando y modificando normativa laboral, a fin de proporcionar una respuesta a las nuevas formas de organización y producción del trabajo, especialmente para las impregnadas a las nuevas tecnologías.

## **2. Margen regulatorio de la negociación colectiva y algunos mecanismos de control de la normativa del tiempo de trabajo.**

El ET, en el Título I, Capítulo segundo, Sección quinta, establece en relación al tiempo de trabajo unos derechos mínimos indisponibles relativos para los trabajadores, entre otros: jornada ordinaria máxima, jornada diaria máxima, pausas mínimas durante la jornada, descanso mínimo entre jornada, descanso mínimo anual, número máximo de horas extras, obligación de llevar a cabo un registro diario. No obstante, los convenios colectivos tienen en materia de jornada un amplio margen regulatorio, mejorando los derechos necesarios relativos<sup>6</sup> e incorporando previsiones no recogidas en el ET.

<sup>6</sup> STS de 25 de enero de 2011 (RJ 2011/2111).

La regulación del tiempo de trabajo no se puede entender de forma completa sin la negociación colectiva, ya que el Estatuto de los Trabajadores hace continuos llamamientos para que la misma regule diferentes y numerosos aspectos del mismo<sup>7</sup>. Es por ello que los convenios colectivos completan y adaptan la regulación relacionada con el tiempo de trabajo al correspondiente ámbito de actividad.

### **Trascendencia de garantizar la eficacia de los derechos. Algunos mecanismos de control**

La normativa laboral, además de reconocer los derechos referidos, recoge en su articulado instrumentos o mecanismos para garantizar los mismos. En la actualidad, existe una tendencia a reforzar el control del cumplimiento de la legislación en materia laboral con la finalidad de garantizar la eficacia de los derechos de los trabajadores. Así se desprende del Considerando 39 de la Directiva (UE) 2019/1159 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea<sup>8</sup>.

En materia de tiempo de trabajo, recientemente, el art 20.2 del RDL 8/2019, de 8 de marzo pretende garantizar el cumplimiento de los límites de jornada mediante la obligación del registro diario de jornada. La incorporación de esta obligación legal llegó impulsada por las reivindicaciones de los sindicatos que, a pesar de resoluciones judiciales contrarias de relevancia<sup>9</sup>, insistieron en la defensa de la obligatoriedad del registro diario de jornada hasta la aprobación del Real Decreto aludido y la sentencia favorable del TJUE de 14 de Mayo de 2019 (TJCE 2019/90).

Además, de forma más indirecta, el tiempo de trabajo puede controlarse a través de los derechos de los representantes de los trabajadores de información y consulta previstos en el art. 64 ET, concretamente ejerciendo:

El derecho al informe trimestral sobre las previsiones del empresario de celebración de nuevos contratos, con indicación del número de estos y de las modalidades y tipos que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial, la realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial y de los supuestos de subcontratación, en base al art. 64.2 ET.

El derecho del comité de empresa a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de la implantación o revisión de sistemas de organización y con-

7 Art. 34.1, 2, 3, 4, 8; Art. 35.1, 4; Art. 37.3 (d y e), 4, 8; Art. 38.1 y 2.

8 Por eso, es necesario introducir disposiciones relativas al control del cumplimiento que garanticen el uso de presunciones favorables en caso de que no se proporcione información sobre la relación laboral, o sobre un procedimiento que pueda exigir al empleador proporcionar la información que falte y sancionarlo si no lo hace, o sobre ambas cosas.

9 STS de 23 de marzo de 2017 (RJ 2017/1174).

Conviene señalar que, con carácter previo al reconocimiento de la obligación del registro horario de jornada, ha existido una reivindicación arraigada de los sindicatos y una jurisprudencia cambiante. Véase: Preciado Doménech, C.H., “El Registro de la jornada ordinaria en la nueva doctrina del TS” Revista de Información Laboral núm. 7/2017, Editorial Aranzadi, 2017.



trol del trabajo, estudios de tiempos, establecimientos de sistemas de primas e incentivos de puestos de trabajo, conforme al artículo 64.5 f) ET.

El derecho de los representantes de los trabajadores a ser consultados por el empresario y emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario laboral, en virtud de la Disposición adicional 3º a) del RD 1561/1995 de 21 de septiembre.

El derecho a ser informado mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, recibiendo la copia de los resúmenes que prevé el art. 35.5 ET, a tenor de apartado b) de la Disposición adicional aludida anteriormente.

Adicionalmente, en base al art. 10.3.1 de la LOLS<sup>10</sup>, los delegados sindicales tendrán acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa.

Consecuentemente, el reconocimiento de los derechos anteriores, inspirado en el derecho básico de los trabajadores de participar en el seno de la empresa, puede considerarse como un instrumento de control por parte de los representantes de los trabajadores en la gestión empresarial del tiempo de trabajo.

El carácter imperativo de las disposiciones anteriores se refuerza estableciendo sanciones en caso de incumplimiento de la empresa<sup>11</sup>, particularmente a través de la potestad sancionadora de la Administración laboral<sup>12</sup>. Igualmente, los derechos de información referidos anteriormente podrían ser garantizados mediante tutela judicial por tres vías distintas<sup>13</sup>:

Mediante el procedimiento de protección de derechos fundamentales, cuando se le impida el derecho a la información y consulta a los delegados sindicales, según los arts. 177 a 184 LJS.

A través del procedimiento de conflicto colectivo en base al art. 65.5 ET y de los artículos comprendidos entre el 153 y 161 de la LJS.

Por medio del proceso ordinario con pretensión declarativa de infracción de los referidos derechos y condena a su cumplimiento en el futuro, en base al art. 220 y 709 LEC.

Desde nuestro punto de vista, entendemos los instrumentos de control aludidos anteriormente como control sindical en sentido estricto. Es decir, como la capacidad o compe-

---

10 Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (BOE 8-8-1985).

11 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracción y Sanciones en el Orden Social (BOE 8-8-2000) Art. 7.7.

12 PRECIADO DOMÉNECH, C.H., Derechos de información, audiencia, consulta y participación de los representantes de los trabajadores, Bomarzo, Albacete, 2012, p. 124-128.

13 *Ibidem*.

Siendo aconsejable en los anteriores casos la solicitud de medidas cautelares cuando la utilidad de la información pueda perderse con el transcurso del tiempo.

tencia de los representantes de los trabajadores de controlar o vigilar el cumplimiento de la normativa vigente del tiempo de trabajo.

Desde otra perspectiva, también se puede entender desde un sentido amplio como una herramienta a través de la cual los representantes de los trabajadores limitan el poder empresarial buscando dotar la relación laboral de unas condiciones más equitativas. Esta finalidad se llevaría a cabo en el marco de la negociación colectiva.

## DESINCENTIVO A LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA A TRAVÉS DEL CONTROL SINDICAL DEL TIEMPO DE TRABAJO

En este apartado trataremos de explicar como el tiempo de trabajo, en concreto la jornada anual, puede utilizarse como estrategia para desincentivar la aprobación de convenios colectivos de ámbito inferior al sectorial que disminuyan la retribución. Es decir, una manifestación de lo que previamente denominamos el control sindical del tiempo de trabajo en sentido amplio. Con carácter preliminar, haremos alusión a la estructura y concurrencia de la negociación colectiva a fin de contextualizar la posterior explicación de la estrategia negociadora.

### **1. Breve referencia a la incidencia de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en la negociación colectiva**

La negociación colectiva, mecanismo por el cual los trabajadores y empresarios se dotan de su propia regulación<sup>14</sup>, ha sufrido numerosas modificaciones. Tras la reforma laboral de 2012, el art. 84.2 ET permite que la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, negociado en cualquier momento de la vigencia del convenio de ámbito superior y para una serie de materias, tenga prioridad aplicativa respecto al convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior. Asimismo, los acuerdos y convenios a que se refiere el art. 83.2 ET no podrán disponer de la prioridad aplicativa del 84.2 ET.

Consecuentemente, tanto el principio de autonomía negocial<sup>15</sup> del artículo 83.2 ET como el principio general de prioridad temporal<sup>16</sup> del art. 84.1 ET, quedan excepcionados en el supuesto de que se suscriba un convenio colectivo de empresa posterior en las materias previstas en el art. 84.2 ET. En base a esto, la doctrina sostiene que a pesar del tenor literal de art. 84 ET se podría afirmar que la prioridad aplicativa es la regla general en cualquier

---

14 Derecho que persigue desde sus inicios limitar el poder empresarial, con la intención de equilibrar el poder de negociación de las dos partes. Véase: MARTÍN VALVERDE, A., RODRIGUEZ SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 53.

15 Mediante este principio los interlocutores del art. 83.2 ET pueden establecer los niveles de la negociación colectiva y las reglas de relacionarse entre los diferentes niveles.

16 Por el cual predomina el convenio vigente sobre el nuevo de distinto nivel con ámbitos concurrentes, salvo previsión contraria de los acuerdos y convenios del art. 83.2 ET.

supuesto de concurrencia, debido a la supremacía del convenio de empresa en relación al resto de convenios colectivos<sup>17</sup>.

La prioridad aplicativa del convenio de empresa se diseña por el art. 84.2 ET como absoluta y objetivamente limitada. Absoluta, porque es indisponible en otros niveles y puede negociarse en cualquier momento de vigencia del convenio de ámbito superior y, objetivamente limitada, porque se ciñe a unas materias concretas<sup>18</sup>.

En lo que se refiere al tiempo de trabajo, debemos de indicar que solamente goza de prioridad aplicativa el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones<sup>19</sup>. En cambio, la duración de la jornada de trabajo no se encuentra entre las materias listadas en el art. 84.2 ET por lo que no goza de prioridad aplicativa<sup>20</sup>.

Conviene destacar que la prioridad aplicativa de los convenios de empresa no prohíbe que los convenios superiores regulen materias recogidas en el art. 84.2 ET. Estas serán inaplicables en supuestos de concurrencia conflictiva en las empresas que dispongan de convenio propio<sup>21</sup>. Asimismo, el citado artículo habilita la técnica de espiguelo, lo que significa que dependiendo de la materia se atenderá al convenio de empresa o al convenio de ámbito superior conforme a las reglas de concurrencia.

Como consecuencia de la reforma laboral de 2012, en base a estudios doctrinales, se empiezan a suscribir los denominados convenios de descuelgue, es decir, aquellos que amparados por el art. 84.2 ET llevan a cabo una disminución de cuantías salariales previstas en los convenios del sector y no afectando a la estructura del salario ni a otras instituciones<sup>22</sup>.

En el siguiente sub-apartado, veremos como los Sindicatos (UGT y CC.OO) y la Asociación de Empresarios de Supermercados y Grandes Superficies de Alimentación de

---

17 SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., Condiciones salariales (II), en. AAVV. Pobreza en la ocupación e instrumentos de reacción, GALA DURÁN, C., CALVO GALLEGO, F.J. (Dirs.), Laborum, Murcia, 2018, pp. 335.

18 PRECIADO DOMÉNECH, C.H. Negociación colectiva en la empresa. Respuesta judicial a los problemas prácticos, Aranzadi, Navarra, 2016, p. 146.

19 AA.VV. Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del convenio colectivo tras la reforma laboral de 2012, DEL REY GUANTER, S. (Coord.), op. cit. pp. 45-46.

20 STS de 10 de Noviembre de 2016 (RJ 940/2016).

En esta el sentencia el Alto Tribunal sostiene en el FD 2º que “Conviene poner de relieve que la determinación de la jornada anual no se halla entre las materias del listado del art. 84.2 ET, por lo que, respecto de ella, no existiría en ningún caso prioridad aplicativa del convenio de empresa mientras la vigencia del convenio sectorial provocara la concurrencia de ambos convenios”.

21 SAN de 31 de mayo de 2013 (AS 2013/1547).

22 VIVERO SERRANO, J.B. (Coord.), CRUZ VILLALÓN, J., PÉREZ REY, J., SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., MORATO GARCÍA, R., La prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en materia salarial, en AA.VV. Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma de 2012, ALFONSO MELLADO. C.L. (Coord.), op. cit. pp. 156 y 157.

Navarra (ADANA) suscribieron el Convenio Colectivo del Sector del Comercio de Alimentación de Navarra<sup>23</sup> que limita o lastra el fomento de los denominados convenios colectivos de descuelgue salariales. Para ello, estos utilizan la técnica del espiguo y la condición de trabajo de la jornada anual, respetando, al menos inicialmente, la indisponibilidad de la prioridad aplicativa del convenio de empresa.

## **2. Convenio Colectivo del Sector de la Alimentación de Navarra de 12 de enero de 2018. STSJ de Navarra de 30 de julio de 2014 (AS 2014/2277).**

En este sub-apartado traemos a colación un convenio colectivo sectorial donde se exterioriza el control sindical del tiempo de trabajo en sentido amplio y una sentencia que avala esta práctica negocial.

El control del tiempo de trabajo como fórmula sindical para evitar el empeoramiento de las condiciones laborales, vía art.84.2 ET, se percibe en el art. 16 del Convenio Colectivo del Sector de la Alimentación de Navarra de 12 de enero de 2018, relativo a la jornada laboral. Este, en sus dos primeros apartados, indica lo siguiente:

1. El presente Convenio tiene carácter Sectorial Autonómico de conformidad con lo establecido en el artículo 1.º apartado b) del mismo.

La presente cláusula tendrá prioridad aplicativa en materia de jornada, y ello es así al amparo de lo establecido en el artículo 84 apartado 2.º del vigente Estatuto de los Trabajadores donde se establece de manera taxativa aquellas materias con prioridad aplicativa en los convenios de empresa, entre las que no se encuentra la jornada laboral.

En consecuencia, se establece la siguiente regla de concurrencia de convenios, según la cual, durante la vigencia de los distintos convenios de empresa, la jornada laboral regulada en el presente artículo tendrá prioridad aplicativa para todas las empresas del ámbito de aplicación señaladas en el artículo 1.

2. Durante toda la vigencia del presente Convenio, la jornada laboral será de 1.734 horas de trabajo efectivo.

Para aquellas empresas que, incluidas en el ámbito de aplicación del presente convenio y que por aplicación de un convenio de distinto ámbito, abonen a sus trabajadores una retribución inferior a la establecida en las tablas salariales del presente convenio para el grupo V (el que más trabajadores agrupa en el sector), la jornada laboral será de 1.540 horas de trabajo efectivo para toda la plantilla de la empresa.

A estos efectos, se entiende que una empresa abona un salario inferior al grupo V del presente convenio, cuando la retribución total anual a jornada completa y por todos

<sup>23</sup> Boletín Oficial de Navarra número 9, de 12 de enero de 2018.

Actualmente en vigor, en base a su art. 2 b). Este indica que una vez finalizada la vigencia del convenio (31 de diciembre de 2018) mantendrá su vigencia íntegra hasta que las partes no acuerden expresamente un nuevo convenio.

los conceptos salariales garantizados que establece su convenio de aplicación para un trabajador cuya actividad profesional pueda encuadrarse en dicho grupo V, sea inferior a la retribución anual bruta que por todos los conceptos garantizados establezca el citado grupo V, del presente convenio, para un trabajador a jornada completa.

Atendiendo a la redacción del primer apartado, nos resulta llamativo que un precepto dedicado a la jornada laboral detalle la forma de aplicar el citado precepto para los supuestos de concurrencia de convenios colectivos. Previamente, el artículo 1 b) del mismo convenio, sostiene que el objetivo del mismo es regular las condiciones laborales para todas las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del presente convenio colectivo.

El artículo 16 indicado fue objeto de impugnación por nulidad, dando lugar a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (AS/2014/227) que pasamos a comentar<sup>24</sup>.

En este litigio la autoridad laboral, parte recurrente, solicita la declaración de nulidad del artículo 16 del Convenio del Comercio de Alimentación de 2014, en base a la vulneración del art. 84.2 a) ET. Esta sostiene que el controvertido artículo del convenio sectorial está imponiendo una jornada anual ligada al salario efectivo de aplicación forzosa para todas las empresas del sector, lo que contravendría la primacía aplicativa de los eventuales convenios colectivos de empresas adoptados en dichas empresas en la medida en que estos pretendieran establecer condiciones diversas, condiciones que se estarían viendo frustradas en virtud del establecimiento general de la jornada anual contenido en el artículo 16 del Convenio Sectorial que se analiza y, particularmente, de la determinación relativa al salario que contiene.

Ante el planteamiento anterior, en instancia se rechaza el planteamiento por dos motivos:

La jornada laboral no es una materia alcanzada por la primacía aplicativa de los convenios de ámbito empresarial, no siendo una de las materias reguladas en el apartado c).

Por otro lado, el artículo 16 del convenio está disponiendo de una materia que le es propia y respecto de la que los convenios de ámbito empresarial no pueden prevalecer, por lo que no se está conculcando el art. 84.2 ET, que no reserva la jornada laboral como materia prevalente para aquellos convenios.

Asimismo, el Juzgado de lo Social sostiene que el artículo 16 no vulnera el art. 84.2 ET, ya que este último no hace una reserva normativa o negociadora de las condiciones de trabajo incluidas en la lista del citado artículo. Sino que establece una regla de primacía aplicativa que entra en juego cuando concurren distintos convenios con regulación contradictoria, siendo en este supuesto donde debe de prevalecer las materias enumeradas en el art. 84.2 ET del convenio colectivo de empresa.

---

<sup>24</sup> El art. 16 vigente en la actualidad y el impugnado en la STSJ de Navarra no presentan significativas diferencias.

En este sentido, se concluye en instancia que “el cuestionado artículo 16 ni contiene regla alguna de primacía aplicativa sobre el convenio de empresa ni supone una regulación del salario en un sentido que limite la capacidad reguladora de los convenios empresariales, más allá de la relación de la delimitación de la jornada anual respecto de la cuantía de ese salario.

Por consiguiente, el objeto del litigio se reduce a dilucidar si el art. 16 señalado pretende realmente fijar de forma indirecta un criterio de determinación de salario, materia de la que el art. 84.2 ET sí dispone de primacía favorable para los convenios empresariales y que no podría verse interferida o limitada.

El TSJ de Navarra, sostiene que el precepto controvertido no constituye una norma reguladora en sentido salarial, siquiera indirecto. Sino que la norma parte de esa realidad retributiva que no está disciplinando ni tratando de regular para, valorada aquella como premisa, establecer distintos cómputos de la jornada anual. El TSJ hace hincapié en que el objeto de la regulación del precepto constituye la jornada, y no el salario. A este respecto, insiste la Sala, que el convenio sectorial parte de una determinación salarial autónoma perteneciente a las empresas para atribuir a la misma unos efectos normativos en materia, estrictamente, de jornada.

Según el TSJ, la disposición del convenio del sector sería contraria al art. 84.2 ET en dos supuestos:

Si pretendiera conculcar el orden de preferencia aplicativa señalado en el artículo anterior.

Si planteara desplegar efectos en todo caso sobre todas las empresas del sector con independencia de sus particulares convenios en algunas de las materias acotadas por el Estatuto.

Sin embargo, sigue indicando la Sala, que el artículo objetado no interfiere en las materias enumeradas en el artículo 84.2 ET al no contener una regulación de naturaleza salarial, por lo que tampoco se produce una negación de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa sobre el sectorial<sup>25</sup>. Por tanto, en base a todo lo anterior, el TSJ desestima el recurso de suplicación y confirma la sentencia recurrida.

No nos consta que este supuesto haya llegado al Tribunal Supremo, aunque sí ha sido objeto de manifestaciones por parte de la doctrina. Para Del REY GUANTER, en caso de confirmarse esta tesis por parte del TS, “significaría que la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa resultaría- como sucedía con la regulación de introducida por el RDL 7/2011- relativa, pudiéndose superar vía convenio colectivo de ámbito provincial o local e indiferentemente mediante convenio estatal o autonómico<sup>26</sup>.

25 La recurrente argumenta su recurso en la STS de 10 de septiembre de 2012. No obstante, la Sala sostiene que en la sentencia invocada sí existía una regulación explícita en materia salarial, exorbitante y vulneradora de las previsiones normativas contenidas en el art. 84 ET. Puesto que esta última se pretendía norma rectora de aspectos propia y objetivamente salariales.

26 AA.VV. Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación

En la misma línea, GOMEZ ABELLEIRA sosteniendo que: “Por la vía material de la jornada máxima (aspecto material no incluido en el listado del artículo 84.2 ET y donde, por tanto, la prioridad es del convenio sectorial) se dispara a la línea de flotación de la letra a) del artículo 84.2 ET, convirtiendo a la postre en papel mojado la prioridad aplicativa del convenio de empresa respecto de la cuantía salarial (quizá un buen ejemplo para ilustrar el significado del artículo 6.4 del Código Civil)<sup>27</sup>”.

Desde nuestro punto de vista, el controvertido art. 16 del convenio sectorial, es un pacto convencional que, al menos inicialmente, no parece presentar incompatibilidad con la normativa que diseña la estructura y las reglas de concurrencia de la negociación colectiva. Es más, el propio artículo 84.2 ET ampara la técnica del espiguelo ya referida<sup>28</sup>. Además, conforme al carácter materialmente limitado del art. 84.2 se debe de realizar una interpretación restrictiva del listado de materias recogidas en el citado precepto<sup>29</sup>.

No obstante, también es razonable dudar que la doble regulación de la jornada anual, vinculada a la cuantía salarial prevista en un convenio de diferente ámbito (materia prevista en el art. 84.2 ET), pueda afectar al marcado carácter absoluto de la prioridad aplicativa del convenio de empresa. También, este artículo puede dificultar la finalidad de la reforma laboral de garantizar la descentralización convencional en aras a facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores<sup>30</sup>.

En la actualidad, desde la reforma 3/2012, con la modificación del artículo 84.2 ET parece que se permite este tipo de situaciones, ya que la misma no prevé ningún mecanismo de articulación y coordinación entre los convenios de empresas y los convenios del sector. El art. 84.2 ET, a nuestro juicio, obvia el carácter sinalagmático de los convenios y la estrecha relación que existe entre las materias susceptibles de regular en un convenio colectivo. En especial, las materias de salario y jornada de trabajo suelen estar directamente relacionadas, ya que la retribución de los trabajadores se establece normalmente en función de la duración de la jornada. Lo anterior implica la existencia de equivalencia entre tiempo de trabajo y salario, la cual se rompe si la retribución disminuye y la jornada de trabajo se mantiene. Consecuentemente, la previsión del abono salarial en la lista de materias del art.84.2 ET y la ausencia de la jornada máxima anual hacen posibles situaciones controvertidas como la presente en el objeto del litigio de la STSJ de Navarra de 2014 de 30 de Julio (AS 2014/2277).

---

del convenio colectivo tras la reforma laboral de 2012, DEL REY GUANTER, S. (Coord.), MESS. Madrid, 2016, op.29.

27 GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 2014: la prioridad aplicativa en materia de empresa en materia salarial, Trabajo y Derecho, núm. 3, 2015, p.5.

28 SAN de 1 de diciembre de 2014 (AS 2014/3094). En base a esta técnica, una relación laboral va a ser regulada por dos convenios colectivos, dependiendo de la materia se atenderá al convenio colectivo de empresa o al convenio colectivo de ámbito superior.

29 STS de 1 de abril de 2016 (RJ 2016/1589).

30 Exposición de motivos del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Conviene recordar que la bancada sindical en el ámbito sectorial, a pesar de la prohibición de disposición del art. 84.2 ET, siguió fomentado o defendiendo la adecuación de la unidad sectorial para regular las condiciones de los trabajadores más relevantes. Si bien, la referida defensa del nivel sectorial no poseía efectividad, al menos directa.

Según varios estudios los convenios sectoriales, tras la reforma 3/2012, incluyen cláusulas que promueven la unidad sectorial como la más adecuada para regular las condiciones de la relación laboral<sup>31</sup>. A efectos ilustrativos se prevén cláusulas que:

Reconocen el convenio del sector como supletorio respecto al convenio de empresa<sup>32</sup>.

Prevén protocolos a seguir por las partes legitimadas para negociar un convenio de empresa para suscribirlo, en los cuales suele intervenir la comisión paritaria<sup>33</sup>.

Hacen llamamientos a la integración, encomendando a las partes negociadoras que alcancen acuerdos para su progresiva integración en el nivel sectorial<sup>34</sup>.

Introducen consejos de respeto a los mínimos del convenio del sector, como técnica para atraer o influir a la regulación prevista en los convenios de empresa<sup>35</sup>.

No obstante, consideramos que ninguna de las anteriores supuso un obstáculo o desincentivo para las empresas que pretendieran hacer uso de la prioridad aplicativa del convenio de empresa para llevar a cabo una reducción de costes salariales. Sin embargo, sí ha surtido efecto la utilización de la jornada anual de trabajo para conseguir el objetivo de impedir la disminución salarial de los trabajadores.

Finalmente, indicar que nos resulta llamativo que la estrategia negocial utilizada para la suscripción del Convenio del Sector de la Alimentación de Navarra no haya sido extendida a otros sectores, sobre todo después de haber obtenido el respaldo de un Tribunal Superior de Justicia. El uso de este tipo de estrategias negociadoras refuerza la importancia de las organizaciones sindicales como mecanismos para mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores y trabajadoras.

31 MERCADER UGUINA, J.R. ¿Qué fue del convenio colectivo de empresa: la estructura de la negociación colectiva tras la reforma laboral?, en AA.VV. Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual, GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J.R. (Dirs.), Aranzadi, Navarra, 2015, p.85.

32 Art. 5 del III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (BOE 19-9-2014).

33 AA.VV. La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva, CRUZ VILLALÓN, J. (Dir.), op. cit. p.187.

Art. 2 XVII Convenio colectivo general de la industria química (BOE 9-4-2013).

34 AA.VV. La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva, CRUZ VILLALÓN, J. (Dir.), op. cit. p.196.

VII Convenio colectivo nacional de Colegios Mayores universitarios (BOE 5-10-2012).

35 *Ibidem*, p. 91.

Art. 12 Convenio colectivo del sector del autotaxi (BOE 20-3-2014).



**PONENCIA ESPECÍFICA**  
**LOS SISTEMAS BIOMÉTRICOS DE REGISTRO DE JORNADA Y LA**  
**(DES) PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA DEL TRABAJADOR**

*Lucía Aragüez Valenzuela*  
*Investigadora Postdoctoral*  
*Profesora Sustituta Interina*  
*Universidad de Málaga*

1. El deber de la empresa de garantizar el registro diario de jornada
2. La organización y documentación del registro de jornada
3. Análisis de los sistemas biométricos empresariales más habituales para efectuar el registro de jornada
  - 3.1 Huella Dactilar.
  - 3.2 Reconocimiento Facial
  - 3.3 Otras posibles formas de control empresarial mediante datos biométricos
4. La digitalización del registro y la posible invasión en la esfera privada de los trabajadores dese un enfoque de justicia
5. Conclusiones

**RESUMEN :** El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, modifica el art. 34 del Estatuto de los Trabajadores, instaurando el deber de la empresa de garantizar el registro diario de jornada. Sin embargo, la norma no menciona nada respecto al medio que debiera emplearse para efectuar el registro, dejando abierto un amplio abanico de posibilidades.

En este contexto, numerosas empresas han decidido realizar el registro mediante la utilización de sistemas informáticos que recopilan datos biométricos de la persona del trabajador (huella dactilar o facial) para así obtener una información más precisa sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales. Sin embargo, esto también implica una invasión más incisiva en la esfera personal y privada de los trabajadores.

Con el presente trabajo, trataremos de reflexionar sobre estas cuestiones y, más concretamente, acerca de la manera más adecuada de registrar el horario laboral teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, la necesaria información previa y, sobre todo, la protección jurídica de la persona del trabajador. Para ello, estará muy presente a lo largo del desarrollo del trabajo el enfoque de justicia social en la propia relación jurídica.

**ABSTRACT:** Royal Legislative Decree 8/2019, of 8 March, on urgent measures for social protection and the fight against precarious work in the working day, modifies article 34 of the Statute of Workers Rights, establishing the company's duty to guarantee the daily record of the working day. However, the norm does not mention anything regarding the means that should be used to carry out the registration, leaving open a wide range of possibilities.

In this context, many companies have decided to carry out the registration using computer systems that collect biometric data of the employee's person (fingerprint or facial) in order to obtain more precise information on the fulfillment of labour obligations. However, this also implies a more incisive invasion of the personal and private sphere of employees.

With the present work, we will try to reflect on these issues and, more specifically, on the most appropriate way to record working hours taking into account the principle of proportionality, the necessary prior information and, above all, the legal protection of the employee's person. To this end, the approach of social justice in the legal relationship itself will be very much present throughout the development of the work.

**Palabras clave:** Registro horario, Sistemas biométricos, Control, Trabajador.

**Key words:** Time registration system, Biometric systems, Control, Employee.

## 1. EL DEBER DE LA EMPRESA DE GARANTIZAR EL REGISTRO DIARIO DE JORNADA

Desde la publicación del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, se establece la obligación del registro horario de jornada, modificando de esta manera también el art. 34.9 del Estatuto de los Trabajadores<sup>1</sup>. Este deber de registro resulta de aplicación para la totalidad de los trabajadores, con independencia de su categoría profesional, grupo profesional, sector de actividad, tamaño de la empresa o tipo de trabajador (a distancia, comerciantes, trabajadores “móviles”, etc.), quedando obligadas (las empresas) a realizar un registro diario de jornada acerca de la prestación laboral. Sin embargo, este deber no es absoluto, pudiendo encontrarnos con algunas peculiaridades o excepciones respecto a los trabajadores sujetos a una relación laboral especial<sup>2</sup>, aquellos otros que cuentan con un régimen específico o particular<sup>3</sup>, posibles relaciones de trabajo o prestaciones excluidas del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores<sup>4</sup>, entre otros.

Sin entrar en consideración estas posibles excepciones, lo cierto es que el art. 34.9 del Estatuto de los Trabajadores ofrece una obligación formal a las empresas en realizar el registro de jornada de los trabajadores y, en este sentido, debemos previamente reflexionar sobre este deber. En primer lugar, el artículo menciona que “la empresa garantizará el registro diario de jornada”, lo que indica no sólo un deber de hacer, sino también de garantizar que el registro efectivamente se lleve a cabo. Además, el registro deberá ser diario, limitando de esta manera la norma la posibilidad de llevar a cabo un registro esporádico o arbitrario. Del mismo modo, deberá registrarse el horario concreto de inicio y de finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora<sup>5</sup>, por lo que la norma parece no tener en cuenta el posible registro de los periodos en los que la jornada se ve forzosamente interrumpida por posibles circunstancias relativas a la flexibilidad durante la jornada -aspecto que, además, suele ser bastante habitual debido a la digitalización de las relaciones laborales-, la conciliación durante la jornada -en aquellos supuestos en los que sea necesario atender posibles necesidades personales de manera puntual durante la

---

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

2 En este caso deberemos atenernos a lo que la normativa específica indique en este sentido.

3 Nos referimos en este caso a los trabajadores con un contrato a tiempo parcial (art. 12.4 c) del ET) y aquellos otros que cuentan con un registro específico de jornada regulado en el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

4 En este supuesto podemos referirnos a trabajadores autónomos, socios de cooperativas, etc.

5 Como se puede observar, la norma está realizando una terminología inclusiva por razón de género al no abordar exclusivamente “los trabajadores” (en masculino), sino que sustituye esta terminología por “personas trabajadoras”.

jornada-, el teletrabajo o trabajo a distancia, así como las posibles interrupciones debido a las necesidades básicas de cualquier persona -como pudieran ser la alimentación o la asistencia al aseo-, entre otros. Sin embargo, lo cierto es que la norma señala que el registro se llevará a cabo “sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo”, esto es, la distribución irregular la jornada, los periodos de descanso, la duración máxima de jornada, posibles adaptaciones en la jornada relativas a la ordenación del tiempo de trabajo -siempre que sean razonables y proporcionadas-, ausencias, etc. De esta manera, la norma parece tener como principal finalidad crear un marco de seguridad jurídica en las recíprocas relaciones entre los trabajadores y los empresarios, abarcando todas las posibles situaciones que impliquen una posible alteración de la jornada de trabajo.

En cualquier caso, esta situación implica de la misma un control quizá más incisivo en el cumplimiento de la jornada por parte del trabajador ya que, de esta manera, la empresa podrá comprobar si efectivamente el trabajador asiste puntualmente a su puesto de trabajo, cumple con su jornada laboral y si se encuentran justificadas -o no- las posibles irregularidades que pudieran surgir durante el desarrollo de su actividad laboral. Del mismo modo, esta obligación formal ocasiona un reforzamiento del control por parte de la Inspección<sup>6</sup> de Trabajo y de la Seguridad Social en velar porque efectivamente la empresa esté realizando no sólo el registro, sino también que cumpla con los máximos relativos a la jornada laboral y las horas extraordinarias.

Con esta obligación legal concretamente lo que se pretende, entre otros aspectos, es que el hecho de que pueda existir cierta flexibilidad horaria en el trabajo, ello no implique una posible prolongación indebida de la jornada laboral y, con mayor motivo, cuando dicha prolongación y alteración del equilibrio contractual no se encuentra debidamente compensado con tiempo de descanso retribuido o en dinero.

En este sentido, lo cierto es que los abusos relacionados con la jornada laboral son muy habituales<sup>7</sup>, viéndose en cierta medida desprotegida la persona del trabajador al tener que realizar una labor bastante difícil durante un procedimiento judicial para demostrar que efectivamente se encontraba sometido a un exceso de jornada el cual no era compensado ni en tiempo de descanso ni tampoco en dinero. Es un criterio bastante asentado en la doctrina judicial el acreditar las horas extraordinarias -o dicho exceso de jornada- hora a hora y día a día; por lo que si un trabajador efectivamente quiere reclamar dicho exceso podrá encontrarse en cierta medida desprotegido<sup>8</sup> por no poder demostrar su situación mediante

---

6 Una de las principales funciones que tiene la Inspección de Trabajo consiste precisamente en vigilar y controlar las reglas y límites relacionados con la jornada máxima y horas extraordinarias.

7 Así lo indica el Criterio Técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada, publicado por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social de junio de 2019.

8 STS 25-04-2006, rec. 147/2005, “tiene por objeto procurar al trabajador un medio de prueba documental, que facilite la acreditación, de otra parte siempre difícil, de la realización de horas extraordinarias, cuya probanza le incumbe. De este medio obligacional de patentización de las horas extraordinarias deriva que sea el trabajador el primer y principal destinatario de la obligación empresarial de elaborar “a efectos del cómputo de horas extraordinarias la jornada de cada trabajador ...

un medio de prueba adecuado; y más cuando la empresa no lleva a cabo el registro de jornada o, en el caso de efectuarlo, no resulta ser del todo transparente o veraz. De esta manera, parece que la obligación de registro de jornada implica una mayor protección de las personas trabajadoras, no solamente como medio de defensa ante un posible procedimiento judicial, sino también como herramienta para paliar la precarización<sup>9</sup> del mercado de trabajo, ya que la realización de manera sustancial del trabajo excediendo la jornada laboral es un rasgo definitorio de un modelo de trabajo poco decente.

En cualquier caso, merece la pena indicar aquí la evolución jurisprudencial sucedida en los últimos meses que ha originado la obligación legal por parte de las empresas de proceder al registro de la jornada. En este sentido, debemos señalar la Sentencia de la Audiencia Nacional 246/2017-la cual fue anulada por el Tribunal Supremo<sup>10</sup> - que indicó la necesidad de efectuar una reforma legislativa que clarificase la obligación de llevar un registro horario para garantizar los derechos laborales básicos de los trabajadores y reforzar su protección jurídica. La Audiencia Nacional, el 4 de diciembre de 2015, dictó sentencia en la que consta el siguiente fallo: “(...) Estimamos la demanda y condenamos a BANKIA, SA a establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación, así como que proceda a dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el artículo 32.5 del Convenio Sectorial de Ahorro”.

Concretamente los demandantes reclamaban que la empresa cumpliera con el registro diario de jornada a tenor del art. 35.5 ET y, para ello, se implementase en la empresa un sistema registro diario de jornada, ya que, en defecto del mismo, los propios representantes de los trabajadores no podían cumplir correctamente con sus obligaciones de vigilancia y control. Por el contrario, la empresa manifiesta que la legislación no obliga a efectuar un registro de la jornada diaria, sino únicamente a cumplir con la DA 3ª RD 1561/1995. En este mismo sentido se pronuncian las sentencias STS 11-12- 2003, rec. 63/2003; STS 25-04-2006, rec. 147/2005; SAN 12-07-2005, proced. 39/2005 y STSJ Cataluña 24-10-2002, rec. 5241/2011.

---

entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente”. Parece que esta sentencia manifiesta claramente que es importante procurar que trabajador cuente con un medio de prueba documental para acreditar la realización de horas extraordinarias, no siendo en ocasiones suficiente los posibles testigos para convencer al juez de dicha situación, por lo que, desde el año 2006, el Tribunal Supremo ya venía indicando la importancia de realizar un registro de la jornada diaria como principal herramienta para asegurar efectivamente el control de las horas extraordinarias.

9 Criterio Técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada, publicado por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social de junio de 2019.

10 Sentencia del Pleno Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 23 de marzo de 2017, nº procedimiento 81/2016, núm. Sentencia: 246/2017. Ponente: José Manuel López García de la Serrana.

Por otro lado, la Sentencia del TSJ de Cataluña, de 24 de octubre de 2002 (rec. 5241/2002), se pronuncia sobre la obligación empresarial de registrar diariamente la jornada, contenida en el art. 35.5 ET, concluyendo lo siguiente: “Señala el precepto en cuestión que a efectos del cómputo de horas extraordinarias la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, [sin embargo] ello no significa que la jornada de cualquier trabajador deba registrarse día a día, con independencia de que realice o no horas extraordinarias (...), pues tal registro y resumen no tienen sentido cuando no se efectúan horas extraordinarias, excediendo la interpretación que pretende el Comité de Empresa de los propios términos del artículo 35.5 con la imposición a la empresa de una obligación de carácter general que el precepto no recoge”. En base a esta sentencia, la Audiencia Nacional reflexiona sobre si debiera efectuarse una obligación del registro diario de jornada cuando efectivamente se acredite la realización de horas extraordinarias.

En este contexto, finalmente la Audiencia Nacional considera que, si la razón de ser de este precepto es procurar al trabajador un medio de prueba documental para acreditar la realización de horas extraordinarias, parece evidente que el registro de la jornada diaria es la herramienta, promovida por el legislador, para asegurar efectivamente el control de las horas extraordinarias (FJ 3º). Y, ello además evidencia que los representantes de los trabajadores tengan la acción para reclamar el cumplimiento de dichos derechos informativos.

Contra dicha resolución, la parte demandada (Bankia, S.A.) interpuso recurso de casación, siendo admitida con fecha 17 de junio de 2016. La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, núm. 246/2017<sup>11</sup> desestimó la demanda en base a una serie de consideraciones<sup>12</sup>. La primera de ellas indica que, a pesar de que la norma tenga como principal objetivo establecer un sistema de control de horas extraordinarias -para evitar los posibles abusos existentes en la persona del trabajador-, esto no quiere decir que sea necesario implementar un control de la jornada ordinaria. En segundo lugar, lleva a cabo un análisis detallado a nivel jurisprudencial acerca de la interpretación del art. 35.5 del ET respecto a la obligación -o no- de proceder a un registro de jornada. De estas sentencias se desprende que el artículo 35.5 parece sólo obligar, salvo pacto que amplíe ese deber, a llevar el registro de las horas extras realizadas y a comunicar a final de mes su número al trabajador y a la representación legal de los trabajadores el número de horas extras realizadas, caso de haberse efectuado.

---

11 Sentencia del Pleno Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 23 de marzo de 2017, n.º procedimiento 81/2016, núm. Sentencia: 246/2017. Ponente: José Manuel López García de la Serrana.

12 Resulta interesante igualmente indicar aquí que la presente Sentencia tuvo un voto particular por parte de la Magistrada M<sup>a</sup> Lourdes Arastey Sahún en la que resalta, entre otros aspectos, lo que a continuación se indica: “Sostuve en la deliberación que la obligación de registrar las horas extraordinarias se vacía de contenido si no se efectúa un seguimiento o control de la jornada realizada por el trabajador, pues el concepto de hora extraordinaria solo surge cuando se produce la superación de la jornada ordinaria y, por ello, no cabe argumentar que el cumplimiento de la obligación legal para la empresa se satisface cuando ésta registra las horas extraordinarias, ya que la calificación como tales solo será posible “ex post”, esto es, tras haberse efectuado un determinado número de horas, al día, a la semana, al mes o al año. Decae así la posibilidad de interpretar de manera tan estricta y literalmente el precepto – interpretación a la que se acoge el texto de la sentencia que no comparto.”

Por consiguiente, parece no existir una obligación legal de llevar un registro para el control de las horas durante la jornada ordinaria. En este mismo sentido entiende el Tribunal que se refiere la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Sin embargo, un aspecto a destacar de la citada sentencia es que, a pesar de que anule la Sentencia de la Audiencia Nacional respecto a la obligación de llevar a cabo un registro de jornada diaria, muestra su inquietud en realizar una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias, pero, continúa indicando que, de “lege data”, esa obligación, al menos actualmente, no existe; y, por tanto, no pueden los Tribunales suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un sistema de control horario.

Tras esta sentencia, que parecía finalizar el conflicto existente a nivel jurisprudencial y doctrinal sobre la obligación –o no- de realizar el registro, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su reciente Sentencia de 14 de mayo de 2019 (Asunto C-55/18) establece que, efectivamente, sin un sistema de registro de jornada no es posible determinar de manera objetiva y, sobre todo, fiable, el número de horas extraordinarias realizadas por el trabajador; así como la distribución de su tiempo, viéndose mermada la protección jurídica de su persona. De esta manera -y en la misma línea interpretativa de la Dirección General de Empleo<sup>13</sup>-, se establece textualmente que: “para comprobar si se han realizado horas extraordinarias, es preciso conocer con exactitud el número de horas ordinarias de trabajo realizadas” y, precisamente, para que de manera efectiva se tenga en consideración dicha exactitud, es necesario realizarlo de manera documental. Por este motivo, la Sentencia del TJUE indica en su apartado 62 lo siguiente: “la implantación de un sistema obtuvo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador forma parte de la obligación general que incumbe a los estados miembros y a los empresarios... Además, tal sistema es necesario para permitir que los representantes de los trabajadores que tengan una función específica en materia de protección de la seguridad y salud de los trabajadores ejerzan su derecho”.

En este contexto, el Real Decreto-Ley de 8/2019, de 8 de marzo establece finalmente la obligación legal de registro de jornada de trabajo indicando, a su vez, la posibilidad mediante las negociación colectiva, acuerdos de empresa o decisión empresarial, previa consulta con los representantes legales de los trabajadores, de organizar y documentar este registro, viéndose en cualquier caso la empresa obligada a conservar los mimos durante cuatro años para que puedan estar a disposición tanto de las personas trabajadoras, como de sus representantes legales, e incluso de la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La normativa española, como adelantábamos al inicio, establece una obligación de hacer -materializada en no resultar ser potestativo del empleador realizar el mismo-, pero también en este caso de resultado, en el sentido de establecer fácticamente un registro.

---

<sup>13</sup> Hoy conocida como la Dirección General de Trabajo, en Informes de fechas 31/7/2014 y 1/3/2016.

Además, se pretende que el tipo de registro sea mediante una herramienta objetiva, fiable y accesible, que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada persona trabajadora. Y, en este sentido, merece la pena reflexionar sobre las diferentes opciones existentes relacionadas con el establecimiento de un sistema objetivo y fiable de control.

## 2. LA ORGANIZACIÓN Y DOCUMENTACIÓN DEL REGISTRO DE JORNADA

El registro de jornada debe permitir acceder a datos objetivos que garanticen la fiabilidad, veracidad y, sobre todo, la no alteración de los datos recabados para dar cumplimiento con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018 relativa a la protección de datos personales. Por consiguiente, el registro debe ser documentado, permitiendo de esta manera una posible futura defensa por parte del trabajador en el caso en el que tenga lugar algún tipo de conflicto derivado del cumplimiento de la jornada laboral.

En el supuesto de que se lleve a cabo esta obligación empresarial a través de medios electrónicos, como pudieran ser a través del acceso de datos biométricos en los que se necesita de una maquinaria ciertamente compleja, se debe igualmente garantizar el acceso a estos datos tanto a los trabajadores como también, en su caso, a la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Para ello, los sistemas de registro debieran permitir la visualización de manera sencilla de estos datos recabados, permitiendo incluso su posible descarga en un formato legible y tratable. Sin embargo, además, será necesario comprobar que la utilización de estos sistemas tecnológicos no van a producir ningún tipo de alteración de los datos previamente recabados, esto es, que resulte ser un sistema transparente, abierto y veraz.

## 3. ANÁLISIS DE LOS SISTEMAS BIOMÉTRICOS EMPRESARIALES MÁS HABITUALES PARA EFECTUAR EL REGISTRO DE JORNADA

El artículo 34 del ET no establece una modalidad específica o predeterminada para realizar el registro diario de jornada laboral. Simplemente se limita a indicar que se deberá efectuar diariamente, incluyendo los momentos de inicio y de finalización de la jornada. Por consiguiente, parece que será válido cualquier sistema que cumpla con estas premisas, esto es, que proporcione información viable, inmodificable y no manipulable a posteriori, ya sea por el empresario o por el propio trabajador<sup>14</sup>.

En este sentido, debemos reflexionar sobre la opción de llevar a cabo el registro diario de jornada mediante sistemas de datos biométricos<sup>15</sup> -huella dactilar o reconocimiento fa-

---

14 Guía sobre el Registro de Jornada efectuada por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social de acceso disponible mediante la consulta en el siguiente enlace: <http://www.mitra-miss.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>

15 Según el artículo 4.14 RGPD son datos biométricos los “datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos”.



cial- al ser una práctica ciertamente habitual en las empresas que, en cierta medida, puede llegar a invadir la esfera más íntima de los trabajadores. En el ámbito laboral, el uso de datos biométricos ha sido generalmente admitido por la jurisprudencia a efectos de identificación del trabajador y, en este mismo sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2007<sup>16</sup> al indicar que el uso de las tecnologías de lectura biométrica es una medida válida para identificar a los trabajadores y ejercer el control del cumplimiento de la jornada laboral siempre que exista una finalidad legítima. De igual modo se pronuncia la Sentencia del TJUE, 19 de junio de 2014, Caso *Pharmaceuticals vs Salud e Higiene y Otros* (Asunto C-683/13)<sup>17</sup>. Sin embargo, un aspecto relevante a destacar es que ambas sentencias se dictaron con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

De igual modo, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) dictó tres Informes (Informe 0368/2006, 0324/2009, y 1999/0000) en relación con los datos biométricos. En el primero de ellos, se pretendía el acceso de los alumnos/as a un centro escolar mediante la utilización de la huella dactilar para, de este modo, poder gestionar las posibles ausencias o retrasos de los estudiantes. La AEPD entendió que era posible efectuar dicho control de una manera menos intrusiva a la privacidad y datos sensibles de los alumnos/as por lo que no era un sistema proporcionalidad a la finalidad propuesta. Por otro lado, en el Informe 0324/2009 se planteaba la posibilidad de implantar un sistema de control horario de los trabajadores basado en la lectura de la huella digital. En este sentido, la AEPD reflexiona no tanto sobre la posibilidad -o no- de realizar dicho registro, sino más bien acerca del nivel de protección a los datos de los trabajadores recabados. De este modo, la Agencia indica que el nivel de seguridad relativo a los datos biométricos para el acceso al centro de trabajo debe ser el correspondiente al de los datos especialmente sensibles o protegidos. Y, finalmente, en el Informe 1999-0000 se plantea algo ciertamente sorprendente al entender la Agencia que es posible que el empresario acceda a las huellas dactilares de los trabajadores sin ser necesario su consentimiento por estar avalado en el art. 6.2 de la LOPD<sup>18</sup>.

Ciertamente estos tres Informes, al igual que ocurría con las sentencias anteriormente referenciadas, tuvieron lugar con anterioridad a la promulgación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la pro-

16 Sentencia de 2 de julio de 2007 (ES:TS: 2007:5200).

17 La presente Sentencia considera que un registro del tiempo de trabajo, el cual incluya una indicación para cada trabajador del inicio y el final del trabajo y las posibles interrupciones de la jornada correspondientes, coincide con la definición de “datos personales” en el sentido del art. 2 a) de la Directiva.

18 Concretamente el presente artículo indica: “2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado”.

tección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos<sup>19</sup>; así como de la actual Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Por tanto, actualmente merece la pena reflexionar sobre la posible desprotección de la persona del trabajador debido al acceso de datos biométricos para registrar su jornada diaria por ser un sistema que accede a datos personales íntimos y especiales sensibles<sup>20</sup>.

### **La huella dactilar.**

La huella dactilar es considerada un dato biométrico a tenor de lo establecido en el art. 4.14 del RGPD<sup>21</sup>, ya que permite la identificación de una persona física uniendo el dato con una identidad concreta, con un nombre y unos apellidos, llevándose a cabo un proceso en el que se distingue a dicho trabajador del resto. Ahora bien, el RGPD califica estos datos como especialmente sensibles y, por tanto, protegidos, por lo que para que se pueda realizar su tratamiento es necesario mantener un riguroso juicio de proporcionalidad no siendo válido cualquier acceso a la huella dactilar para controlar el comportamiento de los trabajadores.

Actualmente, la huella dactilar se considera un sistema implantado en las empresas y utilizado con cierta habitualidad. En el pasado los medios empleados para acceder a las huellas dactilares necesitaban de ciertos medios materiales costosos, limitando el uso de aplicaciones específicas para controlar a la persona del trabajador. Sin embargo, en la actualidad “los microprocesadores y el software disponibles poseen la potencia adecuada para procesos de este tipo”<sup>22</sup>, lo que implica una reducción de su coste y una mayor accesibilidad a cualquier tipo de institución, ya sea pública o privada, de los sistemas AFIS<sup>23</sup>.

La utilización de este sistema de acceso a datos biométricos permite a la empresa acceder a cierta información<sup>24</sup> relacionada con la persona del trabajador. En primer lugar,

19 Las principales novedades del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) acerca de los datos biométricos son, en un primer término, que efectivamente nos encontramos ante datos sensibles, prohibiéndose su tratamiento, salvo que concurra alguna de las situaciones del art. 9 del RGPD, esto es, cuando el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y en el ejercicio de derechos específicos en el ámbito laboral. Además, el RGPD indica la obligatoriedad de realizar una evaluación de impacto para el uso del sistema (art. 3.5 RGPD).

20 Gómez Sánchez, Y., “Los datos genéticos en el tratamiento de Prüm”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 7, Enero-Junio de 2007, pág. 142.

21 Art. 4.14 RGPD: Datos biométricos: datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos.

22 González Arrieta, A., Gómez Marín, J., García Sánchez, L. J., Alonso Romero, L., Sánchez Lázaro, A. L., López Batista, V., “Gestión y Reconocimiento Óptico de los Puntos Característicos de Imágenes de Huellas Dactilares”, Salamanca, España, 2016, disponible para su consulta en el siguiente enlace web: <http://www.lsi.us.es/~riquelme/red/Capitulos/LMD32.pdf>

23 AFIS (Automated Fingerprint Identification System) es un sistema informático que permite la captura, consulta y comparación automática de huellas dactilares.

24 En Aguilar, G., Sánchez G., Toscano K., Nakano M., Pérez H., “Reconocimiento de Huellas

a su identificación<sup>25</sup>, ya que los dedos son muy distintivos y, en cierta medida, también permanentes, aunque aparezcan cortes o quemaduras. Además, cada vez son más difíciles de faltar gracias a los escáneres detectores de vida (detectan el flujo sanguíneo o el oxígeno sanguíneo) y las técnicas de encriptación existentes<sup>26</sup>.

En segundo lugar, estos datos se van a almacenar por el plazo de cuatro años pudiendo acceder a los mismos tanto los trabajadores, los representantes, la propia Inspección de Trabajo, e incluso el empresario, permitiendo crear un perfil concreto sobre el comportamiento de la persona del trabajador en su puesto de trabajo durante un periodo de tiempo ciertamente largo.

En tercer lugar -y quizá el aspecto más importante-, la recapitulación de estos datos relacionados con el registro diario de la jornada, ya sea ordinaria o extraordinaria, permiten al empresario conocer, además de estos datos, otros relativos a su persona en la faceta más íntima y privada, como es el acceso a su huella dactilar. De esta manera, la identificación de su persona resulta ser más invasiva que otros medios tradicionales (registro de jornada mediante firma manuscrita o acceso a plataformas digitales, tarjetas de identificación, accesos al centro de trabajo con un código personal de acceso, entre otros). Esta información, de la misma manera, ocasiona un control más exhaustivo sobre el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones laborales, estando vigilado desde el momento en el que accede al centro de trabajo, hasta que finaliza su jornada, e incluso las posibles pausas e interrupciones existentes durante el desarrollo de su actividad laboral.

Es cierto que la Agencia Española de Protección de Datos en el Informe 0324/2009 concluyó que: “En el caso planteado, tratándose del tratamiento de la huella digital, la

---

Dactilares Usando Características Locales”, Revista de la Facultad de Ingeniería de la Universidad de Antioquia, núm. 46, págs. 101-109, 2008, se puede realizar un estudio en profundidad sobre la manera en la que se puede acceder a dichos datos.

25 “El proceso de autenticación biométrica tradicional se basa en la lectura del biométrico mediante un sensor, procesamiento extracción de características y comparación plantilla previamente almacenada en la base de datos. Inicialmente, en el proceso de enrolamiento se determina un biométrico físico o de comportamiento, como iris, rostro, huella dactilar, palma de la mano, voz, firma, etc., para utilizarse como identificador; después, un sensor realiza la adquisición de datos; posteriormente, un algoritmo procesa los datos y extrae características biométricas (plantillas); finalmente, la plantilla es almacenada en una memoria local o remota para futuras comparaciones. Una vez que el enrolamiento se ha concluido con éxito, se puede realizar el proceso de verificación para autenticar al usuario” En Murillo-Escobar M.A., Cruz-Hernández C., Abundiz-Pérez F., López-Gutiérrez R.M., “Cifrado caótico de plantilla de huella dactilar en sistemas biométricos”, Memorias del XVI Congreso Latinoamericano de Control Automático, CLCA, 2014, México, pág. 19.

26 Serratos F., “La biometría para la identificación de las personas”, pág. 29, disponible su acceso mediante el siguiente enlace: [https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/51873502/Biometria\\_ES\\_Modulo\\_1.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DLa\\_biometria\\_para\\_la\\_identificacion\\_de\\_1.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20191103%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4\\_request&X-Amz-Date=20191103T190238Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=6ec0af7bda30f2b901c64dd5b0b748edc206a0cadd100cc654364f83a0108a12](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/51873502/Biometria_ES_Modulo_1.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DLa_biometria_para_la_identificacion_de_1.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20191103%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20191103T190238Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=6ec0af7bda30f2b901c64dd5b0b748edc206a0cadd100cc654364f83a0108a12)

información contenida en dicho dato no contiene ningún aspecto concreto de la personalidad y tan sólo cuando dicha información se vincula a la identidad de una persona es posible identificarla con toda certeza, de modo que los datos que se recaban no pueden considerarse de mayor trascendencia que los relativos a un número personal, a una ficha que tan solo pueda utilizar una persona o a la combinación de ambos<sup>27</sup>. Sin embargo, debemos añadir alguna indicación adicional y es que, aunque es cierto que la huella dactilar no indica ningún aspecto relacionado con la personalidad, dicha información debería analizarse atendiendo a supuestos muy concretos ya que, por ejemplo, en un contexto laboral, si podrá dotar de una información adicional respecto al comportamiento de los trabajadores debido a que dicha identificación para acceder al lugar de trabajo, permite a la empresa conocer los momentos de entrada y salida al centro, las interrupciones entre jornadas, etc. Por tanto, lo que en un principio parece no aportar una información añadida de la persona que utiliza este tipo de registro para acceder al puesto de trabajo, en realidad si lo está haciendo.

### **El reconocimiento facial.**

Durante los años 1964 y 1965 Woodrow Wilson Bledsoe, Helen Chan Wolf y Charles Bisson trabajaron en el reconocimiento facial humano haciendo uso de la computadora y desarrollaron el primer sistema semi-automático de reconocimiento<sup>27</sup>. Hoy en día, podemos decir que estos sistemas biométricos de reconocimiento facial se encuentran implantados en la vida en sociedad debido, entre otros factores, a la necesidad de aumentar la seguridad en los diferentes entornos -incluso en el trabajo- en los que interactúan los seres humanos.

El sistema de reconocimiento facial es un software automatizado de identificación biométrica capaz de identificar o verificar una persona mediante la comparación y el análisis de modelos basados en sus rasgos y contornos faciales. De esta manera, realmente el reconocimiento facial tiene en cuenta distintos factores -como el envejecimiento, la cirugía plástica, la utilización de cosméticos, la calidad de la imagen, posibles efectos del consumo excesivo de drogas o tabaco o incluso la pose del sujeto. En la actualidad, los sistemas biométricos juegan un rol fundamental en los procesos de reconocimiento de personas<sup>28</sup>, por ello merece una especial consideración al ser un medio que cada vez se ha visto implantado por parte de las empresas -a pesar de que sea menos exacto que las huellas dactilares<sup>29</sup>- y también en entidades gubernamentales -por ejemplo, para acceder a aeropuertos o terminales de transporte-.

En el sistema propio de reconocimiento facial lo que realmente interesa son las características propias del rostro de una persona, en este caso, del trabajador. Para ello, se

27 López Pérez N., Toro Agudelo, J.J., “Técnicas de biometría basadas en patrones faciales del ser humano”, Disponible en el siguiente enlace: [https://www.sistemamid.com/panel/uploads/biblioteca/2015-03-22\\_11-59-41117590.pdf](https://www.sistemamid.com/panel/uploads/biblioteca/2015-03-22_11-59-41117590.pdf)

28 Etchart G., Luna L., Leal C., Benedito M., Alvez C., “Sistemas de reconocimiento biométrico, importancia del uso de estándares en entes estatales”, Proyecto de Investigación PID-UNER 7035, Disponible en el siguiente enlace web: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/20052/Documento\\_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/20052/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

29 Cortés Osorio, J.A., Medina Aguirre, F.A., Muriel Escobar, J.A., “Sistemas de seguridad basados en la biometría”, Scientia et Etchnica, Colombia, pág. 99.

efectuarán una serie de programas de cálculo que lo comparan con una posible fotografía o imagen obtenida anteriormente.

Dentro de este sistema de reconocimiento, nos encontramos con tres tipos de mecanismos diferenciados

Sistema geométrico: el sistema geométrico tiene en cuenta los rasgos faciales del trabajador, esto es, ojos, nariz, boca, etc. También utilizan las posibles evaluaciones de los ángulos de la cara, calculando las distancias entre los distintos rasgos. Por consiguiente, este sistema es mucho más concreto y preciso, ya que analiza cada uno de los rasgos faciales existentes en el rostro de una persona. Así, parece que estos sistemas biométricos faciales tienen como objetivo buscar relaciones geométricas entre puntos característicos hallados mediante heurística.

Sistema fotométrico: por el contrario, el sistema fotométrico va a proporcionar una mucho menos precisa, al llevar a cabo una evaluación más genérica o global sobre el rostro completo del trabajador. De esta manera, se lleva a cabo un estudio de las facciones de la cara del trabajador en su conjunto.

Sistema mixto: este sistema, como su propio nombre indica, trata de llevar a cabo un reconocimiento facial realizando un análisis conjunto de los dos sistemas anteriores (geométrico y fotométrico) por lo que quizá resulte ser una manera de identificación más completa, pero, a su vez, más costosa que las anteriores.

Algunos estudios confirman que incluso el reconocimiento facial permite observar el estado de ánimo de la persona<sup>30</sup>, lo cual puede resultar una información bastante útil para las empresas que se encuentren concienciadas en que los trabajadores no únicamente rindan adecuadamente en el trabajo, sino que también estén en buen estado anímico pudiendo adelantar incluso que, en cierta manera, puede resultar identificativo de posibles riesgos psicosociales en el trabajo e incluso como método para analizar posibles futuras situaciones de absentismo laboral.

Además, el llevar a cabo este sistema de identificación en la propia empresa puede resultar ciertamente útil para el empresario puesto que, a diferencia de lo que pudiera ocurrir en otros entornos llenos de personas en los que resulta más complicada el control y la vigilancia para mantener una seguridad óptima, los centros de trabajo suelen ser, en la mayoría de los casos, entornos ciertamente más controlados donde quizá no sólo exista un menor tráfico de personas, sino que, además, se encuentra mucho más limitado por parte del empresario. De esta manera, es un entorno en el que posiblemente resulte más sencillo y “favorable” implementar esta técnica de identificación.

Lo cierto es que el reconocimiento facial presenta igualmente una gran variedad de técnicas basadas en los patrones faciales, siendo las más utilizadas la PCA<sup>31</sup> (análisis de

---

30 López Pérez N., Toro Agudelo, J.J., “Técnicas de biometría basadas en patrones faciales del ser humano”, op. cit.

31 Es una técnica tradicional en el reconocimiento de rostros y probablemente la más utilizada.

componentes principales) y la LDA<sup>32</sup> (análisis de discriminante lineal). En cualquier caso, y sin adentrarnos en cuestiones excesivamente técnicas que se alejen del foco de estudio, lo cierto es que dicha identificación permite conocer cierta información acerca del trabajador. Por tanto, una gran diferencia existente entre este sistema de identificación y el anteriormente analizado (huella dactilar), es que este último únicamente va a permitir conocer (que no ver) la persona que está accediendo al puesto de trabajo para, posteriormente, registrar su jornada. Sin embargo, con el reconocimiento facial no únicamente se está controlando el registro, sino también es una manera de obtener una identificación añadida de la persona del trabajador.

### **Otras posibles formas de control empresarial mediante datos biométricos.**

A pesar de haber mostrado una especial referencia a las huellas dactilares y al reconocimiento facial, es preciso indicar aquí, de una manera ciertamente sucinta, otros posibles sistemas que permiten registrar la jornada mediante el acceso de datos biométricos por parte de los trabajadores.

#### **El paso**

La forma de caminar de las personas es un tipo de biometría muy complejo ya que puede variar con el paso del tiempo debido a lesiones que comprometan articulaciones o al cerebro, cambios en el peso, vestimenta, enfermedades o estados de embriaguez, etc. Los sistemas basados en la marcha han de usar video secuencia de una persona que camina para tomar medidas de varios movimientos de cada articulación simultáneamente, por lo que presenta una captura intensa y costosa computacionalmente

#### **Geometría de la mano**

Al igual que las huellas dactilares, la palma de la mano contiene crestas y valles. Al ser tan grande el área de la palma de la mano es necesario el uso de un escáner de mayor superficie lo cual los hace más caros que los sensores de huellas dactilares. Las características principales de la palma de la mano son las líneas y las arrugas. Para obtener los datos biométricos necesarios en este tipo de tecnología se hace uso de una cámara digital de baja resolución

#### **El iris**

Dado a las características únicas que posee el iris del ojo, esta técnica de reconocimiento biométrico brinda un gran porcentaje de confiabilidad y exactitud a la hora de reconocer o identificar a una persona. La característica principal es la unicidad, el iris a comparación con la huella dactilar presenta más información única en el reconocimiento

---

Esta técnica consiste en extraer de un conjunto de imágenes de entrenamiento un sub-espacio que maximice la varianza del espacio original.

<sup>32</sup> El análisis discriminante lineal utilizado es de las técnicas más utilizadas a la hora de implementar un sistema de reconocimiento e identificación mediante el uso de los patrones faciales localizados en el rostro. Esta técnica consiste en encontrar combinaciones lineales para poder reducir la dimensión del problema, de tal manera que se mantenga la habilidad de separar dos o más clases de objetos.

de una persona. Los dos ojos de una persona o incluso entre hermanos gemelos los patrones del iris son diferentes.

### **La retina**

En el ojo existen características únicas que son utilizadas para identificar personas. Aparte del iris, el ojo alberga otra sección la cual nos permite aplicar biometría informática. La retina posee información única dentro de su estructura la cual permite el reconocimiento y la identificación satisfactoria de personas. El reconocimiento biométrico mediante la retina se basa en la identificación del patrón creado por los vasos sanguíneos que la conforman.

### **La oreja**

El oído es un sistema biométrico de maduración con cualidades que le dan superioridad sobre otros tipos de biometría, en particular el oído es relativamente inmune a variaciones debidas al envejecimiento. El éxito de la biometría del oído se basa en un buen almacenamiento de los datos, y se rigen por la posición, escala y rotación.

### **La voz**

Hoy en día la voz no solo es utilizada como un mecanismo para comunicarnos, sino que también sirve para controlar el acceso a sitios y para reconocer e identificar personas. Existen personas que poseen voz similar a otras, pero nunca van hacer iguales si se evalúa la señal que genera la voz. Lo que hace a cada voz diferente, es la combinación de factores que influyen al momento de producir el sonido. La estructura de la laringe, la elasticidad de las cuerdas vocales, el tamaño de la boca y la nariz, son factores morfológicos que influyen en la voz producida.

## **4. LA DIGITALIZACIÓN DEL REGISTRO Y LA POSIBLE INVASIÓN EN LA ESFERA PRIVADA DE LOS TRABAJADORES DESDE UN ENFOQUE DE JUSTICIA**

Las tecnologías han propiciado que los instrumentos utilizados para impartir órdenes a los trabajadores sean cada vez más sofisticados<sup>33</sup> y, de esta forma, el uso inadecuado<sup>34</sup> de las mismas puede desencadenar un reforzamiento del papel de control empresarial debido a las facilidades que las tecnologías ofrecen para vigilar el comportamiento de los trabajadores.

Como sabemos, de entre los rasgos de laboralidad fundamentales se encuentra el carácter personal de la relación laboral, lo que quiere decir que cualquier prestación laboral se caracteriza por ser personalísima<sup>35</sup> e intransferible, por lo que los servicios han de ser prestados de manera individual, sin que se permita una posible variación jurídico-con-

---

33 Sánchez Rodas, C., “Poderes directivos y nuevas tecnologías”, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, núm. 138/2017, págs. 163-184

34 Cardona Rubert, M.B., “Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas”, Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales, núm. extra 1, 2003, pág. 11.

35 Montoya Melgar, A., “El poder de dirección del empresario”, Instituto de Estudios Políticos, 1965, Madrid.

tractual de la persona del trabajador<sup>36</sup>. El carácter personal de la relación laboral es trascendente<sup>37</sup> en la medida en que directamente se encuentra vinculado con la existencia de confianza entre la persona que va a desarrollar su actividad laboral (el trabajador<sup>38</sup>) y el empresario.

Por consiguiente, el trabajo no debiera realizarse por cualquier persona, debiendo efectuarse por el propio trabajador contratante al ser seleccionado por sus capacidades y aptitudes propias. En este contexto, y debido a la reciente promulgación de la obligación empresarial de controlar la jornada del trabajador, resulta ser habitual que dicho control se desarrolle mediante instrumentos tecnológicos quizá por ser considerada una herramienta fiable de autenticación. Las tecnologías no dejan de ser medios más sofisticados<sup>39</sup> y, de esta forma, el uso inadecuado<sup>40</sup> de las mismas puede desencadenar un reforzamiento del papel de control empresarial debido a las facilidades que las tecnologías ofrecen para vigilar el comportamiento de los trabajadores. Por estas razones, merece la pena reflexionar con un mayor detenimiento sobre la posible afectación en la esfera privada de los trabajadores derivado de la utilización de estos medios de control tecnológicos -huella dactilar, reconocimiento facial, entre otros- de la jornada laboral.

El acceso por parte del empresario en datos biométricos del trabajador por parte de la jornada requiere de un riguroso juicio de proporcionalidad en su tratamiento al tener la condición de un dato especialmente protegido. Así, este control no debiera ampararse en una necesidad general para controlar la jornada de los trabajadores, sino que, por el contrario, tendría que ser entendida como una necesidad en el caso concreto. De este modo, no estamos hablando de que sea admisible siempre y en todo caso la utilización de estos dispositivos para acceder a datos privados y protegidos del trabajador, siendo necesario que la empresa cumpla con el juicio de proporcionalidad. Al menos, en este sentido se pronuncia Agencia Catalana de protección de datos, en lo referente a su ámbito de competencia en Recursos Humanos en las Administraciones públicas catalanas -estando aún a la espera de otro posible criterio de la Agencia Española de Protección de Datos-. Así, parece no ser permisible el uso y conservación de los posibles datos biométricos por la empresa para garantizar el registro de jornada, en cualquier caso, siendo necesario analizar supuestos concretos donde se permita dicho control en servicios o áreas reservadas de la empresa en el que sea estrictamente imprescindible la identificación biométrica de la persona del trabajador y, por tanto, se supere el test de proporcionalidad.

A pesar de estas consideraciones, lo cierto es que actualmente la Guía sobre el Registro de Jornada del Ministerio de Trabajo no menciona nada al respecto, ya que meramente

---

36 López Álvarez M<sup>a</sup>. J., Matorras Díaz-Caneja, A. M. Molero Manglano C., Sánchez Cervera J.M., Manual de Derecho del Trabajo, Molero Manglano C. (Dir.), Tirant lo Blanch, 2017, pág. 76.

37 López Álvarez M<sup>a</sup>. J., Matorras Díaz-Caneja, A. M. Molero Manglano C., Sánchez Cervera J.M., Manual de Derecho del Trabajo, op. cit. pág. 77

38 Martín Valverde A., García Murcia J., Tratado práctico de Derecho del Trabajo, Thomson Aranzadi, Vol. I, 2008, pág. 217.

39 Sánchez Rodas, C., “Poderes directivos y nuevas tecnologías”, op. cit.

40 Cardona Rubert, M.B., “Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas”, op. cit. pág. 11.



basa su informe en responder cuestiones relativas a la posible consideración de tiempo de trabajo efectivo, el ámbito de aplicación, entre otros aspectos. Sin embargo, una cuestión que interesaría destacar de dicha Guía es que parece dar plena libertad a las empresas para establecer unilateralmente sistemas propios de registro de jornada, con la única limitación de que se recurra a la negociación colectiva o acuerdos de empresa para la posible organización, documentación del registro y, sobre todo, del sistema concreto de control, esto es, registros manuales o mediante el uso de herramientas digitales. Por tanto, parece que la empresa tiene bastante limitado el poder de libertad empresarial al tener que recurrir a la representación de los trabajadores en la mayoría de los aspectos -o, al menos, los más relevantes, relacionados con el registro de jornada-.

Como se puede apreciar, las partes legitimadas para la negociación -representantes de los trabajadores y empresario- serán los únicos capacitados para determinar el cumplimiento del contenido de este deber de registro de jornada, atendiendo a las particularidades propias de cada empresa. Quizá, en este caso, el papel de la representación de los trabajadores resulta ser fundamental para proteger la posible invasión en la esfera privada de los trabajadores derivada de la utilización de estos sistemas tecnológicos de control, accediendo a datos íntimos relacionados con su persona. Sin embargo, esto nos hace preguntarnos qué pudiera ocurrir en el caso de que la empresa no exista representación de los trabajadores.

En este caso, parece que la protección jurídica de la persona del trabajador se encuentra mermada al tener el empresario únicamente la obligación de consultar a los representantes su actuación, lo cual indica que, en realidad, corresponderá solamente al empresario el establecimiento de un sistema propio de control. Esta misma solución se podría incluir en el caso de que tampoco exista una posible previsión en convenio o acuerdo colectivo, quedando en manos de la organización empresarial el sistema concreto de registro, la organización y la documentación necesaria para garantizar este derecho.

En realidad, parece que este periodo de consultas debiera corresponderse con lo establecido en el art. 64.6<sup>41</sup> del Estatuto de los Trabajadores en el que se permita un verdadero

---

41 Concretamente, el artículo indica: “6. La información se deberá facilitar por el empresario al comité de empresa, sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe.

La consulta deberá realizarse, salvo que expresamente esté establecida otra cosa, en un momento y con un contenido apropiados, en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa, y de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo sobre las cuestiones indicadas en el apartado 5, y ello sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario al respecto en relación con cada una de dichas cuestiones. En todo caso, la consulta deberá permitir que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones.

Los informes que deba emitir el comité de empresa tendrán que elaborarse en el plazo máximo de quince días desde que hayan sido solicitados y remitidas las informaciones correspondientes”.

intercambio de opiniones y un diálogo entre el empresario y los representantes de los trabajadores.

Con estas previsiones, parece que la obligación legal de registro de jornada va a ser exigible en todo caso, con independencia de que si existe -o no- representación de los trabajadores. Esto nos hace preguntarnos cuál es la verdadera intención de la norma, ya que en realidad la protección jurídica del trabajador en estos casos parece adquirir una posición ciertamente secundaria, siendo esto francamente criticable. En este caso, es muy importante contar con un marco normativo consolidado y, más concretamente, debido a la incorporación del factor tecnológico en el mundo del trabajo. Además, en líneas generales la norma<sup>42</sup> en materia tecnológica -y más concretamente en el trabajo-, resulta en general escasa y ello implica que podamos encontrar un vacío en esta dimensión, como parece que pudiera tener lugar en aquellos supuestos donde no exista una verdadera representación de los trabajadores, dejando en manos del empresario la regulación del control de jornada pudiendo afectar a la esfera más íntima de los trabajadores.

En este sentido, a modo de propuesta, es preciso indicar que, para evitar posibles situaciones que infieran en la esfera privada de los trabajadores, es muy importante tener en consideración, en primer lugar, el comportamiento recíproco de las partes. Ello, a su vez, permite analizar si, en el interior de la relación, la conducta recíproca, que no es más que la implicación y actuación de los sujetos, se orienta -o no- a la justicia, ya que en la medida en que se actúe de buena fe -o equitativamente- con la otra parte, así como en el contrato e incluso en su contexto legal, se expresan contenidos de justicia, lo cual producirá un efecto en la propia relación jurídica<sup>43</sup>. Por consiguiente, la norma debería ir encaminada a abordar la verdadera situación existente en la empresa, esto es, el tipo de comportamiento de los trabajadores y el nivel de confianza depositada en su persona.

En segundo lugar, resulta ser bastante importante tener en cuenta el entorno laboral de la empresa en cuestión. Cada empresa puede presentar características inherentes a su

---

42 “No hay inconvenientes técnicamente relevantes para afirmar la existencia, desde un punto de vista filosófico o axiológico, de derechos humanos sociales (“valores humanos”) cuya protección reclama la sociedad de los poderes públicos constituidos. Ahora bien, se convendrá que para que tales derechos humanos tengan la consideración de derechos subjetivos, alegables o simplemente apreciables para su protección como tales frente a (o por) los Tribunales de Justicia, deben ser reconocidos e incorporados al orden jurídico. Y, aun así, esta “recepción” de los principios o valores de carácter socio-económico al ordenamiento jurídico-laboral se puede producir, como es bien sabido, en virtud de distintos “niveles” de reconocimiento perfectamente diferenciados: o bien como principios o “valores fundamentales” de alcance programáticos; o como normas de organización sin aplicabilidad directa e inmediata y sin que, en consecuencia, se atribuyan sus titulares destinatarios verdaderos derechos subjetivos plenamente alegables, y apreciables en cuanto tales, ante los Tribunales; o bien, en su más perfecta “normatividad” jurídica, es decir, que esos valores sean garantizados en reglas positivas de las que deriven el reconocimiento de derechos subjetivos fundamentales de eficacia jurídica bilateral”, en Monereo Pérez, J.L., “Refundar el ordenamiento laboral para juridificar el principio de justicia social en el trabajo decente”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 9, núm. 1, 2019, pág. 223-224.

43 Caro Gándara, R., “Reconstrucción de la justicia contractual desde la justicia relacional”, *Recerca, Revista De Pensament I Anàlisi*, núm. 14, 2014, págs. 93-116.

condición en el mercado. Así, es importante dota de una mayor relevancia la percepción recíproca de un trato justo<sup>44</sup>, que no solo se refiere a la dimensión del comportamiento, sino que también se encuentra conectado con la noción de confianza en lo que respecta a las expectativas que las personas tienen acerca de los comportamientos futuros de los demás -en este caso del empresario respecto a los trabajadores-. Este trato justo también puede ser alterado por la digitalización del entorno social, ya que resulta ser más difícil la confianza cuando la proximidad presencial se encuentra sustituida por las tecnologías<sup>45</sup>. De este modo, la obligación empresarial de registro debiera tener en cuenta la circunstancia concreta existente en la empresa, el nivel de confianza depositada en los trabajadores y la posible flexibilidad o rigidez en el cumplimiento de la jornada de trabajo.

Finalmente, es necesario resaltar la dimensión institucional que, junto a las otras (reciprocidad y socialidad) adquieren una gran importancia. La institucionalidad asegura el principio de legalidad propio del Estado de Derecho, siendo en cualquier caso una obligación por parte de las empresas el regular el registro de jornada. Sin embargo, es necesario ir más allá de esta mera obligación, teniendo en consideración la manera más adecuada, justa y realista para garantizarlo. Para ello, esta dimensión debiera interactuar con el resto. En principio, parece que la adaptación entre reciprocidad e institucionalidad se interconecta de forma dinámica en la relación jurídica. De hecho, la institucionalidad existe en función de la reciprocidad, teniendo en cuenta las actitudes y comportamientos dentro de la empresa. Y, de la misma manera, la socialidad o el entorno laboral de la empresa también se encuentran incluida con el resto de las dimensiones, es decir, la reciprocidad y la institucionalidad, debido a que en las propias relaciones jurídicas las partes se conectan con los valores de grupo y de comunidad, creando posibles necesidades de regulación en un mayor o menor sentido.

De esta manera, y teniendo en cuenta la importancia que supone en este sentido la regulación ajustada a la realidad laboral en la empresa, es necesario encuadrar este marco normativo yendo más allá de lo estrictamente institucional o normativo, es decir, de la mera obligación legal de regular y garantizar el registro, siendo exigible “atender a la parte viva de la relación, a la participación e interacción recíproca continua”<sup>46</sup> con el fin de equilibrar a las partes intervinientes.

Con estas previsiones, las empresas se sentirán suficientemente capacitadas para regular el derecho de registro de jornada teniendo en cuenta las dimensiones propias relativas

44 También referenciado en Chandola, T, Marmot M., Siegrist J. “Failed reciprocity in close social relationships and health: Findings from the Whitehall II study”, *Journal of Psychosomatic Research*, núm. 63, 2007, págs. 403-41. También se hace referencia a la importancia de este concepto en Stotzer U., Åborg C., Johansson G., Svartengren M., “Organization, relational justice and absenteeism”, *Work*, núm. 47, 2014, págs. 521-529.

45 Márquez Prieto, A., “La relación laboral como relación social (justicia relacional y socialidad común)”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 382, 2015, pág. 15.

46 Se recomienda en este sentido la lectura de: Márquez Prieto, A., “La relación laboral como relación social”, *Revista CEF*, núm. 382, 2015 y también en VVAA: Márquez Prieto A. (Coord.), *Justicia relacional y principio de fraternidad*, 2017, Aranzadi, págs. 17-28.

a la búsqueda de la justicia en la propia relación jurídica, las cuales deberían enfocarse en priorizar a la persona del trabajador estableciendo un sistema que, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, permita la llevanza del registro de jornada.

## 5. CONCLUSIONES.

Las empresas se encuentran en la obligación de registrar la jornada de los trabajadores; sin embargo, la norma parece ser bastante flexible, sin tener en consideración la posible invasión en la esfera privada de los trabajadores en el caso de que se utilicen sistemas biométricos para realizar el registro.

En este sentido, se ha reflexionado sobre la manera en la que debiera priorizarse a la persona del trabajador en materia de registro horario, teniendo en cuenta que la regulación debiera tener en cuenta el entorno laboral existente en la empresa y, sobre todo, los comportamientos de los trabajadores en la empresa, es decir, el nivel de confianza y buena fe de las partes intervinientes en la propia relación jurídica. Como consecuencia, es necesario ir más allá de la mera obligación legal de registrar la jornada laboral, teniendo en cuenta la manera más justa para efectuar el registro, atendiendo a las necesidades empresariales, el tipo de trabajo que se desempeñe y la posible invasión innecesaria en los datos personales de los trabajadores.

Con estas consideraciones, es igualmente imprescindible tener en cuenta el principio de proporcionalidad, caracterizado por el análisis de las conductas de las partes intervinientes en la propia relación jurídica para así determinar si efectivamente la utilización de herramientas tecnológicas para registrar la jornada ordinaria accediendo a datos biométricos puede ser considerado excesivamente invasivo en la esfera privada de los trabajadores.

## BIBLIOGRAFÍA.

Aguilar, G., Sánchez G., Toscano K., Nakano M., Pérez H., “Reconocimiento de Huellas Dactilares Usando Características Locales”, Revista de la Facultad de Ingeniería de la Universidad de Antioquia, núm. 46, págs. 101-109, 2008.

Cardona Rubert, M.B., “Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas”, Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales, núm. extra 1, 2003, pág. 11.

Caro Gándara, R., “Reconstrucción de la justicia contractual desde la justicia relacional”, Recerca, Revista De Pensament I Anàlisi, núm. 14, 2014, págs. 93-116.

Chandola, T, Marmot M., Siegrist J. “Failed reciprocity in close social relationships and health: Findings from the Whitehall II study”, Journal of Psychosomatic Research, núm. 63, 2007, págs. 403-41.

Cortés Osorio, J.A., Medina Aguirre, F.A., Muriel Escobar, J.A., “Sistemas de seguridad basados en la biometría”, Scientia et Etchnica, Colombia, pág. 99.

Gómez Sánchez, Y., “Los datos genéticos en el tratamiento de Prüm”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 7, enero-junio, 2007, pág. 142.

González Arrieta, A., Gómez Marín, J., García Sánchez, L. J., Alonso Romero, L., Sánchez Lázaro, A.L., López Batista, V., “Gestión y Reconocimiento Óptico de los Puntos Característicos de Imágenes de Huellas Dactilares”, Salamanca, España, 2016.

López Álvarez M<sup>a</sup>. J., Matorras Díaz-Caneja, A. M. Molero Manglano C., Sánchez Cervera J.M., *Manual de Derecho del Trabajo*, Molero Manglano C. (Dir.), Tirant lo Blanch, 2017, pág. 76.

Márquez Prieto A. (Coord.), *Justicia relacional y principio de fraternidad*, 2017, Aranzadi, págs. 17-28.

Márquez Prieto, A., “La relación laboral como relación social (justicia relacional y socialidad común)”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 382, 2015, pág. 15.

Márquez Prieto, A., “La relación laboral como relación social”, *Revista CEF*, núm. 382, 2015.

Martín Valverde A., García Murcia J., *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, Thomson Aranzadi, Vol. I, 2008, pág. 217.

Monereo Pérez, J.L., “Refundar el ordenamiento laboral para juridificar el principio de justicia social en el trabajo decente”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 9, núm. 1, 2019, pág. 223-224.

Montoya Melgar, A., “El poder de dirección del empresario”, Instituto de Estudios Políticos, 1965, Madrid.

Murillo-Escobar M.A., Cruz-Hernández C., Abundiz-Pérez F., López-Gutiérrez R.M., “Cifrado caótico de plantilla de huella dactilar en sistemas biométricos”, *Memorias del XVI Congreso Latinoamericano de Control Automático, CLCA*, 2014, México, pág. 19.  
Sánchez Rodas, C., “Poderes directivos y nuevas tecnologías”, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 138/2017, págs. 163-184.

Stoetzer U., Åborg C., Johansson G., Svartengren M., “Organization, relational justice and absenteeism”, *Work*, núm. 47, 2014, págs. 521-529.

VVAA.: Márquez Prieto A. (Coord.), *Justicia relacional y principio de fraternidad*, 2017, Aranzadi, págs. 17-28.



**PONENCIA ESPECÍFICA**  
**EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL REGISTRO DE JORNADA TRAS EL**  
**REAL DECRETO-LEY 8/2019, DE 8 DE MARZO: JURISPRUDENCIA**  
**EUROPEA, GUÍA DEL MINISTERIO, CRITERIO TÉCNICO SOBRE**  
**ACTUACIÓN DE LA ITSS, NOTA DE PRENSA DEL MINISTERIO Y**  
**OTRAS CUESTIONES**

*Sara Guindo Morales*  
*Contratada Predoctoral FPU del Ministerio.*  
*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*  
*Universidad de Granada*

- I. El régimen jurídico del registro de la jornada de trabajo tras el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, respaldado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de fecha 14 de mayo de 2019, y aclarado por la guía del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y por el Criterio Técnico 101/2019 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social
- II. Breves consideraciones sobre la nota de prensa del Ministerio con motivo del cumplimiento de seis meses de la entrada en vigor del registro de la jornada de trabajo
- III. Registro de la jornada laboral y despido
- IV. Conclusiones.

**RESUMEN.** Se analiza el vigente régimen jurídico del registro de la jornada de trabajo tras los artículos 10 y 11 del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, relativos al registro de jornada y a las infracciones laborales, respectivamente, el cual modificó el

artículo 34 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como el artículo 7.5 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Reforma laboral que ha sido confirmada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de fecha 14 de mayo de 2019, y que ha suscitado una serie de interrogantes tanto a los empresarios como a las personas trabajadoras, razón por la cual, con fines aclaratorios, por un lado, el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social ha publicado en mayo una guía sobre el registro de jornada, mientras que, por otro lado, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha publicado en junio el Criterio Técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada. Además, se mencionan unas breves consideraciones sobre la nota de prensa del Ministerio con motivo del cumplimiento de seis meses de la entrada en vigor del registro de la jornada de trabajo. Por último, este trabajo de investigación analiza las consecuencias jurídicas del registro de la jornada laboral en el despido a través de sentencias judiciales recientes.

**PALABRAS CLAVE.** Registro, jornada laboral, control, despido.

**ABSTRACT.** It is analysed the current legal regime of the recording of the working time after the articles 10 and 11 of the Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, relating to the recording of working time and to the labour infractions, respectively, that modified the article 34 of the Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, as well as the article 7.5 of the Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Labour reform that has been confirmed by the Judgment of the Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) of date 14 May 2019, and that has caused a series of questions to the entrepreneurs and workers, reason why, with the aim of clarifying, on the one hand, the Ministry of Work, Migrations and Social Security has published in May a guide about the registration of the working time, whereas, on the other hand, the Labour and Social Security Inspection has published in June the Technical Criterion 101/2019 about the action of the Labour and Social Security Inspection in matters of registration of working time. Moreover, it is mentioned some brief considerations about the press release of the Ministry on the occasion of the compliance of six months of the entry into force of the recording of the working time. Finally, this research work analyses the legal effects of the registration of the working time in the dismissal through the recent judgements.

**KEYWORDS.** Recording, working time, control, dismissal.



## I. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL REGISTRO DE LA JORNADA DE TRABAJO TRAS EL REAL DECRETO-LEY 8/2019, DE 8 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN SOCIAL Y DE LUCHA CONTRA LA PRECARIEDAD LABORAL EN LA JORNADA DE TRABAJO, RESPALDADO POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (GRAN SALA) DE FECHA 14 DE MAYO DE 2019, Y ACLARADO POR LA GUÍA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL Y POR EL CRITERIO TÉCNICO 101/2019 DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Debido al endémico problema de nuestro país relativo a su baja productividad, que en numerosas ocasiones se intenta compensar con excesos de jornada no retribuida<sup>1</sup>, el pasado 12 de marzo de 2019 entró en vigor en España el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo<sup>2</sup> -en adelante y para simplificar, RD-l 8/2019-, que contiene, según su exposición de motivos, “determinadas disposiciones dirigidas a establecer el registro de la jornada de trabajo, a los efectos de garantizar el cumplimiento de los límites en materia de jornada, de crear un marco de seguridad jurídica tanto para las personas trabajadoras como para las empresas y de posibilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”.

El RD-l 8/2019 justifica la extraordinaria y urgente necesidad de las medidas referidas al registro de jornada en que debe tenerse en consideración que, “durante 2018, un 35 por ciento del total de las denuncias por incumplimientos empresariales en materia de relaciones laborales recibidas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se referían al tiempo de trabajo”.

Pues bien, específicamente, en la parte V de la exposición de motivos del RD-l 8/2019 se establece que el Capítulo III “incluye reformas normativas dirigidas a regular el registro de jornada, como forma de combatir la precariedad laboral”.

En virtud de lo anterior, el artículo 10 del RD-l 8/2019 ha modificado el artículo 34.7 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores<sup>3</sup> -en adelante y para simplificar, ET-, así como ha añadido un apartado 9 al mismo, con el fin de regular el registro de jornada.

Además, complementariamente, el artículo 11 del RD-l 8/2019 ha modificado el artículo 7.5 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social<sup>4</sup> -en adelante y para

---

1 MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “El registro de la jornada de trabajo”, en Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales, núm. 59, 2019, (recurso electrónico).

2 Publicado en el Boletín Oficial del Estado -en adelante y para simplificar, BOE- en fecha de 12 de marzo de 2019.

3 Publicado en el BOE en fecha de 24 de octubre de 2015.

4 Publicado en el BOE en fecha de 8 de agosto de 2000.

simplificar, RDL 5/2000- con el objetivo de “tipificar como infracciones en el orden social las derivadas de incumplimientos relativos al registro de jornada”.

Así, por un lado, con anterioridad al RD-l 8/2019, el artículo 34.7 del ET establecía lo siguiente: “el Gobierno, a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, podrá establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, para aquellos sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran”.

Quedando redactado dicho precepto estatutario con el RD-l 8/2019 como sigue: “el Gobierno, a propuesta de la persona titular del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, podrá establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, así como especialidades en las obligaciones de registro de jornada, para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran”. Añadiéndose, por tanto, las “especialidades en las obligaciones de registro de jornada” a dicho artículo 34.7 del ET.

Estableciendo como novedad el relevante apartado 9 del artículo 34 del ET lo siguiente: “La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo. Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada. La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”.

Prosiguiendo con los artículos modificados por el RD-l 8/2019 en cuanto al registro de jornada, por otro lado, el artículo 7.5 del del RDL 5/2000 establecía con anterioridad al RD-l 8/2019 que constituye una infracción grave “la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores”.

Quedando redactado tal precepto legal con el RD-l 8/2019 de la siguiente manera: constituye una infracción grave “la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores”. Como se puede comprobar, simplemente se ha añadido el término “registro de jornada” a dicho artículo del RDL 5/2000. Debido a que el RD-l 8/2019 ha suscitado una serie de interrogantes y confusiones tanto a los empresarios como a las personas trabajadoras a efectos de la aplicación del registro de jornada, con fines aclaratorios, por un lado, el Ministerio de

Trabajo, Migraciones y Seguridad Social ha publicado en mayo una Guía sobre el registro de jornada<sup>5</sup>, mientras que, por otro lado, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha publicado en junio el Criterio Técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada<sup>6</sup>.

En este sentido, según la Guía, desde la publicación del RD-L 8/2019, se han recibido en la Dirección General de Trabajo numerosas y diversas consultas en materia de registro de jornada, razón por la cual, se ha elaborado dicho documento con el fin de facilitar la aplicación práctica de la norma, en el que se recogen criterios, a mero título informativo, en relación con el deber formal empresarial de registrar la jornada laboral, sin perjuicio de la interpretación de la norma que corresponde al orden jurisdiccional social.

Así, la Guía se refiere a las siguientes cuestiones relacionadas con el ámbito de aplicación del registro horario, con el contenido y el sistema de registro horario, con la conservación y acceso al registro, así como con el registro de horas extraordinarias: a qué tipo de trabajadores, sectores profesionales y empresas se aplica el registro horario previsto en el artículo 34.9 del ET -estableciendo determinadas peculiaridades y excepciones al respecto-, a quién corresponde la obligación de registro de jornada en el caso de trabajadores cedidos por una ETT y en el caso de subcontratación, si se considera como tiempo de trabajo efectivo la totalidad del transcurrido entre el horario registrado de inicio y finalización de la jornada diaria, cómo se registra la jornada de los trabajadores que se desplazan a otros centros o empresas clientes, así como las jornadas partidas u otras interrupciones, qué medios pueden ser utilizados para el cumplimiento de la obligación de registro de la jornada, si las empresas pueden establecer unilateralmente sistemas propios de registro de jornada, si es necesario contar con algún medio concreto de conservación, qué es lo que tiene que ser objeto de conservación, qué significa que los registros permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y, por último, si hay que entregar copias a los trabajadores o a los representantes legales.

Mientras que, según el Criterio Técnico, tiene por objeto fijar los siguientes criterios para la realización de las actuaciones inspectoras que se efectúen, a partir de la entrada en vigor del RD-L 8/2019, en relación con las disposiciones relativas al registro de jornada contenidas en el artículo 34.9 del ET: a) respecto a la garantía del registro de jornada, la obligatoriedad del registro de jornada, el contenido del registro de jornada, otros registros y especialidades -tales como el registro diario de los contratos a tiempo parcial regulado en el artículo 12.4.c) del ET, el registro de las horas extraordinarias regulado en el artículo 35.5 del ET, los registros de horas de trabajo y descanso contenidos en el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo<sup>7</sup>, en adelante y para simplificar, RD 1561/1995, y los registros de jornada en los desplazamientos transnacionales-, la conservación del registro de la jornada, y la organización y documentación del registro; b) el régimen sancionador; c) otras cuestiones.

<sup>5</sup> Guía sobre el registro de jornada del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

<sup>6</sup> Criterio Técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de jornada.

<sup>7</sup> Publicado en el BOE en fecha de 26 de septiembre de 1995.

Huelga señalar que la Disposición final sexta del RD-l 8/2019 relativa a la entrada en vigor del mismo contiene una previsión específica para el artículo 10, pues mientras que para el resto de articulado la entrada en vigor del RD-l 8/2019 es el día posterior al de su publicación en el BOE -12 de marzo de 2019-, esto es, el día 13 de marzo de 2019, no ocurre lo mismo para el artículo 10, pues, en virtud del apartado cuarto de dicha Disposición final sexta, “el registro de jornada establecido en el apartado 9 del artículo 34 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, según la redacción dada al mismo por el artículo 10 de este real decreto-ley, será de aplicación a los dos meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»”, es decir, el día 12 de mayo de 2019.

Pues bien, justo dos días después de la entrada en vigor del artículo 10 del RD-l 8/2019, la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -en adelante y para simplificar, TJUE- confirmó en su sentencia de fecha 14 de mayo de 2019<sup>8</sup>, fruto de la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional -en adelante y para simplificar, AN- la obligación contenida en el RD-l 8/2019 de establecer un sistema de registro que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.

En cuanto al litio principal, en el asunto C55-/18 de la Sentencia del TJUE de fecha 14 de mayo de 2019, el Tribunal de Luxemburgo tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, de conformidad con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>9</sup> -en adelante y para simplificar, TFUE-, por la AN mediante Auto de fecha 19 de enero de 2018<sup>10</sup>, recibido en el TJUE el día 29 de enero de 2018, en el procedimiento entre, por una parte, Federación de Servicios de Comisiones Obreras y, por otra, Deutsche Bank, S.A.E., en relación con la inexistencia en esta última de un sistema de registro de la jornada laboral diaria realizada por sus trabajadores.

Dicha petición tiene por objeto la interpretación de varios preceptos del derecho comunitario: en concreto, del artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>11</sup> -en adelante y para simplificar, CDFUE-, de los artículos 3, 5, 6, 16 y 22 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo<sup>12</sup> -en adelante y para simplificar, Directiva 2003/88/CE-, aprobada con la finalidad de incrementar la transparencia del Derecho Comunitario<sup>13</sup>, y de los artículos 4.1, 11.3, y 16.3 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo<sup>14</sup> -en adelante y para simplificar, Directiva 89/391/CEE-.

8 Asunto C-55/18 [JUR 2019\149299].

9 Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea en fecha de 30 de marzo de 2010.

10 [AS 2018\227].

11 Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas en fecha de 18 de diciembre de 2000.

12 Publicada en el BOE en fecha de 18 de noviembre de 2003.

13 MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: Manual de Derecho del Trabajo, 17<sup>a</sup> ed., Granada, Comares, 2019, pág. 485.

14 Publicada en el BOE en fecha de 29 de junio de 1989.

Para entender este caso, nos debemos remontar al día 26 de julio de 2017, cuando la parte actora interpuso una demanda de conflicto colectivo contra Deutsche Bank ante la AN con la finalidad de que se dictase sentencia en la que se declarase la obligación de dicha empresa de establecer, de conformidad con el artículo 35.5 del ET y con la Disposición adicional tercera del RD 1561/1995, un sistema de registro de la jornada laboral diaria de cada uno de los trabajadores que componen la plantilla de la compañía que permita comprobar tanto el cumplimiento de los horarios de trabajo pactados como la obligación de comunicar a los representación sindical de los trabajadores la información sobre las horas extraordinarias realizadas cada mes.

Según el demandante, dicha obligación de establecer un sistema de registro se deriva de los artículos 34 y 35 del ET interpretados a la luz del artículo 31.2 de la CDFUE, de los artículos 3, 5, 6 y 22 de la Directiva 2003/88/CE, así como de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo -en adelante y para simplificar, OIT- núm. 1 por el que se limitan las horas de trabajo (industria) en las empresas industriales a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales de 1919<sup>15</sup> y núm. 30 relativo a la reglamentación de las horas de trabajo en el comercio y las oficinas de 1930<sup>16</sup>.

Mientras que, por otro lado, la parte demandada alega que de las Sentencias del Tribunal Supremo -en adelante y para simplificar, TS- de fecha 23 de marzo de 2017<sup>17</sup> -la cual anuló la SAN de fecha 4 de diciembre de 2015<sup>18</sup>- y 20 de abril de 2017<sup>19</sup> -que ratifica la doctrina anterior sentando jurisprudencia- se desprende que el derecho interno español no contempla con carácter general tal obligación.

Más concretamente, en dichas Sentencias, el TS declaró que el artículo 35.5 del ET no impone la obligación de llevar un registro de la jornada diaria efectiva de toda la plantilla de trabajadores para así poder comprobar el cumplimiento de la jornada laboral y horarios pactados, sino que únicamente se debe llevar el registro de las horas extraordinarias realizadas en virtud del tenor literal de dicho precepto, el cual establece que, “a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente”<sup>20</sup>.

Concluyendo ambos pronunciamientos judiciales que, si bien es cierto que, “de lege ferenda” convendría una reforma legal que clarificara la obligación de llevar un registro

15 Adoptado en Washington en fecha de 28 de noviembre de 1919.

16 Adoptado en Ginebra en fecha de 28 de junio de 1930.

17 [RJ 2017\1174].

18 [AS 2016\97]. Según la cual, “el registro de jornada, que no de horas extraordinarias, es el requisito constitutivo para controlar los excesos de jornada”, puesto que, su inexistencia, “coloca a las personas trabajadoras en situación de indefensión que no puede atemperarse porque las horas extraordinarias sean voluntarias, puesto que el único medio de acreditarlas es, precisamente, el control diario”.

19 [RJ 2017\1869].

20 Vid., SEMPERE NAVARRO, A. V.: “El registro empresarial de la jornada efectiva”, en Revista de Información Laboral, núm. 7, 2017, (recurso electrónico).

horario, facilitando de este modo al empleado la prueba de la realización de las horas extraordinarias, “de “lege data” esa obligación no existe por ahora y los Tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario, mediante una condena genérica, que obligará, necesariamente, a negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto, no se trata, simplemente, de registrar la entrada y salida, sino el desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, cuando se pacte”. Propuesta de lege ferenda que menciona asimismo la exposición de motivos del RD-18/2019.

No obstante, la sentencia del TS de fecha 23 de marzo de 2017 tuvo tres votos particulares discrepantes. Combinando el parecer mayoritario de los Magistrados de la Sala de lo Social del TS con los votos particulares, se manifestaron hasta cuatro posiciones sobre la obligación o no de llevar un registro de la jornada diaria efectiva de cada trabajador para, de este modo, poder comprobar el cumplimiento de la jornada laboral y horarios pactados<sup>21</sup>:

En primer lugar, la sentencia mayoritaria concluyó en su fallo que el artículo 35.5 del ET no impone la obligación de registrar la jornada diaria de los trabajadores.

En segundo lugar, el voto particular primero entendió que el artículo 35.5 del ET sí impone dicha obligación de referencia.

En tercer lugar, el voto particular segundo consideró que el artículo 35.5 del ET no impone la obligación de referencia, pero que la misma se deriva de otros artículos.

Mientras que, finalmente, el voto particular tercero declaró que tanto el artículo 35.5 del ET como otros preceptos conducen a entender que sí existe la obligación de referencia.

En definitiva, según la AN, la jurisprudencia del TS señalada se halla basada en las siguientes consideraciones:

1. La obligación de llevar un registro se contempla en el artículo 35.5 del ET concierne a las horas extraordinarias, no en el artículo 34 del mismo texto legal relativo a la jornada ordinaria de trabajo.

2. Siempre que el poder legislativo español ha querido imponer el registro de la jornada efectiva de trabajo lo ha exigido de forma expresa como, por ejemplo, en el supuesto de los trabajadores a tiempo parcial, de los trabajadores móviles, de la marina mercante o del transporte ferroviario.

---

21 SEMPERE NAVARRO, A. V.: “El registro empresarial de la jornada efectiva”, en Revista de Información Laboral, núm. 7, 2017, (recurso electrónico).

Así, el RD 1561/1995 establece el régimen jurídico de los registros específicos de trabajadores que poseen una jornada especial de trabajo, como son: los trabajadores móviles -artículo 10 bis-, los trabajadores de la marina mercante -artículo 18 bis- y los trabajadores que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el transporte ferroviario -disposición adicional séptima-.

3. Al igual que ocurre en el ordenamiento jurídico-laboral español, el artículo 22 de la Directiva 2003/88/CE impone la obligación de llevar un registro de la jornada laboral en supuestos especiales, no la de llevar un registro de la jornada ordinaria.

4. La implantación de un registro de la jornada laboral efectiva de cada uno de los trabajadores supondría el tratamiento de datos personales de los mismos con el consecuente riesgo de una injerencia no justificada de la empresa en sus vidas privadas.

5. La falta de llevanza del registro de la jornada laboral efectiva de los trabajadores no se tipifica de forma evidente y terminante como una infracción en el orden social en el RDL 5/2000.

6. La jurisprudencia del TS no vulnera los derechos de los trabajadores en virtud de lo establecido en el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil<sup>22</sup> -en adelante y para simplificar, LEC 1/2000-, el cual, aunque no permite presumir la realización de horas extraordinarias cuando no se haya registrado la jornada ordinaria de trabajo, juega en contra del empresario que no haya procedido a registrarla si el trabajador demuestra por otros medios que sí ha realizado horas extraordinarias.

Sin embargo, en virtud de todo lo expuesto con anterioridad, la AN expresó sus dudas acerca de la conformidad o no con el Derecho de la UE de la interpretación dada por el TS en dichas sentencias alegadas por la parte demandada del artículo 35.5 del ET pues, según el órgano jurisdiccional remitente, “en tal situación, el Derecho español no puede garantizar el cumplimiento efectivo ni de las obligaciones establecidas en la Directiva 2003/88 en lo que atañe a los períodos mínimos de descanso y a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal ni de las obligaciones derivadas de la Directiva 89/391 en lo que atañe a los derechos de los representantes de los trabajadores”, razón por la cual plantea ante el TJUE la cuestión de prejudicialidad.

Como consecuencia del litigio principal anteriormente mencionado, la AN suspendió el procedimiento judicial y planteó ante el TJUE las tres cuestiones prejudiciales siguientes:

En primer lugar, “¿Debe entenderse que el Reino de España, a través de los artículos 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores, según vienen siendo interpretados por la doctrina jurisprudencial [española], ha adoptado las medidas necesarias para garantizar la efectividad de las limitaciones de la duración de la jornada de trabajo y del descanso semanal y diario que establecen los artículos 3, 5 y 6 de la Directiva [2003/88] para aquellos traba-

---

<sup>22</sup> Publicado en el BOE en fecha de 8 de enero de 2000.



jadores a tiempo completo que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios?”.

En segundo lugar, “El artículo 31, apartado 2, de la [Carta] y los artículos 3, 5, 6, 16 y 22 de la Directiva [2003/88], en relación con los artículos 4, apartado 1, 11, apartado 3, y 16, apartado 3, de la Directiva [89/391], ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional interna como son los artículos 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores, de los que, según ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial [española] consolidada, no cabe deducir que resulte exigible para las empresa[s] el establecimiento de un sistema de registro de la jornada diaria efectiva de trabajo para los trabajadores a jornada completa que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios?”.

Y, por último, “¿Debe entenderse que el mandato perentorio dirigido a los Estados miembros, establecido en [el] artículo 31, apartado 2, de la [Carta] y [en] los artículos 3, 5, 6, 16 y 22 de la Directiva [2003/88], en relación con los artículos 4, apartado 1, 11, apartado 3, y 16, apartado 3, de la Directiva [89/391], de limitar la duración de la jornada de todos los trabajadores en general se asegura para los trabajadores ordinarios con la normativa nacional interna, contenida en los artículos 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores, de los que, según ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial [española] consolidada, no cabe deducir que resulte exigible para las empresas el establecimiento de un sistema de registro de la jornada diaria efectiva de trabajo para los trabajadores a jornada completa que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias, a diferencia de los trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios?”.

Según el TJUE, básicamente la AN pregunta si los artículos 3, 5, 6, 16 y 22 de la Directiva 2003/88/CE, en relación con los artículos 4.1, 11.3, y 16.3 de la Directiva 89/391/CEE y con el artículo 31.2 de la CDFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro de la UE -el ET- que, según la interpretación de esa normativa adoptada por la jurisprudencia nacional -por el TS en dichas sentencias del año 2017-, no impone a los empleadores la obligación de establecer un sistema de registro que permita computar la jornada laboral diaria efectivamente realizada por cada trabajador en la empresa.

Cuestiones prejudiciales que el Tribunal de Luxemburgo procede a examinar de manera conjunta respecto de las cuales comienza recordando la relevancia del derecho fundamental de todo trabajador a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a períodos de descanso diario y semanal consagrado tanto en el Derecho social de la UE -concretamente, en la Directiva 2003/88/CE, cuyas disposiciones no deben ser objeto de una interpretación restrictiva- como en la CDFUE<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -en adelante y para simplificar, STJUE- de fecha 6 de noviembre de 2018. Asunto C-684/16, apartado 20 [TJCE 2018\251].



Además, el TJUE deja claro que las cuestiones prejudiciales segunda y tercera hacen referencia al artículo 22.1 de la Directiva 2003/88/CE -entre otros- según el cual, cuando los Estados miembros de la UE recurran a la facultad de no aplicar el artículo 6 de la misma -sobre la duración máxima del tiempo de trabajo semanal- deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar, entre otras cosas, que “el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores” -letra d)- y, que dichos registros “se pongan a disposición de las autoridades competentes” -letra e)-, facultad no utilizada por España, razón por la que concluye el Tribunal que el artículo 22 de la Directiva 2003/88 no se puede aplicar en el litigio y que, por ende, no procede interpretarlo.

Una vez puntualizado lo anterior, el TJUE continúa con el análisis de la Directiva 2003/88/CE, respecto de la cual recuerda que tiene por objeto establecer disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores mediante la armonización en el ámbito de la UE de las normas nacionales en materia de ordenación del tiempo de trabajo, específicamente, de la duración del tiempo de trabajo<sup>24</sup>, armonización cuya finalidad es la de promover la mejora de la seguridad y salud de los empleados para que disfruten de períodos mínimos de descanso diario -de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas, según el artículo 3- y semanal ininterrumpido -de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario, según el artículo 5-, motivo por el cual los Estados miembros deben garantizarlos para asegurar la plena efectividad de la Directiva 2003/88/CE.

Añade el Tribunal de Luxemburgo que, si bien es cierto que dichos preceptos de la Directiva 2003/88/CE, así como el 6.b), teniendo en cuenta su tenor literal, no determinan los criterios concretos con arreglo a los cuales los Estados miembros de la UE deben garantizar la aplicación de los derechos que dichos preceptos establecen, pues simple y llanamente encomiendan a los países la definición de los criterios adoptando las medidas necesarias al respecto.

Empero, no obstante, teniendo en cuenta el objetivo primordial de la Directiva 2003/88/CE, los Estados miembros de la UE deben velar porque el efecto útil de los derechos que contempla quede asegurado, haciendo que los empleados se beneficien de los períodos mínimos de descanso diario y semanal y del límite máximo de la duración media del tiempo de trabajo semanal, lo que significa que los criterios que los países definan para garantizar la aplicación de las disposiciones de la Directiva 2003/88/CE no pueden vaciar de contenido los derechos consagrados en el artículo 31.2 de la CDFUE y en los artículos 3, 5 y 6.b) de la Directiva 2003/88/CE<sup>25</sup>, pues debe recordarse que la parte trabajadora es la débil de la relación laboral -en relación con la parte empresarial que es la fuerte-, de manera que es necesario impedir que el empresario restrinja los derechos que le corresponde, así como que el trabajador tema hacer valer sus derechos frente al empresario, sobre todo, cuando la reivindicación de los mismos pudiera ocasionar su exposición a medidas empresariales que perjudiquen las condiciones laborales del trabajador, esto es, una represalia empresarial.

<sup>24</sup> 24 STJUE de fecha 20 de noviembre de 2018. Asunto C-147/17, apartado 39 [TJCE 2018\265].

<sup>25</sup> 25 STJUE de fecha 7 de septiembre de 2006. Asunto C-484/04, apartado 37 [TJCE 2006\231].

Por ello, el TJUE se pregunta si procede examinar y en qué medida es necesario el establecimiento de un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador que conforma la plantilla de la empresa para, de este modo, garantizar el respecto efectivo de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal y de los periodos mínimos de descanso tanto diario como semanal.

Pues, sin tal sistema, no sería posible en la práctica determinar de manera objetiva y fiable el número de horas de trabajo realizadas por el trabajador ni su distribución en el tiempo, así como tampoco el número de horas realizadas extraordinarias, lo que conlleva como consecuencia el no respeto de los derechos contemplados tanto en el artículo 31.2 de la CDFUE como en la Directiva 2003/88/CE.

Y es que, en efecto, determinar objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo diario y semanal es esencial para comprobar, de un lado, si se ha respetado la duración máxima del tiempo de trabajo semanal recogida en el artículo 6 de la Directiva 2003/88/CE -que incluye las horas extraordinarias- durante el periodo de referencia contemplado en los artículos 16.b) y 19 de la Directiva 2003/88/CE, y, de otro lado, si se han respetado los periodos mínimos de descanso diario y semanal definidos en los artículos 3 y 5 de la Directiva 2003/88/CE, pues dicho respeto queda en manos del empresario.

Lo que significa que una normativa nacional -como es el caso de España- que no establezca la obligación de utilizar un instrumento que permita determinar objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo diario y semanal no puede asegurar el efecto útil de los derechos que otorga tanto el artículo 31.2 de la CDFUE como la propia Directiva 2003/88/CE.

Añade a continuación el TJUE que no tiene incidencia el hecho de que la duración máxima del tiempo de trabajo semanal establecida en el artículo 34.1 del ET -cuarenta horas semanales- sea más favorable para el trabajador que la contenida en el artículo 6.b) de la Directiva 2003/88 -cuarenta y ocho horas semanales-, pues sin un sistema que permita computar la jornada diaria efectiva sigue resultando igualmente difícil e imposible en la práctica que un determinado trabajador consiga que efectivamente se respete la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, con independencia de cuál sea su duración en horas.

Además, Luxemburgo entiende que tal dificultad no se atenúa por lo dispuesto en el artículo 35.5 del ET, en virtud del cual “a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente”, pues lo relevante en este aspecto es que la calificación de horas extraordinarias presupone que se conozca y, por ende, que se haya computado previamente, la duración de la jornada laboral efectiva de los trabajadores afectados porque hayan prestado su consentimiento al respecto.

En otros términos, que la obligación establecida en el artículo 35.5 del ET de registrar las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores no ofrece a los mismos un medio

eficaz capaz de garantizar tanto que no se sobrepasa la duración máxima del tiempo de trabajo semanal establecida en la Directiva 2003/88/CE como que se respetan los periodos mínimos de descanso diario y semanal establecidos en la misma, razón por la cual dicha obligación legal no permite mitigar la falta de existencia de un sistema que pueda garantizar el respeto efectivo de la normativa referente a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal respecto de los trabajadores que no han prestado su consentimiento para realizar horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, esto es, horas extraordinarias.

Asimismo, tanto la empresa Deutsche Bank como el Gobierno Español alegan que, cuando no existe un sistema de cómputo de la jornada laboral efectiva, en virtud del artículo 217 de la LEC 1/2000, el trabajador puede utilizar otros medios de prueba tales como, por ejemplo, declaraciones testificales, invirtiendo de este modo la carga de la prueba, medios probatorios que el TJUE entiende que no permiten determinar de manera objetiva y fiable el número de horas diarias y semanales realizadas por cada trabajador en la empresa.

Pues huelga tener en consideración la posición de contratante débil del trabajador, motivo por el cual la prueba testifical no puede entenderse un medio de prueba eficaz, ya que los trabajadores pueden mostrarse contrarios a declarar contra su propio empleador por temor a represalias, a diferencia de lo que ocurriría si se estableciese un sistema de registro que permitiese computar la jornada diaria efectiva a través del cual se facilitarían tanto la prueba por parte de los trabajadores de que se han vulnerado los derechos recogidos en los artículos 3, 5 y 6.b) de la Directiva 2003/88/CE y 31.2 de la CDFUE como el control por parte de las autoridades y los tribunales nacionales competentes para verificar que verdaderamente se respetan dichos derechos.

Al igual que sucede con la prueba testifical, el Tribunal de Luxemburgo entiende que tampoco puede considerarse que las dificultades derivadas de la inexistencia de un sistema de registro de la jornada diaria de trabajo efectivamente realizada por cada trabajador que conforma la plantilla de la empresa puedan superarse a través de facultades de investigación y de sanción que la legislación nacional otorga a determinados órganos de control como, por ejemplo, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social pues, sin tal sistema de cómputo, las propias autoridades se ven privadas de un medio eficaz de obtener acceso a datos objetivos y fiables concernientes a la duración del tiempo de trabajo efectivo de los trabajadores en cada empresa que les puede resultar necesario para llevar a cabo sus funciones.

En suma, respecto a los artículos 3, 5 y 6.b) de la Directiva 2003/88 y 31.2 de la CDFUE, el TJUE concluye que, para garantizar su efecto útil, los países miembros de la Unión deben imponer a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria efectuada por cada uno de los trabajadores.

Por otro lado, en cuanto a la Directiva 89/391/CEE, el TJUE entiende que corrobora la conclusión anteriormente mencionada al aplicarse plenamente en materia de periodos

mínimos de descanso diario, de descanso semanal y de duración máxima del trabajo semanal.

Además, establece que el artículo 11.3 de la misma, relativo a la consulta y participación de los trabajadores, contiene que los representantes de los trabajadores que tengan una función específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores “tendrán derecho a solicitar del empresario que tome las medidas adecuadas y a presentarle propuestas en ese sentido para paliar cualquier riesgo para los trabajadores y/o eliminar las fuentes de riesgo”.

Por lo que la implantación de un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria llevada a cabo por cada trabajador se antoja necesario para permitir que los representantes de los trabajadores que tengan una función específica en materia de prevención de riesgos laborales ejerzan su derecho a solicitar del empresario que tome las medidas adecuadas y a presentarle propuestas.

En definitiva, en virtud de todo lo expuesto con anterioridad, el TJUE afirma que, en el ejercicio del margen de apreciación de que disponen a este respecto, corresponde a los Estados miembros de la UE definir los criterios de aplicación de tal sistema, especialmente la forma que debe revestir, teniendo en consideración las particularidades propias de cada sector de actividad e incluso de las especificidades de ciertas empresas, tales como, a título ejemplificativo, su tamaño, salvo que sea de aplicación el artículo 17.1 de la Directiva 2003/88, según el cual, “desde el respeto de los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, los Estados miembros podrán establecer excepciones a lo dispuesto en los artículos 3 a 6, 8 y 16 cuando, a causa de las características especiales de la actividad realizada, la jornada de trabajo no tenga una duración medida y/o establecida previamente o cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores”.

Lo que no queda desvirtuado por el hecho de que determinadas disposiciones específicas del derecho de la UE -especialmente, Directivas- sobre el sector de los transportes contengan expresamente la obligación de registrar el tiempo de trabajo de los trabajadores a los que les son de aplicación, porque, aunque la existencia de una necesidad de protección particular ha podido llevar al legislador comunitario a establecer de manera expresa tal obligación respecto a determinadas categorías especiales de trabajadores, la obligación similar consistente en implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada diaria efectiva se impone de manera más general para el conjunto de los trabajadores con la finalidad de garantizar el efecto útil de la Directiva 2003/88/CE y de tener en cuenta la relevancia del derecho fundamental consagrado en el artículo 31.2 de la CDFUE.

En cuanto al coste, considera el TJUE que la protección eficaz de la seguridad y de la salud de los trabajadores no debe subordinarse a consideraciones de carácter económico<sup>26</sup>, a lo que añade que, además, ni la empresa Deutsche Bank ni el Gobierno español han

---

<sup>26</sup> STJUE de fecha 9 de septiembre de 2003. Asunto C-151/2002, apartados 66 y 67 [TJCE 2003\250].

identificado en el caso de manera precisa y concreta los obstáculos prácticos que podrían impedir a los empresarios implantar con un coste razonable un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.

Finalmente, el Tribunal de Justicia recuerda su reiterada jurisprudencia<sup>27</sup>, en virtud de la cual, la obligación de los países miembros de la UE derivada de una directiva de alcanzar el resultado que la misma prevé y el deber de éstos en virtud del artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea de adoptar “todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión”, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluido, en el ámbito de sus competencias, el poder judicial.

De lo que se infiere que, los órganos jurisdiccionales nacionales, al aplicar el derecho interno que deben interpretar, se encuentran compelidos a tener en cuenta el conjunto de normas de dicho Derecho y a aplicar los métodos de interpretación reconocidos por éste para hacerlo, en la mayor medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con el objetivo de alcanzar el resultado que ésta persigue y, como consecuencia, a atenerse al artículo 288.3 del TFUE, según el cual, “la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”.

Exigencia de interpretación conforme que, según el TJUE, incluye la obligación de las autoridades judiciales de modificar una jurisprudencia ya consolidada si ésta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva<sup>28</sup>.

Por todo ello, concluye el fallo de la sentencia del TJUE de fecha 14 de mayo de 2019<sup>29</sup> -en el mismo sentido que el Abogado General del TJUE propuso en sus conclusiones al TJUE-, que, “los artículos 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, interpretados a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 4, apartado 1, 11, apartado 3, y 16, apartado 3, de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que, según la interpretación de esa normativa adoptada por la jurisprudencia nacional, no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador”.

Por lo que, en definitiva, con esta STJUE se ha despejado el debate judicial mantenido entre la AN y el TS, debate que, finalmente, ha sido zanjado afortunadamente por el legislador con el RD-l 8/2019<sup>30</sup>.

27 STJUE de fecha 13 de diciembre de 2018. Asunto C-385/17, apartado 49 [TJCE 2018\298].

28 STJUE de fecha 11 de septiembre de 2018. Asunto C-68/17, apartado 64 [TJCE 2018\201].

29 Asunto C-55/18 [JUR 2019\149299].

30 ROJO TORRECILLA, E. y GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “La obligación de registro

## II. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA NOTA DE PRENSA DEL MINISTERIO CON MOTIVO DEL CUMPLIMIENTO DE SEIS MESES DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL REGISTRO DE LA JORNADA DE TRABAJO

En fecha de 12 de noviembre de 2019, el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, ha informado de los primeros resultados relacionados con la entrada en vigor de la obligación del registro de la jornada de trabajo el pasado día 12 de mayo, tras la aprobación del RD-L 8/2019 hace ya seis meses<sup>31</sup>.

En este sentido, los datos más importantes a destacar son los siguientes:

En primer lugar, que, entre los meses de mayo y octubre, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha finalizado 5.363 expedientes relacionados con el registro de jornada y el tiempo de trabajo, un 3'9% más que en el semestre inmediatamente anterior -noviembre 2018 a abril 2019-.

En dichos expedientes, según la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se han constatado 980 infracciones, un 9'8% más que en los seis meses anteriores, lo que supone que se han detectado infracciones en materia de tiempo de trabajo en el 18,3% de las empresas inspeccionadas.

Y, en segundo lugar, que, con la finalidad de reforzar y aumentar las actuaciones llevadas a cabo en estos seis meses, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en coordinación con las distintas Comunidades Autónomas, va a poner en marcha en el año 2020 una nueva campaña de inspección específica sobre el registro horario.

## III. REGISTRO DE LA JORNADA LABORAL Y DESPIDO

A raíz del RD-L 8/2019, se han sucedido una serie de sentencias por despido que derivan de casos en los que el obligatorio registro diario de la jornada laboral de todas las personas trabajadoras por la parte empresarial es un elemento fundamental para el fallo judicial, cobrando las sentencias por despido en torno a esta cuestión una mayor dimensión y repercusión<sup>32</sup>.

En virtud de lo anterior, a título ejemplificativo, las sentencias judiciales tanto del Juzgado de lo Social -en adelante y para simplificar, JS- como del Tribunal Superior de Justicia -en adelante y para simplificar, TSJ- más recientes y relevantes al respecto son las siguientes:

---

diario de la jornada: la necesaria intervención del TJUE en el debate judicial entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo”, en Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 3, 2019, págs. 2 y 7.

31 Nota de prensa de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de fecha 12 de noviembre de 2019. “El registro de la jornada de trabajo cumple seis meses”.

32 Vid., un comentario de determinadas sentencias sobre el registro de la jornada laboral y el despido en MARTÍN, E.: El Blog de Sincro. Web: <https://sincro.com.es/>

1. Según la SJS de Ciudad Real de fecha 19 de septiembre de 2019<sup>33</sup>, la indemnización por despido improcedente de una trabajadora contratada a tiempo parcial -24 horas- se debe calcular a jornada completa y no a jornada parcial al probarse que la empresa obligaba a la trabajadora a elaborar y firmar registros de horarios falsos bajo amenazas.

Según el Fundamento Jurídico Segundo de dicha SJS, “en la prueba de interrogatorio de la parte actora por la misma se han reconocido los registros de la jornada aportados por la parte demandada, manifestando al respecto que efectivamente es su letra y firma, que la empresa les dijo que tenían que hacerlos ellas con su letra y que los firmaba porque se les dijo que si no dejaban de trabajar o en el caso de que pusieran una multa a la empresa la abonaría ella”.

Asimismo, una testigo de la demandante manifestó que las trabajadoras de la empresa “confeccionaban y firmaban el registro de horas por indicación de la empresa y si querían seguir trabajando; que la responsable de la empresa iba al centro de trabajo una vez por semana, normalmente los viernes indicando como había que confeccionar el registro de jornada”.

Mientras que otra testigo de la parte actora declaró que “el registro de horas lo hacían y firmaban para seguir trabajando, porque la empresa dijo que si no se hacía no se trabajaba yendo la responsable de la empresa una vez a la semana al centro de trabajo, en general los viernes siendo en ese momento cuando se elaboraban todos los fichajes de la semana; que ella les dijo al resto de trabajadoras por encargo de la empresa que tenían que firmar el registro porque era obligatorio y si no en caso de que impusieran una multa la pagarían ellas”.

Por tanto, el JS concluye en este caso que, “de las pruebas practicadas se ha puesto de manifiesto que con independencia de que la trabajadora elaborara y firmara el registro de horas que le exigía la empresa, la jornada de trabajo que realizaba era superior a la pactada en el contrato, siendo una jornada completa, jornada que hacían todas las trabajadoras de la empresa como ha puesto de manifiesto la prueba testifical absolutamente coincidente, lo cual por otra parte es lógico atendiendo a que el centro de trabajo es una peluquería y centro de estética, y que menos que haya durante el periodo de lunes a jueves dos peluquerías para atender a la clientela que siempre es menor que la que acude los viernes y sábados días en los cuales existe una mayor afluencia y por lo tanto es preciso que se encuentren prestando servicios la totalidad de la plantilla con un horario más amplio, siendo práctica habitual que los centros de peluquería y estética no cierran el viernes a mediodía para facilitar a su clientela el poder acudir, sin que la empresa haya practicado ninguna otra prueba para desvirtuar lo manifestado por las testigos, como por ejemplo prueba testifical de clientes que hubieran podido manifestar el horario de apertura y cierre, así como el número de trabajadoras que se encontraban prestando servicios los viernes, en consecuencia habiendo acreditado la parte actora lo alegado con respecto a la jornada de trabajo realizada hay que señalar que la cuantía del salario regulador del despido será el que conforme al convenio colectivo corresponde a la jornada completa que asciende a la cantidad de 991,66 € incluido parte proporcional de pagas extraordinarias”.

<sup>33</sup> [UR 2019\286850].

2. Según la SJS de Burgos de fecha 5 de agosto de 2019<sup>34</sup>, se declara procedente el despido objetivo fundamentado en la causa d) del artículo 52 del ET referente al absentismo laboral de un representante de los trabajadores, utilizando como prueba el sistema de fichaje.

Según el Fundamento de Derecho Sexto de dicha SJS, “con los fichajes aportados por la demandada en el documento 66 del acontecimiento 168 del expediente, se puede comprobar que todos los días que constan en el Hecho probado Tercero de esta resolución, el trabajador se encontraba en situación de IT y no acudió en ningún momento a su puesto de trabajo”.

3. Según la SJS de Avilés de fecha 18 de julio de 2019<sup>35</sup>, se declara improcedente el despido disciplinario fundamentado en las causas a), b), d) y e) del artículo 54.2 del ET sobre las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo, la indisciplina o desobediencia en el trabajo, la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, y la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado, respectivamente, de una trabajadora, por incumplir el sistema de fichaje a través de la huella digital, si existe tolerancia tácita por parte de la empresa sobre el uso inadecuado de dicho sistema de fichaje, puesto que no se le advirtió de ello en ningún momento.

De conformidad con el Fundamento de Derecho Segundo de dicha SJS, “en el presente caso se da la paradoja de una carta muy extensa, pero que adolece de la necesaria concreción en parte de sus extremos. En tal sentido, es elocuente la imputación de retraso en la llegada al puesto de trabajo, que, pese al expediente contradictorio tramitado, no se concretó en éste, pero tampoco en la carta, en la que se expone que la trabajadora “falta de su centro de trabajo durante aproximadamente el ochenta por ciento del tiempo de su jornada laboral...”, lo que ya no alude a la demora en el inicio de la jornada o la conclusión previa, sino simplemente abandonar su actividad y ello admitiendo simultáneamente que ésta no puede desarrollarse en su puesto de trabajo y que por ello debe interpretarse con “flexibilidad” aquella exigencia. Pero, a continuación, parece concretarse la imputación, pero nuevamente en términos que no permiten la defensa de la trabajadora: “... analizados los fichajes de entrada y salida desde el 9 de mayo se detectan múltiples días en los que no ficha ni entrada, ni salida. De los días en que hay fichaje, en ninguno se ha observado una entrada anterior a las 8,30 horas, siendo el comienzo del horario laboral a las 8,00 horas”. Ninguna dificultad suponía a la empleadora señalar los días en los que se le imputaba no fichar, incluso precisar si la imputación lo es no trabajar o no fichar, pues se trata de infracciones distintas. Parece que ésta es la imputación formalizada, pues se alude a la obstaculización de la facultad de control, pero no resulta coherente con la calificación de la infracción, pues se sanciona por la falta repetida de asistencia al trabajo de puntualidad al mismo”.

---

34 [JUR 2019\264794].

35 [JUR 2019\266817].



A lo que añade a renglón seguido que, en todo caso, “no se aporta concreción alguna respecto de los días de ausencia, pero tampoco por la incorrección en el registro, pues se admite que se empleó, sin aportar los días en que no formalizó por el mecanismo de control su entrada o salida. Y, en todo caso, se admite que la trabajadora no desempeñaba en la oficina la mayor parte de su trabajo y que por ello se le permitía implícitamente no fichar, por lo que no cabe la sorpresiva exigencia de aquel control, cuando existía un consentimiento tácito a los usos laborales de la demandante que, sin advertencia previa, no puede ser objeto de sanción, menos aún con la transcendencia del despido”.

4. Según la STSJ de Madrid de fecha 12 de julio de 2019<sup>36</sup>, se declara improcedente el despido disciplinario de un trabajador fundamentado en la causa a) del artículo 54.2 del ET relativa a las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo, si el sistema informático de control horario mediante huellas dactilares que la empresa recurrente tiene instaurado en el centro de trabajo donde presta servicios el trabajador no es fiable, ni fidedigno, y contiene errores.

5. Según la STSJ de Galicia de fecha 12 de junio de 2019<sup>37</sup>, se declara procedente el despido disciplinario fundamentado en la causa d) del artículo 54.2 del ET relativa a la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, de un trabajador que falseó su informe de servicios.

Conforme al Fundamento de Derecho Segundo de dicha STSJ, “a la vista de las circunstancias, concluimos que la medida adoptada -como ya adelantábamos- es proporcionada, porque -tal y como resalta el Magistrado de la Instancia- el actor no sólo ha vulnerado la confianza de su empleador, ausentándose de un servicio de vigilancia sin informar a nadie y sin justificación de ningún tipo, sino que dicha conducta se ha visto agravada -y mucho- por el falseamiento del parte de incidencias, dado que hizo constar que su salida se había producido -sin incidencias reseñables- a las 07:00 -que es la hora en la que finaliza su servicio-, cuando lo había abandonado, como muy tarde, a la 01:30 horas. Esto excluye la línea de defensa del recurrente (relativa a calificar la ausencia como infracción leve o grave, por mero abandono breve o inasistencia al trabajo un día), pues el actor alteró los datos que comunica a su empresario (parte de trabajo) para crear la apariencia -en el caso de que no hubiesen acudido a realizar una comprobación dos Inspectores de la empresa- de que había permanecido todo el tiempo del servicio en las instalaciones donde está destinado; y eso, no es sólo un abandono, sino algo más, incardinable en la infracción prevista en el artículo 74.4 del CC aplicable: “[...]a falsedad, deslealtad, el fraude, el abuso de confianza y el hurto o robo, tanto a compañeros de trabajo como a la Empresa o a terceros relacionados con el servicio durante el desempeño de sus tareas o fuera de las mismas”, descartándose -de plano- su posible encaje en los artículos 72 o 73”.

6. Según la STSJ de Murcia de fecha 30 de abril de 2019<sup>38</sup>, se declara nulo -con indemnización por daño moral- el despido disciplinario de una trabajadora que denunció

36 [JUR\2019\252146].

37 [JUR 2019\215484].

38 [JUR 2019\162646].

a su empresa ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por falsear el sistema de fichaje y obligar a los trabajadores a firmar cuadrantes falsos por vulneración del derecho constitucional fundamental a la tutela judicial efectiva -artículo 24 de la CE- en su vertiente de garantía de indemnidad.

#### IV. CONCLUSIONES

La OIT define el trabajo decente<sup>39</sup> como aquel trabajo productivo desarrollado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, debiendo existir un marco tuitivo que permita que los derechos de los trabajadores sean efectivamente protegidos: el problema estriba en que las condiciones laborales y sociales de los trabajadores en muchos países del mundo se alejan de este marco pragmático<sup>40</sup>.

En este sentido, el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020<sup>41</sup> señala como una de sus medidas operativas la lucha contra los abusos en la contratación a tiempo parcial, los excesos de jornadas y las horas extraordinarias no pagadas ni compensadas.

Así, contempla que la realización de horas extraordinarias en los contratos a tiempo completo, en número superior al límite de 80 horas al año establecido en el ET, que con frecuencia no se retribuyen ni se compensan o se hace por debajo de lo marcado en los convenios colectivos aplicables, constituye una de las peores manifestaciones de precarización laboral en relación con el tiempo de trabajo, lo que está favorecido por una insuficiente o deficiente regulación de la normativa de aplicación a las mismas, por ejemplo, en cuanto a la obligatoriedad del registro de la jornada de trabajo, lo que dificulta el control de su realización, en cuanto a la compensación con tiempo de descanso, o en cuanto a las reducidas cuantías de las sanciones a imponer en casos de incumplimientos, que no son suficientemente disuasorias.

En los mismos términos expresa la exposición de motivos del RD-l 8/2019 que una de las circunstancias que han incidido en los problemas del control de la jornada laboral de los trabajadores por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como en las dificultades de reclamación por parte de los propios empleados afectados por esa extralimitación horaria y que, por ende, ha facilitado la realización de jornadas superiores a las legalmente establecidas o convencionalmente pactadas, ha sido la ausencia en el ET de una obligación clara por parte de la empresa del registro de la jornada laboral.

Razón por la cual, el artículo 10 del RD-l 8/2019 modifica el artículo 34.7 del ET, así como se añade un apartado 9 al mismo, para regular el registro de jornada con la finalidad

---

39 MONEREO PÉREZ, J. L.: “Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente”, en *Lex Social*, vol. 9, núm. 1, 2019, *passim*.

40 MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S.: “Configuración y sentido jurídico-político y técnico-jurídico”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Dir.), DE VAL TENA, Á. L. (Dir.) y LÓPEZ INSUA, B. M. (Coord.) et al: *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018, pág. 3.

41 Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020. Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

de garantizar el cumplimiento de los límites establecidos en materia de jornada, de crear un marco de seguridad jurídica tanto para los trabajadores como para las empresas y de posibilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, además, de manera complementaria, el artículo 11 del mismo modifica el artículo 7.5 del RDL 5/2000 con la finalidad de tipificar como infracciones en el orden social las derivadas de incumplimientos relativos al registro de jornada.

Así, el artículo 34.7 del ET ha quedado redactado con el RD-l 8/2019 del siguiente modo: “el Gobierno, a propuesta de la persona titular del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, podrá establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, así como especialidades en las obligaciones de registro de jornada, para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran”.

Estableciendo como novedad el relevante apartado 9 que, “la empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo. Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada. La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”.

De esta manera, según lo establecido en la exposición de motivos del RD-l 8/2019 “la creación del registro de jornada por el presente real decreto-ley asegura la conformidad de la normativa europea con el ordenamiento europeo”.

Pues bien, dos días después de la entrada en vigor del artículo 10 del RD-l 8/2019, la Gran Sala del TJUE declaró en su Sentencia de fecha 14 de mayo de 2019, fruto de una cuestión prejudicial planteada por la AN que, “los artículos 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, interpretados a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 4, apartado 1, 11, apartado 3, y 16, apartado 3, de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que, según la interpretación de esa normativa adoptada por la jurisprudencia nacional, no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador”.

En definitiva, el TJUE -al igual que el Abogado General hacía en sus conclusiones- ha terminado por dar la razón a la AN, órgano judicial remitente de las cuestiones prejudicia-

les planteadas, en contra de la jurisprudencia del TS contenida en las sentencias de fecha 23 de marzo de 2017<sup>42</sup> y 20 de abril de 2017<sup>43</sup>, que establecieron que el artículo 35.5 del ET no impone la obligación de llevar un registro de la jornada diaria efectiva de toda la plantilla de trabajadores para así poder comprobar el cumplimiento de la jornada laboral y horarios pactados, sino que únicamente se debe llevar el registro de las horas extraordinarias realizadas en virtud del tenor literal de dicho precepto.

Como consecuencia de lo anterior, el TJUE ha avalado el RD-I 8/2019 dictado en caso de extrema y urgente necesidad que tanta repercusión y confusión ha creado tanto para la parte empresarial como para la parte trabajadora en los últimos meses.

Por último, huelga decir que de las sentencias judiciales comentadas en la presente investigación se infiere la conclusión de que el obligatorio uso del registro de la jornada laboral sirve como prueba en los casos de despido.

A título ejemplificativo, sirve para controlar y justificar las faltas de asistencia de las personas trabajadoras que pueden conducir al despido tanto disciplinario -fundamentado tanto en la causa a) del artículo 54.2 del ET por faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo- como por circunstancias objetivas -fundamentado en la causa d) del artículo 52 del ET por absentismo laboral, aun justificado, pero intermitente, que alcance los umbrales legalmente establecidos-.

---

42 [RJ 2017\1174].

43 [RJ 2017\1869].

**PONENCIA ESPECÍFICA  
PROTECCIÓN DE DATOS Y ACCESO DE LA REPRESENTACIÓN DE  
LAS PERSONAS TRABAJADORAS AL REGISTRO DE JORNADA**

*Rafael Gómez Gordillo<sup>1</sup>  
Profesor Titular de Universidad  
Universidad Pablo de Olavide, Sevilla*

- I. Introducción. Los términos del debate jurídico
- II. Elementos subjetivos
  - 1. Titularidad de la facultad de acceso al registro horario
  - 2. La representación de las personas trabajadoras en la empresa a la luz de la normativa sobre protección de datos
- III. Contenido del derecho de acceso al registro horario
  - 1. Alcance material del derecho de acceso al registro horario
  - 2. Calificación jurídica de los datos del registro horario
- IV. Las obligaciones derivadas del tratamiento de datos del registro por la representación de los trabajadores.
  - 1. Las obligaciones de la representación de los trabajadores como responsable
  - 2. Las obligaciones de la representación de los trabajadores como encargado
  - 3. Confidencialidad y sigilo profesional
- V. Conclusiones

---

<sup>1</sup> 0000-0002-8149-8503/K-6924-2014. Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “Los Derechos Fundamentales ante las Transformaciones Laborales en la Nueva Economía” (DER2017-83488-C4-1-R).

RESUMEN: El último párrafo del art. 34.9 ET impone a las empleadoras la obligación de mantener, durante cuatro años, a disposición de los representantes legales de las personas trabajadoras el registro diario de jornada. En el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicho precepto, el empresario deberá observar las exigencias derivadas de la normativa de protección de datos, en particular, las contenidas en el Reglamento general de protección de datos, y en la LO de protección de datos personales y garantía de derechos digitales. El análisis del nuevo marco normativo, que amplía el programa de garantías relativo a los datos de las personas trabajadoras, provoca la aparición de dudas en torno a la aplicabilidad de tales restricciones en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo. En ausencia de previsiones legales expresas sobre el lugar que la representación de las personas trabajadoras debe ocupar en el sistema de protección de datos, el estudio pretende ofrecer criterios de aplicación práctica que permitan garantizar el ejercicio de los derechos de información y de las facultades de vigilancia del cumplimiento de la legislación laboral por la representación de las personas trabajadoras, sin perjuicio de los derechos digitales de aquellas.

## I. INTRODUCCIÓN. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE JURÍDICO

El art. 34.9 ET in fine faculta a la representación legal de las personas trabajadoras para acceder al registro diario de jornada. Dicho registro deberá incluir, conforme establece el mismo precepto, “el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora”. Más allá de estas precisiones, la norma remite a los convenios colectivos o, subsidiariamente, a la decisión unilateral de la empleadora, la determinación de la forma en que deberá documentarse el registro. La modificación de la regulación precedente tiene como finalidad fundamental la de garantizar el cumplimiento de los límites, de origen legal o convencional, establecidos en materia de tiempo de trabajo<sup>2</sup>, en la línea de lo señalado en la más reciente doctrina del TJUE, en torno al deber de los estados miembros de garantizar la eficacia de los derechos reconocidos a las personas trabajadoras en materia de tiempo de trabajo<sup>3</sup>.

El pronunciamiento del alto tribunal europeo contiene algunas reflexiones que conviene tener presentes a la hora de determinar el alcance de la reforma normativa en la materia. En primer lugar, se recuerda que los derechos relacionados con el tiempo de trabajo están expresamente consagrados por el art. 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE<sup>4</sup>, y desarrollados por los arts. 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88/CE, sobre ordenación del tiempo de trabajo<sup>5</sup>. Por ello, dichos preceptos no pueden ser objeto de interpretaciones restrictivas (Considerando 30). En segundo lugar, la sentencia considera que, en virtud de las circunstancias de desigualdad en que se desarrolla la relación laboral, la eficacia de la norma requiere la implementación de “un instrumento que permita determinar objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo diario y semanal” (Considerando 49). En tercer lugar, y con distinto engarce jurídico, “la implantación de un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador forma parte de la obligación general que incumbe a los Estados miembros y a los empresarios, prevista en los artículos 4, apartado 1, y 6, apartado 1, de la

---

2 Exposición de motivos Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, BOE de 12 de marzo. Sobre el registro de jornada, entre otros: Morón Prieto, R., “El registro de jornada en los tiempos líquidos: limitaciones en la regulación y de la regulación del registro de jornada” en De la Puebla Pinilla, A y Mercader Uguina, J.R. (dirs.), *Tiempo de reformas: en busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, pp. 177-198; Igartua Miró, M.T., “La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019”, *Temas Laborales*, n° 147, 2019, pp. 115-149; Marín Alonso, I., “La obligación empresarial de registro de la jornada ordinaria de trabajo ante el derecho de la Unión Europea y el derecho interno”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 53, 2019, pp. 99-128.

3 STJUE, Gran Sala, de 14 de mayo de 2019, C-55/18, EU:C:2019:403.

4 Bajo la rúbrica, “Condiciones de trabajo justas y equitativas”, el apartado 2 del art. 31 establece: “Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas.”

5 Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, DOUE de 18 de noviembre de 2003.

Directiva 89/391<sup>6</sup>, de implementar la organización y los medios necesarios para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores” (Considerando 62). Por último, el TJUE vincula la garantía de los derechos de las personas trabajadoras a la labor de sus representantes, en materia de prevención de riesgos, y al acceso de estos al registro de jornada; en concreto, la sentencia considera que “tal sistema es necesario para permitir que los representantes de los trabajadores que tengan una función específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores ejerzan su derecho, contemplado en el artículo 11, apartado 3, de esta Directiva, a solicitar del empresario que tome medidas adecuadas y a presentarle propuestas” (Considerando 62). Por otra parte, aunque la sentencia no se refiere expresamente a otras previsiones normativas, conviene tener presente que los derechos de información y consulta forman parte del catálogo competencial asignado a la UE, en virtud de lo establecido en el art. 153.1.e) y f) TFUE, habiendo sido ampliamente desarrollados por distintas directivas<sup>7</sup>

Desde la perspectiva interna, el reconocimiento del derecho de la representación de las personas trabajadoras a acceder a los datos del registro manifiesta su carácter instrumental respecto de la materialización de los derechos de participación de los trabajadores en la empresa, y como garantía del libre ejercicio de la actividad sindical en dicho ámbito, proclamados por el art. 129 CE y el art. 28.1 CE, y desarrolladas por el Título II ET y por la LOLS, respectivamente. En concreto, el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo viene a incrementar el contenido de los derechos de información recogidos de manera general, pero no exclusiva, por el art. 64 ET<sup>8</sup>. La información a la que en cumplimiento de estas previsiones accede la representación de las personas trabajadoras constituye una condición sine qua non para el ejercicio de las competencias en materia de vigilancia del cumplimiento de las normas legales y convencionales en materia laboral y de seguridad social, prohibición de discriminación, y prevención de riesgos, contenidas en los apartados 1º, 2º y 3º del art. 64.7.a) ET. Por último, debe también tenerse en cuenta que, ex apartado 1ª del art. 10.3 LOLS, los delegados sindicales tendrán acceso “a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa”<sup>9</sup>.

6 Directiva 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, DOCE de 29 de junio de 1989.

7 Entre otras, Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, DOCE de 23 de marzo de 2002.

8 Recuérdese que el art. 64.1 ET obliga al empleador a informar a la representación de los trabajadores “sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores”. Con relación a la relevancia constitucional de los derechos de información de los representantes de las personas trabajadoras en la empresa, los derechos de las personas trabajadoras a ser informadas y las relaciones con la autonomía individual en el ámbito de las relaciones laborales, véase STC n° 143/1993, 22 de abril. Las últimas reformas laborales hacen descansar sobre la información de la representación de empresa la garantía de derechos nucleares como la igualdad de remuneración por razón de sexo (art. 28.2 ET), el cumplimiento de las normas sobre tiempo de trabajo (art. 34.9 ET), adaptaciones de jornada por razones de conciliación de la vida familiar y laboral (art. 34.8 ET); negociación de planes de igualdad (nuevo art. 45.2 LO 3/2007); sobre el alcance de estas novedades véase: Gómez Gordillo, R., “La negociación colectiva en las reformas de 2018 y 2019”, *Temas Laborales* n° 147/2019, pp. 151-174.

9 Con respecto a esta materia, véase STS de 21 de diciembre de 2015, rec. n° 56/2015.



En paralelo, no cabe duda de que la empleadora debe garantizar un uso adecuado de los datos del registro horario, con respeto a los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar de los ciudadanos (art. 18.4 CE), mediante el cumplimiento de las exigencias derivadas de la nueva normativa de protección de datos, en particular, las contenidas en el Reglamento general de protección de datos (en adelante RGPD)<sup>10</sup> y en la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales (en adelante LOPDP)<sup>11</sup>. El amplio alcance del concepto jurídico de dato personal que recoge el art. 4.1 RGPD, las escasas, pero relevantes, previsiones específicas sobre la proyección de estos derechos sobre la relación individual de trabajo contenidas en la normativa europea e interna<sup>12</sup>, y la ausencia de tratamiento específico en dichas normas de la actividad de las representaciones de las personas trabajadoras, seguramente obligará a realizar una nueva lectura de las garantías ofrecidas por la legislación de desarrollo del art. 18.4 CE. Resuelta positivamente la cuestión relativa a la aplicación de la normativa sobre protección de datos en el ámbito de las relaciones laborales<sup>13</sup>, y el carácter personal de los datos sobre jornada de trabajo<sup>14</sup>, es preciso construir una doctrina en la materia que aporte un mayor grado de seguridad jurídica a todos los operadores involucrados.

## II. ELEMENTOS SUBJETIVOS

El nuevo apartado 4 del art. 39 ET, introducido vía art. 10 del RD-ley 8/2019, regula el registro de jornada, obligación que se extiende sobre la totalidad de las empleadoras<sup>15</sup>. La norma modifica radicalmente la funcionalidad tradicional de este tipo de registros, con el objetivo declarado de configurarlo como un instrumento de lucha contra la precariedad

10 Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, DOUE de 4 de mayo de 2016.

11 LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales, BOE de 6 de diciembre de 2018. Sobre los puntos de tensión entre el derecho de información de la representación de las personas trabajadoras y la normativa de protección de datos precedente, véase Valverde Asencio, A.J., “Protección de datos de carácter personal y derechos de información de los representantes de los trabajadores”, *Temas Laborales*, n° 118/2013, pp. 13-54.

12 Sobre tales previsiones, véase: García Murcia, J. y Rodríguez Cardo, I.A., “La protección de datos personales en el ámbito de trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 216/2019, pp. 19-64; Baz Rodríguez, J., “La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático”, *Trabajo y Derecho*, n° 54/2019, pp. 49-79; Mercader Uguina, J.R., “Aspectos laborales de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre”, *Trabajo y Derecho*, n° 52/2019, pp. 110-118; Miñarro Yanini, M., “La Carta de derechos digitales de los trabajadores ya es ley: menos claros que oscuros en la nueva regulación”, *CEF*, n° 430/2019, pp. 5-14; Blázquez Agudo, E.M., “Novedades laborales en la nueva Ley Orgánica de protección de datos”, *Trabajo y Derecho*, n° 50/2019, pp. 89-102.

13 Artículo 8 RGPD.

14 STJUE de 30 de mayo de 2013, C-342/12, EU:C:2013:355.

15 Si bien el, también nuevo, art. 34.7 ET faculta al Gobierno para ajustar las obligaciones de registro de jornada, a las peculiaridades de aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que lo requieran, hasta la fecha no se ha hecho uso de dicha posibilidad.

laboral, al menos de aquella que se manifiesta y provoca mediante el incumplimiento de las reglas sobre limitación de la jornada laboral. La acción legislativa se justifica en la notable extensión de las prácticas infractoras en nuestro sistema de relaciones laborales<sup>16</sup>, y en los graves perjuicios que estas producen sobre los elementos esenciales de la relación de trabajo, salario y tiempo de trabajo, y sobre los ingresos del sistema de seguridad social.

Desde esta perspectiva, el acceso de la representación de los trabajadores a los datos del registro horario constituye un elemento esencial en la eficacia de la acción legislativa, al menos en aquellos centros de trabajo obligados a elegir representantes (arts. 62 y 63 ET), en la medida en que la nueva obligación facilita a estas la ejecución de la tarea de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa laboral en materia de jornada, asignada con carácter general por el art. 64.7.a).1º y 2º ET. La relevancia que la norma otorga al papel de tales representaciones en esta materia, y las limitaciones que la normativa sobre protección de datos impone a la cesión y al manejo de datos personales, obliga a realizar una lectura actualizada y conjunta sobre alcance subjetivo de las previsiones contenidas en sendos marcos normativos.

### **1. Alcance subjetivo de la ordenación del registro horario**

El art. 34.9 ET impone la obligación de garantizar el registro de la jornada a todo tipo de empresas, sin distinción de tamaño o actividad. En aplicación del precepto, la empleadora, es responsable de garantizar el registro de la jornada de todas las personas que prestan servicio en la empresa, sin distinción de modalidad contractual (contratos indefinidos o temporales) ni tipología de jornada (a tiempo completo o a tiempo parcial). Puesto que el precepto se expresa en términos generales, y aunque existen obligaciones expresas y adicionales sobre cómputo de jornada a tiempo parcial y de horas extraordinarias (arts.12.4.c) y 35.5 ET), considero que debe interpretarse que la obligación de registro se extiende tanto al horario de trabajo ordinario como al extraordinario de la totalidad de la plantilla, única forma de asegurar el cumplimiento de los límites máximos de jornada establecidos en las normas legales o convencionales. Quizás en este punto el legislador podría haber realizado un esfuerzo de sistematización, al objeto de evitar la reiteración de previsiones redundantes sobre control horario, sin perjuicio del mantenimiento de las obligaciones de información específicas en determinados supuestos si, efectivamente, si una vez analizada la posibilidad de eliminación se hubiesen considerados instrumentos imprescindibles.

---

<sup>16</sup> Exposición de Motivos RD-ley 8/2019: “A la hora de justificar la extraordinaria y urgente necesidad de las medidas referidas al registro de jornada, debe tenerse en cuenta que, durante 2018, un 35 por ciento del total de las denuncias por incumplimientos empresariales en materia de relaciones laborales recibidas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se referían al tiempo de trabajo. Por otra parte, de acuerdo con la Encuesta de Población Activa del cuarto trimestre de 2018, más del 50 por ciento de los asalariados declararon tener jornadas semanales superiores a las 40 horas y un gran volumen de trabajadores a tiempo parcial indicó que la jornada de trabajo efectiva no se correspondía con la declarada.”

Si bien la obligación de crear y mantener el registro de jornada se proyecta sobre el empleador<sup>17</sup>, en los términos delimitados en el art. 1.2 ET, el nuevo precepto no se ha detenido a valorar las especialidades que se derivan de los cada vez más frecuentes entornos laborales de carácter triangular. En concreto, la norma no prevé expresamente las particularidades de las actividades desarrolladas por las Empresas de Trabajo Temporal, o las que se desarrollan mediante contratas y subcontratas. En ambos supuestos, y respecto de los miembros de las plantillas que prestan servicio con regularidad en el centro de trabajo de otras empresas, cabría plantearse algunas cuestiones. A tales efectos, tampoco nos sirven de mucha ayuda las previsiones sobre responsabilidad en materia de relaciones laborales contenidas en los arts. 2 y 7.5 LISOS, que eluden afrontar esta cuestión.

Con relación a las ETT, conviene recordar que el ejercicio de las facultades de dirección y control de la relación laboral se encuentra distribuidas entre la empresa usuaria y la ETT, por aplicación de lo dispuesto en el art. 15.1 LETT; en la misma lógica, los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria tienen parcialmente atribuida la representación de los trabajadores cedidos por ETT, ex art. 17.1 LETT; adicionalmente, aquellos representantes han de ser informados sobre la realización de cada contrato de puesta a disposición y tienen derecho a recibir una copia básica de tales contratos, por aplicación del art. 9 LETT. Además, como es sobradamente conocido, los trabajadores en misión tienen derecho a la aplicación de las condiciones “esenciales” de trabajo y empleo vigentes en la empresa usuaria, entre las que la norma cita expresamente “la duración de la jornada” (art. 11.1 LETT). Por razones de orden práctico, las facultades de control horas de inicio y finalización de la jornada de trabajo debieran corresponder a la empresa usuaria y, en la misma lógica, la información sobre este asunto debiera estar igualmente disponible para los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria<sup>18</sup>. En caso contrario, y teniendo en cuenta el desconocimiento que los representantes de los trabajadores de la ETT, de existir, deben en principio tener sobre la jornada aplicable en la empresa usuaria, el respeto a los límites en materia de jornada difícilmente podrá garantizarse. En todo caso, no puede ignorarse que, como se ha dicho más arriba, la norma sobre registro en ningún momento tiene en cuenta expresamente esta posibilidad. En el mismo sentido negativo, debe tenerse en cuenta la dificultad de establecer este tipo de obligaciones, que afectan a empresas (ETT y usuaria) que pertenecen a sectores de actividad distintos, vía negociación colectiva.

Caso distinto es el supuesto de la actividad de las contratas y subcontratas, cuando las empresas comparten lugar de trabajo de manera continuada. El art. 41.4 ET, respecto de estas actividades, establece la obligación de llevanza y puesta a disposición de la representación de los trabajadores de un “libro de registro en el que se refleje” información sobre, entre otras materias, el número de trabajadores de todas las subcontratas que presten servicio en el centro de trabajo de la principal<sup>19</sup>. Por otra parte, el art. 42.6 ET, en ausencia

17 Aunque el art. 39.4 ET hace referencia al término genérico “empresa”, es obvio que debe interpretarse referido al empleador.

18 En el mismo sentido, véase “Guía sobre registro de jornada”. Elaborada por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, puede obtenerse en: <http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>

19 Con relación a esta facultad, se ha afirmado que “el derecho a recibir información en ma-

de representación propia, faculta a los representantes de los trabajadores de la empresa principal a recoger y gestionar las reclamaciones de los trabajadores de la empresa auxiliar con relación a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, entre las que puede entenderse comprendida la jornada laboral. Por último, el art. 42.7 in fine permite extender el ámbito y la capacidad de representación de los representantes de los trabajadores de la empresa principal. En sentido negativo, las facultades de dirección y control de la actividad laboral, en estos casos, queda siempre en manos de la empresa contratista o subcontratista, hasta tal punto que el ejercicio material de tales facultades diferencia la lícita contratación o subcontratación de obras y servicios (art. 42 ET), de la prohibida cesión ilegal de trabajadores (art. 43 ET). En esta lógica, de incluir en el registro de jornada a los trabajadores de las contrata y subcontratas, la empresa principal podría incurrir en cesión ilegal frente a estos, en la medida en que ejerce las funciones inherentes a su condición de empresario (Art. 43.2 ET). Es por ello por lo que, aunque existan razones de orden práctico para defender la inclusión en el registro horario de estos trabajadores, sin intervención legal expresa resulta enormemente arriesgado plantear esta posibilidad<sup>20</sup>.

Para dar por terminado este análisis del alcance subjetivo de la reforma, conviene centrarse ahora en la representación de las personas trabajadoras. En este punto, el legislador utiliza una fórmula bastante usual entre iuslaboralistas, “representación legal”, que no obstante puede causar alguna duda para otro tipo de intérprete. En todo caso, la referencia normativa debe entenderse referida a las personas miembros de los órganos de representación regulados en los arts. 62 y 63 ET, delegados de personal y comités de empresa y a los delegados sindicales, en virtud del principio de paridad de acceso a la información establecido por el apartado 1º del art. 10.3 LOLS<sup>21</sup>. Con relación a la figura del delegado sindical, el Ministerio de Trabajo instó la modificación del acuerdo alcanzado en el sector de las cajas de ahorros y entidades financieras, por el que en principio se excluía del acceso al registro a los delegados sindicales que hubiesen obtenido un porcentaje inferior al diez por ciento de los votos en las elecciones a comité de empresa<sup>22</sup>. Cabe preguntarse sobre la posibilidad de reconocer similares derechos a los representantes de secciones sindicales sin representación en el comité de empresa, para quienes con carácter general suele afirmarse que, no habiendo superado los requisitos establecidos en el art. 10.1 LOLS, no corresponde reconocerles los derechos y garantías establecidos en los apartados posteriores del mismo

---

tería de subcontratación comprende la referente al número de trabajadores ocupados en la empresa en relación a las empresas contratistas y subcontratistas, así como a las asistencias técnicas y encomiendas de gestión concertadas, pero no la concerniente a la identidad de los trabajadores, puesto de trabajo que ocupan, tipo de contrato y categoría profesional.” STS de 20 de junio de 2012, rec. 176/2011.

20 Sin perjuicio de cuanto se ha razonado, la Guía sobre registro de jornada aconseja y da por válida esta práctica, sin perjuicio del ejercicio de las facultades directivas de la empresa auxiliar.

21 Sobre dicho principio, entre otras, STS de 3 de mayo de 2001, rec. 168/2010.

22 Una vez modificada la previsión convencional, el acuerdo ha sido publicado por resolución Resolución de 22 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo parcial del Convenio colectivo del sector de cajas y entidades financieras de ahorro (BOE de 30 de octubre de 2019)

precepto. La misma solución y por los mismos motivos debe aplicarse a los representantes sindicales en empresas con un volumen de empleo igual o inferior a 250 trabajadores.

En esta materia, quizás las dudas pueden proyectarse sobre la posibilidad de limitar la entrega de información a algunos miembros de la representación unitaria, eso sí, designados por esta. La teleología de esta tesis está relacionada con el carácter personal de los datos del registro que, sin poner en riesgo la eficacia de las competencias de los órganos representativos, deben ser tratados de forma limitada. En otras palabras, la cuestión a resolver se centra en determinar si es necesario que todos los miembros de la representación de personal conozcan esta información para garantizar el respeto a los límites sobre tiempo de trabajo. Cabe interpretar que, en el ámbito de sus competencias, los negociadores de convenios colectivos o acuerdos de empresa, puedan lícitamente acordar una cierta restricción en el ejercicio de sus propias facultades, limitando el acceso a los datos del registro de jornada a una comisión formada por representantes de los trabajadores, en las que se integrara algunos miembros del comité de empresa y un delegado sindical por cada una de las secciones sindicales constituidas en la empresa con presencia en el comité de empresa. Esta posibilidad, que en mi opinión no contraviene la norma, contribuiría a garantizar un adecuado tratamiento de los datos personales del registro. La práctica autolimitadora podría ser particularmente apropiado en centros de trabajo de gran tamaño, en las que el comité de empresa puede ser integrado por más de una veintena de personas, en aplicación de lo establecido en el art. 66.1 ET.

Por último, aunque la referencia normativa no distingue entre representaciones de los trabajadores de distinto ámbito, por analogía con lo dispuesto en el art. 64 ET, debe entenderse que los destinatarios del mandato legal son los representantes de centros de trabajo, con exclusión de otro tipo de representaciones. En concreto, resulta un tanto forzado interpretar que tanto los miembros de los comités intercentros, como los de los comités de grupo de empresas queden habilitados por la norma legal para conocer los datos del registro de jornada de cada uno de los centros de trabajo que forman la empresa, o de las empresas que forman parte del grupo. En este punto, conviene tener presente que, como más adelante se dirá, la norma sobre protección de datos permite la cesión de datos personales por mandato legal o convencional. En el caso del comité intercentros, en la medida en que el art. 63.3 ET remite su configuración y funciones a lo que establezca la negociación colectiva, podría entenderse que un convenio colectivo que encomendase el control del cumplimiento de las previsiones sobre jornada a los miembros del comité intercentros, estaría indirectamente habilitando a estos a acceder a los datos del registro horario, con pleno respeto a la norma sobre protección de datos. Por su parte, los comités de grupo, figura sin reconocimiento legal expreso, contaría con mayores dificultades para superar el control de legalidad, pues sus miembros no tienen reconocido el carácter de representantes de los trabajadores en nuestro ordenamiento jurídico, excepción hecha de quienes forman parte de los comités de empresa europeos. Más allá de las discusiones teóricas, salvo en los supuestos en los que algunos centros de trabajo de la empresa, o algunas empresas del grupo, no poseen representación propia, la cuestión no parece que posea mucho recorrido, ya que el ámbito más adecuado para el desarrollo de las funciones de vigilancia y control del cumplimiento de este tipo de normas es sin duda el centro de trabajo. Con todo, la

cuestión general sobre las menores garantías que los derechos de los trabajadores poseen en los centros de trabajo que por sus escasas dimensiones no superan los umbrales para la elección de representaciones de los trabajadores establecidos por el art. 62.1 ET en nuestro país queda, también con relación al registro de jornada, sin resolver.

## **2. La representación de las personas trabajadoras en la empresa a la luz de la normativa sobre protección de datos**

Como es habitual en las normas emanadas de las instituciones de la UE, el RGPD dedica un extenso art. 4 a definir una amplia gama de conceptos, fundamentales a la hora de interpretar el contenido y alcance de la norma sobre protección de datos. Entre otros, los apartados 7, 8, 9 y 10 del art. 4 RGPD definen distintas situaciones que, a su vez, permiten identificar diversos tipos de sujetos a efectos de aplicación de la normativa sobre protección de datos. Por lo que respecta al presente estudio, resulta determinante conocer en qué calidad interviene la representación de los trabajadores cuando accede y, eventualmente trata, los datos personales contenidos en el registro horario. En principio, puede entenderse que, a estos efectos, la representación de los trabajadores debe considerarse un tercero, como “persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u organismo distinto del interesado, del responsable del tratamiento, del encargado del tratamiento y de las personas autorizadas para tratar los datos personales bajo la autoridad directa del responsable o del encargado” (art. 4.10 RGPD). La propia definición de tercero puede introducir ciertas dudas sobre la cualidad de la representación de los trabajadores, al introducir un nuevo concepto, cual es el de “persona autorizada”, aquella que procede a tratar los datos, bajo la autoridad del responsable o del encargado del tratamiento. Adicionalmente, podría entenderse también que la representación de los trabajadores participa a título de “destinatario”, o “persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo al que se comuniquen datos personales, se trate o no de un tercero” (art. 4.9 RGPD).

La cuestión de la calificación jurídica de la representación de los trabajadores, obviamente, no resulta baladí en la medida en que permite diferenciar supuestos de cesión y tratamiento de datos, aunque las definiciones contenidas en el RGDP plantean algunas dudas. Si la representación de los trabajadores es considerada un tercero, En principio, cabría afirmar que la condición de destinatario puede contemplar un mayor número de supuestos, al integrar tanto a los terceros como a otras personas receptoras de datos personales. En esta lógica, la representación de los trabajadores es sin duda destinataria de la transmisión de los datos del registro. Más difícil resulta determinar si se trata de un “tercero”, ajeno a la empresa o si, por el contrario, la representación de los trabajadores ha de ser considerada “persona autorizada” por aquélla.

Aunque nada se dice expresamente en la norma sobre el particular, los terceros son personas jurídicas distintas a la empresa, mientras que las personas autorizadas formarían parte de la organización empresarial, motivo por el cual se encuentran bajo la “autoridad directa del responsable o del encargado” del tratamiento. Situada la discusión en estos términos, conviene tener presente que la solución puede adquirir perfiles distintos a partir

de la diversidad de configuración de las representaciones de los trabajadores en los ordenamientos internos de los estados miembros. En el caso español, ni el comité de empresa, ni los delegados de personal poseen personalidad jurídica propia. Algo distinto es la situación respecto del delegado sindical que, como representante de la sección sindical, suele entenderse que forma parte de la estructura sindical. En todo caso, tanto los representantes unitarios como los sindicales son trabajadores de la empresa, y prestan servicio en los centros de trabajo a cuyos registros de jornada tendrán acceso. En este sentido, no puede considerárseles ajenos a la empresa.

Por el contrario, no cabe duda de que, en el ejercicio de sus funciones, en particular cuando han de vigilar y controlar el cumplimiento de la normativa sobre tiempo de trabajo, no actúan bajo las instrucciones del empleador. Sin perjuicio de lo anterior, conviene tener presente que los miembros de la representación de los trabajadores se encuentran bajo el poder disciplinario del empleador mientras la relación de trabajo permanezca vigente, lo que incluye tanto sus actividades como simple trabajador, como sus actividades de naturaleza representativa. En otras palabras, la representación de los trabajadores deberá realizar todas las actividades relacionadas con los datos del registro de jornada con respeto a los límites establecidos tanto en la normativa general, como en las previsiones contenidas en los acuerdos aplicables. En este sentido, el art. 29 RGPD, prevé que tanto el que encargado del tratamiento como cualquier persona que actúe bajo la autoridad del responsable o del encargado “solo podrán tratar dichos datos siguiendo instrucciones del responsable, a no ser que estén obligados a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros”, en el mismo sentido, se pronuncia sobre las responsabilidades en materia de seguridad el art. 32.4 RGPD. En nuestro caso, el derecho interno faculta a la representación de los trabajadores para conocer y tratar los datos sobre jornada, sin que dicha actuación, al margen de las instrucciones del empleador, les convierta directamente en terceros. En caso de que se produjesen eventuales violaciones de la seguridad de los datos, los representantes de los trabajadores quedan sujetos al ejercicio del poder disciplinario, en el ámbito de su contrato de trabajo, sin perjuicio de otras sanciones que puedan sustanciarse de otros ámbitos.

Puede también plantearse que la cualidad de tercero está relacionada, no sólo con la acreditación de personalidades físicas o jurídicas distintas, sino con la finalidad a la que sirve la cesión de los datos. En esta línea, las personas que participan en cesiones de datos que se producen en el ámbito de la actividad económica de la empresa, formarían parte de aquella organización y, por lo tanto, no podrían ser considerados tercero. Por el contrario, cuando el tratamiento de datos se produjese con una finalidad ajena a la actividad empresarial, el tratamiento de datos se convertiría en cesión a un tercero. En mi opinión esta tesis no posee el suficiente sustento jurídico por varias razones. En primer lugar, las labores de autocontrol del cumplimiento del marco normativo hoy en día constituyen tareas intrínsecas a la actividad empresarial, en la medida en que la complejidad y transparencia de las organizaciones obligan a las empresas a controlar su propia actuación, evitando con ello la posibilidad de incurrir en responsabilidades de todo tipo. En segundo lugar, la actuación de las representaciones de los trabajadores en la empresa no puede considerarse como una actividad ajena a la empresa, en la medida en que forman parte de los derechos de participación de los trabajadores en la propia empresa, centro de imputación de su nacimiento y



desarrollo, de la que no es posible escindirla. Por último, y en materia de protección de datos, los delegados de protección de datos, regulados en los arts. 37 y ss. RGPD, constituyen un buen ejemplo de personas que, contratados por la empresa por cuenta propia o ajena, se insertan en la organización empresarial con el objetivo de vigilar el cumplimiento por la empresa de la normativa de protección de datos. En su actuación, deben acceder a datos personales, si bien la norma no les considera terceros a los efectos de aplicación del marco normativo sobre protección de datos personales.

Por último, cabe plantear una posibilidad distinta, cual es la consideración de corresponsables de los tratamientos tanto de la persona designada por la empresa, como de las personas designadas por la representación de los trabajadores y, en su caso, las representaciones sindicales, de conformidad con lo previsto en el art. 26 RGPD. En tal caso, tanto unos como otros determinarán conjuntamente los objetivos del manejo de los datos y los medios que serán utilizado a tales fines. Adicionalmente, el acuerdo permitirá delimitar sus respectivas responsabilidades en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa de protección de datos. En beneficio de la transparencia y garantía de sus derechos de los interesados, se informará sobre todos estos extremos a los trabajadores de la empresa.

### III. CONTENIDO DEL DERECHO DE ACCESO AL REGISTRO

#### 1. Alcance material del derecho de acceso al registro horario

La letra de la norma sitúa en plano de igualdad a los acreedores de información sobre registro de jornada, “personas trabajadoras, sus representantes legales y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”. Más allá de la literalidad del precepto, parece obvio que no todos los sujetos enumerados quedan facultados a acceder a la totalidad de los datos del registro. En concreto, debe entenderse que las personas trabajadoras únicamente pueden acceder a sus propios datos ya que, a pesar de la literalidad del precepto, no existe causa o razón objetiva que aconseje el conocimiento por cada uno de los trabajadores de los datos del resto de miembros de la plantilla. Por el contrario, cada trabajador de la empresa puede acceder a sus datos sobre jornada, en ejercicio de sus derechos laborales, en sentido estricto, y en ejercicio de los derechos reconocidos por la norma de protección de datos, que en la práctica se concretan en derecho de rectificación (art. 14 LOPD), derecho de supresión (art. 15 LOPD), derecho de limitación del tratamiento (art. 16 LOPD), derecho a la portabilidad (art. 17 LOPD), y derecho de oposición. Es cierto que estos derechos encuentran un ajuste ciertamente forzado cuando se proyectan sobre los tratamientos de datos contenidos en el registro horario, sin perjuicio de lo cual, en ausencia de exclusión normativa expresa, debe entenderse que rigen también en dicho ámbito. En este punto, de nuevo, el legislador podría haber realizado un mayor esfuerzo de ajuste entre norma laboral y normativa general.

Con relación al resto de sujetos, cabe discutir si la autoridad laboral y la representación de los trabajadores deben recibir un mismo tratamiento en esta materia. De un lado, la lectura del precepto tampoco en este caso hace distinción alguna, por lo que cabría interpretar que donde la norma no distingue, no debe distinguir el intérprete. En la misma línea, debe tomarse en consideración que la autorización del acceso al registro de la Inspección



ción de Trabajo y Seguridad Social y de la representación de los trabajadores se justifica en una finalidad común, cual es la vigilancia y control del cumplimiento de los límites legales establecidos en materia de tiempo de trabajo. Eso sí, la condición de autoridad, y las reglas de actuación que se derivan de este reconocimiento, permitiría situar a la inspección en un plano diferenciado. En la misma inteligencia, tanto desde el punto de vista del número de personas con acceso a los datos, como desde el punto de vista de los medios y formación técnica la situación resulta notablemente diferencial. En todo caso, como se ha dicho más arriba, la posibilidad de otorgar un tratamiento específico podría justificarse en las especialidades necesidades que, en el ejercicio de sus competencias, pudieran ser precisas para el adecuado ejercicio de las facultades de control de las infracciones y, en su caso, sancionatoria que en exclusiva corresponden a la administración pública.

Por otra parte, el registro de jornada debe incluir al menos la hora de inicio y finalización de la jornada de trabajo. Sin perjuicio de lo anterior, la eficacia de la norma se hace depender de que el registro recoja todo tipo de interrupciones de la jornada de trabajo, que pueden producirse en la prestación laboral, siempre que no sean consideradas como tiempo de trabajo efectivo. Es obvio que únicamente en estos casos será posible que la representación de los trabajadores pueda comprobar si se respetan o no los límites de jornada.

El art. 34.9 ET obliga a la empresa a poner a disposición de la representación de los trabajadores, durante un periodo de cuatro años, los datos del registro. Con relación a la forma en la que la información debe ser facilitada a la representación de los trabajadores, tanto la “Guía sobre registro de jornada”<sup>23</sup>, como el Criterio Técnico 101/2019 sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada<sup>24</sup>, consideran que la obligación prevista en el art. 34.9 ET no implica la obligación de entrega de copias, salvo pacto expreso en contrario, del contenido del registro a la representación de los trabajadores, bastando con que la empresa permita a estos “tomar conocimiento de los registros de los trabajadores”. De esta manera, el concepto legal de “puesta a disposición” se circunscribe a garantizar la posibilidad de consultar, por medios digitales o presencialmente, los datos del registro. Salvo acuerdo diverso, la interpretación administrativa no satisface los mínimos estándares de la eficacia de la normativa laboral o, en términos del lenguaje jurídico de la UE, frustra la eficacia útil del precepto legal. Cuando hablamos de empresas con un número relativamente numeroso de trabajadores, la vigilancia efectiva del cumplimiento de las normas sobre tiempo de trabajo requiere acceder físicamente a los datos sobre registro de jornada.

En este sentido, conviene traer a colación que el art. 64.1 ET define el concepto de información en términos claramente finalistas, al entender esta como la transmisión de datos con el objetivo de que la representación de los trabajadores “tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen”. Como es conocido, el precepto inserta en el derecho interno el pronunciamiento que en similares términos y con carácter

<sup>23</sup> Elaborada por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, puede obtenerse en <http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>

<sup>24</sup> [http://www.mitramiss.gob.es/itss/ITSS/ITSS\\_Descargas/Atencion\\_ciudadano/Criterios\\_tecnicos/CT\\_101\\_2019.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_101_2019.pdf)

general contiene el art. 2.f de la Directiva Marco sobre información y consulta<sup>25</sup>. A mayor abundamiento, el art. 64.6 ET, transpone el art. 4.3 de la misma norma, para establecer que la información deberá suministrarse “de una manera y con un contenido apropiados, de tal modo que, en particular, permita a los representantes de los trabajadores proceder a un examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta”. Desde esta perspectiva, el acceso al registro debiera permitir que los representantes de los trabajadores conocieran los datos del registro de jornada y, a tal objeto, la empresa debiera facilitárselos de una manera apropiada, que permitiese a estos examinar si todas las personas que forman parte de la plantilla cumplen con la normativa sobre tiempo de trabajo. Una interpretación diferente, en el sentido que parece que lo hace el Ministerio de Trabajo, pasaría por considerar el derecho de acceso al registro por los representantes de los trabajadores como un derecho no perteneciente a los derechos de información que la normativa española reconoce a tales representantes, a la sazón, conforme a lo dispuesto por la normativa de la UE.

En otro orden de cosas, la tarea de vigilancia del cumplimiento de la normativa sobre jornada de trabajo no se agota, en principio, con el acceso a los datos del registro. Dichos datos, salvo que dicho tratamiento sea realizado y suministrado por la propia empresa, deben ser tratados al objeto de totalizar las jornadas realizadas por periodos de cómputo diario, mensual y anual. En este punto, debe tenerse en cuenta que el art. 4.2) RGPD considera tratamiento cualquier operación realizada sobre datos personales o conjuntos de datos personales, independientemente si el proceso es automatizado o manual, e incluye tanto “la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción” de datos. Una definición tan extensa, sin duda, sitúa en el ámbito del concepto legal de tratamiento cualquier utilización que la representación de los trabajadores pueda hacer con los datos del registro horario.

La licitud de los tratamientos de datos que con toda seguridad se verán obligados a realizar las representaciones de los trabajadores debe ponerse en relación con lo dispuesto en la letra c) del art. 6.1 RGPD<sup>26</sup>. Ahora bien, que la cesión de los datos del registro a la representación de los trabajadores sea lícita, ex art. 34.9 ET, no significa que todo tratamiento que la representación de los trabajadores realice con dichos datos sea igualmente lícito. A tales efectos debe tenerse en cuenta la finalidad con la que los datos le han sido transmitidos, cual es la comprobación del cumplimiento de los límites legales. Conforme establece el art. 6.3 in fine RGPD, el legislador podría haber incluido disposiciones específicas para adaptar las normativa sobre protección de datos al supuesto concreto, entre otras: “las condiciones generales que rigen la licitud del tratamiento por parte del responsable; los tipos de datos objeto de tratamiento; los interesados afectados; las entidades a las que se pueden comunicar datos personales y los fines de tal comunicación; la limitación de la finalidad;

---

25 DIRECTIVA 2002/14/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (DOCE de 23 de marzo).

26 “el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento”

los plazos de conservación de los datos, así como las operaciones y los procedimientos del tratamiento”. En ausencia de tales disposiciones, los operadores jurídicos que intervengan en cada caso deberán realizar una proyección razonable de la normativa general, al menos en los temas enumerados.

En este sentido, resultan de plena aplicación los principios relativos al tratamiento, establecidos en el art 5 RGP. Conforme al mismo, los datos deben ser tratados de manera

a) “tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»)”); lo que en nuestro caso significa que la representación de los trabajadores debe limitarse en esta materia a cumplir su función de vigilancia de la normativa sobre jornada y que no debe acceder ni manejar más datos que los que sean necesario a tales fines.

b) “recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines”; por lo que la representación de los trabajadores, una vez realizadas las comprobaciones que permitan asegurar que se ha cumplido con la normativa sobre jornada, no puede utilizar dichos datos a otros fines diferentes, por más que puedan servir a la defensa de los intereses de los trabajadores.

c) “adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»)”); en este sentido, cabría plantearse la conveniencia de que los datos del registro pudieran ser transmitidos en primer término, de manera “seudonimizados”, al objeto de evitar la aplicación de la normativa sobre protección de datos. De esta forma, la identificación de los trabajadores solo procedería cuando se observasen alteraciones en el cumplimiento de las normas. Volveremos sobre esta materia en el apartado posterior.

d) “exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan”; lógicamente, la representación de los trabajadores deberá realizar con la máxima diligencia las operaciones de tratamiento, al objeto de evitar cometer inexactitudes.

e) “mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales; los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público”; la norma establece que el empleador debe mantener durante cuatro años los datos sobre jornada, lo que en principio debe facilitar que la representación de los trabajadores no se vea obligada a mantener archivos con los datos personales que sucesivamente le han sido suministrados.

f) “tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organi-

zativas apropiadas («integridad y confidencialidad»); quizás sea esta una de las cuestiones más complejas de garantizar por las representaciones de los trabajadores, cuyos miembros en principio carecerían de medios técnicos para ofrecer las exigentes garantías que establece la normativa sobre protección de datos, sin perjuicio del cumplimiento de los deberes de confidencialidad genérico, como representante de los trabajadores, y específico, como responsables de tratamiento. En este sentido, como se ha dicho más arriba, la destrucción de los datos personales recibidos y tratados periódicamente facilitaría el cumplimiento de las exigencias legales.

## **2. Calificación jurídica de los datos del registro horario**

El art. 4 RGPD considera que forman parte de la categoría de “datos personales” todas las informaciones sobre una persona física identificada o identificable. A partir de este concepto legal, no cabe duda de que los datos del registro horario, en la medida en que relacionan los horarios de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, deben ser considerados datos personales, a los efectos de aplicación de la normativa de protección de datos. Es por ello por lo que más arriba se ha propuesto, y quizás debiera haberlo previsto la norma legal, la seudonimización de los datos del registro horario, con el objetivo de que, en principio, la representación de los trabajadores no se vea obligada a respetar, en el uso de los datos sobre tiempo de trabajo, el exigente marco garantista que la normativa sobre protección de datos personales impone. Este tipo de prácticas permite el tratamiento de datos personales sin posibilidad de atribución a un trabajador determinado, salvo que se disponga de información adicional.

Es cierto que la representación de los trabajadores puede acceder a un notable volumen de información adicional, pero cualquier intento de tratamiento ulterior que haga uso de sendas informaciones para identificar a la persona trabajadora será considerado ilícito. Puede plantearse, sin embargo, que la seudonimización de los datos dificulta, cuando no directamente impide, la consecución de los fines establecidos en el art. 34.9 ET. Aunque es evidente que se trata de una cierta limitación, considero que es posible encontrar un equilibrio que garantice adecuadamente los intereses de todas las partes. En concreto, si la información que permite identificar a los trabajadores se reduce a los supuestos en que la representación de los trabajadores observa vulneración de los derechos en materia de tiempo de trabajo, de manera que la empresa estará obligada a facilitar tales datos a requerimiento expreso de la representación de los trabajadores en tales supuestos, la eficacia de la norma no se vería mermada.

Dicho lo anterior, conviene también tener presente que los datos sobre registro de jornada no forman parte de los considerados especiales, a los efectos establecidos en el art. 9 RGPD, que prohíbe el tratamiento de dichos datos. En concreto, ni forman parte del grupo de datos genéticos, biométricos, relativos a la salud, al origen étnico o racial, a las opiniones políticas, a las convicciones religiosas o filosóficas, a la afiliación sindical, a la vida o la orientación sexuales de una persona física. Cabe imaginar algunos registros de jornada que puedan incluir este tipo de datos, en particular los biométricos que permiten la identificación de una persona, y pueden incluir el origen racial o étnico de ésta. En tales

casos, la empresa deberá adoptar las medidas necesarias para que la representación de los trabajadores no pueda acceder a dicha información.

#### IV. LAS OBLIGACIONES DERIVADAS EL TRATAMIENTO DE DATOS DEL REGISTRO POR LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES

En buena medida, las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone a la representación de los trabajadores derivadas del tratamiento de datos del registro dependen de la calidad que, a estos efectos, la normativa le reconozca. En otras palabras, si como se ha dicho en los apartados previos, la representación de los trabajadores es considerada como un tercero, deberá nombrar a un responsable de tratamiento, quien de manera individual asumirá las obligaciones que seguidamente se enumeran y estudian. Si, por el contrario, se considera que la representación de los trabajadores forma parte de la estructura de la empresa, la representación de los trabajadores deberá nombrar a un encargado de tratamiento, que como tal asumirá las obligaciones que como tal le correspondan.

##### 1. Obligaciones del responsable del tratamiento

Como se ha dicho más arriba, el responsable del tratamiento es la persona física o jurídica, que determina los fines y los medios del tratamiento. En el caso del registro horario, si se considera que la representación de los trabajadores es un tercero, ajeno a la empresa, la representación de los trabajadores será considerada como tal. Téngase en cuenta que en este caso, responsables del tratamiento serían tanto el comité de empresa, o los delegados de personal, como cada una de las representaciones sindicales de la empresa.

A tales efectos, el art. 24 RGPD hace descansar sobre el responsable del tratamiento una serie de obligaciones de medios y resultados que, con carácter general, se concretan en la adopción de cuantas medidas sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las normas sobre protección de datos y, en particular, que los datos son tratados conforme a los principios de tratamiento establecidos en el art. 5 RGPD. A tal objeto, debe tener en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto, los fines del tratamiento y los riesgos y gravedad de las posibles vulneraciones de derechos y libertades. En principio, la naturaleza del registro de protección de datos no resulta particularmente sensible, si bien debe tenerse en cuenta que la divulgación o el tratamiento de los datos personales de las personas que prestan servicio en una empresa, prescindiendo incluso de los datos sobre el registro horario, pueden ser útiles a los fines de elaboración de perfiles. Dicho, en otros términos, la violación de seguridad de los datos que contiene el registro constituye una vulneración del derecho fundamental de protección de datos, contenido en el art. 18.4 CE, que podrá ser más o menos graves atendiendo al uso ilícito que se de a tales datos.

Por su parte, el art. 25 RGPD aconseja al responsable del tratamiento la aplicación de técnicas como la seudonimización, técnica organizativa concebida para aplicar de forma efectiva los principios de protección de datos, con el objetivo de proteger los derechos de los interesados. La aplicación de estas, u otras, medidas permite acreditar la diligencia debida en el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos. La ausencia de una

política de protección de los datos del registro puede considerarse como un indicio de incumplimiento de la normativa. En este sentido, el apartado 2 del art. 25 RGPD impone al responsable del registro la obligación de garantizar que solo son objeto de tratamiento los datos personales que sean necesarios para cada uno de los fines específicos del tratamiento, tanto desde el punto de vista cuantitativo, como al tipo de tratamiento. Por último, el responsable del tratamiento debe garantizar que los datos personales no sean accesibles para otras personas.

Adicionalmente, el responsable del tratamiento deberá elaborar y mantener un registro de actividades de tratamiento, por escrito o en formato electrónico, con el contenido que establece el art. 30 RGPD. En lo que aquí interesa, dicho registro deberá contener:

- a) el nombre y los datos de contacto del responsable;
- b) los fines del tratamiento;
- c) una descripción de las categorías de interesados y de las categorías de datos personales;
- d) los plazos previstos para la supresión de las diferentes categorías de datos;
- e) una descripción general de las medidas técnicas y organizativas de seguridad.

Por su parte, el art. 32 RGPD establece un deber de cooperación del responsable del tratamiento a requerimiento de la Agencia Española de Protección de Datos, a quien en caso de violación de seguridad deberán dirigirse sin dilación, y mediante comunicación escrita que incluya el contenido establecido en el art. 33 RGPD. Por otra parte, en caso de que la violación entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento debe ponerlo también en conocimiento de los trabajadores afectados (Art. 34 RGPD).

Corresponde también al responsable del registro las obligaciones derivadas del ejercicio de los derechos de protección de datos de los trabajadores. En concreto, la satisfacción de las solicitudes de información que, en cumplimiento de las exigencias de transparencia (y acceso establecen los arts 12 y ss RGPD. También será responsable de la satisfacción de las solicitudes sobre rectificación y supresión, establecidas en los arts. 16 y 17, respectivamente.

## **2. Obligaciones del encargado del tratamiento**

En caso de que la representación de los trabajadores sea considerada parte de la empresa, deberá nombrarse, de común acuerdo con el responsable del tratamiento, una persona que asuma la responsabilidad de encargado del tratamiento. En el supuesto contrario, la representación de los trabajadores, como responsable del tratamiento, deberá a su vez designar a uno de sus miembros como encargado del tratamiento (art. 19.1 RGPD). La responsabilidad de encargado del tratamiento deberá formalizarse mediante un acto jurídico, en el que se “establezca el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos del responsable” (art. 19.3 RGPD). Las obligaciones del encargado del tratamiento son enumeradas

mediante las letras a) a h), del citado precepto. En lo que aquí interesa, el encargado del tratamiento está obligado a desarrollar dicha actividad respetando las normas sobre protección de datos.

### **3. Confidencialidad y sigilo profesional**

El art. 65 ET establece el deber de sigilo profesional de los miembros de la representación de los trabajadores, respecto de la información calificada por la empresa como reservada. Este deber de sigilo subsiste incluso tras la expiración del mandato del representante de los trabajadores. En paralelo, el art. 5.1.f) RGPD y el art. 5 LOPD imponen tanto al responsable del registro como al encargado del registro un deber de confidencialidad complementario al deber de sigilo establecido en la norma laboral, en virtud de los cuales los datos personales deben ser tratados de manera que se garantice que no se producen tratamientos no autorizados o ilícitos. En este sentido, la cesión de datos personales a personas no autorizadas mediante cualquier medio se considera una violación del deber de confidencialidad, previsión que afecta tanto al responsable como al encargado del tratamiento.

Estas obligaciones, en términos temporales, se mantendrán incluso una vez finalizada la relación del “obligado con el responsable o encargado del tratamiento”. En nuestro caso, debe entenderse que la obligación de confidencialidad se prolongará hasta la finalización de la relación laboral.

Podría plantearse en qué medidas estas limitaciones pueden afectar a los deberes de información de la representación de los trabajadores que se originan a partir de los derechos de información de estos. En materia de registro horario, debe tenerse en cuenta que la confidencialidad está relacionada con los datos personales de los trabajadores, mientras que los derechos de información de estos deben relacionarse con el cumplimiento de los límites en materia de jornada. Resulta por ello posible compatibilizar en este punto derechos de información y deberes de confidencialidad, mediante la transmisión de la información precisa relativa a las posibles vulneraciones de los derechos sobre jornada de trabajo que se produzcan en la empresa, sin que sea necesario ni adecuado facilitar los datos de las personas sobre las que se proyectan tales incumplimientos.

Estas violaciones de la seguridad de los datos podrán ser sancionadas mediante el ejercicio del poder disciplinario por el empresario, como mediante la aplicación del extenso régimen sancionador, contenido en el Título IX LOPD. En concreto, el art. 70.1 a) y b) sujetan al responsable y al encargado de protección de datos, respectivamente, a la acción sancionadora establecida en dicha norma. A tales efectos, el art. 72.1.a) tipifica como infracción muy grave, el tratamiento de datos personales que vulneren los principios y garantías establecidos en el art. 5 RGPD. Las infracciones, conforme establece el art. 83 RGPD, serán impuestas por la Agencia Española de Protección de Datos y, que garantizará la imposición de las multas administrativas individuales, efectivas, proporcionadas y disuasorias, pudiendo en los casos más graves alcanzar la cifra de 10 000 000 de euros.

## V. CONCLUSIONES

La reforma de la normativa sobre protección de datos impone la evolución de la jurisprudencia tradicional sobre el derecho a la protección de datos en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo. La extensión del concepto legal de datos personales impide continuar considerando fuera de dicha categoría los datos que en ejercicio de los derechos de información recibe la representación de los trabajadores, siempre que estos incluyan la identificación de la persona trabajadora. En este sentido, la cualidad de dato personal de los contenidos en el registro de jornada resulta indiscutible.

A partir de esta premisa, y en ausencia de una reclamada adaptación de la normativa europea sobre protección de datos a las especialidades que el desarrollo adecuado de las relaciones laborales colectivas requiere, los tribunales deberán generar una nueva doctrina jurisprudencial que, asegurando la eficacia de los derechos de libertad sindical y de participación de los trabajadores en la empresa, garantice también un uso adecuado de los datos suministrados a la representación de los trabajadores, limitando los riesgos ante eventuales violaciones de seguridad de los datos personales y, en su caso, permita identificar a los responsables.

La elaboración de esta doctrina debe en primer lugar determinar si la representación de los trabajadores, a estos efectos, actúa como un tercero o como parte de la empresa. En el primer caso, la representación de los trabajadores se verá obligada a cumplir con un bloque de exigencias excesivamente riguroso, pensadas para otro tipo de personas jurídicas. Por el contrario, en caso de que la representación de los trabajadores sea considerada como parte de la empresa, las obligaciones derivadas de la aplicación de la normativa de protección de datos se dulcifican de manera notable.

Sin perjuicio de lo anterior, en el segundo de los supuestos, los compromisos de coordinación entre los responsables del tratamiento designado por las empresas y los encargados del tratamiento designados por la representación de los trabajadores resultan de una gran exigencia, en la medida en que las violaciones de la seguridad de los datos personales pueden acarrear responsabilidades administrativas. A tales efectos, si bien las sanciones administrativas se impondrán al responsable del tratamiento, el ejercicio del poder disciplinario del empleador podrá activarse respecto de las actuaciones del encargado del tratamiento.

Ante tales perspectivas, quizás sería necesaria una actuación legislativa que permita, mediante alternativas de seudonimización, eludir la aplicación de la normativa de protección de datos. A la espera de dicha actividad normativa, la negociación colectiva puede cubrir este espacio, aprovechando la llamada a la negociación colectiva que realiza el art. 34.9 ET, y que permite acordar la forma en que se organiza y documenta el registro de jornada.



PONENCIA ESPECÍFICA  
LOS INTERESES EN JUEGO EN EL CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO Y SU PROLONGACIÓN

*Juan Pedrosa González*  
*Prof. Dr. Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social / Abogado*  
*Universidad de Sevilla*

“El Derecho encubre ... la realidad de la subordinación tras la pantalla conceptual de los contratos, que considera concluidos entre iguales. Quizás esto justifique en parte la propensión de los juristas a tratar de ignorar la realidad que encierra el reparto del poder en la Sociedad”

O. Kahn Freund, Trabajo y Derecho

1. El tiempo de trabajo
2. Los intereses en juego respecto del tiempo de trabajo y su control
  - 2.1. El interés público
  - 2.2. El interés de las asociaciones empresariales
  - 2.3. El interés de los sindicatos
  - 2.4. Los intereses individuales en juego y la necesidad de órganos colectivos
3. La legislación protectora de los datos personales en el contrato de trabajo, como paradigma de la falta de tutela de los intereses de los trabajadores

## 1.- EL TIEMPO DE TRABAJO

El tiempo de trabajo es el tiempo que el trabajador dedica a la prestación de su trabajo, por cuenta ajena y que se desarrolla bajo la dirección del empleador o, como ha sido definido por la doctrina: “La jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador pone a disposición del empresario su actividad profesional a cambio del salario que recibe de éste”<sup>1</sup>. Por tanto, se trata de un tiempo en que el trabajador no es dueño del mismo, sino que ese tiempo, y toda su persona, la pone a disposición del empleador en el cumplimiento de sus deberes laborales<sup>2</sup>. Es el empleador quien dispone, libremente y con los límites impuestos por la legislación laboral, de ese tiempo de trabajo del empleado, y por tanto de toda su persona. Lo que para el empleador es libertad de empresa, poder organizar y dirigir su actividad económica como más le convenga, poder dirigir su empresa, y el tiempo de los que prestan trabajo en la misma, para el trabajador no es libertad, sino todo lo contrario: es tiempo en el que debe estar sometido a las órdenes del empleador. Esta situación se desarrolla en el tiempo durante una duración concreta, cada día. Por tanto, resulta necesario, para el trabajador y para sus organizaciones (también para el empleador, aunque por motivos distintos) regular la duración y los demás aspectos de ese tiempo de trabajo.

Hay que tener en cuenta que el trabajador, al comprometer su trabajo, compromete toda su persona física, de manera que no se puede separar la persona física del trabajador del trabajo comprometido por el mismo, y por tanto, cuando el trabajador pone a disposición del empleador su tiempo de trabajo, pone a disposición no sólo el tiempo de trabajo, sino su persona completa. Regular el tiempo de trabajo es regular el tiempo en que el trabajador pone su persona a disposición de quien le emplea, regular su puesta a disposición, regular el tiempo en que el trabajador no podrá disponer de su persona, sino que será otro quien disponga de ella.

Esta regulación, actualmente en España, se desdobra principalmente en dos fuentes del Derecho en la regulación de la jornada, como son la norma heterónoma y norma negociada por las partes, es decir, la Ley (o el Reglamento, la Directiva, etc) y el convenio colectivo (de sector estatal, de sector provincial, de empresa...), y por tanto son varios sujetos distintos los que intervienen en este tipo de legislación, no solamente estatal. Intervienen los poderes legislativos estatales, pero también las asociaciones de empresarios o de trabajadores que celebran convenios colectivos. Cada uno de ellos persigue unos fines diferentes, porque cada uno de ellos representa unos intereses diferentes, y a veces enfrentados.

Pero también cabe la posibilidad de que el trabajador concreto celebre un contrato con el empresario concreto que afecte a la regulación del tiempo de trabajo, como ocurre en el caso del contrato de trabajo a tiempo parcial, el contrato fijo discontinuo, la convención sobre horas extras u horas complementarias, etc.

1 Alarcón Caracuel, M. R. (1988): La ordenación del tiempo de trabajo, Tecnos, Madrid, p. 75.

2 Decía Sinzheimer que “quien presta trabajo no da ningún objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo”, en “La esencia del derecho del trabajo”, publicado en “Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo”, Servicio de Publicaciones del MTSS, 1984.

Se intentará analizar en esta aportación los diversos intereses en juego, cuya armonización ofrece la actual y futura regulación de la jornada de trabajo, que al fin y al cabo no son otra cosa que los intereses presentes en la regulación del tiempo en que el trabajador está a disposición del empleador, los intereses presentes en la regulación del tiempo que dura la puesta a disposición de otro de la persona del trabajador.

## 2.- LOS INTERESES EN JUEGO RESPECTO DEL TIEMPO DE TRABAJO Y SU CONTROL

Como hemos dicho, existen diversos sujetos, colectivos, individuales, y estatales, que intervienen en la regulación del tiempo de trabajo, cada uno de ellos persiguiendo un interés propio y diferenciado.

Pero antes de entrar a analizar los intereses que guía a cada uno de estos sujetos en su intervención en la regulación del tiempo de trabajo, interesa dejar constancia de que estamos ante una cuestión que no es regulada únicamente por el Estado, sino que la regulación general, que afecta a un número indeterminado de sujetos, está hecha por al menos dos instancias distintas<sup>3</sup>. Se trata por tanto de una materia donde juega un dualismo jurídico, que anula el monopolio del Estado en la regulación de esta materia.

El monismo estatal, derivado del principio democrático, que impide a quien no es representante de todo el pueblo hacer regulaciones obligatorias para todos los ciudadanos sometidos a esta norma, cede su espacio a un dualismo jurídico que se inspira también en la democracia, pero en una manera distinta de entender la democracia. Democracia representativa y democracia directa se alternan para regular esta materia. Y las normas emanadas de las distintas fuentes materiales del Derecho necesitan un modo de relacionarse entre ellas, que aún no está terminado (la sumisión del convenio a la ley lo establece la propia ley, lo que en teoría permitiría que un convenio estableciese una superioridad distinta, etc).

Es decir, las distintas normas que regulan la materia de la jornada de trabajo necesitan unas reglas que regule las relaciones que puede haber entre ellas, y que resuelva las antinomias, las lagunas, las contradicciones, que puede haber entre estas dichas normas. Si los intereses que guían la actuación de cada uno de los sujetos que intervienen son distintos -los de los demás sujetos-, la norma resultante puede ser contraria o en todo caso, distinta a lo dispuesto en otra norma hecha por otros sujetos, por lo que hace falta un modo de relacionar entre sí esas normas.

Volviendo a los sujetos intervinientes en la regulación del tiempo de trabajo, veremos a continuación los intereses que guían a cada uno de ellos.

### 2.1. El interés público

En principio, tener una regulación de la jornada de trabajo es algo que interesa a la organización pública de la sociedad. Y ello porque, siendo la principal fuente de ingresos de los ciu-

<sup>3</sup> Vid. G. Gurvitch, *La idea del Derecho Social*, de Georges, Comares, 2005.

dadanos el trabajo realizado (sea por cuenta propia o ajena), al Estado le interesa por diversas razones decidir el tiempo que los ciudadanos invertirán en la obtención de esos ingresos.

Téngase en cuenta que se trata, cuando estamos hablando de trabajadores por cuenta ajena, del tiempo dedicado por la ciudadanía a ponerse a disposición de otra persona, y desde el punto de vista empresarial, se trata del tiempo en que podrá disponer de otras personas. Y en el caso de ser trabajadores no por cuenta ajena, nos referimos al tiempo en que estas personas estarán haciendo algo que les prive de dedicar su tiempo a algo más atractivo para ellos: el negocio, etimológicamente, es la negación del ocio.

Por tanto, la regulación del tiempo de trabajo afecta a intereses muy especiales de la ciudadanía, y por tanto, los representantes de los ciudadanos que ocupan los órganos legiferentes, están interesados en regular algo que es de suma importancia para los ciudadanos que los eligen.

Pero además, el trabajo humano genera una serie de gastos para quien lo emplea, gastos derivados del salario que debe pagar el empresario, y gastos derivados de las cotizaciones sociales que por ello deben pagar los empresarios (y los trabajadores). Y ello por no hablar de los otros gastos que la empresa debe sufragar para utilizar el trabajo humano, como la maquinaria que los humanos usan, el edificio que ocupan, los gastos de prevención, etc. Aunque el trabajo humano no es una mercancía, genera un coste, y por ello las empresas intentarán disminuir ese coste en lo posible, ampliando la jornada para disminuir el número de trabajadores, o utilizando tecnología para no utilizar trabajo humano, etc.

La regulación, por tanto, de la jornada de trabajo que pueda hacer el Estado afecta no sólo al interés que puedan tener las personas en dedicar el menos tiempo posible a estar sometido a otro, sino que también afecta a la economía global de ese país, porque un factor importante de la producción, que conlleva unos costes importantes que se reflejan en el producto final, es regulado.

Por último, habría que citar el interés que el Estado tiene en mantener de una manera pacífica la convivencia social. Si la regulación que el Estado haga de la jornada laboral no gusta a un sector de la población, puede encontrarse con unas relaciones laborales no pacíficas, sino conflictivas. El Estado tiene, así, un interés especial en mantener las condiciones de trabajo dentro de un ámbito que sea considerado, por todas las partes, como aceptable. Lo contrario puede generar un conflicto que se manifestaría como violento y duradero, si se considera por la generalidad que estamos ante una jornada excesiva, y puede generar problemas sociales intensos, si se considera que la jornada es especialmente corta y que por ello genera excesivo tiempo libre con el que no se sabe qué hacer.

## 2.2. El interés de las empresas y asociaciones empresariales

Las asociaciones patronales son unas asociaciones<sup>4</sup> formadas por empleadores, que tienen la finalidad de determinar, a través de la negociación colectiva, las condiciones de trabajo de la población asalariada. Estas condiciones de trabajo son vistas desde la óptica de las asociaciones patronales como un coste de la producción, puesto que sabido es que toda condición de trabajo repercute en el coste de la “mano de obra”, y por tanto, es esencial para las asociaciones patronales poder codecidir una parte de estos costes, estableciendo, entre otras cosas, la regulación de la jornada de trabajo.

Pero hay que tener en cuenta que, a falta de una norma paccionada que regule la jornada, el poder de la empresa (individual) aumenta hasta apropiarse de la posibilidad de regular, por sí sola, la jornada, dentro de los límites legales. En consecuencia, el interés de las asociaciones empresariales en regular la jornada es muy relativo, ya que una regulación pactada con la contraparte impide la aplicación de la voluntad unilateral del empresario, en esta materia. Las asociaciones patronales pactan la jornada laboral a través de la negociación colectiva, pero a falta de ella, se expande el poder unilateral de las empresas asociadas a la asociación patronal. Por tanto, el interés de las asociaciones patronales en regular las condiciones de trabajo, entre ellas la jornada laboral, es relativa, y se prefiere la regulación unilateral de la empresa individual, antes que la regulación por convenio colectivo, y por tanto, con intervención de las asociaciones patronales (y de los sindicatos).

Si acaso, las asociaciones patronales pueden tener el interés de impedir la competencia entre empresas respecto a las condiciones de trabajo, estableciendo, a través de la negociación colectiva, unas condiciones de trabajo, (entre ellas la regulación de la jornada), igual para todas las empresas del sector, por lo que no serviría la jornada de trabajo de una empresa concreta, como un elemento con el que competir con las demás. Pero nótese que este interés que referimos, es un interés para competir libremente y en condiciones iguales entre las empresas, de manera que no es algo que, naturalmente, las oponga a los representantes de los trabajadores, sino a las empresas entre sí.

Además, si se intenta impedir la competencia entre empresas en base a la jornada, dado que desde las últimas reformas laborales, el convenio de empresa no tiene preferencia sobre el convenio del sector en materia de duración de la jornada —sí sobre la distribución irregular, el horario, el régimen de trabajo a turnos, la planificación de las vacaciones y la retribución o compensación por descanso de las horas extraordinarias [art. 84.2 b) y c) ET]<sup>5</sup> por lo que establecer una jornada general del sector en un convenio de sector va a provocar que la competencia entre empresas se desplace hacia la cuantía del salario<sup>6</sup>, o

4 Asociaciones, y no sociedades, porque no se trata de repartir ganancias entre los socios, sino de permitir que estos las obtengan en su actividad propia. Vid “El fin en el Derecho”, R,v,Ihering, Comares, 2000, p. 210.

5 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

6 Como extensamente se pone de manifiesto por J. B. Vivero Serrano; J. Cruz Villalón, J. Pérez Rey, M. Sepúlveda Gómez y R. Morato García en el estudio sobre “La prioridad aplicativa del

sobre los aspectos secundarios de la jornada de trabajo, como la distribución irregular, las vacaciones, etc.

### **2.3. El interés de los sindicatos**

Los sindicatos, asociaciones voluntarias de trabajadores para promocionar sus intereses, están especialmente interesados en la regulación de la jornada.

Y ello porque con la regulación de esta condición de trabajo, que es la jornada, los sindicatos cumplen con la razón de su existencia. Si el sindicato surge para pactar con las empresas en un régimen de más equilibrio que cuando pacta con el empresario un trabajador individual solo, lo que se pacta en ese régimen más equilibrado es una cuestión de gran importancia para la población asalariada, como es el tiempo de trabajo.

El interés de los sindicatos será el de reducir la jornada de trabajo lo más posible, puesto que, como hemos visto, el tiempo de trabajo es el tiempo en que los trabajadores (que son los que forman el sindicato) van a estar dirigidos por otro, y tiempo en que se niega el ocio.

Pero hay un interés propio del sindicato en la pactación de esta condición de trabajo. Y ello porque, con el sistema de eficacia de los convenios colectivos que existe en España, con la figura del sindicato más representativo y con el hecho de que los convenios colectivos se apliquen también a quienes no están afiliados a los sindicatos pactantes de los mismos, el sindicato aparece como el representante de la clase trabajadora, esté o no afiliada al mismo. Por tanto, el sindicato no gestiona los intereses de los trabajadores afiliados, sino el de todos los trabajadores, afiliados o no. Y este interés lo gestiona el sindicato como el mismo sindicato considera que debe gestionarlo, de manera que existe un interés propio sindical en el establecimiento de la jornada de trabajo, un interés que es propio, y distinto al de los trabajadores concretos.

Hay que tener presente que el sistema actual no protege suficientemente los intereses del trabajador individual en los aspectos de duración de la jornada. Es habitual que el importe económico de las horas extras (así llamadas, pero realmente es la prolongación de la jornada por encima de lo pactado y por encima de lo legalizado) no sea reclamado por los trabajadores, temerosos de las consecuencias negativas que pueda acarrear reclamarlas. Y mucho menos se reclama la declaración de que no se deben realizar las horas extras porque no hay necesidad de ellas. Con ello, el resultado es que la duración de la jornada, en aquello que dependa del trabajador concreto, no está garantizada. Para garantizarla se necesita la intervención, persiguiendo con ello intereses propios, no cedidos (que en cualquier momento pueden ser recuperados), de alguien cuyo interés propio sea el cumplimiento de la jornada que se pacte. No es de extrañar la existencia de trabajadores, tan identificados con la empresa, que están de acuerdo en ampliar la jornada más allá de sus límites, para acabar

---

convenio de empresa en materia salarial” , AA.VV. Los convenios colectivos de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012, (Coords. C. L. Alfonso Mellado et alii), Observatorio de la Negociación Colectiva, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Lefebvre El Derecho, Madrid, 2016, págs. 97-237.

una tarea comenzada, para mejorar la situación de la empresa, o por cualquier causa. Estos trabajadores consideran la limitación de la jornada, o el respeto a la misma, como un lastre que hay que eludir. El sindicato, por el contrario, no se identifica con los intereses empresariales (salvo los sindicatos amarillos), y por tanto tendrá un interés propio en la reducción y el cumplimiento de la jornada, si consigue superar las críticas y las posibles acciones de los trabajadores que se benefician de ese plus de jornada y quieren seguir beneficiándose (como los trabajadores interesados en la existencia de horas extras, a los que les molesta que el sindicato luche contra ellas, porque ven reducida su remuneración mensual).

#### **2.4. Los intereses individuales en juego y la necesidad de órganos colectivos**

Los pactos o acuerdos que las partes del contrato de trabajo puedan hacer entre ellas pueden afectar a la jornada comprometida por el trabajador. Al fin y al cabo, el contrato de trabajo es el acuerdo por el que el trabajador se pone a disposición del empleador durante un periodo de tiempo, y por tanto, el contrato de trabajo, celebrado entre el trabajador individual y el empresario individual, afecta a la jornada de trabajo.

Si el empresario tiene interés en el aumento de la jornada de trabajo de los trabajadores, y éstos tienen interés en todo lo contrario, el pacto que se celebre entre ellos, sabiendo que, por lo general, el empresario tiene más poder contractual que el trabajador, no puede ser un pacto entre iguales, y por ello la legislación debe poner límites a los pactos individuales sobre jornada.

Ciertamente, el contrato de trabajo no se celebra entre iguales<sup>7</sup>, y por tanto, la fuerza de negociación de cada parte, no es igual. Por ello, para reducir en lo posible un poco de esta desigualdad, la norma laboral establecerá la irrenunciabilidad de derechos por los trabajadores. Así, según el art. 3.5 del Estatuto de los trabajadores, no se considerará legalmente válida la renuncia de derechos por parte del trabajador, de manera que la legislación aplicable no puede dejar de serlo a voluntad de las partes, aunque el trabajador admita su exclusión, al menos en los aspectos indisponibles (que la norma no especifica cuáles son). Así, el trabajador es tratado por el Derecho del trabajo como la parte débil que por ello no puede disponer libremente de sus derechos.

Esto hace que la legislación general tenga eficacia teórica por encima de los pactos individuales, pero en todo caso, el problema se plantea la hora de aplicar esta legislación, ya que como hemos visto las garantías de cumplimiento de esta legislación, y de sus interrelaciones con los pactos individuales, no están muy desarrolladas. Para que se aplique la preferencia de la legislación general sobre los pactos individuales, se requiere de una actuación de la administración laboral, o de los órganos judiciales sociales, que no se hace de oficio: el control del cumplimiento de la legislación general se desata previa la denuncia<sup>8</sup>

7 "...la relación entre un empresario y un trabajador aislado es típicamente una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno... la sumisión y subordinación pueden ser disimuladas por esa indispensable ficción jurídica conocida por <<contrato de trabajo>>", según O. Kahn Freund en Trabajo y Derecho, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 52.

8 "Incluso los más eficaces Inspectores pueden hacer poco si los trabajadores no se atreven a

o demanda del beneficiado por esta legislación, que si es el trabajador (normalmente, lo es), debe sopesar previamente si le interesa excitar los órganos de control y sufrir las consecuencias de ello, aunque estas consecuencias sean ilegales, o no.

Los intereses individuales en materia de jornada, igual que los intereses colectivos, son tutelados por un sistema que tiene determinados problemas de aplicación. Por ello, la heterotutela otorgada por el Estado no es suficientemente eficaz, y es superada por la autotutela que puedan otorgarse a sí mismo los sindicatos afectados, en materia de jornada. Para que funcione esta autotutela, se necesita unos sindicatos que promocionen intereses propios, no de los trabajadores afectados, que pueden renunciar a ellos.

### 3. LA LEGISLACION PROTECTORA DE LOS DATOS EN EL CONTRATO DE TRABAJO COMO PARADIGMA DE LA FALTA DE TUTELA DE LOS INTERESES DE LOS TRABAJADORES

Existe actualmente un aumento de los estudios dedicados a la protección de datos en el contrato de trabajo, y la forma en que los datos obtenidos en el contrato se deben gestionar. Normalmente, todo lo relacionado con la protección de datos se hace mediante legislación del máximo nivel, ya que tratándose de una materia que puede afectar a la intimidad, estaría afectando a los derechos fundamentales. Por tanto, la legislación que lo desarrolle debe tener carácter orgánico, o en todo caso, siendo una legislación que afecta a una materia que está regulada al máximo nivel por la Unión Europea (art. 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y Reglamento 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE) se necesita una legislación española suficientemente poderosa para regular esta materia, legislación que es la orgánica, aunque es lo cierto que otras normas distintas también pueden tener regulaciones que afecten a esta materia.

Y esta materia relativa a la protección de datos en el contrato de trabajo puede ser en un futuro no muy lejano (y que ya puede estar aquí) una pieza angular del Derecho del Trabajo, puesto que las formas de llevar a la práctica el trabajo comprometido, pueden cambiar, y mucho, con la aplicación de las nuevas tecnologías al trabajo.

Por ello, los conceptos como el derecho a la desconexión, el derecho del empresario a vigilar el cumplimiento de la obligación de trabajar por parte de los trabajadores mediante videocámaras o geolocalizadores, pueden ser en ese futuro cercano lo que ahora se entiende por jornada de trabajo, poder de dirección y control, etc. Evidentemente, los intereses en juego a la hora de legislar estos nuevos derechos, serán los mismo que ya hemos visto; cambia la forma de trabajar, pero no los sujetos intervinientes en el trabajo. Las plataformas virtuales y la desaparición que ello conlleva del empresario en la relación laboral puede ser lo mismo que en su día fue la generalización de la sociedad anónima.

denunciarles las infracciones de la legislación que aquellos tienen la misión de hacer cumplir”, según O. Kahn Freund en Trabajo y Derecho, cit, p. 54. En consecuencia, el sindicato es, según este autor, el más eficaz vigilante del cumplimiento de la legislación social.



Pero lo cierto es que las normas que van surgiendo por ahora, y las sentencias que interpretan esas normas, no atienden al interés de los sindicatos o los trabajadores, sino al interés de las empresas. Así, es muy frecuente que lo que la legislación laboral dice que debe ser objeto de pacto colectivo, o al menos en donde intervenga de alguna manera la representación de los trabajadores, se conceda planamente al empresario, unilateralmente, o al menos se reconozca un derecho de información a quien no tiene poder contractual, al trabajador individual, o a los representantes de los trabajadores, cuando así proceda, no siempre<sup>9</sup>.

Así ocurre con el art. 90.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, (BOE de 6-12-2018), y la STC 39/2016, así como la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, de 17-10-2019. El art. 88.3 de la LO 3/2018, otorga al empresario, unilateralmente (después de haber oído los representantes de los trabajadores, pero sin negociar con ellos) la posibilidad de elaborar una política interna dirigida a los trabajadores, en la que se definirán las modalidades del ejercicio del derecho la desconexión. Si el derecho a la desconexión puede ser entendido como lo que hoy es el derecho a abandonar el lugar de trabajo al terminar la jornada, es el empleador, unilateralmente, el que regula esto según la normativa citada, olvidando con ello que la duración del trabajo, y las modalidades que ello pueda tener, es algo que se debe negociar, no imponer. El derecho de participación en la empresa de los sindicatos y de los trabajadores a través de sus representantes, queda más que afectado.

---

<sup>9</sup> Vid. Los derechos de información de los representantes de los trabajadores, de J. L. Monereo Pérez, Civitas, 1992. La información o la consulta de los representantes de los trabajadores, puede dar lugar a una negociación colectiva, que se evita si no se obliga a negociar ni informar siquiera a los representantes de los trabajadores.



PONENCIA ESPECÍFICA  
LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN LA INDUSTRIA 4.0

*Djamil Tony Kahale Carrillo*  
*Profesor Contratado Doctor*  
*Acreditado a Titular*  
*Universidad Politécnica de Cartagena (UPCT)*

- I. Introducción
- II. La implantación de la cuarta revolución industrial
- III. Los derechos digitales 4.0
- IV. El tiempo de trabajo 4.0
- V. Un nuevo precepto en el Estatuto de los Trabajadores: art. 20 bis
- VI. Conclusiones  
Bibliografía

## I. INTRODUCCIÓN

El informe *Industria conectada 4.0: La transformación digital de la industria española\**, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo establece que la Industria 4.0 constituye «una oportunidad clave para la mejora de la competitividad de la industria española en un mercado cada vez más global. De hecho, otras economías de nuestro entorno también han emprendido iniciativas para aprovecharla y, si no actuamos con celeridad, España corre el riesgo de quedar rezagada en esta nueva revolución industrial»<sup>1</sup>. Por tanto, se presenta la Industria 4.0 como «el reto más importante para la competitividad de España a medio y largo plazo»<sup>2</sup>.

Bajo este contexto, aquel documento apuesta por una profunda transformación de la industria, en el que el motor digital es la pieza clave de esta metamorfosis. La transformación digital de la industria española comienza con la aplicación de un conjunto de tecnologías en toda su cadena de valor, que generarán beneficios de nivel de proceso, producto y modelo de negocio. Todo ello permitirá que las empresas nacionales obtengan nuevas ventajas competitivas.

El Ministerio de Industria, Energía y Turismo, a través de aquel informe, señala que es necesario elaborar un plan de acción para que las empresas implementen las tecnologías digitales; que incluyan unas premisas, unas líneas de actuación y un modelo de gobernanza. En el que la gobernanza debe cumplir con los criterios de continuidad, coordinación y consenso, efectividad y medición.

Los objetivos que persigue, por tanto, son los siguientes:

Incrementar el valor añadido industrial y el empleo cualificado en el sector industrial.

Favorecer el modelo industrial de futuro para la industria española, para potenciar los sectores industriales de futuro de la economía y aumentar su potencial de crecimiento, desarrollando, a su vez, la oferta local de soluciones digitales.

Desarrollar palancas competitivas diferenciales con el fin de favorecer la industria española e impulsar sus exportaciones.

---

1 \* Esta obra queda enmarcada dentro de los trabajos de investigación desarrollados por el autor en el Proyecto financiado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a través de la convocatoria de Ayudas a proyectos para el desarrollo de investigación científica y técnica por grupos competitivos, incluida en el Programa Regional de Fomento de la Investigación Científica y Técnica (Plan de Actuación 2018) de la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia: 20976/PI/18: El impacto de la Industria 4.0 en el trabajo: Una visión interdisciplinar.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO, *Industria conectada 4.0: La transformación digital de la industria española*, Ministerio de Industria, Energía y Turismo, Madrid, 2015, pág. 7. Asimismo, define Industria Conectada 4.0 como la «Iniciativa para la transformación digital de la industria española».

2 CCOO INDUSTRIA, *La digitalización de la industria*, CCOO, Madrid, 2015, pág. 9.

Las líneas de actuación, en las que se centra el documento, se basan en potenciar la demanda y la oferta de habilitadores digitales<sup>3</sup> que hagan posible la industria 4.0 española, a través de las siguientes medidas:

«Garantizar el conocimiento del concepto Industria 4.0 y de sus tecnologías asociadas, así como el desarrollo de competencias de Industria 4.0 en España».

«Fomentar la colaboración entre empresas de diversos sectores industriales, empresas tecnológicas, centros de investigación y otras entidades con el fin de promover el desarrollo de soluciones 4.0 adaptadas a las necesidades de la industria»<sup>4</sup>.

«Impulsar el desarrollo de una oferta española de habilitadores digitales».

«Promover las actuaciones adecuadas para la puesta en marcha de la Industria 4.0 en la industria española».

En las nuevas fases del cambio no se trata de vender lo que las industrias venden, sino de producir lo que los clientes piden y necesiten. Por tanto, la Industria 4.0 va a transformar la naturaleza de los mercados, la forma de acceder a aquellos y acrecentará la intensidad de capital, por lo que requerirá que se aumenten las habilidades y conocimientos de los empleados<sup>5</sup>.

El informe del Foro Económico Mundial de Davos de 2016, concluye que la digitalización de la industria supondrá la desaparición de 7,1 millones de empleos en los 15 países más industrializados del mundo; y la creación de 2,1 millones de nuevas posiciones para 2020; la mayoría relacionados con las nuevas capacidades y habilidades digitales (ingenieros, informáticos y matemáticos, principalmente)<sup>6</sup>.

Otros informes señalan, a su vez, que más del 40% de los empleos se automatizarán en el futuro. Por una parte, el informe McKinsey Quarterly indica que el 45% de las actividades de trabajo podrían automatizarse utilizando la tecnología en los Estados Unidos de América. Empero, si las tecnologías que procesan y entienden el lenguaje natural y

---

3 El informe Industria conectada 4.0: La transformación digital de la industria española del Ministerio de Industria, Energía y Turismo define habilitador digital como la «tecnología que hace posible la transformación digital. Algunos ejemplos de habilitadores digitales incluyen: big data, aplicaciones, cloud, etc. Habilitador digital y proveedor tecnológico (empresa que oferta tecnologías al mercado) son por tanto conceptos distintos».

4 El informe Industria conectada 4.0: La transformación digital de la industria española del Ministerio de Industria, Energía y Turismo define entorno colaborativo como el «espacio, ya sea físico o virtual, en el que entidades (como universidades, centros tecnológicos, institutos de investigación, etc.) y empresas del mismo o de diversos sectores interactúan y colaboran entre ellas con el fin de desarrollar soluciones e innovaciones disruptivas en el menor tiempo posible».

5 TORNABELL CARRIO, R., «Industria 4.0: ¿Qué impacto tiene en la producción y el empleo?», La Revista del Foment, núm. 2146, 2016, pág. 41.

6 WORLD ECONOMIC FORUM, The Future of Jobs Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution, World Economic Forum, Ginebra, 2016.

alcanzaran el nivel medio de desempeño humano, se podría automatizar un 13% adicional de las actividades de trabajo<sup>7</sup>. Por otra, el estudio *The Future of Employment: How susceptible are jobs to computerisation?*, de la Universidad de Oxford, vaticina que para 2020 de 702 actividades profesionales estudiadas de aquel país serán automatizadas un 47%. No obstante, hay que distinguir que tareas y puestos de trabajo no tienen el mismo significado. Estos últimos engloba múltiples tareas, como la interacción física o la interacción social<sup>8</sup>.

El último informe de los nombrados evalúa el impacto sobre el empleo, para determinar cuáles de las tareas de cada profesión o puesto de trabajo pueden ser automatizadas. De igual manera, señala tres grupos de tareas que la tecnología no es capaz, de momento, de perfeccionar o materializar: a) Inteligencia emocional (persuadir a alguien), b) Inteligencia creativa (hacer una broma), c) Percepción y manipulación en entornos desordenados. Las tareas más susceptibles de automatización son las de servicios, producción, transporte, ventas, trabajos administrativos, entre otras. Para una mejor ilustración en la siguiente tabla se pueden observar las profesiones con riesgos de automatización, en la que se indican 30 actividades, el grado de riesgo (bajo, medio y alto) y la probabilidad (%).

A tenor de lo anterior, se intuye que «la digitalización hace que se pueda trabajar en cualquier tiempo y lugar y, por ello, que se puedan romper las fronteras clásicas del tiempo y el lugar de trabajo. En teoría, ello puede facilitar la combinación de los momentos laborales y de vida privada, (...) Pero también posibilita el trabajo en todo momento y en todo lugar, sin apenas límites y, así, sin tiempo para la vida privada y/o el descanso. En efecto, todos los indicios apuntan a que, en lugar de gobernar con autonomía el tiempo de trabajo y el tiempo dedicado al descanso y/o los cuidados, los trabajadores digitales prolongan su jornada de trabajo más allá de los estándares de los trabajadores convencionales. De hecho, y en relación con nuestro propio país, un 64% de los españoles afirman que desarrollan trabajo en las horas libres y un 68% confirman que reciben emails o llamadas de trabajo fuera del horario laboral... De ahí la necesaria reflexión sobre las bondades de la digitalización en relación con la libertad del trabajador respecto de su tiempo de trabajo, pero también sobre los límites que deban ponerse (legal o convencionalmente) para evitar las situaciones de sobrecarga o de falta de desconexión de las obligaciones laborales durante los tiempos de vida privada»<sup>9</sup>.

Bajo esta perspectiva, el estudio determina cómo afectan los derechos digitales a la digitalización de los puestos de trabajo, tras la promulgación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD)<sup>10</sup>. Dicho en otros términos, se determina cómo aquellos derechos afectan a los

7 MCKINSEY & COMPANY, *Four fundamentals of workplace automation*, McKinsey Quarterly, noviembre de 2015.

8 MORRÓN SALMERÓN, A., *¿Llegará la Cuarta Revolución Industrial a España?* Caixa-Bank Research, febrero, 2016.

9 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L. y PÉREZ DEL PRADO, D., *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo*, Fundación para el Diálogo Social, 2017, págs. 21 y 22.

10 BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

trabajadores 4.0. Especialmente, al nuevo escenario que se plantea en materia de tiempo de trabajo a través de la desconexión digital.

## II. LA IMPLANTACIÓN DE LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

La Industria 4.0 consiste en incorporar las nuevas tecnologías a la industria. Dicho en otros términos, es hacer andar la industria a través de herramientas tecnológicas, tales como cloud, Big Data, sistemas ciber-físicos, sensórica, robótica colaborativa, fabricación aditiva o por capas, entre otras. Por tanto, es la considerada como la cuarta revolución industrial. El informe Industria conectada 4.0: La transformación digital de la industria española, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, define Industria 4.0 como «la cuarta revolución industrial, que se basa en la disponibilidad en tiempo real de toda la información relevante al producto, proporcionada por una red accesible en toda la cadena de valor, así como la capacidad para modificar el flujo de valor óptimo en cualquier momento. Esto se logra a través de la digitalización y la unión de todas las unidades productivas de una economía. Para ello es necesaria la fusión de tecnologías tales como Internet de las Cosas (IoT), computación y cloud, big data y ciberseguridad, así como las complementarias: móvil, analytics, M2M (Machine to Machine), impresión 3D, robótica y comunidad/compartición»<sup>11</sup>.

La digitalización es la herramienta que diferencia a la Industria 4.0 con las demás, dados que combinan el aspecto físico con el digital. Como, por ejemplo, la vinculación de materiales, dispositivos, instalaciones, maquinarias al sistema digital. Se han dado voces al señalar que la digitalización une el puente que combina en el extremo a sociedad y tecnología que conecta con el otro extremo del mundo físico con el virtual<sup>12</sup>.

Entre los ejemplos de la activación de la digitalización en la industria se destacan, como ya se ha adelantado, entre otros, el internet, Big Data, impresoras 3D, robots, etiquetas RFID, teletrabajo, pagos remotos, nube de datos, colaboración en documentos compartidos, comunicación móvil, realidad aumentada, geolocalización, app, cloud computing.

Un estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de 2015 señala que la economía digital está experimentando un rápido crecimiento. «Permea la economía mundial, desde la distribución comercial (comercio electrónico) al transporte (vehículos automáticos), la educación (cursos abiertos en línea masivos), la sanidad (historiales electrónicos y medicina personalizada), las interacciones sociales y las relaciones personales (redes sociales). Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) forman parte integrante de la vida personal y profesional; personas, empresas y gobiernos se interconectan cada vez más a través de una multitud de dispositivos presentes en el hogar y en el trabajo, en espacios públicos y en los desplazamientos. Estos

---

11 MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO, Industria conectada 4.0: La transformación digital de la industria española, Ministerio de Industria, Energía y Turismo, Madrid, 2015, pág. 26. El informe en cuanto al término industria que utiliza hace referencia a la «industria manufacturera, excluyendo el suministro de energía y agua y las industrias extractivas».

12 CCOO INDUSTRIA, La digitalización de la industria, CCOO, Madrid, 2015, pág. 8.

intercambios de datos se canalizan a través de millones de redes individuales, desde redes de abonados residenciales hasta redes desplegadas por todo el planeta. La convergencia entre las redes fijas, móviles y de radiodifusión, junto con la comunicación entre máquinas (M2M), la computación en la nube, el análisis de datos, los sensores, los actuadores y las personas, abre camino al aprendizaje automático, al control remoto y a unas máquinas y sistemas autónomos»<sup>13</sup>.

Las nuevas tecnologías, en su conjunto, que se hacen presentes en la Industria 4.0 se centran en cuatro patas:

- Nuevas tecnologías de la información, a través del Big Data, cloud, movilidad y seguridad.
- Mundo digital 3D.
- Internet de las cosas y de los servicios.
- Tecnología sostenible que vela por la escasez de recursos.

### III. LOS DERECHOS DIGITALES 4.0

La garantía de los derechos digitales se regula LOPD, en los artículos 79 a 97, bajo el Título X. Bajo este contexto, los derechos digitales son, respectivamente, los siguientes:

a) Los derechos en la Era digital: Los derechos y libertades consagrados en la Constitución Española<sup>14</sup> y en los Tratados y Convenios Internacionales en que España sea parte son plenamente aplicables en Internet. Por consiguiente, los prestadores de servicios de la sociedad de la información y los proveedores de servicios de Internet contribuirán a garantizar su aplicación.

b) Derecho a la neutralidad de Internet: Los usuarios tienen derecho a la neutralidad de Internet. Por lo que los proveedores de servicios de Internet proporcionarán una oferta transparente de servicios sin discriminación por motivos técnicos o económicos.

c) Derecho de acceso universal a Internet: Todas las personas tienen derecho a acceder a Internet independientemente de su condición personal, social, económica o geográfica. Por lo que se garantizará un acceso universal, asequible, de calidad y no discriminatorio para toda la población. El legislador, con perspectiva de género, dispone que el acceso a Internet de hombres y mujeres procurará la superación de la brecha de género tanto en el ámbito personal como laboral.

El acceso a Internet, asimismo, procurará la superación de la brecha generacional mediante acciones dirigidas a la formación y el acceso a las personas mayores. La garantía efectiva del derecho de acceso a Internet atenderá la realidad específica de los entornos ru-

---

<sup>13</sup> ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, Perspectivas de la OCDE sobre la economía digital 2015, OCDE, México, 2015, pág. 20.

<sup>14</sup> BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.



rales; y, a su vez, deberá garantizar condiciones de igualdad para las personas que cuenten con necesidades especiales.

d) Derecho a la seguridad digital: Los usuarios tienen derecho a la seguridad de las comunicaciones que transmitan y reciban a través de Internet. Por lo que los proveedores de servicios de Internet informarán a los usuarios de sus derechos.

e) Derecho a la educación digital: El sistema educativo garantizará la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso de los medios digitales que sea seguro y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales<sup>15</sup> y, de manera especial, con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales. Las actuaciones realizadas en este ámbito tendrán carácter inclusivo, en particular, en lo que respecta al alumnado con necesidades educativas especiales.

Las Administraciones educativas deberán incluir en el diseño del bloque de asignaturas de libre configuración la competencia digital, así como los elementos relacionados con las situaciones de riesgo derivadas de la inadecuada utilización de las TIC, con especial atención a las situaciones de violencia en la red.

El profesorado recibirá las competencias digitales y la formación necesaria para la enseñanza y transmisión de los valores y derechos referidos en el apartado anterior. Los planes de estudio de los títulos universitarios, en especial, aquellos que habiliten para el desempeño profesional en la formación del alumnado, garantizarán la formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en la garantía de los derechos fundamentales en Internet. Las Administraciones Públicas incorporarán a los temarios de las pruebas de acceso a los cuerpos superiores y a aquéllos en que habitualmente se desempeñen funciones que impliquen el acceso a datos personales materias relacionadas con la garantía de los derechos digitales y en particular el de protección de datos.

f) Protección de los menores en Internet: Los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información con el propósito de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales. La utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor<sup>16</sup>.

---

15 Vid. SAN MARTIN MAZUCCONI, C., y SEMPERE NAVARRO, A., “Sobre el control empresarial de los ordenadores”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 3/2012 parte Tribuna, pág. 1.

16 BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

g) Derecho de rectificación en Internet: Todas las personas tienen derecho a la libertad de expresión en Internet. Los responsables de redes sociales y servicios equivalentes deberán adoptar protocolos adecuados para posibilitar el ejercicio del derecho de rectificación ante los usuarios que difundan contenidos que atenten contra el derecho al honor, la intimidad personal y familiar en Internet y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz, atendiendo a los requisitos y procedimientos previstos en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación<sup>17</sup>. En el supuesto que los medios de comunicación digitales deban atender la solicitud de rectificación formulada contra ellos deberán proceder a la publicación en sus archivos digitales de un aviso aclaratorio que ponga de manifiesto que la noticia original no refleja la situación actual del individuo. El legislador, no obstante, dispone que aquel aviso deberá aparecer en lugar visible junto con la información original.

h) Derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales: Toda persona tiene derecho a solicitar de manera motivada de los medios de comunicación digitales la inclusión de un aviso de actualización suficientemente visible junto a las noticias que le conciernan cuando la información contenida en la noticia original no refleje su situación actual como consecuencia de circunstancias que hubieran tenido lugar después de la publicación, causándole un perjuicio. Particularmente, procederá la inclusión de dicho aviso cuando las informaciones originales se refieran a actuaciones policiales o judiciales que se hayan visto afectadas en beneficio del interesado como consecuencia de decisiones judiciales posteriores. En este caso, el aviso hará referencia a la decisión posterior.

i) Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral: Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador. El empleador podrá acceder a los contenidos producidos del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de aquellos dispositivos.

Bajo este contexto, los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración, advierte el legislador, deberán participar los representantes de los trabajadores.

El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. Empero, los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización.

j) Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: Por ser el derecho que se analizará en este estudio, se desarrollará en el siguiente epígrafe.

---

<sup>17</sup> BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1984.

k) Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo: Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)<sup>18</sup> y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de manera expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida.

En el caso de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. Asimismo, podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información.

De ninguna manera, se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos. La implementación de sistemas similares para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores. La supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizarán en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones. En tal caso, las imágenes deberán ser puestas a disposición de la autoridad competente en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que se tuviera conocimiento de la existencia de la grabación.

l) Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral: Los empleadores podrán tratar los datos obtenidos mediante sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del ET y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos. Asimismo, deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión.

---

18 BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

m) Derechos digitales en la negociación colectiva: Los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral.

n) Protección de datos de los menores en Internet: Los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en las que participen menores de edad garantizarán la protección del interés superior del menor y sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la protección de datos personales, en la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de la información. En el supuesto que dicha publicación o difusión fuera a tener lugar mediante servicios de redes sociales o servicios equivalentes deberán contar con el consentimiento del menor o sus representantes legales.

ñ) Derecho al olvido en búsquedas de Internet: Toda persona tiene derecho a que los motores de búsqueda en Internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información. De la misma manera, se deberá proceder cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los enlaces por el servicio de búsqueda en Internet. Este derecho subsistirá aun cuando fuera lícita la conservación de la información publicada en el sitio web al que se dirigiera el enlace y no se procediese por la misma a su borrado previo o simultáneo.

o) Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes: Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que hubiese facilitado para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes. De igual manera, tiene derecho a que sean suprimidos los datos personales que le conciernan y que hubiesen sido facilitados por terceros para su publicación por los servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

Del mismo modo deberá procederse a la supresión de dichos datos cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los datos por el servicio. Se exceptúan los datos que hubiesen sido facilitados por personas físicas en el ejercicio de actividades personales o domésticas. En el supuesto de que el derecho se ejercitase por un afectado respecto de datos que hubiesen sido facilitados al servicio, por él o por terceros, durante su minoría de edad, el prestador deberá proceder sin dilación a su supresión por su simple solicitud.

p) Derecho de portabilidad en servicios de redes sociales y servicios equivalentes: Los usuarios de servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes tendrán derecho a recibir y transmitir los contenidos que hubieran facilitado a los prestadores de dichos servicios, así como a que los prestadores los transmitan directamente a otro prestador designado por el usuario, siempre que sea técnicamente posible. Los prestadores podrán conservar, sin difundirla a través de Internet, copia de los contenidos cuando dicha conservación sea necesaria para el cumplimiento de una obligación legal.

#### IV. EL TIEMPO DE TRABAJO 4.0

El legislador siempre se ha preocupado por la jornada de trabajo, siempre ha sido una constante desde el nacimiento de las normas jurídicas que regulan las relaciones laborales. Las incipientes normativas se han basado en la limitación de horarios para los menores de edad, de los lapsos del trabajo nocturno y, en términos generales, de evitar jornadas de trabajo desmesuradas<sup>19</sup>. Bajo este contexto, el origen mismo del Derecho del Trabajo se encuentra en la regulación del tiempo de trabajo; en concreto, en la limitación de la jornada como medida de tutela y protección de los trabajadores.

Los avances en la digitalización conllevan una absorción de los trabajos directos y rutinarios por las máquinas, lo que sobrelleva que la presencia de manera continua del trabajador en el puesto de trabajo pierde su esencia. Por ello, se afirma que «cualquier utensilio conectivo, sean correos electrónicos, móviles, tabletas, teléfonos inteligentes, etc., transmuta los escenarios de desenvolvimiento de las ocupaciones laborales pues ubican a los trabajadores fuera de las unidades productivas típicas: empresas, centros y puestos. La unidad locativa por excelencia, o sea, el puesto de trabajo se antoja móvil, abierto, multinacional y des-especializado»<sup>20</sup>.

Hay que destacar que «el debate sobre la desconexión digital no puede, a su vez y valga la redundancia, desconectarse del respeto de los tiempos de descanso del trabajador y la lucha contra los excesos y las prolongaciones indebidas de la jornada laboral establecida. El mismo debate sobre el «derecho a la desconexión» encierra la falacia de pensar que, sin un reconocimiento normativo expreso, tal derecho ... no existiera o pudiera derivarse de la aplicación de la normativa jurídica general sobre la ordenación del tiempo de trabajo, esto es, de los tradicionales límites de la jornada... No podemos caer en la trampa de pensar que, sin su reconocimiento expreso, pueda existir –o siquiera sea admisible jurídicamente– una hipotética «obligación permanente de conexión», lo que equivaldría a una inaceptable obligación permanente de disponibilidad»<sup>21</sup>.

---

19 TALÉNS VISCONTI, E., “La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva”, *Revista de Información Laboral*, num.4, 2018.

20 ALEMÁN PÁEZ, F., “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi travail n° 2016-1088”, *Trabajo y Derecho*, núm. 2017, págs. 12 y ss.

21 FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Cronoreflexión al hilo de cuestiones actuales sobre tiempo de trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 421,

Bajo este contexto, se afirma que «los instrumentos tecnológicos operan de consuno en la ejecución del trabajo y en la fiscalización del mismo, y ambos aspectos transitan por espacios insertos en la privacidad e intimidad de las personas-trabajadores (...). Las TIC imponen conductas obligacionales de auto-exploración y hetero-exploración, y en general suponen más trabajo empero fuera del trabajo. Primero diluyen los códigos de espacio y tiempo pues, como dije, normalizan su uso durante las veinticuatro horas a escala planetaria. (...) El tecnoglobalismo dilata expansivamente el esfuerzo cognitivo e intelectual y, al licuarse los códigos de espacio y tiempo, diluye las fórmulas materiales y jurídicas de control digital directivo. Por último, y cerrando la cuadratura del círculo, el funcionalismo tecnológico transforma un objeto físico en objeto social, y a la vez socializa un juego de dependencias socio-emocionales con la utilización compulsiva de los dispositivos móviles»<sup>22</sup>.

Por tanto, el trabajo móvil conectado a una red concede un significativo grado de autonomía al trabajador, empero le coloca en una situación de conexión permanente que supone una prolongación excesiva de su jornada de trabajo y carga laboral. Por consiguiente, la introducción de la flexibilidad en el tiempo de trabajo tiene como consecuencia horarios de difícil precisión, al igual que una necesidad de comunicación permanente entre empresario y trabajador<sup>23</sup>.

Por ello, el legislador regula la desconexión digital en la LOPD, específicamente, en el artículo 88, al señalar que los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital con el propósito de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o en lo dispuesto en los convenios colectivos, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. Hay que destacar que se trata de una norma que tiene un antecedente reciente en el derecho comparado, concretamente, en el derecho francés<sup>24</sup>.

De su lectura, se puede inferir que la desconexión digital «supone el derecho del trabajador durante su tiempo de descanso a no recibir y, en su caso, a desatender los requerimientos que, a través de los dispositivos electrónicos de comunicación que le ha proporcionado la empresa, pueda recibir de ésta, bien directamente o provenientes de terceros»<sup>25</sup>. A contrario sensu se entiende que el empresario no debe emitir ningún requerimiento al

2018, pág. 15, citando a VALLECILLO GÁMEZ, M. R., “El derecho a la desconexión: ¿“novedad digital” o esnobismo del “viejo” derecho al descanso?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), núm. 408, 2017, págs. 167 a 178.

22 ALEMÁN PÁEZ, F., “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi travail n° 2016-1088”, *Trabajo y Derecho*, núm. 2017, págs. 12 y ss.

23 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, págs. 233 y ss.

24 Específicamente, en la Ley 2016-1088 (Loi Travail), du 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, que ha modificado el art. L.2242-8 del Código de Trabajo francés. Vid. CIALTI, PIERRE-HENRI, “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, *Temas Laborales*, núm. 137, 2017, págs. 163-181.

25 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Poderes del empresario y derechos digitales”, *Trabajo y Derecho*, núm. 59, 2019, pág. 26.

trabajador, y, en su caso, si los recibe el trabajador no se encuentra obligado a cumplirlo; y, mucho menos, el empresario puede exigir o adoptar cualquier tipo de medida. Hay que destacar que «el reconocimiento formal del derecho no garantiza por sí solo su observancia y la diversidad de situaciones y poder contractual de los trabajadores va hacer que su ejercicio sea, al menos inicialmente, muy disparatejo, peor eso ocurre con carácter y, singularmente, ante el reconocimiento de un nuevo derecho»<sup>26</sup>.

Independientemente, que las nuevas tecnologías favorezcan el trabajo a distancia y a la conciliación con la vida laboral, personal y familiar, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sugiere que «la desaparición de las fronteras espaciales y temporales entre la vida laboral y privada suscita inquietudes en diferentes ámbitos, y evoca formas de organización del trabajo del periodo preindustrial. Los procesos de cambio permiten que el individuo pase más tiempo en su casa que en el trabajo, pero que también pase más tiempo trabajando en casa podría ser un arma de doble filo»<sup>27</sup>.

El legislador, como se ha podido observar, no define la desconexión digital. Empero, deja entrever que existen varias modalidades de su ejercicio al disponer que aquel se atenderá a la naturaleza y objeto de la relación laboral, con el propósito de potenciar el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familia; que se sujetará a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Bajo este contexto, el legislador indica que el empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. De manera especial, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia; es decir, al teletrabajo, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. En los que entraría los trabajadores 4.0, que serían aquellos que prestan sus servicios en una empresa que ha implantado la cuarta revolución industrial en la misma.

La norma, lamentablemente, no prevé ningún tipo de sanción por este incumplimiento. Empero, la conexión, inevitable, que tiene este nuevo derecho con el tiempo de trabajo, así como de seguridad y salud laboral se tendrá que recurrir a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social<sup>28</sup>, especialmente, a la ausencia de lo señalado en el precepto de la LOPD que se comenta.

---

26 Idem.

27 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª reunión, 2015, Informe I, 15.

28 BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2000.

Empero, se han dado voces al señalar que la «ausencia de regulación sobre un inexistente derecho a la desconexión digital en el entorno laboral no ha significado, ni mucho menos, una desprotección total y absoluta de los trabajadores frente a decisiones empresariales desproporcionadas. Esta laguna normativa ha sido en ocasiones colmada por nuestros tribunales, que han puesto coto a los excesos de conectividad por encima de la jornada ordinaria de trabajo»<sup>29</sup>.

## V. UN NUEVO PRECEPTO EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: ART. 20 BIS

La LOPD añade por la disposición final un nuevo precepto al ET: artículo 20 bis. En relación a los derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión. Al señalar que «los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales».

La desconexión digital «debería abordarse en una reforma más global y «modernizadora» de la ordenación del tiempo de trabajo que, despegándose un poco de la empresa tradicional, incluya los cambios tecnológicos y su notable incidencia en cuanto a la jornada y los horarios y tienda a un reequilibrio en las posiciones de las partes, avanzando por la senda de la flexibilidad pro labour». Dicho en otras palabras, el artículo en cuestión se ha adicionado después del artículo 20, en cuanto a la dirección y control de la actividad laboral; lo lógico sería que fuese en la regulación del tiempo de trabajo, es decir, en la Sección 5.<sup>a</sup> del ET.

Independientemente, de su ubicación en el ET, «lo importante es incluir este derecho explícito a la intimidad, relacionado con medidas que hagan frente a la capacidad de intrusión de dispositivos digitales. No obstante, siempre resulta más aseado incluirlo en el lugar que puede ser considerado más apropiado por razón del aspecto que se regula»<sup>30</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

No cabe duda, con todo lo expuesto, que las nuevas tecnologías difuminan las fronteras entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso en el trabajo a distancia y, a su vez, en el trabajo presencial, dado que el trabajador se puede ver obligado, tanto directa como indirectamente, a permanecer en constante contacto con la empresa para la que desarrolla la actividad profesional (always on). Por lo que no resulta infrecuente que el trabajador conteste fuera

---

29 TALENS VISCONTI, E., “La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva”, *Información Laboral*, 4, 2018.

30 FERNÁNDEZ ORRICO, F., “Protección de la intimidad del trabajador frente a dispositivos digitales: análisis de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num.222, 2019.



de la jornada de trabajo al correo electrónico, al WhatsApp, al móvil o responder a un documento incorporado, por ejemplo, en una carpeta Dropbox<sup>31</sup>.

Como se ha podido comprobar, no existe un concepto tasado sobre la desconexión digital, aquel se puede inducir partiendo de la finalidad que no es otra que la de «garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar»<sup>32</sup>. Por tanto, trata «de proteger al trabajador de intrusiones del empresario, que pretende que el trabajador le siga teniendo a su servicio incluso fuera de horas de trabajo. Debe entenderse que la relación laboral tiene unos límites, un horario concreto y que si el empresario pretende seguir ejerciendo el poder de dirección al terminar la jornada laboral excede de sus competencias y del tiempo de trabajo establecido en el contrato»<sup>33</sup>.

El legislador deriva dicho derecho «a la negociación anual sobre igualdad profesional entre mujeres y hombres y calidad de vida en el trabajo y asigna al empresario un importante papel ya que tiene que concretar a falta de acuerdo con el comité de empresa y previa audiencia del mismo o, en su defecto, de los delegados de personal, la política de actuación al respecto»<sup>34</sup>.

Finalmente, se ha afirmado que el «pretendido nuevo (o estatus nascente) derecho de desconexión laboral no existe como tal, autónomo y diferenciado, sino que es, en realidad, una concreción del contenido del viejo –o clásico– derecho, actualizado bajo el impuso adaptativo de las nuevas necesidades creadas por la tecnología digital – art. 3 CC–, al descanso, hoy derecho social fundamental comunitario»<sup>35</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

ALEMÁN PÁEZ, F., “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi travail n° 2016-1088”, Trabajo y Derecho, núm. 2017.

CIALTI, PIERRE-HENRI, “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”; Temas Laborales, núm. 137, 2017.

31 SERRANO ARGÜESO, M., “Always on. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0”, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, ADAPT, Vol. 7, núm. 2, 2019, 171.

32 Art. 88.1 LOPD

33 FERNÁNDEZ ORRICO, F., “Protección de la intimidad del trabajador frente a dispositivos digitales: análisis de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre”, Revista Española de Derecho del Trabajo, num.222, 2019.

34 SERRANO ARGÜESO, M., “Always on. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0”, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, ADAPT, Vol. 7, núm. 2, 2019, 171.

35 MOLINA NAVARRETE, C., “El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿existe un nuevo derecho humano a la desconexión de los trabajadores fuera de la jornada?”, Revista de la Facultad de Derecho de México, 269 (67), 2017, págs. 891-919.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Cronoreflexión al hilo de cuestiones actuales sobre tiempo de trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 421, 2018.

FERNÁNDEZ ORRICO, F., “Protección de la intimidad del trabajador frente a dispositivos digitales: análisis de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre”, *REDT*, num.222, 2019.

MOLINA NAVARRETE, C., “El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿existe un nuevo derecho humano a la desconexión de los trabajadores fuera de la jornada?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 269 (67), 2017.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo*, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª reunión, 2015, Informe I, 15.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Poderes del empresario y derechos digitales”, *Trabajo y Derecho*, núm. 59, 2019.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

SAN MARTIN MAZUCCONI, C., y SEMPERE NAVARRO, A., “Sobre el control empresarial de los ordenadores”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3/2012 parte Tribuna.

SERRANO ARGÜESO, M., “Always on. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, ADAPT, Vol. 7, núm. 2, 2019.

TALENS VISCONTI, E., “La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva”, *Información Laboral*, 4, 2018.

VALLECILLO GÁMEZ, M. R., “El derecho a la desconexión: ¿“novedad digital” o esnobismo del “viejo” derecho al descanso?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 408, 2017.

PONENCIA ESPECÍFICA  
TIEMPO DE TRABAJO Y CONTROL HORARIO: CUESTIONES CONFLICTI-  
VAS EN TORNO A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA  
JUNTA DE ANDALUCÍA

*Belén del Mar López Insua*  
*Profesora Contratada Doctora (acreditada como Titular de Universidad) de Derecho del Trabajo y*  
*de la Seguridad Social*  
*Universidad de Granada*

“En algún punto en la máquina estatal de la coacción tiene que terminar la condición de estar obligado y quedar solamente la condición de obligar, así como en algún otro punto, al contrario debe cesar la condición de obligar y quedar simplemente la de ser obligado. En todos los otros órganos del poder estatal coincide el ser obligado y el obligar; reciben impulsos de arriba y continúan hacia abajo, lo mismo que en un mecanismo de relojería, en el que un resorte impulsa al otro. Pero el reloj no se puede dar cuerda a sí mismo, para ello requiere la mano del hombre...”

R. Von Ihering<sup>1</sup>

1. Conflicto de competencias y reducción de la jornada laboral ordinaria: planteamiento general a la luz del recurso de inconstitucionalidad 142/2017, de 12 de diciembre, de 2017
2. Antecedentes y fundamentos jurídicos en la sentencia 142/2017, de 12 Diciembre, de 2017 y voto particular
  - 2.1. Título competencial, determinación normativa de la “jornada de trabajo” y voto particular
  - 2.2. Jornada mínima de trabajo: Estatuto Básico del Empleado Público y marco general de las políticas de empleo
  - 2.3. Especial mención al personal docente de enseñanzas reguladas mediante Ley Orgánica 2/2006
3. Fallo del constitucional y acuerdo andaluz
4. Control del cumplimiento de la jornada de trabajo en la administración pública
5. Conclusiones jurídico-críticas y propuestas de “lege ferenda”

---

<sup>1</sup> Von Ihering, R: El fin en el derecho, Estudio Preliminar “El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del derecho”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2011, pág. 160.

## 1. CONFLICTO DE COMPETENCIAS Y REDUCCIÓN DE LA JORNADA LABORAL ORDINARIA: PLANTEAMIENTO GENERAL A LA LUZ DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD 142/2017, DE 12 DE DICIEMBRE, DE 2017

Determinar el tiempo de trabajo para el personal laboral y funcionario constituye una tarea ardua y muy conflictiva debido a una errónea y anclada lógica administrativista. En efecto, la interpretación sobre el quantum de la jornada laboral ordinaria ha sido objeto de una interpretación judicial por parte del orden administrativo, que no se corresponde con la dialéctica jurídico-laboral teniendo en cuenta que también, en este ámbito, juegan las relaciones entre ley y convenio colectivo<sup>2</sup>.

Al margen de esta correlación, lo cierto es que el Estado y las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) han regulado con suma frecuencia esta materia a través de las distintas disposiciones normativas. El contexto económico, social e histórico es el que ha venido marcando los constantes vaivenes, atendiendo así a una lógica de política y fomento del empleo. El crecimiento de la productividad constituye una constante en las economías actuales en de estabilidad económica. En este sentido, el crecimiento intenso y favorable de la productividad (en un contexto de recuperación económica) sólo puede verse acompañado de la adopción de medidas que eleven el crecimiento del empleo. Los beneficios o resultados de ese aumento de la productividad habrán de invertirse en nuevos espacios y actividades productivas que frenen las elevadas cifras de desempleo, para lo cual deben de establecerse elementos distribuidores y correctores, como son los de reducción y organización del tiempo de trabajo. Así pues, para que la reducción del tiempo de trabajo tenga una incidencia positiva en la creación de empleo y en la reducción del desempleo, deberá ésta inscribirse dentro de la política general de empleo en donde la estabilidad se erija como objetivo o eje fundamental de esas medidas. De igual modo, parece evidente admitir que esta tendencia de reducción de la jornada también se acompañe de un elenco de políticas o medidas legislativas que tienden a favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar<sup>3</sup>.

Precisamente es ahora cuando hacen su presencia los agentes sociales regulando todo lo referente a la determinación de la distribución de la jornada, como una cuestión organizativa propia de las Administraciones Públicas. Y es que respecto a lo que establece la Ley cabe en la práctica una gran flexibilidad y tolerancia a la hora de la negociación de la determinación de la jornada de trabajo<sup>4</sup>. Así es, el actual contexto social y marco normati-

---

2 Cabeza Pereiro, J y Fernández Docampo, B: “Capítulo V. Derecho a la Jornada de Trabajo, permisos y vacaciones”, en VV.AA., Monereo Pérez, J.L, Molina Navarrete, C, Olarte Encabo, S y Rivas Vallejo, P. (Dir.): El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008, Granada, Comares, 2008, pág. 447.

3 Ver Acuerdo de 26 de diciembre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Acuerdo de la Mesa General de Negociación Común del Personal Funcionario, Estatutario y Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, de 18 de diciembre de 2017, sobre medidas transitorias para ordenar la jornada de trabajo y horarios del personal empleado público de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 246 de 27 de diciembre de 2017).

4 Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2007 (RJ 2007/3739).

vo habilita a que opere una reducción del tiempo de trabajo. No se olvide que esta materia constituye una reivindicación histórica del movimiento sindical que, a través de diferentes etapas y de la incorporación de nuevos aspectos, pretende configurar una normativa reguladora y respetuosa con los derechos básicos de toda la población trabajadora referidos a la jornada diaria y semanal, horas extraordinarias, el derecho a unas vacaciones, permisos retribuidos..., etcétera<sup>5</sup>. En definitiva, hablamos del elenco de derechos que regulan los artículos 47 a 51 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se prueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP). Asimismo, cabe mencionar en este punto, los artículos 34 a 38 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), pues recuérdese que para el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas regirá esta normativa. Y, de igual modo, la Resolución de 28 de Febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos<sup>6</sup>. No obstante, en las mesas de negociación del personal laboral y funcionario (o mesas mixtas o híbridas) se ha tratado siempre de llevar una plena equiparación a fin de no producir divergencias. De modo que los negociadores procuran, dentro del margen que les habilita la ley, equiparar los derechos de unos y otros, adhiriendo así los del laboral a los del personal funcionario<sup>7</sup>.

Reducir o, al menos, mantener el volumen de población activa existente es algo que se viene impulsando ya desde hace años por parte de la Junta de Andalucía. Es por ello que en el año 1999 acordara, siguiendo las reivindicaciones sindicales, la reducción de la jornada laboral a 35 horas como medida de creación de empleo<sup>8</sup>. De igual modo, cabe tener en cuenta que esta medida constituye fiel reflejo del título habilitante que le concede el Estatuto de Autonomía de Andalucía en su artículo 12.3<sup>9</sup> a la Junta, todo ello de conformidad con las líneas que ya marca la Unión Europea<sup>10</sup>.

5 Las reivindicaciones acerca de la reducción del tiempo de trabajo se circunscriben, en el ámbito europeo y en etapas más recientes, en las posiciones de la Confederación Europea de Sindicatos (CES), expresadas en su último Congreso de 1995. Así es, en el VM Congreso, el CES se propuso como meta que la jornada de 35 horas semanales fuera su “elemento movilizador” de cara a los próximos años. En este sentido, se marga como objetivo el de lograr la jornada de 32 horas, la semana laboral de cuatro días y la jubilación progresiva, junto con políticas de creación de empleo. Ese claro compromiso se recoge en el documento “Situación del empleo y la solidaridad en el corazón de Europa, que fue presentado por Emilio Gabaglio (Secretario general de la CES) y el cual se encontraba respaldado por los 45 sindicatos de 23 países de la Europa occidental que conforma la confederación.

6 Ver BOE nº52 de 1 de marzo de 2019.

7 Cabeza Pereiro, J y Fernández Docampo, B: “Capítulo V. Derecho a la Jornada de Trabajo, permisos y vacaciones”...op.cit., pág. 448.

8 Decreto 11/1999, de 26 de enero, por el que se establecen incentivos a la creación de empleo mediante la reducción de la jornada laboral a 35 horas semanales y/o la reorganización del tiempo de trabajo (BOJA núm. 16 de 6 de febrero de 1999). Cabe tener también en cuenta la Orden de 16 de julio de 1999, por la que se modifica la Orden de 29 de julio de 1996, sobre jornadas y horarios en la Administración General de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 82 de 17 de julio de 1999).

9 Dispone este artículo “... la consecución del pleno empleo en todos los sectores de la producción y la especial garantía de puestos de trabajo para las jóvenes generaciones de andaluces...”.

10 “... las altas tasas de desempleo son la principal preocupación de la mayor parte de los países

Siguiendo la estela ya iniciada para el fomento del empleo se aprueba por el Estado, en el año 2012, como una medida de carácter excepcional y temporal la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera<sup>11</sup>. Se trataba ésta de ley que pretendía (Artículo 1): “... el establecimiento de los principios rectores, que vinculan a todos los poderes públicos, a los que deberá adecuarse la política presupuestaria del sector público orientada a la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, como garantía del crecimiento económico sostenido y la creación de empleo, en desarrollo del artículo 135 de la Constitución Española. Asimismo, se establecen los procedimientos necesarios para la aplicación efectiva de los principios de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera, en los que se garantiza la participación de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera; el establecimiento de los límites de déficit y deuda, los supuestos excepcionales en que pueden superarse y los mecanismos de corrección de las desviaciones; y los instrumentos para hacer efectiva la responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento, en desarrollo del [controvertido] artículo 135 de la Constitución Española y en el marco de la normativa europea”. Por lo tanto, se fija como objetivo la reducción del déficit público para dar cumplimiento al objetivo de estabilidad presupuestaria<sup>12</sup>, lo que determinó que posteriormente se dictara por la CCAA de Andalucía el Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía<sup>13</sup>. Con este Decreto-Ley se aumenta, nuevamente, la jornada laboral del personal público a un mínimo de 37,5 horas y, para el personal docente que imparte enseñanzas reguladas en la Ley Orgánica 2/2006<sup>14</sup> a 20 horas semanales (inicialmente eran 18 horas). En este último caso, dicho incremento obedece a la aplicación del Real Decreto-Ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo<sup>15</sup>. La tramitación parlamentaria efectuada con posterioridad de este Decreto-ley dio lugar a

---

de la Unión Europea, que observan cómo muchos millones de personas ven imposibilitada su total integración social y personal por la ausencia de empleo para todos. De este modo, el empleo se ha convertido en uno de los ejes centrales de las iniciativas adoptadas en el seno de la Unión, siendo su más directa concreción la obligación de los Estados Miembros de elaborar anualmente Planes Nacionales de Acción para el Empleo, bajo las Directrices del Consejo Europeo.

Las Directrices para el Empleo no sólo consagran las vigentes políticas activas de empleo tendentes a ofrecer oportunidades y mejorar la empleabilidad de los demandantes de empleo, sino que añaden a éstas las políticas de empleo basadas en la reorganización del trabajo, entre las que se incluyen aquellas medidas tendentes a la disminución del tiempo de trabajo”. Ver Exposición de Motivos del Decreto 11/1999, de 26 de enero, por el que se establecen incentivos a la creación de empleo mediante la reducción de la jornada laboral a 35 horas semanales y/o la reorganización del tiempo de trabajo.

11 BOE núm. 103, de 30 de abril de 2012.

12 En definitiva son tres objetivos que marca esta ley: 1) garantizar la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas; 2) fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española y 3) reforzar el compromiso de España con la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria.

13 BOJA núm. 122 de 22 de junio de 2012.

14 Ley Orgánica de 3 de mayo, de educación, en centros docentes públicos y privados sostenidos por fondos públicos (BOE núm. 106, de 04 de Mayo de 2006)

15 BOE núm. 96, de 21 de abril de 2012.

la aprobación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas para la reforma del mercado de trabajo (BOE núm. 162) en la que también se incluyó esta medida en su artículo 25. Por tanto, el incremento de la jornada laboral de 35 a 37,5 horas y la jornada lectiva docente de 20 horas semanales respondía a una finalidad exclusivamente de cumplimiento de estabilidad presupuestaria.

Por su parte y motivado por un fin de política económica, el Estado acuerda en el artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre<sup>16</sup>, incrementar la jornada a 37,5 horas para el sector público estatal. Mantiene ese incremento en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, de igual modo, se establece un compromiso de voluntad política para acordar la reducción en los presupuestos en el año 2018. Entendiéndose así que, para entonces, la nación española ya habría experimentado un considerable crecimiento económico que posibilitaría y haría viable dicha reducción de la jornada de trabajo. Estas medidas, así como la fijación de la jornada lectiva para el personal docente en el Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, se erigen como medidas de carácter excepcionales por razones de estabilidad presupuestaria. Y, por lo tanto, atendiendo al contexto de crisis económico-social y financiera por el que atravesaba España.

En esta línea, cabe citar la Resolución de 16 de septiembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se modifica la de 28 de diciembre de 2012 y por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos<sup>17</sup>. Ya en su disposición Primera se modifica el epígrafe 1 del apartado 3 de la Resolución de 28 de diciembre de 2012 de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, en los siguientes términos: “3.1 La duración de la jornada general será de 37 horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, equivalente a mil seiscientos cuarenta y dos horas anuales”. Por lo tanto, se mantiene el incremento en la jornada laboral ordinaria, tal y como venía acordándose desde 2012.

Sin embargo, en la CCAA de Andalucía se ha comprobado como progresivamente el personal empleado público ha ido recuperando los derechos que fueron suspendidos por las medidas hasta ahora adoptadas -en todas las Leyes antes citadas-. Es por ello que el 15 de julio de 2015 la Administración andaluza junto con las organizaciones sindicales presentes en la Mesa General de negociación común del personal funcionario, estatutario y laboral al servicio de la misma firmaron el Acuerdo para la Defensa y Mejora del Empleo Público. Partiendo del reconocimiento de la labor desempeñada por el mencionado personal, entendió la Junta de Andalucía que podría proseguir dentro de esa finalidad de avance en pro de la recuperación de la calidad del empleo público, como medida indispensable para

---

16 Real Decreto-Ley de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (BOE 31 de diciembre de 2011, Núm. 315). Normativa, posteriormente, modificada por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. BOE núm. 168 de 14 de julio de 2012.

17 BOE núm. 224 de 18 de septiembre de 2015.

la mejora de los servicios a la ciudadanía andaluza. Cumpliendo así con diversos compromisos adoptados en 2015 y siempre con pleno respecto a lo dispuesto por el LEBEP. Por lo que se acuerda<sup>18</sup>:

“La recuperación de la jornada laboral de treinta y cinco horas semanales, implantada en la Junta de Andalucía ya en el año 1999 fruto de la negociación sindical, se enmarca, pues, en el proceso de recuperación progresiva durante la presente legislatura de todos los derechos que fueron suspendidos al personal empleado público, y con ella se da respuesta a las necesidades de este personal y a sus expectativas de profundizar en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, al mismo tiempo que contribuye a la creación de empleo, con el fin de que la efectiva implantación de esta medida no afecte a los servicios públicos, ni merme la calidad de su prestación. El desempleo sigue siendo el principal problema que tiene la sociedad andaluza y, por ello, todas las acciones y medidas que conduzcan a combatirlo deben considerarse prioritarias.

Además, la Junta de Andalucía resulta competente para regular la jornada de su personal, en el ejercicio de las competencias exclusivas que le atribuye el Estatuto de Autonomía sobre planificación de su función pública y en materia de personal laboral (artículo 76.2.a y c), así como en relación con la planificación de la actividad económica (artículo 58.2). A lo que se une lo dispuesto en el artículo 47 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que, con el carácter de legislación básica, otorga a las Administraciones Públicas la competencia para establecer la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos.

La jornada laboral de treinta y siete horas y media, y la jornada lectiva docente de 20 horas semanales, junto con las demás medidas que se adoptaron, ha estado vinculada y ha dependido directamente de la situación económica concreta existente en el momento de su implantación, que ha condicionado asimismo su mantenimiento; por ello, cuando se acordó por la Junta de Andalucía, se hizo a través de un Decreto-ley, el 1/2012, de 19 de junio, por la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera derivadas de la legislación estatal. A partir de ahí, la recuperación de los derechos suspendidos al personal empleado público se ha venido realizando de manera progresiva, vinculada igualmente a la situación económica y financiera, porque, dado su coste económico, en todos los casos ha sido necesario adaptarse a las posibilidades reales de la Administración autonómica. La jornada laboral de treinta y siete horas y media, y la jornada lectiva docente de 20 horas semanales, establecidas con carácter coyuntural como medidas de política económica, no se justifican actualmente en Andalucía en la necesidad de contención del gasto público ni en la de ahorro económico, ante la evolución favorable de su economía, que afianza, en la actualidad y hacia el futuro, y como resultado de una rigurosa planificación económica, la suficiencia financiera adecuada para recuperar la jornada laboral de treinta y cinco horas, sin afectación del cumplimiento por nuestra Comunidad Autónoma de sus obligaciones de sostenibilidad financiera y equilibrio presupuestario.

---

18 Véase la Exposición de Motivo del Real Decreto-Ley 5/2016, de 11 de octubre, por el que se regula la jornada de trabajo del personal empleado público de la Junta de Andalucía.



Actualmente, todos los indicadores y autoridades independientes avalan las previsiones macroeconómicas que ha tenido en cuenta Andalucía para llevar a cabo esta planificación”.

De este modo quedaba fundamentada la recuperación económica de la jornada ordinaria de trabajo de treinta y cinco horas que recoge el Decreto-ley 5/2016, de 11 de octubre<sup>19</sup> y que se implantó, de forma efectiva, a partir del 1 de enero de 2017. Derivaba la urgencia en la publicación de este Decreto-Ley no sólo de los plazos de la propia tramitación legislativa parlamentaria, sino también de la efectiva aplicación de la nueva jornada plantea, dada la complejidad organizativa de la Administración andaluza, en la que prestan servicios el personal de distintos sectores. Por su parte, los procesos de adaptación que deban llevar a cabo para la efectiva instauración de esta jornada en la Administración Pública andaluza, serán objeto de la correspondiente negociación colectiva por parte de las distintas mesas generales comunes para el personal laboral, estatutario y funcional.

## 2. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS EN LA SENTENCIA 142/2017, DE 12 DE DICIEMBRE, DE 2017 Y VOTO PARTICULAR

A fecha de 14 de julio de 2017 se presenta el recurso de inconstitucionalidad núm. 3719-2017, promovido por Abogado de Estado en nombre del Presidente del Gobierno y contra el Decreto-ley 5/2016, de 11 de octubre, por el que se regula la jornada de trabajo del personal empleado público de la Junta de Andalucía. El Abogado de Estado aboga la suspensión de la reducción de la jornada laboral ordinaria al entender que el mencionado Decreto-Ley contradice y vulnera lo dispuesto por la Ley 3/2012. En este sentido, fundamenta su recurso de una manera doble:

Primero, entiende que la jornada de 35 horas es inferior a la prevista en la Disposición Adicional Septuagésima primera de la Ley 2/2012, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012. Y es que, alega que el título competencial que habilita a que mediante una Ley de Presupuestos se incremente la jornada ordinaria a 37,5 horas deviene del título competencial que establecen los artículos 149.1.7 y 18 de la Constitución Española (CE). Por otra parte, en base a la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2016, de 25 de mayo, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1743-2013<sup>20</sup>; defiende que la norma que se refiere a esta materia (jornada de trabajo) tiene un carácter de básica, por lo que ninguna CCAA podrá reducir el límite mínimo de la jornada de trabajo prevista por el Estado. En este sentido, concluye este primer argumento, afirmando que la Junta de Andalucía se ha extralimitado de sus competencias al invadir ilegítimamente un ámbito que únicamente le corresponde a las normas aprobadas por el Estado.

Segundo, por su parte recuerda que la Disposición Final Primera de la Ley 3/2012 previene que las modificaciones de las normas reguladoras de la jornada de trabajo del

<sup>19</sup> Decreto-ley 5/2016, de 11 de octubre, por el que se regula la jornada de trabajo del personal empleado público de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 201 de 19 de octubre de 2016).

<sup>20</sup> Interpuesto por el Gobierno de Cataluña contra las disposiciones adicionales cuadragésima y septuagésima primera, así como la disposición final octava de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2012. Ha comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado.

personal a que se refiere el apartado l del artículo único y que se realicen tras la entrada en vigor del Decreto-ley podrán efectuarse sólo por normas del rango que en cada caso corresponda. Sin embargo, para este supuesto, la CCAA Andaluza ha dictado el Decreto-Ley 5/2016 sin que concurren los requisitos de extraordinaria y urgente necesidad. Y todo ello vulnerando el artículo 86 de la CE, así como la disposición 110 del Estatuto de Autonomía de Andalucía. Para más inri, la doctrina judicial del Tribunal Constitucional ya ha afirmado que “... el examen de la concurrencia del citado supuesto habilitante se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional (STC 329/2005, de 15 de diciembre, FJ 5), debiendo siempre tenerse presentes las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación de cada uno de los Decretos-leyes enjuiciados”<sup>21</sup>.

### **2.1. Título competencial, determinación normativa de la “jornada de trabajo” y voto particular**

Alega el Abogado de Estado y, de igual modo, entiende el plenario del Constitucional que la CCAA Andaluza se ha extralimitado de sus competencias al establecer, mediante el Decreto-Ley 5/2016, una jornada ordinaria de trabajo de 35 horas semanales, en lugar de 37,5 horas. Ello contradice lo preceptuado por la Disposición Adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, dictada al amparo del artículo 149.1.7 y 18 del Texto Constitucional. En este orden de ideas, teoriza el Tribunal Constitucional (con apoyo en las sentencias 158/2016, de 22 de septiembre de 2016 - BOE núm. 263-) lo siguiente: “... para que dicha infracción constitucional exista será necesaria la concurrencia de dos circunstancias: que la norma estatal infringida por la ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; así como, en segundo lugar, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa”.

A juicio de la Sala, una norma que fija la duración mínima de la jornada de trabajo ha de ser considerada, en su perspectiva material, como una norma que regula las bases del régimen estatutario de los funcionarios. En conclusión, cabe afirmar que la determinación de la jornada laboral constituye, de un lado, una normativa básica en cuanto que afecta a la esfera de los derechos y deberes de los funcionarios (así como del personal laboral dependiente de la Administración Pública)<sup>22</sup> y, de otra, garantiza una mínima homogeneidad entre las distintas Administraciones implicadas (Artículo 149.1 18 de la CE).

<sup>21</sup> Entre otras, cita el Abogado del Estado la sentencia del Tribunal Constitucional 137/2003, de 3 de julio, en su Fundamento Jurídico 3.

<sup>22</sup> Ver Fundamento Jurídico 3 de la STC 158/2016- antes citada- en donde se dice: “... que el título competencial ‘legislación laboral’ tiene ‘un sentido concreto y restringido, coincidente por lo demás con la relación que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios’ (SSTC 35/1982, de 14 de junio, FJ 2; y 95/2002, de 25 de abril, FJ 8, entre otras muchas, y, en el mismo sentido, ATC 228/2015, de 15 de diciembre, FJ 4). En esta materia se incluye la regulación de un elemento esencial del contrato de trabajo como es el tiempo de prestación de servicios (STC 228/2012, de 29 de noviembre, FJ 3, con cita de la STC 7/1985, de 25 de enero, FJ 2)”.

Por todo ello, concluye el Constitucional declarando: “... resulta incompatible con la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012 una norma autonómica que determine una duración de la jornada de trabajo que sea inferior a la prevista en la misma, esto es, que sea inferior a 37,5 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, como sucede en el Decreto-ley impugnado que prevé la jornada de trabajo de 35 horas semanales de promedio en cómputo anual”.

El alcance de las competencias estatales y autonómicas en la regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos ha sido uno de los temas más debatidos en sede jurisprudencial. A este respecto, hay que partir de la premisa de que la “jornada de trabajo” no puede ser considerada una materia de simple ejecución por las CCAA, sino por el contrario de competencia exclusiva sobre la función pública, en cuanto que afecta a la potestad de autoorganización y establecimiento de su sistema institucional<sup>23</sup>. Lo contrario supondría equiparar “el régimen jurídico de los funcionarios públicos” a las competencias base que le son atribuidas al Estado (artículo 149.1.18 CE). Además, recuérdese que al tratarse de una materia de “Derecho necesario relativo” se podrá mediante ley, convenio colectivo o contrato de trabajo mejorar su contenido para adaptarla a las características, condiciones, requisitos de cada sector y marco general de las políticas de empleo en España<sup>24</sup>. Por lo tanto, no cabe afirmar que se haya producido una extralimitación de las competencias autonómicas, sino más bien una adaptación a las concretas circunstancias de políticas de empleo y al contexto económico-social.

Ciertamente, como bien afirma el Magistrado Valdés Dal-Ré, una norma básica no impide que las CCAA puedan introducir modulaciones y peculiaridades en el ejercicio de sus legítimas competencias, pues de lo que se trata es que el Estado garantice un mínimo común denominador que asegure una uniformidad, pero no una homogeneidad<sup>25</sup>. En efecto, el esquema de reparto que diseña el texto constitucional está pensado para que el Estado garantice los intereses generales y unitarios, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas desarrollen, en función de sus intereses, las bases constitucionales. De lo contrario el esquema constitucional iría perdiendo su significado. Así es, “... la imposición de la jornada mínima prescinde de las peculiaridades de cada Comunidad Autónoma, que inciden indudablemente en su organización, pudiendo producir, al tiempo, una alteración

---

23 Ver el Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1743-2013, al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos.

24 En el caso de España, en la década de los años 80, se comenzaron ya a producir avances muy notables, especialmente en la reducción de la jornada laboral fruto, tanto de la concertación social entre sindicatos y empresarios, como mediante la fijación de la duración máxima legal de la jornada semanal en 40 horas.

25 Afirma el Magistrado Don Fernando Valdés Dal-Ré en su voto particular: “una norma merece el calificativo de básica cuando garantiza en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales; regulación normativa uniforme que, no obstante, debe permitir que cada Comunidad Autónoma introduzca, en persecución de sus propios intereses, las peculiaridades que estime pertinentes dentro del marco competencial que en la materia dibuje el bloque de la constitucionalidad (entre otras muchas, SSTC 1/1982, FJ 1; y STC 103/1997, de 22 de mayo, FJ 2)”.

en sus relaciones de puestos de trabajo y en su política de retribuciones, tan estrechamente ligada a la jornada de trabajo<sup>26</sup>.

## **2.2. Jornada mínima de trabajo: Estatuto Básico del Empleado Público y marco general de las políticas de empleo**

En la actualidad la reducción del tiempo de trabajo está cobrando especial importancia en el conjunto de países europeos. Y es que, a través de diversas experiencias, se trata de tomar en consideración diferentes instrumentos y modelos, de ahí que las mismas organizaciones sindicales, empresariales y los diferentes gobiernos se encuentren inmersos en esta materia a la luz de los sistemas de políticas de empleo. El lanzamiento de un proceso general de negociaciones para la reducción y reorganización de la jornada de trabajo, a la que acompañen dispositivos financieros que faciliten la creación de empleo -como objetivo último de estos procesos-, está siendo el día a día en la mayoría de los Estados europeos. Y es que la clave está en reducir los niveles de desempleo para lograr insertar a todos los colectivos, especialmente a los más vulnerables, y alcanzar así el pleno empleo de calidad<sup>27</sup>.

Conscientes del problema, la CCAA andaluza dicta mediante Decreto-Ley la reducción de la jornada ordinaria del personal funcionario, estatutario y laboral a 35 horas. Lo cual resulta ajustado teniendo en cuenta que la determinación de la jornada de trabajo no constituye una norma básica, pero además téngase en cuenta que ya "... el Gobierno utiliza a su albedrío el decreto-ley como instrumento alternativo a la ley para determinar de manera ordinaria la legislación básica"<sup>28</sup>. Por lo que, dadas las circunstancias y quedando perfectamente justificadas las razones que motivan la urgente y extraordinaria necesidad, la Junta de Andalucía tiene competencias para dictar la normativa objeto de litigio en base a lo dispuesto en el artículo 110.1 de su Estatuto de Autonomía<sup>29</sup>, así como la disposición número 86 de la CE.

En ningún momento, el Real Decreto-Ley 5/2016 contradice lo dispuesto por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, sino que incide sobre una materia regulada por el EBEP (tal y como defiende el Letrado del Parlamento Andaluz). En todo caso, la Ley de Presupuestos Generales para el año 2012 -en cuanto norma con vocación de cierta permanencia en el tiempo- vulnera la norma Estatutaria, al alterar el régimen básico de los funcionarios públicos y limitar la capacidad de organización del tiempo de trabajo por parte de cada Administración Pública en su ámbito. Y, de igual modo, modifica

---

<sup>26</sup> Ver el Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1743-2013.

<sup>27</sup> Para ese enfoque puede consultarse, ampliamente, en una perspectiva de conjunto, Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales*, Granada, Comares, 2009, *passim*.

<sup>28</sup> Véase las alegaciones del Letrado del Parlamento de Andalucía en la sentencia del TC 142/2017, de 12 de diciembre de 2017.

<sup>29</sup> "1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad el Consejo de Gobierno podrá dictar medidas legislativas provisionales en forma de decretos-leyes, que no podrán afectar a los derechos establecidos en este Estatuto, al régimen electoral, ni a las instituciones de la Junta de Andalucía. No podrán aprobarse por decreto-ley los presupuestos de Andalucía".

lo dispuesto por el artículo 34 Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral que desarrolla su actividad en el sector público<sup>30</sup>. En cualquier caso, aceptar que una Ley de Presupuesto pueda establecer una regulación distinta a la prevista el EBEP supone, desde un punto de vista constitucional, provocar con su desconocimiento una grave situación de inseguridad jurídica (Artículo 9.3 de la CE)<sup>31</sup>.

El parámetro de control constitucional no viene dado por ninguna Ley de Presupuestos Generales, sino por los artículos 47 a 51 del EBEP. En estos no se establece ninguna cuantificación de la jornada de trabajo del personal al servicio público, sino que tal y como dispone el artículo 47: “Las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos. La jornada de trabajo podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial”. Lo que significa, a efectos prácticos, que la norma otorga a las Administraciones Públicas libertad para que determinen la jornada general y las especiales de trabajo en función de sus peculiaridades<sup>32</sup>. Ello implica que la CCAA Andaluza resulta plenamente habilitada para llevar a cabo su regulación en función de las circunstancias y el contexto económico-social. El EBEP no persigue, en definitiva, un modelo homogéneo para todas las Administraciones, sino una composición y estructuras uniformes dentro de cada una de las distintas entidades públicas territoriales e institucionales.

Se vislumbra, pues, a todas luces, como el artículo 47 del EBEP no impone ningún mínimo en cuanto a la jornada de trabajo, a diferencia de lo que ocurre en materia de vacaciones y permisos retribuidos (artículos 48 a 50 del EBEP). Y ello es porque el legislador estatal ha optado por una intervención mínima en una materia de “derecho necesario relativo”, debiendo corresponder su desarrollo a la normativa autonómica o, en su caso, a la negociación colectiva. No cabe así que el legislador estatal o autonómico limite o restrinja

---

30 Ver el Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1743-2013, a saber: “El art. 47 del estatuto básico del empleado público remite expresamente a las Administraciones Públicas el establecimiento de la jornada de trabajo de los funcionarios públicos. La disposición adicional impugnada no es, como sostiene la mayoría, una nueva previsión legal sobre el régimen sustantivo de la jornada de los empleados públicos que “complementa” el estatuto básico del empleado público, pues altera sustancialmente el régimen básico anterior al pasar a regular en norma básica estatal lo que, con anterioridad, quedaba íntegramente remitido a lo que estableciera cada Administración pública en su ámbito. Estamos pues ante una norma con vocación de permanencia en el tiempo, que cambia sustancialmente los criterios que previamente informaban la regulación de la jornada y cuya ubicación natural sería, en consecuencia, la legislación específica que regula dicha materia. Hasta tal punto es así, que puede afirmarse que la imposición de una jornada mínima que efectúa la disposición impugnada supone de facto una modificación del art. 47 del estatuto básico del empleado público. La cuestión es igualmente clara en cuanto al personal laboral, pues el art. 51 del estatuto básico del empleado público se remite a las reglas del propio capítulo y a las de la legislación laboral correspondiente, y, por tanto, al art. 34.1 del estatuto de los trabajadores, con el cual también resulta incompatible la disposición adicional que nos ocupa”.

31 Ver los Fundamentos jurídicos número 4 de las sentencias del Tribunal Constitucional 238/2007, de 21 de noviembre y 248/2007, de 13 de diciembre.

32 Monereo Pérez, J.L y Gorelli Hernández, J: Tiempo de trabajo y ciclos vitales, Granada, Comares, 2009.

el derecho a la negociación de las condiciones de trabajo. Sin embargo, cabe afirmar que la Ley sí que impone como límite el establecimiento de una jornada general (sobre la que se pueden introducir modulaciones) y la de previsión de un régimen de prestación de servicios (a tiempo completo o parcial)<sup>33</sup>.

En este sentido, la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público recoge en su artículo 37, letra m) que serán cuestiones objeto de negociación: “Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas... así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos”. Ahora bien, más concretamente, la letra k) dispone que podrán negociarse las materias”... que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de ley”. Por lo tanto, se concluye que no existe ninguna reserva de ley (como defiende la Sala del Constitucional en su sentencia de 12 de diciembre), sino que por negociación colectiva podrá establecerse una regulación “in melius” en atención a las concretas circunstancias económicas, sociales y de política de empleo. En España -en general- y en Andalucía, en particular, los datos muestran de forma contundente el crecimiento de la productividad y la atonía del volumen total de empleo. Por ello, resulta adecuado apoyar el relanzamiento del proceso de reducción y reorganización del tiempo de trabajo como un mecanismo para aumentar la intensidad de la creación de empleo y reducir los niveles de desempleo.

Como bien expone la doctrina científica y judicial, no cabe en este punto descartar la regulación de la jornada o tiempo de trabajo a través de las normas reglamentarias y restantes regulaciones autonómicas. Ahora bien, lo que el EBEP sí impone en su artículo 37.2. a)<sup>34</sup> es que dicha normativa vaya precedido de una negociación a través de las correspondientes mesas generales, normalmente híbridas y/o comunes para el personal laboral y funcionario. Efectivamente, este primer requisito fue el que se llevo a cabo en Andalucía a través del “Acuerdo de 8 de marzo de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Acuerdo de la Mesa General de Negociación Común del Personal Funcionario, Estatutario y Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, de 3 de febrero de 2016”<sup>35</sup>. Y es que, como bien recuerda el Supremo<sup>36</sup>, el artículo 37 del EBEP impone la obligación de llevar a cabo una negociación antes de la aprobación de la norma de rango infralegal. Por lo que, desatender o no operar el cumplimiento de ese límite supondrá el surgimiento de un vicio que anulará la validez de cualquier norma. Por otra parte, el EBEP establece un segundo límite a favor del respecto al derecho a la negociación colectiva. Por todo ello, en ningún caso, la norma resultante podrá limitar, aminorar o reducir la fuerza

33 Cabeza Pereiro, J y Fernández Docampo, B: “Capítulo V. Derecho a la Jornada de Trabajo, permisos y vacaciones”...op.cit., págs. 449-450.

34 “a) Las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización. Cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en el apartado anterior, procederá la negociación de dichas condiciones con las organizaciones sindicales a que se refiere este Estatuto”.

35 Véase BOJA núm. 48 de 11 de marzo de 2016.

36 Ver Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1998 (RJ 1998/5906).

vinculante que a través de la negociación colectiva se despliega en torno a la regulación de la jornada de trabajo<sup>37</sup>. Por lo que, sin lugar a dudas, al término será en el seno de las mesas de negociación común en donde se concrete el régimen jurídico estatutario de la función pública para el personal laboral, estatutario y funcionarial.

### **2.3. Especial mención al personal docente de enseñanzas reguladas mediante Ley Orgánica 2/2006**

La Sentencia del Constitucional 147/2017, de 12 de diciembre, también se refiere al horario del personal docente regulado por Ley Orgánica 2/2006<sup>38</sup> y que imparte sus enseñanzas en centros públicos y privados concertados. Respecto a este colectivo, el Real Decreto-Ley 14/2012<sup>39</sup> y el Real Decreto-Ley 5/2016 prevén, igualmente, una jornada laboral de 35 horas y una lectiva de 18 horas, a partir del curso académico 2017/2018. Aunque la problemática en torno a esta materia se pasa casi de puntillas por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 147/2017, no lo hace sin embargo en el pronunciamiento número 26/2016<sup>40</sup>, a la cual que se alude directamente y por expresa remisión. Por lo tanto, debe darse por reproducida la doctrina judicial del plenario por el que se estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad y se declara la nulidad de los preceptos 6.1, 6.2 y 6.3 del Real Decreto-Ley 14/2012.

Al igual que en el caso anterior, el Abogado de Estado defiende la falta de competencia de la Junta de Andalucía para incidir en materia de jornada de trabajo. Y por ello, impugna llama la atención de la regulación prevista en los apartados 2 y 3 del mencionado real decreto-ley de 2012, a saber:

1. "El art. 2 del Real Decreto-ley impugnado permite aumentar hasta un 20 por 100 el número máximo de alumnos por aula en los centros públicos y concertados mientras la Ley de presupuestos generales del Estado no permita incorporar nuevo personal o establezca una tasa de reposición de efectivos inferior al 50 por 100. Para la Letrada de la Junta, en la medida en que se trata de una previsión sin efecto directo, ya que requiere actos posteriores para su aplicación, que además son de adopción potestativa por las Comunidades Autónomas, la norma no responde a una situación de extraordinaria y urgente necesidad y es inconstitucional".

37 Cabeza Pereiro, J y Fernández Docampo, B: "Capítulo V. Derecho a la Jornada de Trabajo, permisos y vacaciones"...op.cit., págs. 450-451.

38 De 3 de mayo, de Educación (BOE núm. 106 de 4 de mayo de 2006).

39 De 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2012).

40 Sentencia del Tribunal Constitucional, de 18 de febrero (BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2016). Recurso de inconstitucionalidad 4528-2012. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo. Límites a los decretos-leyes, principio de seguridad jurídica, competencias sobre educación y función pública, autonomía financiera: nulidad de los preceptos legales estatales que habilitan al Gobierno para regular los requisitos básicos de mantenimiento de centros y estructuras universitarias y que prevén la creación de alianzas estratégicas entre universidades o con organismos públicos de investigación. Voto particular.



2. “También se impugna el art. 3 del Real Decreto-ley, en sus dos apartados. En el primero de ellos se establece un mínimo de horas lectivas semanales para el personal docente no universitario, que será de 25 horas en educación infantil y primaria y de 20 horas para el resto de enseñanzas. El hecho de que se afecte la jornada del docente y no la carga lectiva de los estudiantes lleva a la Letrada de la Junta de la Andalucía a deducir que el título competencial prevalente sería en este caso el de las bases del régimen estatutario de los funcionarios, y no el de las normas básicas en desarrollo del art. 27 CE”.

Obviando aquellos aspectos que ya se han estudiado y fundamentado en apartados anteriores, sí cabe resaltar un aspecto crucial y es el relativo a la jornada lectiva (es decir, el número de horas de clase) que imparten a la semana los profesores no universitarios en centros públicos y privados concertados. Entiende la opinión mayoría del Constitucional que se trata esta de una cuestión que debe regular la normativa de educación del Estado, en base a lo previsto por el artículo 149.1.30 de la Carta Magna<sup>41</sup>. Sin embargo, olvida el Constitucional que una cosa es la jornada lectiva y otra muy distinta la jornada laboral. En otras palabras, y siguiendo el criterio expresado en el voto particular que formulan los Magistrados Adela Asua Batarrita y Fernando Valdés Dal-Ré, ¿el determinar un mínimo de horas de clase a impartir por un docente a la semana se relaciona con la “calidad de la enseñanza”? o, incluso ¿se podría relacionar esta materia con “el derecho a la educación en su dimensión prestacional”? Al igual que antes se ha afirmado, no se trata éste de un criterio de homogeneidad que el Estado pueda establecer como norma básica mínima o como “un mínimo común denominador normativo en materia de programación docente que garantiza una continuidad en el proceso de aprendizaje de los alumnos”, sino que debe de dejarse su regulación a las Comunidades Autónomas en función de sus necesidades docentes y, por lo tanto, posibilidades que ofrece el sistema de políticas de empleo.

No se acredita suficientemente las cuestiones impugnadas, sino que por el contrario se utilizan criterios banales y generales que valdrían, dadas las circunstancias, para regular cualquier cosa concerniente al ámbito educativo (desde los criterios de evaluación, a los programas de enseñanzas, los resultados...). Ahora bien, la cuestión objeto de debate y que ahora se impugna no encuentra ninguna conexión directa con la calidad de la enseñanza. Es más, el hecho de que el Estado regule el número de horas lectivas resta calidad y afecta negativamente a otras labores docentes, como son las de preparación de clases, asistencia a reuniones, tutorías...etcétera. Únicamente cabría establecer una relación si la norma autonómica se refiere al número de horas que deben recibir de enseñanzas los alumnos o el número de horas máximas por profesor<sup>42</sup>.

---

41 “Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia”.

42 En relación con el número de horas máximas, el voto particular que formulan los Magistrados Adela Asua Batarrita y Fernando Valdés Dal-Ré recuerda que lo inconstitucional, en el caso de las enseñanzas universitarias, no es que la norma estatal fije el quantum general de horas que deban impartir los profesores funcionarios (24 créditos ECTS), sino las reglas adicionales. Esto es, el hecho de que dependiendo del número de sexenios el número de horas se pueda aumentar (a 32 créditos ECTS) o disminuir (hasta los 16 créditos ECTS). Debería ser el ámbito propio de cada Universidad



El título competencial que prevé el artículo 149.1.18 de la CE resulta insuficiente para que el Estado regule esta materia, debiéndose dejar esta cuestión para que dispongan su ámbito organizativo por parte de las Administraciones de educación de las Comunidades Autónomas. En este sentido se relaciona el número de horas lectivas con la sustitución transitoria, efectuado por el personal interino, de los profesores no universitarios cuando las ausencias hayan sido superiores a 10 días lectivos. Y ello es porque la CE no permite ir más allá de la regulación prevista para los docentes funcionarios. Por lo que, a sensu contrario, se estarían produciendo divergencias en la determinación del tiempo de trabajo del conjunto de profesores, pues recuérdese que en el ámbito propio de los centros educativos se encuentran no sólo a funcionarios, sino también a personal laboral (regulado por el ET).

En definitiva, no cabe establecer un régimen común de dedicación de las horas lectivas (como defiende el plenario del Constitucional), sino que como bien razonan Adela Asua Batarrita y Fernando Valdés Dal-Ré en su voto particular: “...no alcanzamos a comprender por qué las normas básicas estatales tienen que garantizar una homogeneidad mínima en el proceso de sustitución del profesorado, cuestión que solo atañe a la organización interna de los recursos humanos con que cuenta el propio centro docente y la Administración educativa de la que depende. Por lo demás, aquí, de nuevo, la norma no fija un número máximo de ausencias lectivas que debiera acarrear la inmediata disposición de un profesor sustituto (lo que indirectamente sí podría tener alguna relación con la garantía de la enseñanza), sino un número mínimo, impidiendo de esta forma que las Comunidades Autónomas organicen un régimen de sustitución que se active ante un número menor de ausencias”.

### 3. FALLO DEL CONSTITUCIONAL Y ACUERDO ANDALUZ

El fallo del presente recurso 142/2017 declaró, finalmente, la inconstitucionalidad y nulidad del Decreto-Ley 5/2016, de 11 de octubre, por el que se regula la jornada de trabajo del personal empleado público de la Junta de Andalucía.

En consecuencia y para dar cumplimiento a esta sentencia que anula la semana laboral de 35 horas, la Mesa de Negociación Común de la Junta de Andalucía de 18 de diciembre acordó recuperar una parte de la jornada laboral semanal de una forma no obligatoria y desde el ámbito doméstico. En concreto, se aprueba en la CCAA Andaluza el “Acuerdo de 26 de diciembre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Acuerdo de la Mesa General de Negociación Común del Personal Funcionario, Estatutario y Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, de 18 de diciembre de 2017, sobre medidas transitorias para ordenar la jornada de trabajo y horarios del personal empleado público de la Junta de Andalucía”<sup>43</sup>. Este acuerdo ha entrado vigor y en pleno funcionamiento en esta Comunidad Autónoma a principios del mes de enero de 2018, por lo que desde ahora la jornada laboral se incrementa sutilmente a la semana.

En este Acuerdo se incluye 35 horas presenciales de la jornada laboral y dos horas y media más cada semana para la preparación, organización de tareas, consulta e informa-

---

el que determine el número de créditos máximo que cada profesor deba de dar.

43 BOJA núm. 246 de 27 de diciembre de 2017.

ción de materias relacionadas con la actividad laboral, además de a la formación para el perfeccionamiento y desarrollo profesional. En particular, estas dos horas y media pueden llevarse a cabo en el ámbito doméstico, siendo la Consejería de Hacienda y Administración Pública la responsable de hacer el seguimiento del cumplimiento de la jornada al completo, tanto la presencial como la no presencial. En cuanto al sistema para realizar el seguimiento del cumplimiento de la jornada, se indica que éste variará en cada sector. Sin embargo, lo que no cambia es el hecho de su anualidad o control al término del año. Por lo que, a efectos prácticos, se establecen diferencias entre el sistema de control horario en el sector educativo (con horas lectivas y no lectivas), el sanitario y el relativo a la Administración General.

No obstante a lo anterior, se cuestiona la efectividad en el aumento de esas 2 horas y media para la finalidad prevista en el Acuerdo y, por ende, en la sentencia que declara la inconstitucionalidad. Y es que, en la praxis, se augura el que muchos empleados (funcionarios y laborales) vayan a dedicar ese tiempo más para actividades lúdicas y sociales, antes que profesionales y de preparación del puesto de trabajo. Aparte, entiendo que el control que pueda efectuar la Consejería de dicho tiempo no obligatorio puede resultar una tarea ardua, pues no olvidemos que ésta se podrá desarrollar en el “ámbito doméstico” y, por tanto, privado del trabajador. Asimismo, no considero adecuado el establecer diferencias entre sectores, como por ejemplo podría ser el considerar medidas de control: a través de visitas puntuales de las inspecciones de servicios, firma de partes de asistencia, fichaje, control de huella dactilar, plataformas virtuales... etcétera. Realmente, muchas de ellas no han resultado acordes con la realidad de los hechos (la asistencia o no de los trabajadores), por lo que pongo en duda que vayan a cambiar las cosas ahora.

Establece el acuerdo de 26 de diciembre de 2017 que la distribución de la jornada de trabajo acordada será la siguiente:

A) Para el personal empleado público incluido en el ámbito de aplicación del Decreto-ley 5/2016, la jornada ordinaria de obligada permanencia en el puesto de trabajo no podrá exceder de treinta y cinco horas semanales de promedio en cómputo anual. Ahora bien, dos horas y media semanales de la jornada general de trabajo (siguiendo lo establecido en la Disposición Adicional Septuagésima Primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012) computarán como de trabajo efectivo, pero no serán de obligada permanencia en el puesto de trabajo. Y ello es así porque, en todo momento, se trata de favorecer el desarrollo profesional, la conciliación de la vida laboral y familiar, la preparación y revisión de todas aquellas actividades propias del puesto de trabajo, así como el incremento de la calidad de los servicios públicos.

B) En relación al Personal estatutario y laboral de las instituciones sanitarias, se mantendrán los turnos aprobados y no se alterarán las retribuciones de jornada complementaria.

C) Mientras que para el Personal Docente se reorganizarán las tareas de la jornada manteniendo las 20 horas lectivas y se considerará incluida una hora de guardia en este

curso y dos horas en 2018-2019. Por su parte, el horario de no obligada permanencia pasa de cinco a 7,5 horas. Finalmente, la jornada semanal del profesorado se completará con la parte del horario semanal de no obligada permanencia en el centro, en la que se dedicará a la preparación de actividades docentes, tanto lectivas como no lectivas, al perfeccionamiento profesional y, en general, a la atención de los deberes inherentes a la función docente.

Por último, cabe destacar el hecho de que este incremento en la jornada no supone un aumento de salario o retribución, como tampoco una disminución del empleo público existente.

#### 4. CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LA JORNADA DE TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El debate en torno al tema de la jornada de trabajo se encuentra aún abierto, máxime después de que algunos partidos políticos y expertos en paleontropología hayan propuestos una reducción de la jornada laboral a cuatro días a la semana (de lunes a jueves) para así aliviar los problemas de presentismo laboral (acudir enfermo o incapacitado al puesto de trabajo), estrés, ansiedad...etcétera. Se entiende que, de ese modo, se mejorará aspectos tales como: la conciliación de la vida laboral y familiar. Aparte, ello propiciaría que haya más y mejores empleos que son desempeñados por personas motivadas y con tiempo para la vida social. Tanto a corto, como a largo plazo, ello supondrá (para aquellos que se postulan por esta opción) una mayor eficiencia y productividad.

En el caso del empleo público, la propuesta pasa por recuperar la jornada de trabajo de 35 horas semanas (manteniendo la jornada de cinco días laborales), tal y como se hacía antes de la sentencia del Tribunal Constitucional 142/2017, de 12 de diciembre<sup>44</sup>. Se considera que con 35 horas es suficiente para cumplir con la prestación de servicios, pero siempre que se aumente la plantilla. Y es que, el problema radica en la sobrecarga que algunos trabajadores (tanto funcionarios, como personal laboral) tienen que soportar debido a la escasa oferta de empleo público que se produce en tiempos de crisis. Problemática que, por otra parte, se ve agrava cuando se producen bajas por incapacidad temporal o periodos vacaciones en los que, los mismos trabajadores en activo, son utilizados fraudulentamente para suplir a sus compañeros (en lugar de contratar a nuevo personal). Ciertamente, el respeto a los tiempos de descanso (diarios, semanales y anuales) y a una jornada de trabajo de cinco días (que no exceda de ocho horas diarias) resultarán suficientes para hacer el valer el derecho a un trabajo decente en el sentido que expresa el art. 23.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>45</sup>. A este respecto, la Organización Internacional del Tra-

---

44 En efecto, la idea fuerza que impera es la siguiente: “La medida, si no se refuerza con la mejora de los recursos humanos actuales, perjudicaría al usuario, pues mermaría el tiempo de los funcionarios para desarrollar su labor, excepto que fuese una norma ficticia y al final resultase necesario hacer horas extras”. Véase <https://www.publico.es/economia/jornada-laboral-cuatro-dias-semana.html>

45 “El artículo 23.1 de la DUDH quiere situarse en un nivel de concreción superando la mera abstracción, pues centra su atención en las condiciones en virtud de las cuales el trabajo se presta y realiza, en este sentido, la dignidad del trabajo por contraposición a su mercantilización y a la precarización de las condiciones de empleo. Lo que transmite la idea de que no es suficiente cualquier

bajo (OIT) aclara que: “Trabajo decente es un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno. El trabajo que dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades no es cualquier trabajo; no es decente el trabajo que se realiza sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, ni el que no permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, ni el que se lleva a cabo sin protección social, ni aquel que excluye el diálogo social y el tripartismo”.

No obstante a lo expuesto, cabe tener presente aquí dos importantes normas, de un lado, “la Resolución de 28 de Febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos” y, de otro, el “Criterio técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada” (que publica la web del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social).

La Resolución de 28 de febrero de 2019 no modifica, en absoluto, la sentencia del Constitucional de 12 de diciembre de 2017, pues mantiene una línea continuista de todo lo expuesto. No obstante y tras la publicación de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) para el año 2018, establece unas nuevas medidas que afectan al régimen de jornada y horarios de los empleados públicos<sup>46</sup>. Y todo ello con el propósito de mejorar las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, pero también otorgar mayor cohesión y homogeneidad a la regulación sobre jornadas y horarios del personal al servicio de la Administraciones Públicas<sup>47</sup>, gracias a la introducción de modificaciones en

---

“empleo”, sino que el mismo debe contribuir a la generación del producto social así como al valor de la actividad que desempeña el trabajador durante su vida activa. Ello, al tiempo, resultará indispensable para su plena participación e integración activa en la sociedad de pertenencia. Un trabajo indigno del hombre (malas condiciones, inseguridad, precariedad en el trabajo, esto es, sin respecto sus derechos fundamentales específicos, la salud- e inespecífico o generales) no permite alcanzar esta finalidad integradora en el orden social democrático de convivencia”. Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: “La garantía internacional del derecho a un trabajo “decente”, Revista Española de Derecho del Trabajo num.177/2015, parte Estudio, pág. 1 en su versión digital.

46 Véase la Disposición adicional centésima cuadragesima cuarta de la LPGE para el año 2018. Ahora bien, se indica en esta LPGE que cada Administración Pública podrá establecer en sus calendarios laborales, previa negociación colectiva, otras jornadas ordinarias de trabajo distintas de la establecida con carácter general, con la particularidad para la administración local de que para ella. Más específicamente: “... la regulación estatal de jornada y horario tendrá carácter supletorio en tanto que por dichas entidades se apruebe una regulación de su jornada y horario de trabajo, previo acuerdo de negociación colectiva”.

Sin embargo, continúa dicho precepto con dos condicionamientos: 1. Que ello no podrá afectar al cumplimiento por parte de cada Administración del objetivo de que la temporalidad en el empleo público no supere el 8 % de las plazas de naturaleza estructural en cada uno de sus ámbitos. 2. Que ello no afecte al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, deuda pública y la regla de gasto.

47 En concreto, se indica en el artículo 1 de la Resolución de 28 de febrero de 2019 que estas instrucciones serán de aplicación: 1) A la Administración General del Estado, 2) Las entidades gesto-

materia de permisos y vacaciones. En concreto, cabe destacar las siguientes previsiones en materia de conciliación de la vida laboral y familiar y tiempo de trabajo:

- La fijación de un sistema de bolsa de horas para fomentar la conciliación<sup>48</sup>. De acuerdo con este sistema, los empleados y empleadas públicas pueden disponer de horas equivalentes a un 5 por ciento de la jornada anual para el cuidado de hijos menores de edad, para la atención de personas mayores y de personas con discapacidad hasta el primer grado de consanguinidad. Estas horas deben recuperarse en un plazo máximo de tres meses a contar desde el día siguiente a aquel en que se haga uso de ellas y son acumulables en jornadas completas siempre que exista una razón justificada (artículo 8.8).

- Los empleados y empleadas públicos que tengan a su cargo personas mayores, hijos o hijas menores de 12 años, personas sujetas a tutela o acogimiento menores de 12 años o personas con discapacidad, así como quien tenga a su cargo directo a familiares con enfermedad grave hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, tendrán derecho a flexibilizar en una hora diaria el horario fijo de jornada que tengan establecida (artículo 8.1).

- Dispone el artículo 8.2 de la citada resolución que: “Los empleados públicos que tengan a su cargo personas con discapacidad hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad, podrán disponer de dos horas de flexibilidad horaria diaria sobre el horario fijo que corresponda, a fin de conciliar los horarios de los centros educativos ordinarios de integración y de educación especial, de los centros de habilitación y rehabilitación, de los servicios sociales y centros ocupacionales, así como otros centros específicos donde la persona con discapacidad reciba atención, con los horarios de los propios puestos de trabajo”.

- Excepcionalmente, los órganos competentes en materia de recursos humanos podrán autorizar, con carácter personal y temporal, la modificación del horario fijo en un máximo de dos horas por motivos directamente relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y en los casos de familias monoparentales (artículo 8.4).

- Los empleados y empleadas públicos que se reincorporen al servicio efectivo a la finalización de un tratamiento de radioterapia o quimioterapia, podrán solicitar una adaptación progresiva de su jornada de trabajo ordinaria. La Administración podrá conceder esta adaptación cuando la misma coadyuve a la plena recuperación funcional de la persona o evite situaciones de especial dificultad o penosidad en el desempeño de su trabajo. Esta adaptación podrá extenderse hasta un mes desde el alta médica y podrá afectar hasta un 25% de la duración de la jornada diaria, preferentemente en la parte flexible de la misma, considerándose como tiempo de trabajo efectivo (...). El plazo podrá ampliarse en un mes más cuando el empleado o empleada público justifique la persistencia en su estado de salud de las circunstancias derivadas del tratamiento de radioterapia o quimioterapia. Con carácter excepcional, y en los mismos términos indicados, esta adaptación de jornada podrá

---

ras y servicios comunes de la Seguridad Social y 3) organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de la AGE.

48 Y a partir de lo contenido en el II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo, de 2018.

solicitar en procesos de recuperación de otros tratamientos de especial gravedad, debiendo en este supuesto analizarse las circunstancias concurrentes en cada caso (artículo 8.7).

- Se incorpora una referencia a que debe procurarse establecer la preferencia en la elección de vacaciones y permisos de quienes tengan a su cargo hijos/as menores de 12 años durante los períodos no lectivos de los hijos o hijas (artículo 9.10).

- En relación a la posible colisión entre el período de vacaciones con el disfrute de los permisos de maternidad, paternidad y lactancia acumulada, o las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante la lactancia o riesgo durante el embarazo, se indica en el punto 5 del artículo 9 que: "... una vez iniciado el período vacacional sobreviniera una de dichas situaciones, el período vacacional se podrá disfrutar aunque haya terminado el año natural a que correspondan y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado. El período de vacaciones, una vez iniciado su disfrute, no se verá interrumpido si durante el mismo sobreviene algún permiso o licencia diferente de los enumerados anteriormente".

En materia de control y seguimiento de la jornada de trabajo, el artículo 11 y 12 de la Resolución de 28 de febrero de 2019 establecen tres importantes medidas a tener en cuenta. Primero, en materia de ausencias por enfermedad o accidentes que no den lugar a incapacidad temporal se establece hasta un máximo de 4 días de ausencia a lo largo de un año, sin descuento de nomina<sup>49</sup>. Por lo que, en el momento en que el día de ausencias al trabajo sea superior a los cuatro previsto, entonces sí se procederá a las correspondientes deducciones retributivas.

Segundo, serán los responsables de las unidades administrativas los que exigirán la justificación oportuna de todas las ausencias y no autorizarán dentro de la jornada laboral aquellas ausencias para asuntos que puedan realizarse fuera de la jornada de trabajo, salvo las que correspondan al cumplimiento de un deber inexcusable. En el resto de los casos, aún debidamente justificados, y sin perjuicio de lo establecido en el apartado 8.8 de la presente Resolución [bolsa de horas], el tiempo de ausencia será recuperado dentro de las franjas de horario flexible durante la misma semana en que la ausencia se produzca o, como máximo, en la semana siguiente. Evidentemente, todos los trabajadores deberán fichar al comienzo y al final de la jornada laboral mediante los medios electrónicos habilitados a tal efecto o manuales (y tal y como indica el "Criterio técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada")<sup>50</sup>.

49 Dado que el Real Decreto 956/2018, de 27 de julio, por el que se aprueba y publica el Acuerdo adoptado por la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado el 23 de julio de 2018, en relación al régimen retributivo de la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración General del Estado y Organismos o Entidades Públicas dependientes, tampoco hace referencia expresa a dichas ausencias, debe entenderse vigente la Orden HAP/2802/2012, de 28 de diciembre, por la que se desarrolla para la Administración del Estado lo previsto en la disposición adicional trigésima octava de la ley 17/2012, de 27 de Diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, en materia de ausencias por enfermedad o accidente que no den lugar a incapacidad temporal.

50 Resulta interesante destacar que, mediante este Criterio Técnico, la Inspección de Trabajo

El problema es que, en la práctica, no se está llevando al efecto este sistema de control en todas las Administraciones Públicas. Por lo que, no es de extrañar que, en ocasiones, este control se lleve a cabo a través de las visitas que efectúa la Inspección de servicios.

Finalmente (tercero), se dice que la parte de jornada no realizada sin causa justificada dará lugar a la deducción proporcional de haberes, dentro de los 3 meses siguientes a la ausencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, modificado por el artículo 102.2 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, sin perjuicio de las medidas disciplinarias que pudieran, además, en su caso adoptarse.

## 5. CONCLUSIONES JURÍDICO-CRÍTICAS Y PROPUESTAS DE “LEGE FERENDA”

Ante el Pleno del Tribunal Constitucional se resuelve el recurso de inconstitucionalidad 3719-2017 interpuesto por el Presidente del Gobierno, contra el Decreto-Ley 5/2016, por el que se regula la jornada de trabajo del personal empleado público de la Junta de Andalucía. Para sorpresa de muchos, el Constitucional declara que la norma autonómica ha infringido la estatal en su doble sentido, material y formal. De ahí que, declare la inconstitucionalidad y nulidad del Real Decreto 5/2016, al entender que las competencias son del Estado y no de la Comunidad Autónoma Andaluza. Por todo ello, finalmente, en la Mesa de Negociación Común de la Junta de Andalucía se acordó (y dando así cumplimiento a dicha sentencia), recuperar una parte de la jornada laboral semanal de forma no obligatoria y desde el ámbito doméstico, lo que sin lugar a dudas ha sido objeto de múltiples críticas.

Pese a la sentencia expuesta, la Ley de Presupuestos General del Estado de 2018 contempla la posibilidad de reducción de la jornada laboral para los funcionarios públicos de las Comunidades Autónomas que hayan cumplido con el objetivo de déficit. En otras palabras, a partir de la entrada en vigor de la LPGE para el año 2018, la jornada de trabajo general en el sector público se computará en cuantía anual y supondrán un promedio de treinta y siete horas y media, sin perjuicio de las jornadas especiales existentes o, que su caso, se establezcan<sup>51</sup>.

---

y Seguridad Social ha interpretado que es lo que debe ser objeto de registro es la jornada de trabajo realizada diariamente. En particular se indica que:

- a) Mediante la negociación colectiva, un acuerdo de empresa o, en su defecto, la decisión del empresario previa consulta con los representantes de los trabajadores en la empresa, el registro de jornada puede organizarse de manera que incluya las interrupciones o pausas que se consideren, siempre y cuando el registro incluya necesariamente el horario de inicio y finalización de la jornada.
- b) La lectura que se haga del registro al determinar el posible incumplimiento de los límites en materia de tiempo de trabajo debe hacerse de forma integral, considerando todas las posibilidades que permite el ordenamiento laboral en materia de distribución de tiempo de trabajo.
- c) Se considera conveniente que el registro utilizado en la empresa ofrezca una visión adecuada y completa del tiempo de trabajo efectivo. De no hacerlo, puede presumirse que lo es el tiempo transcurrido entre la hora de inicio y finalización de la jornada de trabajo registrada y la acreditación de que ello no es así le corresponde al empleador.

51 En concreto, se establece por la LPGE para el año 2018 lo siguiente: “- Cada Administración Pública podrá establecer en sus calendarios laborales, previa negociación colectiva, otras jornadas ordinarias de trabajo distintas de la establecida con carácter general, o un reparto anual de la jornada



Ciertamente, el tema de la jornada laboral en el sector público constituye un tema conflictivo y que suscita bastante interés. De un lado, se critica el escaso y deficiente sistema de control/vigilancia que se efectúa en algunas Administraciones Públicas (a saber: a través del sistema de fichaje mediante tarjeta electrónica, huella dactilar, firma... etcétera). De ahí que algunos empleados aprovechen la coyuntura para ausentarse injustificadamente del puesto de trabajo y dedicar ese espacio a otro tipo de actividades de carácter social o lúdicas. Sin embargo, de otro lado, se plantea la necesidad de racionalizar mejor la jornada de trabajo a fin incrementar la productividad y asegurar un servicio óptimo, al tiempo que se mejoran las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de todo el personal de la Administración Pública (tanto laboral, como funcionario). Pero, por supuesto, el éxito de esta última medida habrá de venir acompañado de un incremento de la plantilla, evitando de este modo un efecto perverso de paralización de la actividad y/o mayor ralentización de la atención pública (tal y como ya se apunta que ocurriría en el ámbito judicial, sanitario y educativo).

En definitiva, redundante de forma positiva reducir a 35 horas la jornada de trabajo en la Administración Pública (tanto en la Administración General del Estado, como en la Administración Autonómica y local) para facilitar un mejor disfrute de los derechos de conciliación y descanso de los trabajadores (incluido el derecho a la desconexión digital). Si bien todo ello no ha de suponer, en ningún momento, una disminución en la calidad de los servicios, ni tampoco una desatención al interés general (hasta el punto de vulnerar derechos fundamentales de la ciudadanía).

Toda medida y actuación político-legislativa que busque una salida a la situación que se vive debe darse por bienvenida y ya habrá tiempo de corregir y adaptarse a la realidad. No obstante, entiendo que la negociación colectiva podría cumplir en este punto un papel primordial y, quizás, más ajustado a la praxis ordinaria de las distintas Administraciones Públicas. Y es que, de acuerdo con los objetivos de temporalidad de la plantilla, así como los de estabilidad y gastos público, procurarían los negociadores ajustar los acuerdos al cumplimiento del tiempo de trabajo efectivo y a la misma noción de trabajo decente. Evi-

---

en atención a las particularidades de cada función, tarea y ámbito sectorial, atendiendo en especial al tipo de jornada o a las jornadas a turnos, nocturnas o especialmente penosas, siempre y cuando en el ejercicio presupuestario anterior se hubieran cumplido los objetivos de estabilidad presupuestaria, deuda pública y la regla de gasto. Lo anterior no podrá afectar al cumplimiento por cada Administración del objetivo de que la temporalidad en el empleo público no supere el 8 % de las plazas de naturaleza estructural en cada uno de sus ámbitos.

Asimismo, las Administraciones Públicas que cumplan los requisitos señalados en el apartado anterior, podrán autorizar a sus entidades de derecho público o privado y organismos dependientes, a que establezcan otras jornadas ordinarias de trabajo u otro reparto anual de las mismas, siempre que ello no afecte al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, deuda pública y la regla de gasto, así como al objetivo de temporalidad del empleo público en el ámbito respectivo.

- De acuerdo con la normativa aplicable a las entidades locales, la regulación estatal de jornada y horario tendrá carácter supletorio en tanto que por dichas entidades se apruebe una regulación de su jornada y horario de trabajo, previo acuerdo de negociación colectiva.

- Quedan sin efecto las previsiones en materia de jornada y horario contenidas en los Acuerdos, Pactos y Convenios vigentes o que puedan suscribirse que contravengan lo previsto en esta disposición”.



dentamente, no se busca aquí reducir sutilmente la jornada laboral con las consiguientes mermas salariales, sino facilitar la reorganización de la semana laboral y evitar el perseverante recurso abusivo del personal activo para cubrir bajas imprevistas.

Empero, una de las trabas que más ha afectado para el logro de estos objetivos radica en la falta de modernización de los sistemas administrativos y laborales. En efecto, los mecanismos informáticos puestos a disposición del personal público se encuentran anticuados, por lo que en múltiples ocasiones los usuarios deben recurrir al papel para cumplir con las exigencias que requiere su actividad profesional. Lamentablemente esta situación refleja la falta de operatividad y eficiencia en el marco normativo regulador del sector público a causa de una falta de interés político, como de disponibilidad de recursos económicos (o mal empleo de los mismos) para satisfacer los intereses sociales y generales de la población.



**PONENCIA ESPECÍFICA**  
**LA PROBLEMÁTICA EN TORNO AL CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO**  
**EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES**

*Doctorando: Gonzalo Narváez Turci*  
*Director y tutor de tesis: Dr. D. Francisco Lozano Lares*  
*Universidad de Málaga*

1. Introducci3n
2. La problemática delimitaci3n entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso en las plataformas digitales.
3. Las soluciones aportadas en el ámbito de la Jurisdicci3n Social.
4. Las primeras medidas legislativas.
  - 4.1. El derecho a una previsibilidad mínima del trabajo establecido por la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Uni3n Europea.
  - 4.2. El derecho a la desconexi3n digital establecido en el art 88 de LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protecci3n de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD).
5. Conclusiones.
6. Bibliografía

## 1.- INTRODUCCIÓN

El empleo a través de plataformas digitales ha crecido muy rápidamente en los últimos años. La posibilidad de acceso a dispositivos digitales dotados de internet ha hecho que la mayoría de personas estén en posesión de un Smartphone, se mueva en redes sociales y tenga un contacto fluido con otras personas mediante este canal. En las últimas décadas el desarrollo tecnológico ha modificado totalmente la forma en que se configura el trabajo, posibilitando y facilitando la realización de muchos de ellos desde cualquier lugar sin necesidad de estar en el centro de trabajo obligatoriamente. Esto hace que sea necesario delimitar la frontera entre vida privada y vida laboral, que cada vez está más difusa, estableciendo una jornada laboral adaptada a la nueva realidad digital que impida que fuera del horario laboral sigan llegando correos electrónicos de la empresa a los dispositivos electrónicos de sus empleados.

El problema es especialmente acusado en las contrataciones efectuadas a través de plataformas digitales, como ha puesto de manifiesto la doctrina americana en relación con el caso Uber<sup>1</sup>. Estas plataformas digitales han sido concebidas para actuar como “empresas” intermediarias entre personas que ofrecen servicios y demandantes de los mismos, permitiendo un considerable ahorro de costes de producción en comparación con los métodos tradicionales empleados hasta el momento. El crecimiento de esta economía de plataformas a escala mundial ha sido tan raudo gracias a una política absolutamente pasiva y permisiva que ha beneficiado el desarrollo de la llamada economía colaborativa, consistente según la comisión europea en “modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares”. La economía colaborativa implica, pues, “a tres categorías de agentes: i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias —pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»)<sup>2</sup>.

En el campo de las relaciones laborales, este tipo de plataformas digitales no ha hecho otra cosa que la de beneficiarse de la actual falta de marco normativo, creando un clima confuso en torno a la figura del trabajador, al que se suele denominar como prestatario del servicio para eludir clasificarlo como trabajador por cuenta ajena propiamente dicho.

En este tipo de trabajo realizado a través de plataformas digitales, los prestadores de servicios están en todo momento pendientes de si les llega la petición de una persona que demanda sus servicios a través del móvil o del dispositivo electrónico que utilicen. Por tanto, las personas que se dedican a estas ocupaciones pueden estar a disposición de la

1 BERINS COLLIER, Ruth, DUBAL, V.B. y CARTER, Christopher. Labor Platforms and Gig Work: The Failure to Regulate. IRLE Working Paper. 2017, n° 100-17, pp. 1-29.

2 Comisión Europea. Una Agenda Europea para la economía colaborativa. Bruselas, Comunicación de la Comisión de 2 de junio de 2016 {COM (2016) 0356 final}, p. 3.

plataforma en la que se dan de alta prácticamente durante todo el día. Estudios recientes han demostrado, por otro lado, que gran parte de la población activa tiene que responder durante sus horas de descanso a las llamadas y a los correos electrónicos procedentes del entorno del trabajo, lo que se debe a la falsa creencia de sentirse en la obligación de hacerlo, por razón de exigencias del puesto trabajo, aun a pesar de ser horario no laboral<sup>3</sup>.

Como se deduce de lo expuesto, la cuestión radica entonces en cómo diferenciar el tiempo de trabajo y el tiempo de ocio, delimitando con cierta precisión el tiempo de descanso. Para analizar el estado de la cuestión que comentamos abordaremos primero el problema de la difuminación de hecho del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso en las plataformas digitales, para luego hacer un estudio de las soluciones aportadas hasta ahora en el ámbito de la Jurisdicción Social y analizar finalmente las primeras medidas legislativas adoptadas en al ámbito de la Unión Europea y a nivel estatal.

## 2.- LA PROBLEMÁTICA DELIMITACIÓN ENTRE TIEMPO DE TRABAJO Y TIEMPO DE DESCANSO EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES.

Las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información han revolucionado la manera de trabajar en estos últimos años, ha supuesto un cambio que ha traído consigo problemas relativos a la delimitación del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso de los trabajadores, tanto de aquellos que realizan su jornada en centros de trabajo como para aquellos que lo hacen desde otros lugares.

Aunque parece indiscutible que este desarrollo tecnológico puede tener efectos benéficos para los trabajadores, como una mayor posibilidad de auto-organización del tiempo de trabajo o una mejor conciliación de la vida laboral y familiar, lo cierto es que también viene acarreando serios problemas derivados de la hiperconectividad, puesto que los trabajadores generalmente se encuentran absolutamente inmersos en las nuevas tecnologías, lo que implica que las personas puedan estar en contacto con el trabajo aun a pesar de estar fuera del horario laboral.

InfoJobs realizó un estudio en 2017, referente a la población española activa que atendía llamadas y respondía los correos electrónicos fuera de su horario laboral, que daba como resultado que lo hacían el 51% de las personas trabajadoras aun a pesar de encontrarse en fines de semana o vacaciones<sup>4</sup>. Algunas organizaciones tienen arraigada en su cultura organizacional que el mejor trabajador es el de mayor disponibilidad, pero eso debería inducir a plantear la cuestión de si hacer más horas tiene como resultado un trabajo de mayor calidad<sup>5</sup>.

3 INFOJOBS, Informe Anual 2017 InfoJobs-ESADE sobre el Estado del Mercado Laboral. Disponible en: <https://nosotros.infojobs.net/prensa/notas-prensa/la-mitad-de-los-trabajadores-responden-e-mails-y-llamadas-de-trabajo-durante-sus-vacaciones>

4 Datos de Informe Anual 2017 InfoJobs- ESADE sobre el Estado del Mercado Laboral en España

5 LOPEZ ALVAREZ, M<sup>a</sup> J., “La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo”, en Miranda boto, J.M. (Dir.), el derecho del trabajo español antes el tribunal de justicia: problemas y soluciones.

La disponibilidad de los trabajadores en cualquier lugar y momento ha incrementado la necesidad de establecer un marco normativo que garantice el horario de las jornadas laborales, tanto fuera como dentro del centro de trabajo, a fin proteger a los trabajadores de los abusos que pudieran derivarse de la implementación de las nuevas tecnologías.

Dicha normativa debe tener presente las diferencias en cuanto a las condiciones de aquellos que realizan el trabajo desde el propio centro de trabajo o aquellas que lo prácticamente en cualquier lugar del planeta sin tener en cuenta el derecho al descanso<sup>6</sup>.

Los trabajadores que realizan su trabajo desde casa tienen la dificultad añadida de la delimitación y el control de la duración de su jornada de trabajo; al tratarse de actividades que dependen de los medios tecnológicos para poder llevarse a cabo con éxito, pueden suponer que esa dependencia tecnológica acabe derivando en un problema de salud, así como la imposible separación entre vida privada y vida laboral, invadiendo esta última todo el tiempo del trabajador.

Por tanto, en un mundo en el que el trabajo está en constante cambio, las regulaciones normativas relativas al tiempo de trabajo de descanso y tiempo de trabajo deberían ir parejas con la evolución de las nuevas tecnologías y las situaciones que producen en el trabajador. En las sucesivas transformaciones tecnológicas, la tecnología que era lanzada al mercado podía acabar mejorando la vida laboral de las personas, haciendo que sus trabajos requiriesen menos dosis de esfuerzo, pero ahora que el medio para llevar a buen término es la plena, continua y constante conexión digital hace que sea necesario una delimitación en cuanto a lo que debe considerarse como horario de trabajo y tiempo de descanso.

Es necesario que se involucren los agentes sociales para una correcta negociación colectiva ajustada a la realidad que vivimos, así como una buena comunicación de los mandos superiores de las empresas en relación con los riesgos que una sobreexposición tecnológica durante las jornadas de trabajo pueden suponer en la persona.

La digitalización del trabajo ha traído consigo la posibilidad de que se pueda desarrollar la jornada laboral y cumplir con los objetivos propios del puesto de trabajo sin necesidad de encontrarse físicamente en el propio centro de trabajo, lo que permite al trabajador una gran libertad para estructurar la jornada laboral, pero la dificultad de desconectar del trabajo y poder descansar satisfactoriamente provoca en el trabajador aumentos de los niveles de estrés que podrían traducirse a la larga en un deterioro de la salud de las personas trabajadoras expuestas a este tipo de situaciones.

Estas condiciones de trabajo derivadas de la implementación de las tecnologías de la información y de la comunicación han traído consigo el surgimiento de nuevos factores de riesgo psicosocial en el marco de la organización laboral, tal como puso de manifiesto la última Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo llevada a cabo por el Instituto Nacio-

---

Ed. Cinca, Madrid 2018, p. 364.

6 AGUILERA IZQUIERDO, R. Y CRISTOBAL RONCERO, R., “Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica”, Conferencia Nacional Tripartita: el futuro del trabajo que queremos, 2017, Vol. II, p. 335.

nal de Seguridad e Higiene en el Trabajo <sup>7</sup>. Conviene destacar en este sentido que la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (CNSST) ya viene considerando estos riesgos psicosociales como potenciales causantes de enfermedades laborales que podrían derivar, si no son tratadas a tiempo, en una incapacidad laboral temporal del trabajador que las padezca<sup>8</sup>.

### 3.- LAS SOLUCIONES APORTADAS EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL.

Aunque en nuestro ordenamiento jurídico aún no existe una normativa explícita con respecto al tiempo de trabajo en las plataformas digitales, algunas sentencias de los Juzgados de lo Social muy recientes ya vienen determinando la dirección por la que puede ir en caminándose una futura regulación al respecto, lo que dependerá sobre todo de la previa consideración de este tipo de actividades profesionales como trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena.

Así ocurre, por ejemplo, en la Sentencia 53/19, de 11 de febrero de 2019, del Juzgado de lo Social de Madrid nº 33, donde se determina la procedencia o no del despido de un trabajador de GLOVOAPP23 SL. El demandante tenía con la empresa demandada un contrato de TRADE, suscrito con fecha de 27 de septiembre de 2016, para trabajar como repartidor, quedando estipulado en el clausulado del contrato las siguientes condiciones: a) el repartidor asume el riesgo y ventura del encargo y responde ante terceros de los posibles daños que durante el transporte del mismo pudieran ocasionarse; b) debe utilizar un vehículo propio para realizar el encargo y tiene libertad de aceptar o rechazar los encargos; c) no tiene exclusividad y por tanto podría perder la condición de TRADE en cualquier momento; d) el cliente valorará, mediante un sistema de puntuación, como ha sido la experiencia con el repartidor.

Sumamente relevante resultaba el hecho de que los únicos distintivos corporativos que podían mostrar los repartidores eran los facilitados por la plataforma GLOVOAPP23, sin que tuvieran facultad para emplear otro tipo de imágenes corporativas ni físicamente ni en las redes sociales de las que dispusieran.

En materia retributiva tampoco tenían mucha capacidad de disposición los repartidores, puesto que el precio a pagar por el servicio estaba fijado previamente por escrito y dependería de la distancia que cada repartidor tuviera que recorrer en kilómetros y del tiempo empleado en ello. Y en materia de tiempo quedaba estipulado que el repartidor tenía “libertad para organizar la prestación del servicio, siendo su tiempo máximo de realización de 60 minutos, conforme a las rutas y medios que decida empleando el grado de diligencia adecuado” <sup>9</sup>.

<sup>7</sup> PINILLA GARCIA, J., “Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo 6ª EWCS- España”, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Madrid 2017, pp. 39-90.

<sup>8</sup> ARANGUEZ VALENZUELA, Lucia., “El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en la salud de los trabajadores: el tecnoestrés”, en E- Revista internacional de la Protección Social, 2 (2017) 169- 190.

<sup>9</sup> SJSO 279:2019. ECLI:ES:JSO: 2019:279. Ponente: José Pablo Aramendi Sánchez.

A la vista de esos hechos, el ponente de la Sentencia acabaría afirmando que las tecnologías de la información y de la comunicación han provocado cambios en las condiciones de trabajo que hacen que estas deban ser evaluadas con criterios distintos. Hasta hace poco tiempo, la tradicional forma de empleo en la que al trabajador se le encomendaba una tarea y se le remuneraba por su realización ha dado paso a nuevas formas de empleo con distintas dimensiones espacio-temporales que a veces implican la aparición y desaparición de las tareas encomendadas en un periodo de tiempo muy breve.

Se debe considerar actualmente que cualquier trabajador puede ser objeto de geolocalización, lo que puede incidir tanto en materia de tiempo de trabajo como a efectos de remuneración del mismo. Ya no es necesario establecer controles a los trabajadores empleando para ello un mando intermedio, sino que con sistemas de control automatizados, cámaras de video-vigilancia, sistemas GPS o monitorización de ordenadores puede efectuarse un control total de la actividad de los trabajadores. Esto permite retribuir al trabajador de acuerdo con el trabajo desempeñado, pero también posibilita que no se compute el tiempo que dicha persona puede estar expectante a que se soliciten sus servicios, valorándose solo el trabajo final. Se puede establecer así un salario variable que va en función de los resultados que obtenga el trabajador, traspasando a este gran parte del riesgo tradicionalmente asumido por la empresa.

En cuanto al trabajo efectuado en o para plataformas digitales, es necesario que personas ajenas a la plataforma tengan interrelaciones con ella para que la actividad de la propia plataforma pueda ser prestada a los clientes de la misma. Considerando todo ello, el ponente encuentra toda una serie de indicios en los que poder sustentar una posible relación laboral entre el repartidor y GLOVOAPP23, sobre todo teniendo en cuenta que el repartidor se limite a aceptar las condiciones impuestas por la empresa, lo que supone una situación de partida de desigualdad. Otra nota característica de la que cabe deducir la laboralidad de estas aparentes relaciones triangulares es la forma en la que se realiza el pago de los servicios prestados, ya que el cliente paga a GLOVOAPP23, y esta plataforma es la que luego abona al repartidor la retribución convenida como precio del servicio prestado.

El ponente subraya asimismo la incompatibilidad que tiene el repartidor para poder realizar otra actividad económica diferente a la que tiene con la plataforma, ya que no dispone del tiempo necesario para poder desempeñarla entre los espacios temporales de encargo y encargo. Por lo tanto, se demuestra la ajenidad en la relación laboral inter-partes. El trabajo que lleva a cabo el repartidor cuando acepta el encargo también pone de manifiesto la ajenidad en los frutos, ya que es la empresa-plataforma quien obtiene los beneficios derivados del trabajo efectuado, actuando como un intermediario necesario entre el repartidor y el cliente final.

Finalmente, el Juzgado falla a favor del demandante, afirmando que efectivamente existe una relación laboral entre la empresa y el repartidor, ya que existen indicios suficientes de que el trabajo prestado se realiza por cuenta ajena al no disponer el repartidor de su tiempo de trabajo<sup>10</sup>.

10 SJSO 279:2019. ECLI: ES:JSO:2019:279. Ponente: José Pablo Aramendi Sánchez.



En esa misma línea, la Sentencia 188/2019, de 22 de julio de 2019, del Juzgado de lo Social de Madrid, afirma que también son trabajadores por cuenta ajena aquellos repartidores que prestan sus servicios a la plataforma digital ROOFOODS S.L., que a su vez emplea el nombre comercial de Deliveroo. Dicha empresa se dedica a conectar los pedidos de los restaurantes que contratan sus servicios y ponerlos a disposición de los clientes que lo quieran recibir en su domicilio u otro lugar ajeno al propio local del restaurante. Para ello, Deliveroo empleaba los servicios de un repartidor externo que cada 15 días le giraba las facturas de la actividad desempeñada para la empresa.

Para efectuar el trabajo, el repartidor debía disponer de una bicicleta o motocicleta, un teléfono móvil con conexión a internet, una batería externa por si se quedase sin batería y una caja con soporte donde poder transportar los productos a repartir. Mediante una aplicación móvil, llamada Rider Deliveroo, los repartidores se comunicaban con la empresa y viceversa para concretar las características del reparto. Así mismo, también empleaban otra aplicación móvil, denominada staffomatic, para acordar los turnos de los trabajadores. En función de los días asignados, el repartidor tendría que estar dentro de una de las zonas seleccionadas para poder responder a las llamadas de la empresa y efectuar los servicios que se le contratasen. La empresa se hacía responsable de cualquier incidencia frente al consumidor durante el periodo que se efectuase el servicio de envío.

El ponente de la sentencia afirma que en esta relación entre el repartidor y la plataforma está presente la ajenidad, ya que el trabajador no asume los beneficios ni los riesgos de la actividad de la empresa, ni fija los precios del servicio, ni tampoco tiene una retribución en función de los resultados.

Finalmente, la demanda interpuesta por la Tesorería General de la Seguridad Social, contra ROOFOOD SPAIN S.L. fue estimada, por lo que todos los trabajadores codemandados debían ser considerados como trabajadores de la plataforma, a la que estaban sujetos por una relación laboral, ya que al aceptarse el pedido, el repartidor debía seguir una serie de pautas muy estrictas establecidas por la empresa, lo que eliminaba la capacidad de decisión de estos falsos autónomos. La ausencia de autonomía en materia retributiva llegaba hasta el punto de que la propia empresa controlaba las propinas que daban los clientes a los repartidores, quienes la percibían a posteriori mediante abonos a cuenta o incluyendo su importe en la factura que la plataforma elaboraba para que estos falsos autónomos abonaran el IVA correspondiente<sup>11</sup>.

En otra sentencia relacionada con la calificación de los repartidores de plataformas digitales, la Sentencia 193/2019, de 11 de junio de 2019, del Juzgado de lo Social de Barcelona, se ha fallado también a favor de los repartidores de la empresa Deliveroo, calificándolos como falsos autónomos. La demanda fue presentada de oficio y el ponente de la Sentencia falló a favor de los trabajadores, lo que dio como resultado que La inspección de Trabajo y Seguridad Social de Cataluña extendiera un acta de liquidación por fatal de alta o afiliación<sup>12</sup>.

11 SJSO 2952:2019. ECLI: ES:JSO:2019:2952. Ponente: Antonio Cervera Pelaez-Campomanes.  
12 ROJO TORRECILLA, Eduardo (2019). La laboralidad de la prestación de servicios de los

En este caso, se trata de la primera sentencia que, al estimar como trabajadores por cuenta ajena a los repartidores de la plataforma digital, los ha calificado de forma expresa como “falsos autónomos”. La Sentencia consideró relevante a tal efecto la existencia de una normativa estricta de la empresa para trabajar con ella, el hecho de tener que descargarse una aplicación móvil, la necesidad de ver un video explicativo de la actividad a realizar, la realización de una entrevista con personal de la empresa y la delimitación de unas determinadas zonas en las que trabajar, acompañado por otro repartidor que daba a conocer cómo se realizaba el trabajo bien de forma personal o siguiendo unas estrictas instrucciones de la empresa. Así mismo, la empresa también enviaba correos electrónicos con los que intentaba fomentar entre los repartidores una mejora en cuanto a los tiempos de reparto y en los que se indicaba la conducta a seguir a la hora de dirigirse a los clientes.

Los repartidores eran informados de que debían cumplir unos estándares de calidad acordes con lo que la plataforma quería ofrecer. Por tanto, para valorarlos se tendrían en cuenta la asistencia, la cancelación durante los tiempos en los que estuviera disponible y la valoración de los clientes. Los envíos se debían efectuar con bolsas con estampados en los que se pudiera identificar el logotipo de la empresa y no otra cualquiera. La sentencia tiene en cuenta que los medios de producción no son los medios de transporte del repartidor o el teléfono móvil que el mismo debe aportar, sino el uso de una plataforma digital que relaciona la demanda con la oferta para efectuar el servicio encomendado, y la titular de esa plataforma es Deliveroo. No podemos olvidar que este tipo de empresas debe su éxito a la publicidad que lanza a las redes sociales, donde logran la confianza de los clientes que la usan para enviar su comida a los clientes.

Se tiene en cuenta asimismo que un autónomo, para ser considerado como tal, ha de estar en posesión de los datos necesarios para llevar a cabo su labor, y en este caso esos datos los tiene la plataforma digital, que es la única que tiene en su poder la información necesaria para llevar a cabo el trabajo del repartidor, sirviendo así de enlace entre demanda y oferta. Por tanto, nos encontramos en un supuesto donde se demuestra la existencia de ajenidad en cuanto a los medios de información por parte del repartidor.

En esta Sentencia del Juzgado de lo Social se aúnan los clásicos indicios de la existencia de una relación laboral con otros nuevos, lo que le permite afirmar que el repartidor es un miembro más de la estructura organizacional de la empresa y, por tanto, en empleado al servicio de la plataforma digital.

Por otra parte, los clientes de la empresa no conocen a los repartidores que supuestamente contratan, sino que a quien realmente conocen es a la plataforma digital Deliveroo, que tiene la potestad de designar al repartidor. Por tanto, en la Sentencia se demuestra una vez más que existe ajenidad de marca, ya que la empresa puede sustituir en cualquier

momento al repartidor, ya que los clientes contratan los servicios que demandan por medio de la plataforma y no a través del prestador efectivo del servicio<sup>13</sup>.

Estas sentencias de los Juzgados de lo Social sobre el trabajo en plataformas digitales serán sin duda recurridas por estas y habrá que esperar a que se pronuncie el Tribunal Supremo para saber si se mantiene o no la condición de laboralidad de los repartidores defendida en primera instancia. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que en relación con la disponibilidad de un trabajador fuera de su horario laboral, la jurisprudencia española ya ha venido diciendo que los empresarios no están capacitados para imponer a sus trabajadores la realización de tareas una vez finalizada su jornada laboral, estableciendo también la no obligación de responder a los mensajes enviados fuera del horario de trabajo.

Así, en un temprano pronunciamiento de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 1997 sobre la conexión sin interrupciones de las comunicaciones entre la empresa y sus trabajadores, aun a pesar de haber concluido la jornada laboral, se dictaminó que el empresario “sobrepasaba sus facultades normales dispuestas en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, si se obliga a los trabajadores a desarrollar su actividad profesional o a estar pendientes de recibir comunicaciones en todo momento, incluso en las horas no coincidentes con la jornada de trabajo asignada a cada uno de ellos, pues a ese resultado se llegaría si se vieran forzados a mantener una atención constante a sus teléfonos móviles en todo momento”.

Asimismo, en la Sentencia STC 192/2003, de 27 de octubre de 2003, el Tribunal Constitucional afirmaba que todo aquel tiempo que el trabajador no esté en horario laboral es tiempo de descanso; y en la STC 6/2007, de 27 de marzo de 2007, se vino a indicar que los trabajadores tienen el derecho de no responder a las llamadas de los empresarios si se encontraban en periodos de descanso por haber concluido su jornada laboral.

El Tribunal Supremo, por su parte, también se ha pronunciado en casación en la Sentencia TS 259/2014, de 21 de septiembre de 2015, en la que afirmaba y declaraba que era ilegal que el trabajador tuviera que facilitar al empresario su cuenta personal de correo electrónico y su número de teléfono personal a fin de poder contactar vía telefónica o mandar e-mails una vez concluida la jornada laboral, aun a pesar de encontrarse en el clausulado del contrato firmado inter-partes.

También podría resultar aplicable al trabajo en las plataformas digitales lo indicado por el Tribunal de Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la Sentencia del 5 de septiembre de 2017, relativo al caso *Barbulescu* contra la República de Rumania, donde afirmaba al respecto que “las instrucciones del empresario no pueden reducir a cero la vida social privada en el lugar de trabajo”<sup>14</sup>.

---

13 SJSO 2253/2019. ECLI: ES:JSO:2019:2253. Ponente: Raúl Uría Fernández.

14 Sentencia del TEDH sobre el control por el empleador del uso del correo electrónico (mensajería instantánea) por sus empleados (caso *Barbulescu v. Rumanía* n° 61496/08, de 12 de enero de 2016).

Y el Tribunal Superior de Justicia Europea (TJUE), por último, ha establecido un compendio de criterios a fin de establecer el estatus que han de tener los trabajadores de las distintas relaciones laborales, lo que puede ser utilizado para proteger a aquellos profesionales que quedasen desamparados en el mercado laboral, como pueden ser los trabajadores en línea, en prácticas, intermitentes, bajo demanda o en el caso de la figura del falso autónomo que, como hemos visto, viene siendo utilizada por las plataformas digitales<sup>15</sup>.

#### 4.- LAS PRIMERAS MEDIDAS LEGISLATIVAS.

##### **4.1.- El derecho a una previsibilidad mínima del trabajo establecido por la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.**

La reciente Directiva 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, tiene como objetivo el establecimiento de un marco normativo que mejore las condiciones laborales de aquellos trabajadores europeos que, teniendo como telón de fondo la nueva realidad económica que vivimos, se encuentran al margen de la protección prevista en el ordenamiento social a consecuencia de la falta de transparencia de sus condiciones de trabajo o por la imprevisibilidad de las tareas a realizar.

Es por ello que se obliga al empresario a entregar al trabajador toda la información referente a la relación laboral a establecer, entre los que se encuentran los siguientes datos: “identidad de las partes, lugar de trabajo, cargo que se ostenta, descripción de puesto de trabajo, fecha de inicio de la relación contractual y finalización de la misma, derechos de formación de los trabajadores, vacaciones, procedimientos formales para la finalización de la relación laboral, remuneración a cambio de la fuerza de trabajo, duración de jornada, remuneración de las horas extraordinarias, Convenio Colectivo que determine las condiciones laborales que deben regirse entre ambas partes, etc.”<sup>16</sup>.

Es esta directiva se ha establecido el derecho de los ciudadanos de la Unión Europea a una “previsibilidad mínima del trabajo”, pudiéndose aplicar tanto a la contratación a demanda como al *crowdwork*. A tal fin, su art. 10 determina que los Estados miembros de la Unión Europea deberán garantizar, en las situaciones en la que el trabajo sea “mayoritariamente o totalmente imprevisible”, que no sea posible obligar a ninguna persona

---

<sup>15</sup> Véase en ese sentido la Sentencia del Tribunal Supremo nº 489/2018, de 23 de octubre de 2018, en la que se recogen los criterios de obligado cumplimiento para el empresario cuando este pretenda investigar a trabajadores que pudieran tener conductas ilícitas o desleales para la empresa: STS 3754:2018. ECLI: ES:TS:2018:3754. Ponente: Antonio del Moral García. Esos criterios también han sido aplicados en la reciente Sentencia del Tribunal de lo Social de Pamplona nº 52/2019, de 18 de febrero de 2019: SJSO 281/2019 - ECLI: ES:JSO:2019:281. Ponente: Carlos González González.

<sup>16</sup> Art. 4 de la Directiva 2019/1152 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 20 de junio de 2019 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. [En línea].

Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81159>

a trabajar a menos que se cumplan una serie de condiciones, entre ellas: que el trabajo se realice en unas hora y unos días predeterminados, que se avise al trabajador con previo aviso de las tareas que va a realizar conforme a la legislación y a los convenios colectivos del país en el que se realice, como ocurre en el caso de las plataformas digitales. Cuando se den esas circunstancias, al trabajador se le concede el derecho de rechazar la tarea sin que eso le suponga un menoscabo a posteriori. Por otro lado, en el caso de que el empleador cancelase la tarea asignada, el trabajador tendría derecho a percibir una indemnización si no le es avisado dentro del plazo establecido<sup>17</sup>.

La Directiva contempla asimismo que sean los propios Estados los que puedan autorizar “el uso de contratos de trabajo a demanda o similares”, pero para ello deben adoptar un compendio de medidas a fin de evitar las practicas abusivas. Entre ellas, limitar la duración y el uso de los contratos a demanda o similares, así como la “presunción refutable de la existencia de un contrato de trabajo con una cantidad mínima de horas pagadas sobre la base de la media de horas trabajadas durante un período determinado”; todo ello sin perjuicio, como decimos, de la adopción de las medidas oportunas para que puedan prevenirse cualquier tipo de practicas abusivas<sup>18</sup>.

Por otro lado, a fin de delimitar los casos en los que se trate de trabajo marginal, lo que será determinante para los crowdworkers, el art. 1.3 de la directiva establece como trabajo margina el realizado por “los trabajadores que tengan una relación laboral en la que el tiempo de trabajo predeterminado y real sea igual o inferior a una media de tres horas semanales en un período de referencia de cuatro semanas consecutivas”.

Así, en aquellos casos en que las micro-tareas encargadas por las plataformas digitales no superen el límite de tres horas semanales en un periodo de cuatro semanas consecutivas, resultaría de aplicación lo dispuesto en dicha directiva, procediendo, por tanto, el alta en la Seguridad Social del trabajador en cuestión.

De cualquier modo, aunque el objetivo de la Directiva sea el de proteger a los trabajadores más desprotegidos, creemos que sigue sin propiciar un adecuado marco normativo para ello, puesto que tendrían que haberse establecido unos requisitos mínimos para que los trabajadores con contrato de cero horas o los trabajadores autónomos, entre otros colectivos, no sufran abusos laborales ni desprotección. Pero es un buen comienzo para que los legisladores nacionales empiecen a delimitar las formulas que emplean las plataformas digitales, garantizando la dignidad de los trabajadores en materia de soberanía de su tiempo de trabajo.

La Directiva entró en vigor el 31 de julio de 2019 (a los veinte días a partir de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea), y cada estado miembro de la Unión Europea tiene tres años para adoptar las medidas necesarias para su efectiva transposición, por lo que tienen como plazo máximo para ello hasta el 1 de agosto de 2022.

---

17 Art. 10 de la Directiva 2019/1152 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

18 Art. 11 de la Directiva 2019/1152 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

#### **4.2.-El derecho a la desconexión digital establecido en el art 88 de LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD).**

La desconexión digital es fundamental en la era tecnológica en la que vivimos, puesto que implica una manera de dotar al trabajador del derecho necesario para que una vez concluida la jornada laboral pueda descansar adecuadamente. Fuera del horario laboral, la empresa no debería comunicarse con sus trabajadores, a menos que sea por una cuestión de extrema urgencia, debiendo respetar asimismo los tiempos en los que estos se encuentren en periodo vacacional o de permiso<sup>19</sup>. Para el trabajador supone una buena manera de poder conciliar la vida personal y familiar, así como su derecho a la intimidad.

En los países que ya lo han introducido, a nivel empresarial, ha supuesto un incremento de la productividad, de los beneficios y de la calidad del trabajo realizado por parte de los empleados, que ha mejorado mucho en comparación con la situación existente antes de la puesta en práctica de la desconexión digital fuera del horario de trabajo. Parece haber contribuido asimismo a un aumento del diálogo entre empleado y trabajador y a una reducción considerable del absentismo laboral.

Aparte de la propia la cultura organizacional de la empresa, que debería considerarlo como una cuestión de política interna de recursos humanos y el fruto de una constante y real comunicación entre la empresa y los trabajadores, el derecho a la desconexión digital encuentra su ámbito natural de reconocimiento en la negociación colectiva. Y aunque no es una práctica habitual, no faltan ejemplos que lo corroboran, como en el caso del Convenio Colectivo firmado entre el Grupo AXA y CCOO, estableciendo el Derecho a la Desconexión Digital una vez finalizada la jornada al tiempo que se impulsa el teletrabajo, situándose así en sintonía con el nuevo paradigma digital en el que vivimos<sup>20</sup>.

Por su parte, tanto el Banco Santander como IKEA han alcanzado también un acuerdo con los representantes de los trabajadores para llevar a cabo una correcta desconexión digital fuera de la jornada laboral, de modo que los trabajadores no estarían obligados a estar en contacto con la empresa fuera del horario laboral. Se pretende con ello que el uso de la tecnología se haga de la forma más responsable posible, fomentándose el trabajo de calidad dentro de la jornada de trabajo.

A nivel legal, aunque ya en 2014 se comenzó a debatir en Alemania una ley anti-estrés que estableciera los medios para impedir que el empresario entablara comunicación con sus trabajadores en unas horas determinadas<sup>21</sup>, al final sería Francia la pionera en la implantación de este tipo de prácticas con la modificación efectuada en el Code du Travail

19 AGUILERA IZQUIERDO, R., CRISTOBAL RONCERO, R., Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica, en [www.ilo.org/madrid](http://www.ilo.org/madrid), 23 marzo 2017.

20 Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectiva del Grupo Axa (BOE, 10 octubre 2017, n.244).

21 GONZALEZ COBALEDA, E.: “Riesgos psicosociales, derechos fundamentales y NTIC: Una perspectiva de protección diferente”, RTSS.CEF, núm. 387, 2015, pp. 17-42.

con fecha 1 de enero de 2017. El objetivo que pretendía era establecer un marco que garantizase la correcta simbiosis entre trabajo y descanso y la reducción del riesgo de padecer enfermedades profesionales derivadas de un descanso insuficiente<sup>22</sup>. En el caso de España, en nuestra jurisprudencia y en el ámbito de la negociación colectiva ya existían algunas manifestaciones relativas al derecho a la desconexión digital, pero sería la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales la que introduciría novedosamente el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral en su art. 88.

El precepto dice, textualmente, que “Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”.

Como se deduce del texto transcrito, el legislador español ha intentado establecer un marco jurídico que garantice a los trabajadores la desvinculación tecnológica una vez concluida su jornada laboral, especificándose asimismo que para alcanzar una buena conciliación entre el trabajo de la persona y la vida familiar es necesario una adecuada negociación colectiva inter-partes. Curiosamente, también se hace referencia a aquellos trabajadores que lleven a cabo la prestación laboral fuera del centro de trabajo, ya sea en el domicilio del trabajador o fuera del mismo, lo que necesariamente tendrá que ser interpretado de acuerdo con lo dispuesto en el art.13 del Estatuto de los Trabajadores<sup>23</sup>. Pero ciertamente se puede apreciar que existe una falta de meticulosidad en cuanto a la eficacia y el alcance de la normativa, que deja abierta la puerta a la negociación colectiva para que sea esta la que establezca las diferencias de aplicación entre los diversos puestos de trabajo o sectores

---

22 Grupo Ático 34, consultoría integral tecnológica. La desconexión digital de los trabajadores. Publicado el 18 de enero de 2019. [en línea]. Disponible en: <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/desconexion-digital-trabajadores/>

23 IGARTUA MIRÓ, M<sup>a</sup> TERESA, “El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 432 (marzo 2019), pp. 61-87.



de actividad, lo que induce a pensar que el legislador ha entendido que una regulación homogénea no resultaría eficaz. Será, por tanto, la negociación colectiva o el acuerdo entre las partes los que en última instancia deberán definir las condiciones de ejercicio del derecho a la desconexión digital y la forma en que se implementarán las herramientas técnicas necesarias que permitan la correcta desconexión de los dispositivos tecnológicos<sup>24</sup>. Y todo ello sin olvidar que sobre el empresario recae la obligación de adoptar una política empresarial de desconexión que haga factible y reconocible el ejercicio de este novedoso derecho a la desconexión digital, que será una cuestión crucial en el ámbito del trabajo realizado a través de plataformas digitales<sup>25</sup>.

## 5.- CONCLUSIONES.

Las sentencias de los Juzgados de lo Social que hemos descrito en este trabajo están sentando las bases para que muchos de los falsos autónomos surgidos al albur del auge de la economía de plataformas puedan regularizar su situación, adquiriendo los derechos laborales y de seguridad social que el ordenamiento social reconoce a los trabajadores por cuenta ajena. Es un primer punto de partida para que las plataformas digitales comiencen a realizar contratos acordes con la naturaleza laboral de la actividad que realizan las personas que prestan servicios para ellas, como en el caso de los repartidores. En cualquier caso, aun habrá que esperar algún tiempo hasta que el Tribunal Supremo se manifieste al respecto y establezca una jurisprudencia unificada que pueda tomarse como referencia.

El poder legislativo parece que también está empezando a dar los primeros pasos encaminados a propiciar el establecimiento de un marco normativo que proteja a los nuevos trabajadores digitales, como en el caso de la Directiva Europea 2019/1152, de 20 de junio de 2019, con su exigencia de una previsibilidad mínima del trabajo. En el caso español, además, la promulgación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales, ha sido aprovechada por el legislador para consagrar unos novedosos derechos digitales, entre los que se encuentra el derecho a la desconexión digital, que pueden contribuir al reconocimiento de algunos de los derechos laborales básicos que la gig economy parece querer negar a las personas que trabajan al servicio de las plataformas digitales, en cualquiera de sus múltiples modalidades.

Es necesario tener presente asimismo que, para alcanzar un elevado grado de aplicación de este derecho a la desconexión digital, la negociación colectiva va a tener que jugar un papel principal que haga posible la adopción de acuerdos más ajustados a la nueva realidad digital. Será en el ámbito convencional donde deban tomarse medidas concretas, como la redirección de correos electrónicos a otros trabajadores que estén en horario laboral, la desconexión de los servidores de la empresa, un adecuado registro de la jornada laboral

---

24 TASCÓN LÓPEZ, R., “Derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español”, en *el trabajo y Derecho...* P.4. véase también, TALÉNS VISCONTI, E., “La desconexión digital en el ámbito laboral: Un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva” ...cit., pp. 193-208.

25 ALEMAN PAEZ, F, el derecho de la desconexión digital; una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “Loi Travail N° 2016-1088”, en *Trabajo y Derecho*, 2017, n.30.



que garantice que después de esta comience a todos los efectos el tiempo de descanso y el cómputo como horas extraordinarias del tiempo que, por cualquier circunstancia debidamente acreditada, el trabajador deba estar al servicio del empleador por encima de los límites de jornada legalmente previstos.

## 6.-BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, R. Y CRISTOBAL RONCERO, R., “Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica”, Conferencia Nacional Tripartita: el futuro del trabajo que queremos, 2017, Vol. II, p. 335.

ALEMAN PAEZ, F., el derecho de la desconexión digital; una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “Loi Travail N° 2016-1088”, en Trabajo y Derecho, 2017, n.30.

ARANGUEZ VALENZUELA, Lucia., “El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en la salud de los trabajadores: el tecnoestrés”, en E- Revista internacional de la Protección Social, 2 (2017) 169- 190.

BERINS COLLIER, Ruth, DUBAL, V.B. y CARTER, Christopher. Labor Platforms and Gig Work: The Failure to Regulate. IRLE Working Paper. 2017, n° 100-17, pp. 1-29.

Comisión Europea. Una Agenda Europea para la economía colaborativa. Bruselas, Comunicación de la Comisión de 2 de junio de 2016 {COM (2016) 0356 final}, p. 3.

Datos de Informe Anual 2017 InfoJobs- ESADE sobre el Estado del Mercado Laboral en España.

España. Artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantías de los derechos digitales.

España. Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectiva del Grupo Axa (BOE, 10 octubre 2017, n.244).

España. Tribunal de lo Social, Sentencia no 193/2019 de 11 de junio de 2019.

España. Tribunal de lo social, Sentencia no 53/19 de 11 de febrero de 2019.

España. Tribunal de lo social. Sentencia no 188/2019 de 22 de julio de 2019.

Grupo Ático 34, consultoría integral tecnológica. La desconexión digital de los trabajadores. Publicado el 18 de enero de 2019. [en línea]. Disponible en: <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/desconexion-digital-trabajadores/>

GONZALEZ COBALEDA, E.: “riesgos psicosociales, derechos fundamentales y NTIC: Una perspectiva de protección diferente”, RTSS.CEF, núm. 387, 2015, pp. 17-42.

IGARTUA MIRÓ, M<sup>a</sup> Teresa, “El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 432 (marzo 2019), pp. 61-87.

INFOJOBS, Informe Anual 2017 InfoJobs–ESADE sobre el Estado del Mercado Laboral. Disponible en: <https://nosotros.infojobs.net/prensa/notas-prensa/la-mitad-de-los-trabajadores-responden-e-mails-y-llamadas-de-trabajo-durante-sus-vacaciones>

LOPEZ ALVAREZ, M<sup>a</sup> J., “La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo”, en Miranda boto, J.M. (Dir.), el derecho del trabajo español antes el tribunal de justicia: problemas y soluciones. Ed. Cinca, Madrid 2018, p. 364.

PINILLA GARCIA, J., “Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo 6<sup>a</sup> EWCS- España”, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Madrid 2017, pp. 39-90.

ROJO TORRECILLA, Eduardo (2019). La laboralidad de la prestación de servicios de los repartidores para empresas de la economía de plataformas. Sentencia núm. 193/2019, de 11 de junio, del Juzgado de lo Social núm. 31 de Barcelona. Revista de Jurisprudencia laboral n° 4/2019. [en línea]. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-00000000451](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-00000000451)

TASCÓN LÓPEZ, R., “Derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español”, en el trabajo y Derecho.... P.4. véase también, TALÉNS VISCONTI, E., “La desconexión digital en el ámbito laboral: Un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva”, cit., pp. 193-208.

Unión Europea. Directiva 2019/1152 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 20 de junio de 2019 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. [En línea].

Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81159>

PONENCIA ESPECÍFICA  
ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA IMPLANTACIÓN DEL REGISTRO DE JORNADA Y CONTROL HORARIO EN ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO

*Juan José Pérez Calero*  
*Profesor Asociado LOU del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*  
*de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)*

Subtema: Ponencia General “Registro de jornada y control horario”

1. Introducción
2. Registro obligatorio de jornada y control horario en el sector público
3. Aspectos prácticos de la implantación del registro de jornada y control horario en el sector público
4. Conclusiones

**RESUMEN:** Tras una breve introducción de la normativa de aplicación en materia de registro de jornada y control horario, y de las peculiaridades que pueda tener en el sector público, se abordará una reflexión en el ámbito de tres entidades del sector público, contrastada con integrantes de unidades de negociación colectiva de cada una de ellas, que aborde la situación del registro de jornada antes y después de la publicación del mencionado Real Decreto-Ley, las dificultades o barreras encontradas en la implantación del mismo, las soluciones aportadas, los beneficios que comporta la nueva regulación y las carencias que se han presentado durante los primeros meses de aplicación. Asimismo, se completará el análisis con propuestas de mejora provenientes de dichas unidades de negociación que deban abordarse en futuras revisiones de la normativa.

**ABSTRACT:** After a brief introduction of the regulations for the application of registration of working hours and time control, and of the peculiarities that may have in the public sector, a reflection will be addressed within the scope of three entities of the public sector, contrasted with members of collective bargaining units of each of them, which addresses the situation of the registration of working hours before and after the publication of the aforementioned Royal Decree-Law, the difficulties or barriers encountered in its implementation, the solutions provided, the benefits of the new regulation and the deficiencies that have arisen during the first months of application. Likewise, the analysis will be completed with proposals for improvement from these negotiating units that must be addressed in future revisions of the regulations

## 1. INTRODUCCIÓN.

El Real Decreto Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, pone fin a la polémica suscitada en los últimos años sobre la necesidad de registro de la jornada laboral.

Los trabajadores necesitan que se establezca una jornada máxima de trabajo, legal o pactada, puesto que sin este límite la precarización del mercado de trabajo está asegurada por la posición claramente dominante de la empresa sobre la persona trabajadora en la relación laboral. De esta forma, sin un límite horario temporal prefijado, quedan afectados importantes elementos de la relación laboral, como pueden ser el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, los derechos económicos o los efectos de protección social prestacional.

Fue la Audiencia Nacional, en Sentencia del 4 de diciembre de 2015, la que se pronunció y confirmó la necesidad de un registro de la jornada laboral, que no de horas extraordinarias, para controlar los excesos. Además, puntualizaba que la inexistencia de dicho registro provocaba indefensión en los trabajadores como único medio de acreditación.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en Sentencia 246/2017 de 23 de marzo, aconsejaba sobre una posible reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias.

Es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el Organismo que desde el 4 de noviembre de 2003 aplica la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. En ella se impone “a las empresas la obligación de implantar un sistema de cómputo de la jornada laboral efectiva de los trabajadores a tiempo completo, que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectivamente, a realizar horas extraordinarias”. El Abogado General del Tribunal de Justicia Europeo es el que cuestiona en enero de 2019 la adecuación de la legislación española a la citada Directiva, en relación con el tiempo real de trabajo, recomendando la implantación de un sistema de cómputo de la jornada laboral efectiva.

En el Estatuto de los Trabajadores, no constaba una obligación clara y con carácter general para las empresas de la llevanza de un registro de la jornada laboral que realizan las personas trabajadoras. Por ello, ante la necesidad de crear un marco de seguridad jurídica tanto para las personas trabajadoras como para las propias empresas, facilitar el control por parte de las Inspecciones de Trabajo y Seguridad Social, y conseguir adaptarnos a las exigencias de la normativa europea, llegamos a la regulación actual, el Real Decreto Ley 8/2019, de 8 de marzo, que introduce un nuevo apartado 9 al artículo 34, del siguiente tenor:

9. La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo.

Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada.

La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La nueva redacción del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, no impone un sistema específico de control diario de la jornada laboral, pudiendo la empresa elegir cualquier sistema de registro que considere más adecuado (manual, informático, por control remoto, a través de teléfonos móviles, huella dactilar u otros que cumplan con el objetivo de la Norma y que se adapte a las necesidades del trabajo a desarrollar. Sin perjuicio de este liber regestum en cuanto al sistema de recogida de información, la nueva regulación establece unos mínimos en cuanto a qué debe contener –hora de inicio y de fin de jornada, con detalle individual y diario de cada persona trabajadora- y en cuanto a la conservación y puesta a disposición del contenido durante cuatro años.

Por la importancia que tiene esta medida en la lucha contra la precariedad laboral, la organización y documentación de la misma deberá establecerse por negociación colectiva (convenio colectivo) o en acuerdo colectivo de empresa y, en su defecto, por decisión unilateral del empresario, previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa. La negociación colectiva provocará un periodo transitorio, hasta que, los distintos convenios de empresa, recojan las especialidades del registro de jornada.

Por último, el incumplimiento en materia de registro de la jornada se ha contemplado como infracción grave, atendiendo a la nueva redacción del apartado 5 del artículo 7 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, modificado por el Real Decreto 8/2019.

## **2. REGISTRO OBLIGATORIO DE JORNADA Y CONTROL HORARIO EN EL SECTOR PÚBLICO.**

La configuración del Estado con Administraciones de diferente dimensión territorial y competencial, origina su traslación a la diferente dimensión o estamentos geográficos del sector público: estatal, autonómico y local. Ello se corresponde con una legislación básica estatal y con legislación específica determinada tanto por el ámbito de actuación geográfico o competencial como por la forma jurídica que revista la entidad o la actividad económica a la que se dedique.

Con carácter general, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su artículo 2 dispone el sector público comprende la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local y las que integran el sector público institucional.

El alcance del presente trabajo no abarca el registro de jornada y control horario en la totalidad del sector público, sino una descripción práctica de la aplicación de aspectos en la referida materia en algunas entidades del sector público institucional, el cual se integra por cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas así como por las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas y las Universidades públicas. En este ámbito, encontramos numerosas sociedades mercantiles, consorcios, agencias públicas empresariales y fundaciones financiadas en su totalidad o mayoría de capital por fondos públicos provenientes de los presupuestos de las administraciones a las que están adscritas y sujetas en su actuación material.

La prestación de los servicios y puesta a disposición de los bienes por parte de las diferentes entidades del sector público institucional se realiza con un importante número de personas trabajadoras, sujetos titulares de derechos laborales, sindicales y actores y destinatarios del derecho a la negociación colectiva. La regulación de las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras de las mencionadas entidades, está contenida con carácter general y supletorio en el Estatuto de los Trabajadores, con las precisiones que establece el Estatuto Básico del Empleado Público en algunos aspectos relacionados con los deberes, principios éticos y de conducta del personal empleado público y con el acceso al empleo público. Por ello, dado que este personal está incluido en el ámbito de aplicación del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, la obligatoriedad de registro horario también se aplica a la totalidad de estas plantillas de personas trabajadoras, al margen de su puesto de trabajo o grupo profesional, a todos los sectores de actividad y a todas las empresas o entidades, cualquiera que sea su tamaño u organización del trabajo.

Por el mismo razonamiento anterior, queda completamente excepcionada de la aplicación del registro de jornada y horario el personal de alta dirección del sector público, contemplado por su propia condición en el artículo 2.1.a) ET, por tratarse de una relación laboral de carácter especial, excluida del ámbito de aplicación estatutario, debiéndose estar a lo establecido en su normativa específica y a las reglas de supletoriedad establecidas en cada caso.

Distinto del anterior supuesto de personal de alta dirección, es bastante habitual en las plantillas de las entidades del sector público, la figura de los cargos de confianza, de libre remoción, mandos intermedios, personal de supervisión, coordinación o dirección que desempeñan funciones con especiales responsabilidades y que, sin ser estrictamente personal de alta dirección y aplicándoseles la legislación laboral común, tienen libre disponibilidad del tiempo de trabajo o plena disposición horaria para el cumplimiento de su actividad profesional. Se trata de puestos de trabajo cuyo contenido competencial casi los asimila a la relación laboral de alta dirección pero, salvo abuso de derecho o fraude de ley, siguen estando dentro del ámbito de aplicación estatutario y, por tanto, la jornada diaria debe ser registrada, interpretándose que la retribución obtenida por la persona trabajadora ya contempla la mayor disponibilidad horaria para el desempeño de sus funciones que pueda evidenciar el registro de jornada en relación al de otros puestos de trabajo que no incluyen esta mayor dedicación<sup>1</sup>.

---

1 La inclusión obligatoria de este personal directivo profesional, no de alta dirección, en el marco

Por otro lado y sin que sea objeto de este trabajo, es preciso indicar que las Administraciones Públicas, en cuanto empleadoras, están obligadas a garantizar el registro de jornada laboral para el personal laboral, por su clara inclusión en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, pero no alcanza esta obligación al personal funcionario cuya relación de servicio está expresamente excluida en el artículo 1.3 a) ET. En este aspecto, el Real Decreto Real Decreto 8/2019 no ha contemplado en su ámbito de aplicación a este colectivo de personal empleado público, puesto que, en mi opinión y en coherencia con la exposición de motivos de la norma en este sector no es necesaria la intervención legislativa por la ausencia o la insignificante presencia de la precariedad laboral, hecho que puede ser igualmente discutido en otros análisis.

No obstante y por la propia impronta de homogeneización de condiciones laborales de personal laboral y funcional del Estatuto Básico del Empleado Público (vid. Artículo 51), que sí es de aplicación al personal funcionario, es indubitado que no parece adecuado que se dé cumplimiento de forma diferenciada al control de la jornada y horario solo para el personal laboral y no para el funcional en la misma Administración<sup>2</sup>.

### 3. ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA IMPLANTACIÓN DEL REGISTRO DE JORNADA Y CONTROL HORARIO EN EL SECTOR PÚBLICO.

Para la elaboración del contenido del presente apartado se han realizado una consulta a diferentes unidades de negociación a través de la Federación de Empleadas y Empleados del Sector Público del sindicato UGT<sup>3</sup>, con objeto de poder extraer su visión práctica acerca de cómo se ha producido la entrada en vigor de la normativa de registro de jornada y las vicisitudes de su cumplimiento en los primeros meses de vigencia. En el presente trabajo se indican reflexiones transmitidas tanto a nivel general como aspectos puntuales de tres entidades: Desarrollo del Condado, S.A. –sector público local-, Empresa Pública para la Gestión del Turismo y Deporte en Andalucía, S.A. – sector público autonómico- y Correos y Telégrafos, .S.A. –sector público estatal-

Es preciso recordar en este punto que las políticas de contención del gasto público desarrolladas durante la última crisis económica, llevaron en el año 2012 al establecimien-

---

de aplicación del registro de jornada ha sido objeto de numerosas consultas a la Dirección General de Trabajo, cuya respuesta se incluye en una guía para facilitar la aplicación práctica de la norma en la que indica su inclusión, sin perjuicio de la interpretación que puedan realizar los Tribunales en el futuro.

2 Sobre el tratamiento uniforme del control horario a personal laboral y funcionario se han publicado bastantes artículos: Actualidad Administrativa, N° 7, Sección Actualidad / En la práctica, Julio-Agosto 2019, Wolters Kluwer; Diario La Ley, N° 9461, Sección Temas de hoy, 22 de Julio de 2019, Wolters Kluwer

3 UGT tiene representación en entidades instrumentales tanto de la administración local, autonómica andaluza como estatal. Se ha realizado una consulta a través de formulario homogenizado mediante el que se obtiene información del tipo de registro, incidencias en su implantación, beneficios, desventajas y ausencias de la regulación



to de una jornada laboral mínima del personal del sector público con carácter general de 37,5 horas de promedio semanal. A este respecto y fruto de los acuerdos generales de negociación colectiva en las Mesas Generales de Negociación de Función Pública, en 2019 casi todas las administraciones han recuperado la histórica jornada de 35 horas semanales, estando pendiente de restituirse ésta última en la Administración General del Estado<sup>4</sup>.

La obligatoriedad de las distintas administraciones de controlar el déficit y el gasto público y el estricto cumplimiento de las medidas acordadas en cada ejercicio económico supuso, a partir del año 2012, la implantación general de sistemas de control de jornada y horario en todas las entidades y centros directivos que no disponían de los mismos, por lo que la entrada en vigor Real Decreto Real Decreto 8/2019, ha sido pacífica tanto en el ámbito del derecho de información y negociación de la representación social de las plantillas como en el conjunto de personas trabajadoras, puesto que ya tienen en sus dinámicas habituales de trabajo incorporadas las obligaciones de usar sistemas de control de presencia que normalmente no sólo se usan para esta finalidad sino también para registro de otras incidencias y situaciones relacionadas con las ausencias justificadas del lugar de trabajo<sup>5</sup>.

En cuanto a las tipologías de sistemas de registro implantados en muchas entidades del sector público (también en la empresa privada), éstos se pueden agrupar en los siguientes tipos:

Sistemas de registro en papel, como ocurre en la entidad Desarrollo del Condado, S.A., empresa del sector público local cuya actividad principal es la prestación de los servicios de atención a la dependencia en la comarca del Condado de Huelva, con una plantilla de 200 trabajadores con una distribuida en 15 municipios y cuya prestación de servicios se realiza en domicilios particulares de cada persona usuaria dependiente. A este respecto, semanalmente se entregan en la sede administrativa los partes con firmas de horas de entrada y salida de cada trabajador.

- Sistemas de registro con fichaje por tarjeta o número (pin),

- Sistemas de registro biométricos (huella digital o reconocimiento facial), tecnología que se viene utilizando en la Empresa Pública para la Gestión del Turismo y Deporte en Andalucía, del sector público andaluz, que tiene instalados en todos sus centros los dispositivos de lectura digital para entradas y salidas, complementado con la aplicación Rodas para la gestión de todas las incidencias y permisos que se producen durante la jornada.

- Sistemas de registro mediante dispositivos digitales (movil, tablet o pc) mecanimo que está implantando en la empresa del sector público estatal, Correos y Telégrafos, S.A., realizándose el control a través de de aplicaciones instaladas en los ordenadores de sobremesa de las oficinas.

4 Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

5 Fuente: Federación de Emplead@s del Sector Público de UGT

- Sistemas de registro por geolocalización

Como beneficios o aspectos positivos indicados por las entidades consultadas que ha traído la nueva regulación del registro obligatorio de jornada y control horario, los hay que redundan en las personas trabajadoras y los que son bienvenidos para las empresas. Así, como ventajas para el personal, podemos indicar las siguientes:

- Control veraz de las horas extraordinarias para evitar el abuso y el fraude, tanto en el ámbito salarial como respecto de las cotizaciones de Seguridad Social.

- Garantizar el cumplimiento de los límites en materia de jornada, contribuyendo a la racionalización de los horarios y a la conciliación de la vida laboral y familiar.

- En materia de Seguridad y Salud en el trabajo, facilita el control de obligaciones tales como el descanso entre jornadas.

- Redunda en la garantía y defensa del derecho a la “desconexión digital”.

Por lo que respecta a los beneficios que reporta a las entidades empleadoras:

- Racionalización de horarios, como medida que redundan en un mayor rendimiento de la plantilla.

- Control del absentismo y la falta de puntualidad.

- Facilita la implementación de horarios flexibles u otras medidas relacionadas con el “Smart Working” y la conciliación de la vida laboral y familiar.

- Permite el cumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo, y, obviamente, el cumplimiento de la normativa de registro horario y control de las horas extraordinarias.

- Aporta transparencia en la gestión de los recursos humanos y en el control del gasto de personal.

Como elementos importantes a tener en cuenta en la implantación del registro de jornada y que suponen una barrera o dificultad, se han identificado especialmente dos, que derivan del uso de las nuevas tecnologías y sus aplicaciones.

En la casi totalidad de las empresas del sector público, las nuevas tecnologías ya se vienen utilizando para el control horario sin que, en algunos casos, se respete la normativa sobre protección de datos. En este sentido, la protección de datos y de intimidad y privacidad de las personas trabajadoras constituye una barrera y se convierte en una dificultad que hay que abordar para la implantación de sistemas con garantías, lo que exige extremar la

vigilancia en el cumplimiento de la normativa tanto por entidades empleadoras como por representantes de la plantilla como por las propias personas trabajadoras<sup>6</sup>.

Hay sistemas que permiten e invitan al uso de dispositivos digitales particulares (ordenadores, tablet, móviles, etc) para el control horario. En este sentido es importante recordar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de febrero de 2019, que declara que “en ningún caso resulta admisible que las personas trabajadoras tengan que poner a disposición de la empresa sus propios dispositivos para incorporar el sistema de registro de jornada” y, por tanto, “el trabajador no tiene que utilizar su móvil o dispositivo digital para descargarse la app o aplicación para registrar su hora de entrada o salida”. Asimismo, en caso de tratarse de dispositivos digitales de las empresas, debe prohibirse que activen la geolocalización, salvo en los casos que resulta preciso y necesario, y en este último caso, no podrán activarse permanentemente, así como recordar que el empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos (ex. Artículo 8 LOPD).

Otro elemento negativo sobre la regulación contenida en el Real Decreto Ley 8/2019, viene constituida por el hecho de que el proceso de organización y elaboración del registro haya quedado en manos de la negociación colectiva de cada empresa y no se haya creado un sistema general o sectorial rígido. Sin duda esta circunstancia, que está conectada con la primacía de la negociación colectiva en el ámbito de la empresa, genera que en función de cada unidad de negociación de empresa los sistemas de registro y control horario sean diferentes tanto en su configuración como en las garantías para las personas trabajadoras. Sin duda es una crítica sindical importante de los interlocutores sociales, que arguyen la desprotección de las personas trabajadoras y el alejamiento de la homologación de condiciones de trabajo que debe presidir a toda la plantilla del sector público.

En otro orden de cosas, se expone una opinión general acerca de que el Real Decreto- Ley 8/2019, de 8 de marzo, también presenta carencias que suponen que el texto no ha reflejado las nuevas formas de trabajo que ofrece la transformación digital ni la idea de la administración útil y productiva, dejando en todo caso al débil marco de la negociación colectiva, en el ámbito de una consulta previa a la representación social, la posibilidad de que el registro de jornada y horario refleje estas nuevas realidades de la prestación de los servicios.

Sobre este particular, las opciones de organización flexible de la prestación de los servicios -flexibilidad horaria y/o distribución irregular de la jornada- no han sido contempladas en la regulación del registro, restando opciones de visibilidad de las mismas, si bien el registro diario de jornada ni obsta su operatividad ni constituye impedimento alguno a su

---

6 Numerosas organizaciones sindicales editan contenidos para facilitar la labor de vigilancia de estos extremos (véase “El registro de la jornada de trabajo. Especial consideración de los sistemas de registro y su impacto en materia de protección de datos” de la Secretaría Confederal de Acción Sindical y Gabinete Jurídico Confederal. Madrid, Junio de 2019)

continuidad o ampliación, considerándose un elemento que garantiza la acomodación a las necesidades empresariales y a los intereses de conciliación de los trabajadores, familiares o de otro tipo. En este sentido, dado que pueden desempeñarse diversas jornadas diarias de trabajo (jornadas diarias superiores compensadas con otras inferiores, por ejemplo), cuyo cómputo a efectos de determinación del tiempo de trabajo realmente realizado por el trabajador requiere períodos o secuencias temporales superiores al día, el registro de jornada deberá contabilizarse en períodos superiores al día de trabajo (jornada mensual o anual), contemplando el hecho de que si un registro horario diario computa excesos de jornada no se interpretará como horas extraordinarias si, analizados los registros de los restantes días del mes o año, queda acreditado el cumplimiento de la jornada ordinaria mensual o anual. La nueva regulación no ha contemplado la habitual flexibilidad horaria con la que se desempeñan los servicios en la Empresa Pública para la gestión del turismo y deporte en Andalucía y en Correos y Telegrafos, sólo limitada por marcos horarios de presencia obligada, aunque las mismas sí incluyen el control de esta realidad de jornada en sus aplicaciones de control. Por lo que hace a la entidad Desarrollo del Condado, S.A., la atención a las personas dependientes es la que determina la configuración de los marcos horarios de prestación de servicios durante la jornada, no existiendo posibilidad de flexibilidad horaria ni, por tanto, se incluye en el registro manual de jornada que tienen implantado.

Otra nueva forma de trabajo que se está implantando cada vez más en el sector público es el teletrabajo, que tampoco ha sido contemplado expresamente en la nueva regulación del registro. A este respecto, procede recordar los mismos argumentos que en el caso anterior de la flexibilidad horaria, dejando a la débil negociación colectiva la contemplación de esta modalidad de prestación de los servicios en los registros, si bien existen fórmulas asequibles a través de registros telemáticos o similares. Parece que el legislador se preocupe exclusivamente de aplicar con rigor el control del registro de la jornada de trabajo, obviando la necesaria implantación progresiva del teletrabajo en el ámbito del sector público. En las empresas del sector público que se vienen analizando no existen sistemas de teletrabajo implantados con carácter general, aunque en todas es una realidad que se está abordando en el ámbito de la reivindicación sindical para algunos puestos de trabajo cuyo contenido no contempla la atención directa a la ciudadanía. En todo caso, si existe autorregulación convencional al respecto, mediante la negociación colectiva o el acuerdo de empresa, o si el empresario da por buena la firma por el trabajador de hojas o instrumentos similares de autogestión del tiempo de trabajo del teletrabajador o trabajador a distancia, tales serán instrumentos válidos para dar cumplimiento a la obligación legal.

Por último, en las opiniones manifestadas por las entidades consultadas se contempla el hecho de que la nueva regulación solo se preocupa de controlar la presencia física de las personas trabajadoras en su lugar de trabajo, valorando el mero presencialismo en lugar del rendimiento o productividad. Es este sentido es preciso recordar que la nueva administración debe tender a modelos de prestación de servicios útiles, eficientes, eficaces y de calidad, no a modelos de mera presencia en el puesto de trabajo que no conllevan automáticamente la generación de valor a la ciudadanía. Estos principios están recogidos en la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, y el registro de jornada en este sector debiera atender también a los valores contemplados en esta norma básica que rige al sector

público institucional. En ninguna de las tres entidades indicadas no se conecta el registro de jornada con la productividad del personal.

#### 4. CONCLUSIONES.

La aprobación e implantación de la nueva regulación del registro de jornada si bien ha sido pacífica en el ámbito del sector público, necesita de mayor avance para adaptar la prestación de los servicios a la realidad diaria de las plantillas de trabajo y, sobre todo, para garantizar una homogeneidad en su aplicación práctica.

Aspectos como el teletrabajo, la productividad y la digitalización de la prestación de los servicios públicos pueden dejarse a la regulación por la vía de la negociación colectiva pero es precisa la elaboración de normativas que establezcan un marco regulador común homogéneo que garantice la igualdad en la realización de la jornada laboral por parte del personal empleado público y en la oferta de los servicios públicos que se prestan por parte de numerosas entidades instrumentales a la ciudadanía.

#### **Referencias y normativa**

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Real Decreto Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Real Decreto Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

Criterio técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada.

Sentencia del 4 de diciembre de 2015, de la Audiencia Nacional.

Sentencia 246/2017, de 23 de marzo, del Tribunal Supremo.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de febrero de 2019.

El registro de la jornada de trabajo. Especial consideración de los sistemas de registro y su impacto en materia de protección de datos” de la Secretaría Confederal de Acción Sindical

y Gabinete Jurídico Confederal. Madrid, Junio de 2019

Especial agradecimiento a la Federación de Empleadas y Empleados del Sector Público de la UGT Andalucía por su colaboración en la consulta a las unidades de negociación de diferentes entidades del sector público local, andaluz y estatal.

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

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

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