

LOS INDICIOS DE LA IMPREVISIBILIDAD EN LA LEGISLACIÓN LABORAL ANTE EL NUEVO DERECHO A LA PREVISIBILIDAD MÍNIMA DEL TIEMPO DE TRABAJO*

INDICATIONS OF UNPREVISIBILITY IN LABOR LEGISLATION BEFORE THE NEW RIGHT TO MINIMUM PREDISIBILITY OF WORKING TIME

EDURNE TERRADILLOS ORMAETXEA

Prof. TU (acreditada a cátedra) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
UPV/EHU

ORCID: 0000-0003-4878-3983

EXTRACTO

Palabras clave: imprevisibilidad, tiempo de trabajo, garantías, calendario, trabajadores fijos-discontinuos

El trabajo se aproxima a las instituciones laborales que han permitido la flexibilización del tiempo de trabajo y a algunas modalidades de contratación laboral que incorporan signos de variabilidad en el tiempo de trabajo. A partir de mecanismos e instituciones conocidos como el calendario laboral, la distribución irregular de la jornada o la proliferación del preaviso, el estudio repara en conceptos clave de la Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles y, sobre todo, en las obligaciones jurídicas que se anudan a los modelos de negocio con patrones de trabajo previsibles y, también, a los más imprevisibles. Se evalúa el proyecto de transposición de la norma que choca, de entrada, con una contradicción significativa, la que representa el contrato de trabajo fijo-discontinuo, el cual, poco menos que se ignora. A lo anterior hay que añadir que las garantías de cumplimiento tampoco se alojan en el Proyecto de ley, por lo que el estudio se adentra entonces en el principio de primacía de la UE. La previa reparación en las obligaciones de transparencia que incorpora la Directiva, distintas en función de que el modelo de negocio sea de patrón de trabajo previsible o imprevisible, revela también importantes conflictos jurídicos si el proyecto no se somete a modificaciones.

ABSTRACT

Keywords: *unpredictability, working time, guarantees, timetable, permanent-discontinuous workers*

The paper approaches the labor institutions that have allowed the flexibility of working time and also looks some modalities of labor contracting that incorporate signs of variability in working time. Based on well-known mechanisms and institutions such as the working calendar, the irregular distribution of working hours or the proliferation of notice, the study looks at key concepts of Directive (EU) 2019/1152, on transparent and predictable working conditions and, above all, on the legal obligations that are attached to business models with predictable work patterns and, also, the most unpredictable. The project to transpose the norm is evaluated, which collides, from the outset, with a significant contradiction, that represented by the permanent-discontinuous employment contract, which is almost ignored.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación MINECO “La Negociación Colectiva como Instrumento de Gestión Anticipada del Cambio Social, Tecnológico, Ecológico y Empresarial” (Cruz Villalón, J./ Rodríguez Ramos, P.), Ref. PID2021-122537NB-I00; y en el Grupo de Investigación consolidado del Sistema Universitario Vasco “Un nuevo modelo de Gobernanza empresarial sostenible en la era de la internacionalización y la digitalización” (Álvarez Rubio, J.J.), ref. IT1630-22.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CALENDARIO LABORAL COMO INDICIO DE LA PREVISIBILIDAD DEL TIEMPO DE TRABAJO
 - 2.1. El calendario laboral: su progresiva lasitud normativa
 - 2.2. Horarios de trabajo y calendario laboral
3. NEGOCIOS CON PATRÓN DE TRABAJO PREVISIBLE Y DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA: EL INICIO DE LA IMPREVISIBILIDAD Y DE LA FIGURA DEL PREAVISO
4. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO CON TIEMPOS DE TRABAJO “IMPREVISIBLES”, DE ACUERDO CON LAS DEFINICIONES DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1152, Y SU PREVISTA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: EL LLAMAMIENTO Y EL PREAVISO COMO CLAVES DE LA IMPREVISIBILIDAD
 - 4.1. La distinción entre los patrones de trabajo previsibles y los imprevisibles en las disposiciones de la Directiva y su posible transposición al ordenamiento español
 - 4.2. La reparación necesaria en ciertas obligaciones de transparencia de la Directiva
 - 4.3. Las definiciones transversales de la Directiva relativas al tiempo de trabajo
 - 4.4. Una mirada a los contratos de trabajo de la legislación española desde la acepción de la imprevisibilidad
 - 4.4.1. La imprevisibilidad de la actividad en la contratación laboral temporal por circunstancias de la producción
 - 4.4.2. La imprevisibilidad de la actividad en la contratación laboral parcial
 - 4.4.3. Previsibilidad-imprevisibilidad en los contratos de trabajo de fijos-discontinuos
5. EL “NUEVO” DERECHO A LA PREVISIBILIDAD DEL ART. 4.2 H) ET
 - 5.1. El derecho a la previsibilidad mínima en la norma comunitaria
 - 5.2. Luces y sombras de la proyectada transposición española sobre el derecho a la previsibilidad mínima
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

El factor tiempo aplicado a la jornada laboral resulta especialmente sensible a los cambios económico-sociales y a sus repercusiones jurídicas. En etapas de expansión económica, por ejemplo, se tiende a recurrir a los contratos de duración indefinida e, incluso, la apropiación del tiempo de trabajo de la persona trabajadora se prolonga a través del mecanismo de las horas extraordinarias. En el ámbito de la conocida como “flexibilidad interna” (modificación sustancial de las condiciones de trabajo, reducción de jornada...) los intereses empresariales reclamarán también la mayor flexibilidad posible para adaptarse a las fluctuaciones del mercado de trabajo.

Sin que creamos que sea procedente realizar ahora una retrospectiva profunda de los hitos del Derecho obrero, en primer lugar, y del Derecho del Trabajo, después, en ese recorrido de alcanzar la jornada laboral de ocho horas¹, es un lugar común

¹ Para la perspectiva histórica, cfr., Espuny i Tomás, M.J., “La Jornada laboral: perspectiva histórica y valoración jurídica”, Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales, 13/2004, pp.115 y 22.

que los abusos del Estado liberal provocaron una movilización-concienciación social tal (luddismo, maquinismo...) que el Estado decidió intervenir en la determinación de la duración máxima de la jornada laboral.

La limitación de las horas de trabajo fue gradual hasta la aplicación del principio de la jornada de ocho horas o de la semana de cuarenta y ocho horas que, por ejemplo, constituyó el primer orden del día de la reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (OIT), celebrado en Washington entre octubre y noviembre de 1919. En su seno se adoptaron seis convenios y seis recomendaciones, incluyendo el Convenio nº 1 sobre la duración de la jornada de trabajo².

La adopción general de la jornada de ocho horas desencadenó en los primeros años del siglo pasado un conjunto de opiniones favorables o desfavorables, a partes iguales, sobre sus consecuencias, en tanto que se trataba de determinar los resultados económicos de las empresas y los efectos personales sobre los obreros.

Entonces el ideal de la jornada de trabajo fijada en ese máximo de las ocho horas se sostenía por varias razones: si las jornadas laborales son excesivamente prolongadas, provocan que el trabajo prestado pierda calidad, y por tanto, también la obra producida, creciendo sus taras, mermas y defectos. La reducción de la jornada de trabajo coincide con un aumento de producción por hora y, aunque puede verse favorecido por el perfeccionamiento de algunas máquinas, los resultados se obtienen por la mayor agilidad de los agentes que intervienen en la producción.

Tanto estudios de principio del siglo pasado como actuales³ demuestran que los accidentes de trabajo son más frecuentes y graves cuando las jornadas son alargadas porque la fatiga disminuye la atención y la rapidez de los movimientos, multiplicando las posibilidades de daño.

Pero no sólo deben computarse esos efectos directos sobre la salud sino que a éstos terminarán por añadirse los efectos indirectos de las jornadas prolongadas, entre los cuales sobresalen la reducción de la calidad de vida o la adopción de comportamientos contraproducentes (consumo de café, alcohol, tabaco, falta de ejercicio).

Sin embargo, a lo largo de la historia fueron otras las razones que se impusieron en el apoyo de la reducción de la jornada. Se “descubrió” entonces la fórmula de distribución del día obrero proclamando la regla de “ocho horas para el trabajo, ocho para el descanso, ocho para la cultura e instrucción”⁴. Efectivamente,

² Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---webdev/documents/publication/wcms_082363.pdf

³ Deloitte Consulting CVBA/SCRL European Commission DG for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Study to support an Impact Assessment on further action at European level regarding Directive 2003/88/EC and the evolution of working time organization. Final report. 21 December 2010, pp. 33 y ss.

⁴ RAE, J., *Latournée de Huit heures. Théorie et étude comparée de ses applications et de leurs résultats économiques et sociaux*, París, V. Giard & E. Brière, 1900, traduit par F. Stark, pp. 42-89, valora las aplicaciones de la jornada de ocho horas en distintas industrias.

empezaron a aparecer estudios que demostraban la necesidad de que la persona trabajadora dispusiese de horas libres para el desarrollo de su propia personalidad. Los detractores de las jornadas reducidas ponían de relieve los peligros asociados al ocio del trabajo, peligros que bien se cebaban sobre la propia salud de la persona trabajadora, bien sobre la productividad de la empresa al acortarse las horas de trabajo⁵. Además, la mayor parte de los estudios demuestran que el aumento del número de horas de trabajo por semana, especialmente más allá de las cuarenta horas, perjudica claramente la vida familiar y/o el equilibrio entre vida y trabajo⁶.

Tras las batallas narradas en defensa de una jornada laboral de ocho horas, jornada determinada y que distinga entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso, tras los ríos de tinta escritos sobre la disponibilidad de la persona trabajadora y su acepción como trabajo o como descanso⁷, y que se hayan agotado los temas anteriores, parece que el derecho a la previsibilidad sobre los tiempos de trabajo va a ocupar una centralidad no conocida hasta el momento.

La autora de esa acepción es 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 Europea⁸ (en adelante, la Directiva). En realidad, la norma comunitaria acepta la compatibilidad de distintos trabajos y asimila este nuevo –o no tan nuevo– estándar de trabajo, incluso lo protege. Partimos de la premisa, pues, que la Directiva bendice el empleo paralelo (art. 9) aunque actúa sobre el derecho a la previsibilidad, (art. 10), en un intento de facilitar, entre otros objetivos, que la persona trabajadora compagine varios contratos de trabajo.

⁵ Bernaldo de Quirós, C., *Derecho social*, Madrid, Instituto Reus, 1932, pp. 85-86, citando Veinticinco años de legislación social de Álvaro Núñez López, en el que este autor critica la jornada de ocho horas porque perjudica a la producción y en consecuencia el propio obrero que de ella vive y que también es nociva al obrero, porque “al dejarles libres algunas horas facilita el acceso a la taberna y a otros lugares de vicio que desgraciadamente, le atraen»; Gallart Folch, A., *Derecho español del trabajo*, Barcelona, Labor, 1936, pp. 240-269.

⁶ Deloitte Consulting CVBA/SCRL European Commission DG for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Study to support an Impact Assessment on further action at European level regarding Directive 2003/88/EC and the evolution of working time organization. Final report. 21 December 2010, pp. 36. Vargas Prada, S., « Resultados de una revisión sistemática sobre la influencia de las largas jornadas de trabajo en la salud de los trabajadores, Archivos de prevención de riesgos laborales, vol. 18, nº 1, 2015, pp. 23-24, una recensión del trabajo de Bannai A., Tamakoshi A., The association between long working hours and health: A systematic review of epidemiological evidence, *Scand J Work Environ*. 2014; 40 (1): 5-18. doi:10.5271/sjweh.3388. En este trabajo se definió “largas jornadas de trabajo” como el tiempo de trabajo superior a 40 horas a la semana, u 8 horas por día. Debido a que estudios previos han sugerido que el trabajo por turnos es perjudicial para la salud, se excluyeron de esta revisión aquellos estudios donde se incluía a personas trabajadoras por turnos para evitar el efecto que esta variable podía tener en la asociación.

⁷ Por todos Pérez Capitán, L. *Tiempo de trabajo, tiempo de descanso y tiempo de presencia*, Cinca, 2024.

⁸ DOUE L 186, 11 de julio de 2019.

Partimos de la premisa de que la previsibilidad sobre el tiempo de trabajo se relaciona con empresas cuya organización del tiempo de trabajo es estable y que proporcionan horarios estándar a su personal. No obstante, los modelos de negocio empresariales “clásicos” hace tiempo que echan mano de modelos de contratación laboral que encarnan una mayor imprevisibilidad, como el contrato a tiempo parcial y el contrato de personal fijo-discontinuo. Antes que ellos, la posibilidad de recurrir a las horas extraordinarias o la distribución irregular de la jornada anual habían dotado a las empresas de las herramientas necesarias para afrontar los requerimientos del “just-in time” en los que participa la sociedad entera.

En las páginas siguientes procede preguntarse en qué medida esta Directiva regula apropiadamente las condiciones de trabajo de las personas que prestan servicios en regímenes de imprevisibilidad del tiempo de trabajo; partiendo, como parte, de que debemos aceptar que la sociedad trabajadora se utiliza para responder a las tensiones temporales en que está inmersa la producción. Para ello, comenzaremos por los modelos de negocio con patrones previsibles de tiempo de trabajo, equiparando a estos con aquellos que cuentan con un calendario laboral. Conocer la evolución que esta institución ha tenido a lo largo de los últimos años es tarea que acometeremos en primer lugar. En segundo lugar, abordaremos la emblemática figura del “preaviso” que aparece, por ejemplo, con la permisividad legal de la distribución irregular de la jornada. Más tarde, con el preaviso y el llamamiento como instrumentos que cifran cierta imprevisibilidad en las relaciones laborales donde se alojan, nos adentraremos en los contratos de trabajo que cuentan con patrones de trabajo más imprevisibles. Por último, conoceremos los mínimos instaurados por la Directiva en torno al derecho a la previsibilidad y evaluaremos la adecuación de la posible norma de desarrollo española a la norma comunitaria.

2. EL CALENDARIO LABORAL COMO INDICIO DE LA PREVISIBILIDAD DEL TIEMPO DE TRABAJO

2.1. El calendario laboral: su progresiva lasitud normativa

En la década de los ochenta del siglo pasado, el calendario laboral fue conceptualizado como un documento anual elaborado por la empresa, con o sin la representación de las personas trabajadoras, que comprende obligatoriamente un contenido legal mínimo de los tiempos de trabajo y de descanso, sin perjuicio de otro complementario, de carácter facultativo, sobre materias afines⁹. El propio Tribunal Central de Trabajo declararía que el calendario de la empresa es “la “distribución anual de los días de trabajo y de descanso, teniendo en cuenta el

⁹ Pendás García, B., “El calendario laboral”, en Estudios sobre la jornada de trabajo (de la Villa Gil, L.E., coord), 1991, p. 664, propuso esta definición a partir de los estudios de autores de la época como García Ninet, Alonso Olea y Alarcón Caracuel.

número de horas de trabajo efectivo y real para el año... así como los horarios de trabajo para cada uno de los turnos...”¹⁰.

La regulación en vigor de aquellos años se recogía en el Real Decreto 2001/1983, cuyo art. 4.3 expresaba que “el calendario laboral... comprenderá el horario de trabajo y la distribución anual de los días de trabajo, festivos, descansos semanales o entre jornadas y otros días inhábiles, a tenor, todo ello, de la jornada máxima legal, o se su caso, la pactada”. Otras sentencias del TCT se encargaron de proveer de más criterios y directrices a la regulación recogida por el RD 2001/1983.

Actualmente, el art. 34.6 ET exige a la empresa que elabore el calendario laboral, debiendo exponerse un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo. Más tarde, el art. 38.3 ET, al referirse a las vacaciones, señala también a la empresa para que fije el calendario de vacaciones. El término “calendario laboral” apenas aparece en el ET, aunque llama la atención que una de las escasas ocasiones en que se presenta lo haga en sede del contrato de trabajo fijo-discontinuo; eso sí, referido únicamente a los “llamamientos”. Y así, el art. 16.3 ET exige que la empresa “traslade a la representación legal de las personas trabajadoras, con la suficiente antelación, al inicio de cada año natural, un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral, así como los datos de las altas efectivas de las personas fijas discontinuas una vez se produzcan”.

En cualquier caso, como declaró la STSJ Aragón, núm. 128/2018, de 7 de marzo (FJ 3)¹¹ “el calendario posee connotación de distribución ordinaria de la jornada a lo largo del año“. A pesar de ello, la regulación jurídico-laboral de esta herramienta tan esencial ha ido perdiendo peso con el tiempo, y actualmente el art. 34.6 ET declara que la empresa elaborará anualmente un calendario laboral, debiendo exponerse un lugar ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo. Por su parte, el art. 6.1 del Texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS) tipifica como infracción leve el no exponer en lugar visible del centro de trabajo el calendario laboral vigente.

La búsqueda de sentencias del orden jurisdiccional social que apliquen el art. 34.6 ET, relativo a la elaboración del calendario laboral por parte de la empresa, a partir de la versión de 2015 de esta norma¹² arroja un resultado de unos cuarenta pronunciamientos. Llama la atención que en el quinquenio 2015-2019 se pronunciaron 11 sentencias, mientras que en el más cercano, 2020-2024, se han dictado 26. En cuanto a la controversia jurídica que más veces aparece se debe a la recta interpretación de lo previsto en el convenio colectivo respecto de la elaboración del calendario laboral, lo que en numerosos casos conduce a la declaración de la nulidad del calendario, por haberse elaborado contraviniendo lo

¹⁰ STCT, 3 de octubre 1980 (A. 5491).

¹¹ AS 2018\1437.

¹² Real Decreto Legislativo núm. 2/2015, de 23 octubre.

dispuesto en el convenio colectivo de aplicación. La siguiente controversia que más frecuentemente aparece se relaciona con la existencia o no de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, encubierta bajo la apariencia de un cambio del calendario laboral, potestad unilateral de la empresa, relacionada con el poder de dirección empresarial (art. 20.2 ET).

Otro dato que debemos resaltar es que la mayoría de los pronunciamientos vinculados con esta cuestión se dictan a partir de 2020 (6 de 8). A nadie se le escapa que el horario y la distribución del tiempo de trabajo son materias que pueden resultar sustanciales, tal y como dispone la letra b) del art. 41.1 ET. Como se verá a continuación, actualmente –y al contrario de lo que sucedía antes- el horario no es materia que debe concretarse en el calendario laboral, pero su disfrute suele ser materia tributaria de condiciones más beneficiosas disfrutadas por la plantilla. Cuando esto ocurre, su modificación requiere observar el procedimiento “ad hoc” que recoge el art. 41, que como se sabe podrá incluir el periodo de consultas, a riesgo de que aquel calendario laboral que ha sido modificado afectando una condición sustancial sea declarado nulo¹³. Por las razones expuestas, el incumplimiento de una orden empresarial que altera una condición relativa al horario laboral más beneficiosa para el personal “no implica desobediencia sino ejercicio de un legítimo derecho a acudir a los Tribunales para solventar una discrepancia”¹⁴.

Además, esas mismas materias (horario y distribución del tiempo de trabajo) figuran en el art. 82.3 b) ET, relativo a la inaplicación de ciertas condiciones de trabajo recogidas en los convenios colectivos, por lo que habrá que estar al procedimiento regulado en ese precepto para proceder a modificarlas.

Menos presencia poseen, entre las sentencias analizadas, la extensión y los límites del calendario laboral, de modo que suman 3 los pronunciamientos que han reproducido la doctrina jurisprudencial que proclama que la fijación del calendario laboral se integra en las facultades de dirección y organización de la actividad laboral que establecen los artículos 5 c) y 20 del ET, sin perjuicio de las limitaciones legales (art. 34 ET) o pactadas sobre el particular en el orden convencional de aplicación, de la que la jurisprudencia del orden social se ha hecho eco en varias sentencias (TSJPV de 12 de diciembre 2000, rec. 2521/2000 (JUR 2001, 79307) (JUR 2001, 79307), 31 de enero y 21 de febrero de 1995, recs. 2786/94 y 3234/94, y 7 de septiembre de 1999, rec. 526/99. Esa facultad empresarial, sin embargo, no es absoluta, estando sujeta a límites, pues ha de respetar la jornada anual máxima que rija en la empresa con carácter general en virtud de norma legal, convenio o pacto colectivo, así como los criterios que sobre su distribución hayan podido establecerse en alguna de esas fuentes.

¹³ Por todas, cfr. STSJ Aragón, n. 128/2018, 7 de marzo (AS 2018\1437).

¹⁴ Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos (Comunidad Autónoma de Castilla y León), Sentencia núm. 224/2023 de 26 mayo. JUR 2023\410880, FJ 3.

En la STSJ de País Vasco, de 9 abril de 2021¹⁵, ante un caso de incumplimiento del deber empresarial de elaborar un calendario laboral, se concluyó que “no es posible hacer recaer sobre la parte actora la obligación de acreditar una situación de incumplimiento empresarial por inactividad, (prueba diabólica), sino que debe ser la empresa la que soporte las consecuencias de su pasividad probatoria”, exigiendo que se tenga presente “la desigualdad de armas inherente a las relaciones laborales, y la mayor facilidad probatoria que, en nuestro caso, es atribuible sin duda a la empresa demandada (artículo 217.7 LEC)”.

La STSJ de Asturias de 11 noviembre de 2021¹⁶ advierte que, dado el vacío legal existente en la actualidad al respecto, para determinar cuál debe ser el contenido mínimo del calendario laboral, se ha de estar en primer lugar a las previsiones que al respecto se hayan establecido a través de la negociación colectiva en los correspondientes convenios, y en defecto de regulación convencional en la materia, debemos tener en cuenta que el calendario se configura como un instrumento regulador del tiempo de trabajo a través del cual se satisface el derecho de la persona trabajadora a la información sobre la jornada de trabajo derivado del art. 8.5 ET (RCL 2015, 1654) y del art. 2.2.f RD 1659/1998 (RCL 1998, 2062) (RCL 1998, 2062) (24 julio), que reitera el mandato estatutario y especifica que el derecho mencionado comprende entre otros extremos el relativo a la duración y distribución de la jornada ordinaria de trabajo. De esta forma, atendiendo a su finalidad, el documento que incorpora el calendario anual deberá contener los datos necesarios para que los trabajadores puedan conocer de forma suficiente cuál va a ser la distribución de su jornada laboral, ajustándose claro está a las exigencias que la Ley y las normas convencionales imponen en materia de jornada; si bien, como ha matizado el TS en Sentencia de 18-09-2000 (RJ 2000, 8297) (RJ 2000, 8297), el Real Decreto 1561/1995 y el art. 34.6 ET no contienen mandato alguno que obligue al sujeto empresarial a incluir los horarios en el calendario laboral¹⁷.

Otra de las polémicas que ha suscitado la parca regulación sobre el calendario laboral es la del momento de su elaboración. La jurisprudencia menor ha establecido que su configuración debe efectuarse “a futuro”, de suerte que “ha

¹⁵ Sentencia núm. 603/2021, AS 2021\1533, FJ 3.

¹⁶ Sentencia núm. 19/2021, AS 2022\273.

¹⁷ Por su parte, la STS de 20 de julio de 2015RJ 2015, 4688, (rec. 192/2014) se remitió a la ya citada de 18 de septiembre de 2000, RJ 2000, 8297, (rcud 4240/1999), en la que el Alto Tribunal precisó que la obligación solicitada a la persona empleadora por el art. 34.6° ET no impone la publicación de los concretos horarios de trabajo. El Tribunal recuerda que esta obligación venía impuesta en el artículo 4 del Real Decreto 2001/1983 que regulaba la jornada de trabajo y las jornadas especiales. Pero, dado que este Decreto quedó derogado por la Ley 11/1994 (RCL 1994, 1422) y por la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 1561/1995, el último Decreto es el que ha pasado a regular la jornada y no contiene mandato alguno que obligue al sujeto empresarial a incluir los horarios en el calendario laboral. Más próximamente a la actualidad, en la SAN núm. 18/2023 de 17 febrero. JUR 2023\84786, FJ 5, también se distingue entre jornada y horarios.

de conocerse dentro del primer trimestre natural de cada año”¹⁸. La finalidad es evidente. Ese derecho viene a reconocer el derecho que tienen los trabajadores incorporados al mismo, a conocer previamente cuáles van a ser sus condiciones de trabajo en determinadas materias; de tal manera que una vez sabidas, puedan organizar no solo su vida laboral, sino también la personal, familiar y de ocio. Por eso, esa sentencia declaró nulo el cambio del calendario laboral respecto de fechas ya transcurridas, aumentando el número de días de trabajo del año, sin acuerdo con la representación de los trabajadores, sin preaviso y en fraude de ley.

Como conclusión preliminar de este largo apartado, puede afirmarse que la regulación legal sobre el calendario laboral ha ido a menos. Se mantiene, por ejemplo, la competencia de información y consulta de los representantes de los trabajadores en materia de jornada, aunque sólo respecto de las jornadas especiales de trabajo (Disposición adicional tercera del RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo)¹⁹, pero, en general, salvo que se regule por convenio colectivo, el calendario laboral ha perdido la capacidad de previsibilidad del tiempo de trabajo que tuvo en otro momento.

Quizás por ello, empiezan a oírse voces que claman por modificar la regulación actual del calendario laboral, empezando por establecer la obligación de negociar el calendario laboral con la representación legal de la plantilla²⁰. Estas propuestas incorporan otros cambios de alcance más formal, pero no menos importantes, como prever la publicación del calendario laboral tanto en el centro de trabajo como en formato digital (en su caso). Asimismo, el Estudio citado, anticipándose a la obligada transposición de la Directiva 2019/1152, proyecta incorporar la referencia expresa a que el calendario deba establecer las pautas necesarias a fin de que pueda hacerse efectivo el derecho a la previsibilidad que se podría establecer en el artículo. 4.2.h ET²¹. No sólo lo anterior; además, los autores del Estudio abogan por que el calendario laboral contenga los días laborables y festivos en la empresa, los descansos semanales y períodos de vacaciones anuales, los cuadrantes horarios

¹⁸ STSJ País Vasco, núm. 1526/2020 de 19 noviembre, JUR 2021\61373, FJ 4.

¹⁹ Conforme a esa Disposición, “Sin perjuicio de las competencias reconocidas a los representantes de los trabajadores en materia de jornada en el Estatuto de los Trabajadores y en el presente Real Decreto, éstos tendrán derecho a:

a) Ser consultados por el empresario y emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario laboral a que se refiere el apartado 6 del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores.

b) Ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores”.

²⁰ AA.VV., *Estudio - Ley usos del tiempo y racionalización horaria: Hacia una organización del tiempo equilibrada: Más saludable, igualitaria, productiva y sostenible*, Time Use Initiative. Disponible en https://cecap.es/sec_din/archivos/docs/1687431104Estudio-usos-del-tiempo.pdf, p. 69.

²¹ Véase el apdo. 5 de este trabajo.

y turnos de trabajo y su asignación según los criterios regulados, en su caso, en convenio colectivo o acuerdo de empresa.

La transposición de la Directiva podría ser el momento idóneo para reforzar la figura del calendario laboral, decisión que actuaría en pos de clarificar qué empresas proponen modelos de negocio previsibles y cuáles se sitúan en la imprevisibilidad; para, desde ahí, conocer qué obligaciones conciernen a unas y a otras.

3. NEGOCIOS CON PATRÓN DE TRABAJO PREVISIBLE Y DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA: EL INICIO DE LA IMPREVISIBILIDAD Y DE LA FIGURA DEL PREAVISO

A pesar de que la previsibilidad del tiempo de trabajo parece conducir a la inmutabilidad de la jornada, o a su distribución regular, desde 1994²², la distribución irregular de la jornada ordinaria de trabajo se ha venido configurando como una medida laboral de flexibilidad interna en la empresa. Es sin embargo doctrina de algunos TSJ que la jornada irregular dificulta la organización regular de la vida extralaboral del trabajador, de ahí que se adopten determinadas cautelas para su implantación como son el respeto a los mínimos de descanso diario y semanal previstos en el propio Estatuto y la prevención jurídica de que ello sólo será posible mediante convenio colectivo o a través de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Existe distribución irregular²³ cuando las horas de trabajo varían de unas semanas a otras a lo largo del periodo de un año. Pueden variar de forma preestablecida o en función de factores que puedan aparecer a lo largo del año.

El vigente artículo 34.2 del ET se remite al convenio colectivo o, en su defecto, al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, para establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Aún entendiendo, a la vista del precepto, que en primer término debe intentarse el acuerdo, la norma actúa de modo subsidiario y, en defecto de pacto, y esto es importante, permite a la empresa distribuir la jornada de manera irregular, hasta un diez por ciento, a lo largo del año.

Esa postrera unilateralidad en la distribución de la jornada pudo motivar que el Anteproyecto de transposición de la Directiva (UE) 2019/1152²⁴, previo

²² Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

²³ SJS 14-12-2016 [AS 2016, 1789].

²⁴ Anteproyecto de ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y otras disposiciones en materia laboral, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 del

al Proyecto de ley de febrero de 2024²⁵, propusiera la modificación del art. 34.2 ET, disponiendo que, en defecto de pacto, la distribución irregular del 10 por 100 de la jornada, sólo podría establecerse unilateralmente por parte de la empresa, “cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción” (art. 2, ocho). El legislador español del Anteproyecto quiso restringir el poder empresarial de imponer –en defecto de pacto- la distribución unilateral sin necesidad de ninguna justificación y/o acreditación de ningún tipo, pero el Anteproyecto ni describía cuándo se entendería que se estaba en presencia de esas causas, ni se remitía a preceptos estatutarios donde sí figuran (arts. 41, 47 ó 71 ET, aunque con distinta acepción en función de la intensidad de la medida empresarial a adoptar en cuestión). Dado que la Directiva no ofrece vías excepcionales para la no aplicación de su texto, esa solicitada justificación empresarial, reflejada en el Anteproyecto, que redundaría a favor de las personas trabajadoras, podría haber resultado controvertida para alcanzar la mayoría requerida en las Cortes; quizás por eso, haya sido suprimida del actual Proyecto de Ley. De conformidad con la finalidad y el efecto útil de la Directiva, que todavía no ha sido transpuesta, parece que procedería reforzar la irregularidad, ciertamente residual -de un 10% anual-, que puede ser introducida unilateralmente por la empresa. Con todo, creemos que el preaviso de 5 días, previsto en el mismo artículo, que seguiría siendo aplicable a pesar de la unilateralidad, quizás con más justificación que en el caso de la existencia de un acuerdo, podría ser suficiente para entenderse transpuesta la Directiva, así como actuar como suficiente contrapeso de la imprevisibilidad inherente a la distribución irregular de la jornada.

Aunque no fuera necesario señalarlo, el mismo precepto añade que dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley²⁶.

Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, y la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. Ese Anteproyecto ha sido sustituido por el más actual Proyecto de Ley de 16 de febrero de 2024 Véase también el Dictamen del Consejo Económico y Social de España 14, 2022), y que ha desaparecido del Proyecto de ley. Como se conoce, esa “irregularidad” puede afectar, conforme a la legislación vigente, al 10% de la jornada anual y podrá adoptarse unilateralmente por la empresa en caso de que no lo recoja el convenio colectivo, o de no haber acuerdo entre la empresa y los representantes de las personas trabajadoras.

²⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XV legislatura. Proyectos de Ley, Serie A, n. 8-1.

²⁶ En este sentido, el Anteproyecto de ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (art. 2, ocho), citado en la nota anterior, incorporaba expresamente la referencia a que la distribución irregular de la jornada debería respetar los derechos de conciliación y corresponsabilidad de la vida familiar y laboral. Una vez más, esa referencia ha sido eliminada del actual Proyecto de Ley. Esa predisposición más garantista hacia la persona trabajadora se apreciaba también en el hecho de

Más contenido jurídico-normativo contiene la disposición siguiente, que recoge el derecho del trabajador a conocer, con un preaviso mínimo de cinco días²⁷, el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquélla. Lo anterior no debe ser confundido con los “turnos”, a los cuales no se aplica la norma relativa al preaviso, dado que aunque también incidan en la conciliación familiar, el legislador no ha impuesto ningún preaviso mínimo al respecto²⁸.

Como se ha manifestado, en este trabajo interesa más la norma laboral dispuesta sobre el preaviso y su operatividad que la propia distribución irregular de la jornada. Un estudio de Eurofound²⁹ estableció la relación entre la dicotomía libertad/previsibilidad, en el sentido de que una amplia autonomía –en los horarios- implica una capacidad de decidir la organización del trabajo o el horario de cada trabajador, mientras que los horarios regulares o prefijados favorecen la previsibilidad. Pero añadía también que ambas opciones son ciertas sólo cuando los modelos de tiempo de trabajo no están sujetos a cambios con poca antelación.

La STSJ del País Vasco, 19 de mayo de 2022³⁰, se ha pronunciado sobre el alcance de ese preaviso mínimo, sosteniendo que sirve “para comunicar a la persona trabajadora que ha de prestar servicios en una fecha en la que, pese a no estar prevista de antemano, se convierte en jornada de trabajo por mor de aquella distribución irregular”. “A contrario”, ese derecho al preaviso no concierne a los días no trabajados³¹.

Y así, el TSJ de Cataluña, en sentencia de 6 abril de 2018³², indica que “Al respecto, los trabajadores consideran que tanto la asignación de trabajo para una día inicialmente no previsto como su anulación o aviso en sentido contrario deben ser

que el Anteproyecto (art. 2, ocho), finalizaba previendo que en defecto de pacto colectivo sobre la compensación por la realización del exceso de jornada realización por motivo de la distribución irregular, debería realizarse según propusiera la persona trabajadora; debiendo acudir a la jurisdicción social en caso de conflicto entre las necesidades de funcionamiento de la empresa y los derechos de conciliación y corresponsabilidad de la persona trabajadora.

²⁷ Últimamente, véase la SAN n. 138/2023, de 20 de diciembre, donde se recuerda que el plazo de preaviso es mínimo, de modo que se aplica en todo caso, también cuando la distribución irregular de la jornada se articula por convenio colectivo. Un comentario en Areta Martínez, M., “La distribución irregular de la jornada está sujeta, en todo caso, al plazo mínimo de preaviso de cinco días”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* n. 1/2024. En el mismo sentido véase la STS n. 478/2024, de 14 de marzo. JUR 2024\100732.

²⁸ De nuevo, véase la STS n. 478/2024, de 14 de marzo. JUR 2024\100732.

²⁹ Eurofound, *Working time patterns for sustainable work...*, *op. cit.*, p. 71 Ese mismo estudio, p. 8, califica tanto los contratos de trabajo a tiempo parcial como los fijos discontinuos como contratos “a demanda”.

³⁰ Sentencia núm. 1030/2022 de 19 mayo. JUR 2022\284169, FJ 2.

³¹ STSJ de Madrid, sentencia núm. 265/2022 de 25 abril. JUR 2022\192866, aún cuando haya que matizar que dicho día se debió a un error de la empresa en la confección del calendario (FJ 3º).

³² Sentencia núm. 2032/2018, JUR 2018\248013, FJ 1.

comunicadas con no menos de cinco días de antelación; y, además, entienden que, conforme a dicho precepto, esa distribución irregular del trabajo no puede señalarse para los sábados, para los festivos ni en los periodos vacacionales. Debe señalarse que en el hecho probado quinto consta que la empresa solo avisa con más de cinco días de antelación para fijar el día de trabajo pero no para anularlo o “desprefijarlo”, ya que para esto último solo procede veinticuatro o cuarenta y ocho horas antes”. El recurso de la empresa no puede ser estimado porque cuando el art. 8.1.3.b) del convenio, al igual que el art. 34.2 del ET, señala que el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de la distribución irregular de jornada debe ser entendido en ambos sentidos, para señalar un día de trabajo cuando inicialmente estaba fijado como libre, como a la inversa, para liberar de trabajo el día para el que estaba previsto trabajar. Y ello porque el precepto alude a conocer cuándo habrá de prestarse el trabajo, lo que no se cumpliría cuando se anula el trabajo para una fecha en la que el trabajador había previsto como jornada laboral. Por otra parte, dicha interpretación es la más coherente con los criterios atendidos por la Ley 39/1999, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras, en tanto que permite una planificación que facilite la cooperación en la familia y llevar a cabo el reparto equilibrado de las responsabilidades correspondientes, para lo cual se hace preciso conocer con igual mínima anticipación tanto las jornadas de trabajo como las jornadas libres. El mínimo relativo al preaviso es independiente de la fuente donde se establezca la distribución irregular de la jornada³³. Lo que también significa que ese mismo preaviso no es exigible para la fijación de los días de descanso³⁴.

La STS de 6 de abril de 2014³⁵, luego referida por posteriores pronunciamientos, determinó ya que el preaviso mínimo de cinco días para que el trabajador realizara su jornada de forma irregular, en los términos que el sujeto empresarial había decidido que se prestara, constituía una norma de derecho necesario relativo que no podía alterarse convencionalmente en perjuicio de la persona trabajadora. Por ello, tan solo en la medida en que el propio convenio colectivo permita que la empresa y la representación de los trabajadores puedan modificar, alterar o de alguna forma adecuar a sus particulares circunstancias estas posibilidades de distribución irregular de jornada, serían admisibles los acuerdos de este tipo entre las partes³⁶.

El alcance (qué es y qué no es) de los supuestos de distribución irregular de la jornada laboral afecta, como puede fácilmente comprenderse, a la efectividad de

³³ STS de 16 de abril de 2014 (RJ 2014, 2633), Rec. 183/2013.

³⁴ STSJ del País Vasco, sentencia núm. 1030/2022 de 19 mayo. JUR 2022\284169, FJ 2.

³⁵ Rec. 183/13.

³⁶ SSTSJ Cataluña 26-11-1999 [AS 1999, 3968], STSJ de Cataluña de 26-11-1999 [AS 1999, 3968], Castilla-La Mancha, 4-3-2003 [JUR 2003, 238298] y Madrid, 12-3-2007 [AS 2007, 1974].

la norma sobre el preaviso. Y así, la SAN núm. 70/2018 de 3 mayo³⁷, dictaminó que, en el supuesto contemplado, no procedía la aplicación del preaviso mínimo de 5 días relativo a la distribución irregular de jornada ya que el caso respondía a un supuesto distinto de la distribución irregular, y el preaviso de dos días establecido en la empresa era conforme a derecho. Sin embargo, la sentencia fue anulada por la STS núm. 857/2019 de 11 diciembre³⁸, donde se declaró la nulidad parcial del apdo. 4.1.8º del acuerdo de desarrollo profesional publicado en el BOE de 27 febrero 2013, declarado vigente por la cláusula 5ª I Convenio colectivo del Grupo, pues dicha norma establece una distribución irregular de la jornada al permitir respecto del personal de conducción detraer hasta cuatro descansos anuales por trabajador de los programados en su calendario laboral, y, consecuentemente, el preaviso de dos días fijado vulnera lo dispuesto en el art. 34.2 ET.

Cuando se esté ante una distribución irregular “dinámica”³⁹, es decir aquella que no viene prefijada en el calendario laboral, el preaviso de cinco días no puede hacerse de manera individual o colectiva a través del cartel de anuncios, sino que debe ser individualizada⁴⁰. Este plazo, como indicó el TS, constituye en mínimo de derecho necesario que, en su caso, puede ser mejorado por convenio colectivo, pero nunca empeorado⁴¹. Para aplicar este principio no procede la comparación global entre la norma legal y la convencional, como mandata el principio de norma más favorable⁴². Es posible, pues, que durante unas semanas se trabaje más de cuarenta horas y en otras semanas menos, de modo que el promedio anual se mantenga dentro de los mencionados límites legales. No existe límite legal máximo para la jornada semanal en estos casos, aunque deben observarse los períodos mínimos de descanso diario y de descanso semanal. Huelga añadir que no sólo el convenio colectivo debe respetar dicho mínimo de “ius cogens”, sino que también deberá hacerlo cualquier conducta empresarial que proceda a distribuir la jornada de manera irregular⁴³.

Poco más regula la norma estatutaria en relación con la “dimensión cualitativa de la jornada laboral”, como ha sido etiquetada la distribución irregular

³⁷ AS 2018\1118.

³⁸ RJ 2020\189.

³⁹ SJS 14-12-2016 [AS 2016, 1789].

⁴⁰ Juzgado de lo Social núm. 5 de Santander, sentencia núm. 431/2016 de 14 diciembre. AS 2016\1789.

⁴¹ En otro sentido, Monreal Bringvaerd, E., «Cómputo, duración y distribución de la jornada. Una propuesta de lege ferenda a la luz de la propuesta del Ministerio de Trabajo y Economía Social, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 68, 2024, p. 51, para quien este preaviso de 5 días “es muy disfuncional”, por lo que su concreción debería ser únicamente objeto de negociación colectiva.

⁴² STS 16-4-2014 [RJ 2014, 2633].

⁴³ SAN, sentencia núm. 58/2022. de 19 abril. JUR 2022\142136.

de la jornada por la jurisprudencia⁴⁴. Y así, el art. 34.2 “in fine” ET se refiere a la compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada, que “será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores”. Una vez más, el legislador actúa de modo subsidiario ante la falta de acuerdo, y en su defecto, indica que las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.

4. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO CON TIEMPOS DE TRABAJO “IMPREVISIBLES”, DE ACUERDO CON LAS DEFINICIONES DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1152, Y LA PREVISTA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: EL LLAMAMIENTO Y EL PREAVISO COMO CLAVES DE LA IMPREVISIBILIDAD

4.1. La distinción entre los patrones de trabajo previsibles y los imprevisibles en las disposiciones de la Directiva y su posible transposición al ordenamiento español

La Directiva (UE) 2019/1152 comienza proclamando, que “el principio nº 7 del pilar europeo de derechos sociales, proclamado en Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017, dispone que, con independencia del tipo y la duración de la relación laboral, los trabajadores tienen derecho a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo”⁴⁵. Además, la norma comunitaria indica que deben evitarse las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos, y que los períodos de prueba deben tener una duración razonable.

El Dictamen del CESE insistió en que la Directiva debería contribuir a la aplicación de los principios del pilar sobre “Empleo seguro y adaptable”⁴⁶, y, en concreto, se mostró de acuerdo con el objetivo de mejora de la previsibilidad del trabajo, restringiendo el calendario de trabajo efectivo respecto de un marco de referencia establecido previamente y a través de la notificación temprana de dichos

⁴⁴ La SAN n. 138/2023, de 20 de diciembre ha declarado que la jornada laboral tiene una doble dimensión, cuantitativa (número de horas de trabajo) y cualitativa (distribución de las horas de trabajo), y que la distribución irregular de la misma va referida a cualquiera de las dos dimensiones.

⁴⁵ Considerando 2.

⁴⁶ CESE 2018, apdo. 3.5, p. 42.

períodos de tiempo. Abogaba también el Dictamen por garantizar una previsibilidad mínima del trabajo en el caso de personas cuyo calendario laboral exigiera, directa o indirectamente, que el trabajador fuera flexible; exigiendo aclaración respecto de la acepción “suficiente antelación” y determinación respecto de quién decide qué antelación se consideraría razonable según los distintos sectores industriales⁴⁷. Este interesante Dictamen también encomiaba al legislador europeo para que la Directiva recogiera orientaciones cualitativas destinadas a los Estados miembros sobre el marco de derecho o la duración del preaviso. Alertaba el CESE de que era legislativamente posible la legalidad de los períodos de referencia y preavisos de larga duración con el texto de la Directiva “aunque no mejoren la previsibilidad del trabajo para los trabajadores”. Tampoco gustó al CESE que la persona empleadora pudiera imponer unilateralmente períodos de referencia, sin que se reconociera a los trabajadores idéntica posibilidad⁴⁸. Por último, el Dictamen reparaba en el trabajo según demanda, precaviendo al legislador europeo de mantener esta forma de empleo, salvo que se estableciese un período de referencia adecuado y se informase debidamente al trabajador por adelantado (así como incorporaba la recomendación de garantizar la prestación de un determinado número de horas de trabajo o el pago correspondiente)⁴⁹.

Finalmente, la Directiva aprobada en 2019 recogió que “Si no se puede indicar un calendario de trabajo fijo debido a la naturaleza del empleo, como en el caso de los contratos a demanda, el empleador debe comunicar a los trabajadores cómo se determinará su tiempo de trabajo, incluidas las franjas horarias en las que podrían tener que ir a trabajar y el período de tiempo mínimo en el que deben recibir el preaviso antes del comienzo de la tarea” (considerando 21). En su considerando 30 proclamó, además, que los trabajadores con un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible deben disponer de un nivel mínimo de previsibilidad si el calendario de trabajo está determinado principalmente por el empleador, ya sea directamente, por ejemplo, mediante la asignación de tareas, o indirectamente, por ejemplo, obligando al trabajador a atender las solicitudes de los clientes.

Procede por tanto recurrir a la Directiva para determinar cuándo nos encontramos ante un patrón de trabajo previsible y cuándo lo es imprevisible. Sin embargo, en su articulado no figura esa distinción: todo lo más, los apdo. l) y m) del art. 4.2 reproducen las obligaciones informativas o de transparencia de la empresa en función de que se organicen con un patrón total o mayoritariamente previsible, o total o mayoritariamente imprevisible. De todas formas, con los considerandos citados, debe ser un lugar común que la adopción pactada de un calendario laboral en la empresa redunde en la previsibilidad del tiempo de trabajo.

⁴⁷ Apdo. 4.3.4., p. 45.

⁴⁸ CESE, apdo. 4.3.5., p. 45.

⁴⁹ CESE, apdo. 4.3.6., p. 45.

4.2. La reparación necesaria en ciertas obligaciones de transparencia de la Directiva

Partiendo de que la Directiva 91/533/CEE introdujo ya el derecho de los trabajadores a recibir información por escrito respecto de una lista de elementos esenciales del contrato de trabajo o de la relación laboral, el crecimiento de las formas de empleo “atípicas”, caracterizadas por patrones no clásicos de jornada y/o disponibilidad, ha motivado que el legislador europeo haya adoptado esta otra Directiva. En ésta, la lista originaria de elementos de la relación laboral se amplía, así como se complementa el único modo en que la Directiva de 1991 exigía el libramiento de la información: ahora también podrá hacerse en formato electrónico. Quizás por eso, la Directiva llama a los Estados miembros para que faciliten el cumplimiento de esta obligación empresarial, de modo que podrán elaborar plantillas y modelos que subirán a un sitio web oficial único a escala nacional, o garantizar que el marco normativo aplicable que deben comunicar las personas empleadoras esté disponible de forma generalizada, gratuita, clara, etc. por medios electrónicos (art. 5). Huelga añadir que este derecho de información incluye las posibles modificaciones que pueden darse a lo largo de la relación laboral y que afecten a los datos suministrados al inicio de la relación (art. 6 de la Directiva).

En España ese derecho a la información previamente suministrada, en principio, al inicio de la relación de trabajo se contiene en el art. 8.2 ET, así como en el reglamento que lo desarrolla (Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio). Téngase en cuenta, no obstante, que tanto el art. 8.2 ET como el reglamento mandatan que su contenido se aplique a las relaciones laborales cuya duración sea superior a cuatro semanas, “suelo” mínimo que no se halla en la Directiva⁵⁰. El legislador español del Proyecto de ley que transpone la Directiva (art. único. Dos), nos ofrece una serie de claves respecto de las modificaciones que deberán operarse en nuestra legislación para acoger el nuevo contenido de la Directiva (concretamente, el de su art. 4).

Por otra parte, dado que la lista con las materias objeto de información alcanza un número considerable (quince materias), dedicaremos nuestra atención a la distribución que realiza la Directiva europea entre (i) materias que deben ser informadas o antes del inicio de la relación de trabajo o, como máximo, en el plazo de siete días naturales una vez iniciada ésta; y (ii) aquellas otras que podrán ser informadas en el plazo de un mes desde el primer día de trabajo (art. 5).

- En el primer bloque (i) se encuentran materias altamente esenciales, como la identidad de las partes, el lugar de trabajo o la remuneración. En este bloque es particularmente relevante lo previsto en las letras l) y m) del art. 4.2. El enunciado de la letra l) se refiere a negocios donde el patrón de trabajo es total

⁵⁰ Cruz Villalón, J., Balance y perspectivas de desarrollo del pilar europeo de derechos sociales, *Temas Laborales* 88/2023, p. 28.

o mayoritariamente *previsible*. En esos casos, la información alcanzará a la duración de la jornada laboral ordinaria, diaria o semanal del trabajador, así como a cualquier acuerdo relativo a las horas extraordinarias y su remuneración y, en su caso, a cualquier acuerdo sobre cambios de turnos⁵¹. La presencia en el articulado –y en las materias tratadas-, siquiera tácita, de fuentes reguladoras de impronta negociadora es una constante, de manera que podría sentarse que la determinación unilateral del patrón de trabajo en este modelo es inexistente o prácticamente inexistente.

Por su parte, el art. 4.2 m) de la Directiva se dirige a negocios donde el patrón de trabajo es total o mayoritariamente *imprevisible*. En esos casos, la persona empleadora, cuyo poder de disposición se verá limitado⁵² tampoco podrá dejar de informar al trabajador sobre cuatro aspectos claves, como son el principio de que el calendario de trabajo es variable; la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de esas horas; las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje y, finalmente, el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tareas y, en su caso, el plazo para la cancelación del mismo. Esta regulación jurídica va a afectar al trabajo a tiempo parcial. Y así, de conformidad con el texto del mencionado Proyecto, se procederá a la modificación del art. 12 donde, en

⁵¹ Esta disposición motivó una modificación sobre la jornada irregular prevista en el art. 34.2 ET, que se previó en el Anteproyecto de transposición de la Directiva (Anteproyecto de ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y otras disposiciones en materia laboral, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, y la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. Véase también el Dictamen del Consejo Económico y Social de España 14, 2022), y que ha desaparecido del Proyecto de ley. Como se conoce, esa “irregularidad” puede afectar, conforme a la legislación vigente, al 10% de la jornada anual y podrá adoptarse unilateralmente por la empresa en caso de que no lo recoja el convenio colectivo, o de no haber acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. De conformidad con el Anteproyecto previo al Proyecto de febrero de 2024 se proponía la modificación del art. 34.2 ET, disponiendo que, en defecto de pacto, la distribución irregular del 10 por 100 de la jornada, sólo podría establecerse unilateralmente por parte de la empresa, “cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”. El legislador español del Anteproyecto quiso evitar la aplicación mimética de la regulación europea apelando a circunstancias que afecten a la empresa, aunque el Anteproyecto ni describía cuándo se entendería que se estaba en presencia de esas causas, ni se remitía a preceptos estatutarios donde sí figuran (arts. 41, 47 ó 71 ET, aunque de distinta forma en función de la intensidad de la medida empresarial en cuestión). Dado que la Directiva no ofrece vías excepcionales para la no aplicación de su texto, esa condición explícita, reflejada en el Anteproyecto, a favor de las personas trabajadoras, podría haber resultado controvertida para alcanzar la mayoría requerida en las Cortes.

⁵² Ferradans Caramés, C., “La transposición de la Directiva (UE) 2019/1152: mayores garantías para un tiempo de trabajo transparente y previsible en el siglo XXI”, *Briefs AEDTSS*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024.

resumen, los cambios se intercalan en la jornada de este tipo de contrato, en el régimen de las horas complementarias (donde se incluye la posible cancelación del encargo sin preaviso, y el derecho a garantizar una indemnización a favor del empleado), y en materia de preaviso, respecto del cual desaparece la habilitación al convenio colectivo para establecer un plazo inferior a tres días⁵³. En relación con este otro modelo, por el contrario, no cuesta nada identificar la unilateralidad total o mayoritaria del patrón de trabajo, de modo que es la empresa la que se apodera de esa facultad.

Asimismo, llama la atención que el Proyecto de Ley silencie el indudable impacto de la Directiva sobre el trabajo fijo discontinuo, laguna que ha sido advertida por el Dictamen del Consejo Económico y Social de España⁵⁴. Y así, en atención a la definición provista en la Directiva sobre qué ha de entenderse por imprevisibilidad, como por “patrón de trabajo”, entendemos que tanto los contratos de trabajo a tiempo parcial como el contrato de trabajo fijo discontinuo formarían parte de ese modelo de organización industrial “a demanda”.

Sin embargo, el Proyecto omite acometer este desarrollo, y, al contrario, opta por habilitar al Gobierno para que modifique el Reglamento 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (D.F. 4^a), prefiriendo “mantener la dicotomía de ley y reglamento”⁵⁵.

- En el segundo bloque (ii) se prevén otros elementos cuya información es menos urgente, habida cuenta de que su efectividad queda postergada en el tiempo, como la cantidad de vacaciones remuneradas –en el bien entendido de que el trabajador deberá trabajar un tiempo hasta generar el derecho a vacaciones, art. 38 ET-, el procedimiento de terminación de la relación laboral o el derecho a formación, si lo hubiera⁵⁶.

Una aproximación al contenido vertido en este apartado conduce a concluir, al menos de manera preliminar, que los contratos de trabajo que incorporan la

⁵³ Miranda Boto, J.M., “Condiciones laborales transparentes y previsibles en el Derecho español: un proyecto de transposición en modo menor”, Net21, 17/2024, p. 5, critica la supresión de esa posibilidad.

⁵⁴ Dictamen 14, 2022, Sesión ordinaria del Pleno de 26 de octubre de 2022.

⁵⁵ Miranda Boto, J.M., “Condiciones laborales transparentes...”, op. cit., p. 1-2.

⁵⁶ En un apartado diferente, es oportuno informar que el Anteproyecto –actuando “motu proprio”, dado que la Directiva silenciaba este particular - añadía un nuevo art. 8 bis) en el ET, relativo a la información adicional que debería proporcionarse a los trabajadores en los supuestos de utilización de sistemas automatizados de toma de decisiones, de seguimiento o de vigilancia. Con todo, en la última versión del Proyecto que ahora se maneja, ha desaparecido esta cláusula, posiblemente porque el tenor de la Directiva no se corresponde con esta materia, véase Elorza Guerrero, F. G.. “La Directiva sobre condiciones laborales transparentes...”, op. cit., p. 98, Ciertamente este contenido se aplica ya en las empresas y administraciones públicas españolas, toda vez que lo recoge la Ley orgánica 3/2018, sobre el derecho a la protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (arts. 87 y ss), por remisión a ésta del art. 20 bis) ET.

figura del preaviso se inclinan hacia un patrón de trabajo más imprevisible; y al contrario: cuanto más claro, ordenado e invariable sea el tiempo de trabajo, más girará el modelo hacia la previsibilidad del patrón de trabajo. Sin embargo, como se comprobará más adelante, los únicos cambios que contempla el Proyecto de ley se vuelcan sobre el contrato de trabajo a tiempo parcial, dando así cumplimiento al art. 10 Directiva, relativo a la previsibilidad mínima del trabajo. En efecto, el Proyecto (artículo único, apdo. 3) actúa sobre el pacto de horas complementarias que se regula en el contrato a tiempo parcial, de modo que el art. 12.5 c) ET sigue permitiendo que esas horas se requieran por la empresa. No obstante, con la transposición, la empresa tendrá que indicar los días y las horas de referencia en los que ésta puede solicitar esos servicios.

4.3. Las definiciones transversales de la Directiva relativas al tiempo de trabajo

El art. 2 de la Directiva recoge las definiciones del “calendario de trabajo”, “horas y días de referencia” y “patrón de trabajo”.

Ese precepto define el calendario de trabajo como “el calendario que determina las horas y los días en los que empieza y termina la realización del trabajo” (letra a). Cualquier observador puede apreciar que esta definición no se corresponde con el contenido obligado por el art. 34.6 ET, del cual, a pesar de haber sido precisado por nuestro TS, no se desprendería la obligación de comunicar al trabajador cuál será su jornada diaria o semanal. Aunque tampoco proceda confundir esta previsión de la Directiva con la antigua obligación de proporcionar los horarios de trabajo al trabajador, más exigente que la contenida en la Directiva que se examina, en relación con los trabajos con un patrón total o mayoritariamente previsible, el art. 34.7 ET podría haberse adaptado a las pautas comunitarias, pero su modificación no se contempla en el Proyecto de ley. Pudiendo haber recuperado la obligación de exigir un calendario, en el sentido proyectado en la Directiva, el Proyecto de ley ha perdido la ocasión de recuperar el art. 4.3 del Real Decreto 210/1983⁵⁷. Y con esa falta de previsión, se pierde, además, la ocasión de reforzar la tenue línea que puede darse entre modelos de negocio mayoritariamente previsibles y aquellos más imprevisibles.

Es cierto que el calendario laboral no figura entre las condiciones a informar que recoge el art. 4 de la Directiva⁵⁸; pero lo es también que el art. 4.2 apdo. l) y m) exige ciertas informaciones sobre la jornada. Por eso, se contempla que el Proyecto de ley modificará el art. 8.7 ET. Exigirá este apartado que se informe

⁵⁷ Miranda Boto, *Condiciones de trabajo...*, *op. cit.*, p. 210.

⁵⁸ Miranda Boto, J.M., *Condiciones de trabajo transparentes y previsibles: desafíos para el Derecho español en la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152*, Tirant lo Blanch, 2023, p. 209-210.

sobre la “duración de la jornada y su distribución”, precepto que no tendría el mismo contenido que informar sobre la jornada diaria o semanal, tal como prevé la Directiva; aunque se observará que la adaptación del Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo⁵⁹ a la Directiva se ha diferido en el tiempo –ya superado, por otra parte-, tal y como se ordena en la Disposición final cuarta, apdo. 2 del Proyecto de ley.

Asimismo, las horas y los días de referencia se perfilan en la Directiva como “los tramos horarios en días específicos durante los cuales puede tener lugar el trabajo previa solicitud del empleador” (art. 2 b)⁶⁰. La gradación de más previsibilidad a menos se aprecia en esta segunda definición, en la que aparece ya la posibilidad de modificar el calendario, más inalterable que otras instituciones relativas al tiempo de trabajo, y el “preaviso”. Tratando de traducir estas referencias temporales al lenguaje jurídico-laboral español, en ese medidor temporal podrían incluirse las horas extraordinarias –véase el art. 35 ET-, las horas complementarias del trabajo a tiempo parcial –art. 12.5 ET-, o incluso las del trabajo a turnos⁶¹.

La imprevisibilidad –también inconcreción- máxima se alcanza con la última definición, que se refiere al “patrón de trabajo” y que se concreta de forma tautológica como “la forma de organización del tiempo y su distribución con arreglo a un determinado patrón determinado por el empleador” (art. 2 c). Por ello, sorprende sobremanera que el Proyecto de ley español (art. único. Dos) introduce un nuevo concepto jurídico indeterminado, el de pauta de trabajo a la hora de utilizar la noción de “patrón de trabajo”⁶² a los efectos de determinar cuándo se entiende que las condiciones de trabajo son previsibles⁶³. Y lo serán “cuando la

⁵⁹ BOE nº 192 de 12 de agosto de 1998.

⁶⁰ Para la doctrina, Miranda Boto, J.M., *Condiciones de trabajo...*, op. cit., p 208-209, la Directiva no inventa nada nuevo y, al contrario, con esa definición pretende una armonización “suave” a través de las definiciones.

⁶¹ Recuérdese que, el art. 36.3 ET, en la acepción del trabajo a turnos, hace alusión a que dichos turnos pueden seguir un cierto ritmo, “continuo o discontinuo”, que puede implicar para la persona trabajadora la necesidad de prestar sus servicios en horas diferenciadas en un período determinado de días o de semanas.

⁶² Para Elorza Guerrero, F., “La Directiva sobre condiciones laborales transparentes...”, *op. cit.*, p. 97, el Proyecto de ley podría haber recurrido al Considerando 21 de la norma comunitaria, que establece que cuando no se pueda fijar un calendario de trabajo fijo, debido a la naturaleza del empleo, “(...) el empleador debe comunicar a los trabajadores cómo se determinará su tiempo de trabajo, incluidas las franjas horarias en las que podrían tener que ir a trabajar y el periodo de tiempo mínimo en el que deben recibir el preaviso antes del comienzo de su tarea”.

⁶³ Para Elorza Guerrero, F., “La Directiva sobre condiciones laborales transparentes...”, *op. cit.*, p. 97, el Proyecto de ley podría haber recurrido al Considerando 21 de la norma comunitaria, que establece que cuando no se pueda fijar un calendario de trabajo fijo, debido a la naturaleza del empleo, “(...) el empleador debe comunicar a los trabajadores cómo se determinará su tiempo

persona trabajadora conozca o pueda conocer de antemano de manera efectiva y por escrito, durante todo el periodo al que se extiende la prestación de servicios, su pauta de trabajo o, en su caso, los criterios en virtud de los cuales dichas condiciones pueden cambiar” (futuro art. 8.6 ET). Esta actuación del legislador estatal tiene más efectos que el reseñado, como se comprobará más adelante.

4.4. Una mirada a los contratos de trabajo de la legislación española desde la acepción de la imprevisibilidad

El Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre sobre jornadas especiales de trabajo, actúa sobre distintas relaciones de trabajo con peculiaridades en materia de tiempo de trabajo pero, sorprendentemente, apenas lo hace sobre la previsibilidad de ese tiempo. Por ello, se avanzará hacia otras figuras contractuales que incorporan cierta imprevisibilidad en su naturaleza jurídica.

4.4.1. La imprevisibilidad de la actividad en la contratación laboral temporal por circunstancias de la producción

En la propia definición de los contratos temporales por circunstancias de la producción, el art. 15.2 ET llama a entender que existirán “circunstancias de la producción” que justifiquen este tipo de contratación cuando exista un incremento ocasional e imprevisible de la actividad, así cuando se confirmen las oscilaciones generadas por un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere. No importará que dichos vaivenes conformen la actividad normal de la empresa. Tan cerca puede estar esta figura de ciertos contratos de trabajo de trabajadores fijos discontinuos que el propio art. 15 ET condiciona lo anterior a que dichos supuestos no sean incluidos en la figura del contrato fijo-discontinuo del art. 16.1 ET. Y así, las vacaciones anuales –previsibles y fijadas en el calendario laboral- se deben entender incluidas en aquellas “oscilaciones”. La delgada línea que separa ambas figuras se vuelve a poner de manifiesto en la regulación de la realización de trabajos en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas, de suerte que, cuando constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa serán objeto del contrato fijo-discontinuo; y al contrario, cuando concurren las circunstancias de la producción descritas más arriba, se recurrirá al contrato de duración determinada (art. 15.2 “in fine”).

Los confines entre la distribución irregular de jornadas ordinarias y el trabajo a tiempo parcial (que exige 5 días de preaviso) y horas complementarias (con preaviso de 3 días) tampoco son nítidos. Este es el caso de la SAN núm. 37/2023 de 21 marzo⁶⁴, donde se constató que la norma convencional que se pretendía

de trabajo, incluidas las franjas horarias en las que podrían tener que ir a trabajar y el periodo de tiempo mínimo en el que deben recibir el preaviso antes del comienzo de su tarea”.

⁶⁴ JUR 2023\153476.

anular no constituía una distribución irregular de jornada sino la conformación del preaviso acordada en el convenio para la realización de horas complementarias para los contratos a tiempo parcial que expresamente las hubieran aceptado. Y así, el preaviso para llevarlas a cabo debía ser el establecido en el art. 15.5.d) ET, respetado plenamente en el convenio.

4.4.2. La imprevisibilidad de la actividad en la contratación laboral parcial

En relación con los contratos de trabajo a tiempo parcial, cuya definición consta en el art. 12 ET, y que podrán ser concertados por tiempo indefinido o temporal (apdo. 2, art. 12 ET), debe señalarse que son posibles las horas complementarias, que serán las realizadas como adición a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial, conforme a las reglas listadas en el apdo. 5, art. 12 ET. Entre esas reglas (letra d), se recoge la relativa al preaviso mínimo de 3 días exigido para el conocimiento por parte del trabajador del día y la hora de la realización de las horas complementarias pactadas; mínimo exceptuado cuando el convenio colectivo establezca un plazo de preaviso inferior. Lo cierto es que apenas hay jurisprudencia sobre esta cuestión, aunque procede reproducir el nuevo apdo. d) que propone el Proyecto de Ley, donde se suprime la excepción arriba señalada, en una vuelta legislativa al respeto del principio de norma más favorable.

La categoría de trabajos con jornadas total o mayoritariamente imprevisibles no solo resulta aplicable al trabajo en plataformas digitales, sino que también parece extensible al contrato a tiempo parcial, destacándose la notable incidencia sobre las mujeres, quienes son las que mayoritariamente optan por este tipo de contratos⁶⁵.

4.4.3. Previsibilidad-imprevisibilidad en los contratos de trabajo de fijos-discontinuos

Respecto de los contratos fijos discontinuos, es conocido que la Ley 32/2021 introdujo importantes modificaciones en el régimen jurídico de esta modalidad contractual, a la par que reordenó los contratos de trabajo de duración determinada. De hecho, la mayor previsibilidad o menor previsibilidad en los negocios debe conducir a que la empresa elija entre la primera figura de contratación, de carácter indefinido, o la segunda –temporal-, respectivamente. Así lo ha recogido la SAN 162/2022 de 5 diciembre⁶⁶. Conforme a esta sentencia, el contrato fijo discontinuo, previsto en el art. 16 ET se define como un contrato que atiende a una necesidad productiva indefinida y ordinaria pero que temporalmente se presenta de modo discontinuo, de suerte que el contrato se desarrolla durante periodos de ejecución intermitentes ciertos, pero determinados o indeterminados en su duración. El

⁶⁵ Serrano Olivares, R., “La ordenación del tiempo de trabajo...”, op. cit, p. 41.

⁶⁶ AS 2022\1312, FJ 7.

nuevo art. 16 ET admite, también, que este contrato pueda aplicarse para trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, “siendo previsibles”, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa.

En el caso de la SAN de 2022, en un precepto del convenio colectivo aplicable al supuesto de hecho, se regulaban los contratos fijos discontinuos, y se fijaban distintos tiempos para el llamamiento de esos trabajadores: (i) unos tiempos del llamamiento inferiores a 48 horas en el caso de “servicios sorpresivos”, definidos como aquellos en los que es imposible llamar al trabajador cumpliendo ese plazo. Y otros tiempos de llamamiento ordinarios, de más de 48 horas de antelación.

La Sala declaró nulas ambas cláusulas convencionales⁶⁷. Por un lado, por el hecho de que con esos llamamientos para los servicios sorpresivos, la empresa estaba admitiendo que los contratos fijos discontinuos se aplicasen para la cobertura de incrementos imprevisibles de la actividad “y con ello adultera la adecuada aplicación de las normas legales, arts. 15 y 16 ET, máxime si tenemos en consideración que la voluntad del actual legislador es apostar por los contratos de trabajo indefinidos (entre ellos los fijos discontinuos) en detrimento de los temporales”.

Se advierte, entonces, que la previsibilidad/imprevisibilidad de los vaivenes en la actividad de una empresa supone la nota diferenciadora esencial entre la contratación laboral temporal y fija-discontinua, criterio de difícil precisión que, como no es difícil de pronosticar, va a entretener a nuestros tribunales⁶⁸. De todas formas, la doctrina jurisprudencial relativa a esta figura contractual española ha añadido que la actividad no estacional debería depender de factores objetivos independientes de la voluntad de las partes o de la voluntad unilateral del sujeto

⁶⁷ FJ 3 y 4, respectivamente.

⁶⁸ Así también, López Balaguer, M., “El contrato fijo discontinuo: nuevo tratamiento legal y convencional y primeros problemas de aplicación práctica”, *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, vol. 2, n.2, 2023, p. 104, quien pide insistir en el carácter jurídicamente indeterminado del contrato fijo discontinuo para atender a necesidades intermitentes de ejecución cierta, lo que invita a los Tribunales a ejercer su función jurisdiccional de interpretar las normas jurídicas. Para Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021 más allá de la crónica*, Madrid, MTEC, 2022, p. 90, es un supuesto que da cobertura a las necesidades que no son ocasionales y tienen períodos de ejecución ciertos, entendiendo por tales los períodos en los que se reanudará con certeza la necesidad de mano de obra. En este sentido es importante hacer hincapié en que la definición legal de esta actividad que puede cubrirse con contratos fijos discontinuos no abre la puerta a que sea discrecional para la empresa la delimitación del carácter intermitente de la actividad. Para Goerlich Peset, J.M., “Contrato fijo discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, en *Monográfico sobre la reforma laboral 2021, Labos*, vol. 3, 2022, p. 63, hay que entender que la buscada desconexión entre estacionalidad o temporada e intermitencia abre la configuración de cada contrato fijo discontinuo a la autonomía de la voluntad de las partes que dispondrán de margen para configurarlo sin que se abra la puerta ni “a la discrecionalidad empresarial”, ni a la admisión de una especie de “contrato de cero horas”.

empresarial. La STS de 19 de febrero de 2019⁶⁹, se ocupó de determinar en qué consiste el carácter fijo discontinuo de la actividad a cubrir, señalando que, entre sus características se encontraba que su naturaleza no puede depender de la decisión unilateral empresarial, aunque es conocida la fuerte presencia del factor empresarial en algunas modalidades de contrato fijo-discontinuo. En definitiva, podría sostenerse que algunos modelos de contratos de fijos-discontinuos podrían responder al tiempo de trabajo basado en unos modelos inestables o imprevisibles; incluso si la voluntad del sujeto empresarial concurrese *junto a otros factores*, creemos que no podría efectuarse la subsunción perfecta de esta figura contractual en aquéllas que tienen un patrón de trabajo no previsible en su mayoría. En efecto, en el supuesto de que las actividades a contratar no tengan naturaleza estacional –dado que la estacionalidad neutraliza su determinación por parte de la persona empleadora⁷⁰– pero que siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, pudiendo ser determinados o indeterminados, esto es, la modalidad “más confusa” de los contratos fijos-discontinuos⁷¹, sería fácil equiparar ese patrón con los patrones de trabajo imprevisibles, o mayoritariamente imprevisibles.

En este debate, puede resultar de apoyo la invocación del Considerando 30 de la Directiva, donde se dispone que los trabajadores con un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible deben disponer de un nivel mínimo de previsibilidad si el calendario de trabajo está determinado principalmente por la persona empleadora, que podrá serlo directamente –por medio de la asignación de tareas, pero también indirectamente, por ejemplo, obligando al trabajador a atender las solicitudes de los clientes. Esta “diversificación” de la figura del sujeto empresarial se corresponde con la laxitud con la que la Directiva se refiere a los “responsables de la ejecución de las obligaciones de esta Directiva (art. 1.5)⁷².

⁶⁹ Rec. 971/2017.

⁷⁰ La STS de 19 de febrero de 2019, rec. 971/2017, se ocupó de calificar el carácter fijo discontinuo de la actividad a cubrir, señalando que, entre sus características se encontraba que aquélla no puede depender de la decisión unilateral empresarial.

⁷¹ García Ortega, J., “El contrato fijo discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral”: <https://www.aedts.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2> (consultado en junio de 2024). Con López Balaguer, M., “El contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 103, coincidimos en que, partiendo de que cuando la norma señala que la actividad sea “intermitente no estacional” nos encontramos ante un concepto jurídico absolutamente indeterminado, se podría apuntar a que la actividad de que se trate debe tener un carácter previsible e intermitente, aunque su ejecución que en todo caso debe ser acreditada no venga predeterminada siempre con certeza.

⁷² En efecto, según ese precepto, los Estados miembros podrán permitir que todas o algunas de esas obligaciones se asignen a una persona física o jurídica que no sea parte de la relación laboral, cfr. Monereo Pérez, J.L./Fernández Bernat, J.A., “La propuesta de Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles como desarrollo “normativo” el pilar europeo de los derechos sociales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 211/2018, p. 15, preconizaron ya en 2018 que dicha definición podría incluir las ETT. Con dudas respecto de si esa “triangularización” permitiría la correcta asunción de las obligaciones en materia de Seguridad Social, Elorza Guerrero, F. “La

Entendemos, por lo tanto, que muchos contratos de trabajo de fijos-discontinuos están muy cerca de la imprevisibilidad.

Aunque el contrato fijo discontinuo responda a la contratación laboral de carácter indefinido, de hecho, esta forma de realizar la prestación de servicios, en cuanto obliga a las personas trabajadoras a alternar periodos de actividad y de desempleo, y, resulta obligado recordarlo, sometido al llamamiento por parte de la empresa⁷³ constituye una de las modalidades del trabajo atípico, de acuerdo con la definición normalmente aceptada, y que las conceptúa como “relaciones de trabajo no conformes con el modelo estándar o típico de empleo a tiempo completo, regular y de duración indeterminada con un único empleador durante un período largo de tiempo”⁷⁴. La actual regulación de esta figura en el ET deja además bastantes aspectos a concretar, donde podría actuar la ley a modo supletorio, o el reglamento como norma complementaria de la anterior. Remitir aspectos claves de esta regulación a la autonomía colectiva, no por acorde a Derecho, se trata de una decisión política inoportuna por dudosamente efectiva⁷⁵.

Ante este marco normativo, y dado el objeto de este trabajo, adquiere un peso notable la figura del “llamamiento”, esto es, el instrumento jurídico que permite a la persona empleadora solicitar al trabajador fijo-discontinuo –cualquiera que sea su modalidad⁷⁶- su incorporación al trabajo, y a este último certificar que sigue contratado. Un llamamiento sin preaviso sería tanto como otorgar a la empresa un

Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles y su transposición en España”, *Temas Laborales* 168/2023, p. 75.

Sin embargo, el Proyecto no ha modificado la regulación jurídica atinente a las ETT. Esta opción fue planteada por Canalda Criado, S., “La nueva directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea: una innovadora iniciativa contra la precariedad laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 440/2019, p.181.

⁷³ Serrano Olivares, R., “La ordenación del tiempo de trabajo...”, *op. cit.*, p. 37-38, pone en cuestión la definición del contrato de trabajo de fijo-discontinuo que rechaza la imprevisibilidad con la aceptación de preavisos de 48 horas –donde comenta también la citada SAN de 2022.

⁷⁴ Casas Baamonde, M.E., “La contratación temporal: problemas y soluciones. Un debate necesario”, *Derecho de las relaciones laborales*, 11/2017, p. 1.100. Es de otra opinión Carrizosa Prieto, E., “La nueva regulación del contrato fijo discontinuo. Una visión general”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2023, p. 49, para quien “La diferencia sustancial radica en que es un contrato indefinido, de forma que, aunque altere periodos de actividad e inactividad, se rige por las reglas de extinción propias de esta modalidad contractual sin que entre en juego la expiración de un plazo convenido o la llegada de una fecha concreta. El cese de la actividad no implica la extinción de la relación laboral, que debe reactivarse con el llamamiento”.

⁷⁵ Los aspectos a mejorar pueden seguirse en López Balaguer, M., “El contrato fijo discontinuo...” *op. cit.*, p. 32-33.

⁷⁶ Como advierte Gorelli Hernández, J.: “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 236, con la supresión de la distinción formal entre una y otra submodalidad de fijos-discontinuos, el legislador ha establecido una obligación de llamamiento con carácter general, que, obviamente, también resulta de aplicación a los supuestos de contratos fijos discontinuos efectuados para la prestación de servicios en el marco de contrata o subcontratas y cuando las ETTs acuden a esta modalidad contractual.

poder omnímodo sobre la soberanía del tiempo de trabajo del empleado, de suerte que el ET contiene ciertas reglas al respecto. Su art. 16.3 se remite al convenio colectivo o, en su defecto, al acuerdo de empresa, para que establezcan los criterios objetivos y formales por los que debe regirse ese instrumento. Exige, además, que se realice por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida incorporación⁷⁷, y con una antelación adecuada. Por cuestiones de espacio y de interés, nos fijaremos en el preaviso, en cuanto a anuncio que permite revitalizar la relación laboral indefinida, inactiva mientras no se trabaja.

Para la doctrina⁷⁸, el llamamiento no se contempla como un derecho efectivo de las personas trabajadoras, de forma que su configuración, encomendada de forma genérica a los convenios colectivos, no garantiza suficientemente la reactivación de la relación laboral⁷⁹. Y, al contrario, tampoco la legislación laboral determina cuál es el efecto jurídico de la falta de llamamiento, o “en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento”, de modo que las personas fijas-discontinuas podrán ejercer “las acciones que procedan”⁸⁰. El plazo se iniciará desde el momento de la falta de llamamiento o desde el momento en que las personas trabajadoras la conociesen (art. 16.3 in fine ET). Esa incertidumbre sobre el reinicio de la actividad laboral, así como frente a determinadas condiciones de trabajo (jornada, horario, etc.), que producen imprevisibilidad, ha llevado a la doctrina a proponer la conveniencia de su reducción⁸¹.

⁷⁷ La SAN 5513/2022 ha considerado que no cabe apreciar ilicitud alguna en que los llamamientos puedan realizarse empleando “WhatsApp, las aplicaciones de mensajería habituales en los teléfonos móviles, o empleando la aplicación de correo electrónico con que cuentan los ordenadores”, dado que se realizan por escrito y de ellas queda constancia suficiente para advenir su existencia y contenido, lo que también ocurre cuando se utilizan “los buzones de voz como medio de comunicación no escrito”.

⁷⁸ Carrizosa Prieto, E., “La nueva regulación del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 51.

⁷⁹ La doctrina sugiere que los criterios objetivos y formales de llamamiento, incluido el preaviso, se concreten, al menos de modo supletorio, en la ley. Gordo López, L., “El contrato fijo-discontinuo: Nuevo pilar de la contratación laboral estable”; *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, n. 13, 2022 (Ejemplar dedicado a: La reforma laboral de 2021 y sus efectos en el mercado de trabajo), p. 46. López Balaguer, M., “El contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 33. En el mismo sentido, Carrizosa Prieto, E., “La nueva regulación del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, 2023, p. 58; y Gorelli Hernández, J.: “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 239. En contra, defendiendo que el llamamiento es un derecho efectivo de la persona trabajadora, Alarcón Bravo De Rueda, P.O.: “Trabajo fijo periódico y fijo discontinuo. Consideraciones actuales”, *Relaciones Laborales* n° 5 de 2010, página 357; posicionamiento recuperado por Gorelli Hernández, J.: “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 235.

⁸⁰ Gorelli Hernández, J.: “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 241, aporta supuestos que conducirían a presentar la demanda por despido o, en su caso, una demanda para reclamar la reposición en el derecho al orden en el llamamiento si éste no se ha respetado por la empresa; u otro tipo de demanda.

⁸¹ Carrizosa Prieto, E., “La nueva regulación del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 51.

En relación con la forma del contrato, el art. 16.2 ET, en los mismos términos que el art. 8.2 ET, exige la forma escrita del contrato fijo discontinuo, añadiendo que el mismo refleje los elementos esenciales de la actividad laboral. Y, especifica que, entre otros, deberán consignarse, aunque sea con carácter estimado, y sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento, los siguientes: la duración del periodo de actividad, la jornada y la distribución horaria. Sorprende sobremanera que la nueva regulación –tras la del RDL 32/2021- haya eliminado la anterior referencia a la obligatoria inclusión en el contrato, de los requisitos de llamamiento que establezca el convenio colectivo de aplicación⁸². Lo anterior ha suscitado que, en la práctica, la mayor parte de conflictos que surgen en el marco del vínculo fijo discontinuo traen su causa en la falta de llamamiento y en el incumplimiento del orden establecido⁸³. Como ha apreciado nuestra doctrina⁸⁴, esta realidad manifiesta otra más preocupante, dado que el trabajo fijo discontinuo “constituye una forma de trabajo profundamente arraigada en nuestro sistema productivo que, con toda probabilidad, se consolidará y extenderá en el futuro”, pues probablemente sirva para articular buena parte de las necesidades que antes se cubrían a través de contratos de obra o servicio determinado⁸⁵.

Que se deje en manos de los sujetos de la autonomía colectiva todos los extremos del llamamiento resta puntos a que aquél se configure como un derecho efectivo, cuya efectividad debe ser garantizada por la empresa, como de hecho resalta el apdo. 5 del art. 16 ET. En efecto, de conformidad con ese apartado, los convenios establecen un periodo mínimo de llamamiento anual y una cuantía por fin de llamamiento a satisfacer por las empresas a las personas trabajadoras. Con todo, este apartado regula uno de los pocos aspectos relativos al llamamiento, de modo que cuando el llamamiento coincida con la terminación de la actividad laboral y no se produzca un nuevo llamamiento, sin solución de continuidad, se entenderá que se ha producido el fin de llamamiento y el trabajador tendrá derecho a ser satisfecho con la cuantía que corresponda.

Pero, además, deberían fijarse en los convenios colectivos los criterios por los que la falta de llamamiento –no anual- suponga la extinción del contrato, o el despido por parte del sujeto empresarial, y cuándo la no incorporación del trabajador “llamado” debe entenderse como motivo de sanción, e incluso, de despido.

⁸² Gorelli Hernández, J.: “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 235.

⁸³ López Balaguer, M., “El contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 116. La autora subraya que esa falta de regulación del llamamiento en sede convencional ha llevado a la jurisprudencia a considerar que la presencia de la negociación colectiva en el llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos es esencial para que la norma legal obtenga efecto inmediato.

⁸⁴ Carrizosa Prieto, E., “La nueva regulación del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 152. Serrano Olivares, R., “La ordenación del tiempo de trabajo...”, *op. cit.*, p. 39.

⁸⁵ Gordo López, L., “El contrato fijo-discontinuo...”, *op. cit.*, p. 46.

En cualquier caso, entendemos que la eliminación formal de la imprevisibilidad en la categorización del contrato fijo-discontinuo, en parte por obra de la conceptualización de la noción de “patrón de trabajo” operada por el Proyecto de ley de transposición no empece a que esta forma de contratación debiera ser incluida en el conjunto de contratos de trabajo no previsibles. Nos referimos, sobre todo, a los supuestos de contratos de trabajo de fijos-discontinuos cuyos convenios colectivos o, en su defecto, acuerdos de empresa –en aplicación el art. 16.3 ET– descuiden establecer los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de esas personas; también cuando tampoco se les notifiquen las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación, y dicha notificación –que deberá efectuarse con una antelación adecuada, no se efectúe por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de su contenido.

5. EL “NUEVO” DERECHO A LA PREVISIBILIDAD DEL ART. 4.2 H) ET

5.1. El derecho a la previsibilidad mínima en la norma comunitaria

El título de la Directiva que apela a la “previsibilidad”⁸⁶ no supondría una eficaz protección del trabajador si no viniera acompañada de cierto contenido, que se contempla en el art. 10 de la misma.

Ese contenido se traduce en la obligación cumulativa de la persona empleadora –que deberán garantizar los Estados miembros, aspecto no menor- de prever que, en los casos en que el patrón de trabajo sea total o mayoritariamente imprevisible (como suele ocurrir en los trabajos de reparto para las plataformas digitales, pero también en ciertas circunstancias de los contratos a tiempo parcial o en los contratos fijos discontinuos, aunque no queda claro cuál deber ser el nivel de previsibilidad o imprevisibilidad a partir del cual las obligaciones se imponen al sujeto empresarial⁸⁷) cumpla con que:

- (i) El trabajo tendrá lugar en unas horas y unos días de referencia [art. 10.1 a)], en relación con el art. 4.2 m ii) -relativo a las horas y días de referencia en los

⁸⁶ Para López Parada, R., “La Directiva de la UE 2019/1152 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles”, *XXXII Jornadas Catalanas de Derecho Social*, noviembre 2023. Disponible en https://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/Publicacio_Jornades_dret_social_2022.pdf, p. 71, aunque no se exprese así, la previsibilidad sería lo contrario de la flexibilidad empresarial. Así también, Moraru, G.F., “Condiciones laborales transparentes y previsibles en la Directiva (UE) 2019/1152”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n. 154, 2022, p. 154.

⁸⁷ Martínez Yáñez, N., “Entre robots y pandemia...”, *op. cit.*, p. 15.

cuales se puede exigir al trabajador que trabaje cuando se trate de negocios con un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible-, y,

(ii) Preavise razonablemente al trabajador de la tarea asignada (art. 10.1 b).

Es sencillo apreciar que el legislador comunitario ha seguido las recomendaciones del CESE de forma parcial, introduciendo esos conceptos de razonabilidad o incorporando la obligación de prever cuáles serán las horas y días de referencia, pero sin que precise en quién recae esa competencia, pareciendo que será atribuida al sujeto empresarial, aunque encomiende su garantía al Estado miembro. En efecto, aparte de que los Estados miembros garantizarán que la persona empleadora no obligue a trabajar al trabajador a menos que se cumplan las dos condiciones descritas, podrán ser estos quienes puedan establecer las modalidades de aplicación del art. 10, de conformidad con la legislación, los convenios colectivo o las prácticas nacionales (art. 10.4).

Por tanto, los Estados, en los casos en que el patrón de trabajo sea total o mayoritariamente imprevisible, pueden exigir a la persona empleadora que se abstenga de obligar al trabajador a trabajar incondicionalmente. No sólo lo anterior; además, la Directiva prevé el derecho de resistencia del trabajador, quien podrá no atender a alguna tarea “sin que ello tenga consecuencias desfavorables” (art. 10.2). Es más, el apdo. 3 de ese mismo art. 10 de la Directiva, en una redacción enrevesada, consiente que si los Estados miembros permiten que la persona empleadora cancele una tarea asignada sin indemnización, estos deberán proveer su legislación de las medidas normativas necesarias para garantizar al trabajador el derecho a una indemnización cuando la persona empleadora cancele efectivamente la tarea acordada previamente con el trabajador, y lo haga sin observar un plazo de preaviso razonable determinado.

No podemos olvidar que la previsibilidad es ya un derecho desarrollado por la UE, y que está directamente relacionado con el art. 31 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE (CDFUE)⁸⁸. En efecto, su apdo. 1 expresa que “Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad”, mientras que el 2 recoge que “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”. Lo anterior significaría, para algún autor, que este nuevo derecho a la previsibilidad cuenta con una eficacia directa (art. 51.1)⁸⁹, que la tendría tanto desde el momento en

⁸⁸ Considerando 1 de la Directiva.

⁸⁹ Su texto señala que “Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión”.

que el citado art. 31 proclama un derecho fundamental, como porque, además, ha sido desarrollado en esos términos –“derecho a una previsibilidad mínima”- por la propia UE⁹⁰. Ello conduciría a la conclusión de que el derecho a la previsibilidad de las condiciones de trabajo es un derecho que podría ser exigido por cualquiera persona trabajadora en este momento, sea o no transpuesto; aparte de que ese derecho tiene una relación evidente con otros derechos como la conciliación entre la vida laboral, personal y familiar, el derecho al descanso y la salud o el derecho al trabajo (incluido el pluriempleo).

En nuestra opinión, la recepción del derecho a la previsibilidad por parte de la legislación española constituye la novedad más importante de esta transposición. Sin duda alguna, el legislador europeo, en primer lugar, y el estatal, después, asumen la irrefutable transformación de los tiempos del trabajo y de la influencia sobre la vida de las personas. No se ponen cotos a que estas prácticas vayan a más, con el evidente impacto que ello supondrá sobre la vida de las personas. Sin embargo, en una economía de mercado como es la europea, lo decisivo resulta ser que la ley se manifieste estableciendo límites, aunque deje que el campo sea demasiado abierto.

En relación con la naturaleza de este derecho, directamente aplicable o no, somos de la opinión de que, sin perjuicio de su relación con el art. 31 de la CDFUE, la fundamentación jurídica de la Directiva descansa en el art. 153.1 b) TFUE, cuyo texto sienta que en el ámbito de las condiciones de trabajo y empleo, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros. Lo anterior significa que, si este derecho no hubiera sido desarrollado por la Directiva que se comenta, su eficacia no habría podido derivarse del art. 31 de la CDFUE.

5.2. Luces y sombras de la proyectada transposición española sobre el derecho a la previsibilidad mínima

Una de las primeras tareas que efectúa la propuesta gubernativa de transposición de la Directiva es incorporar un nuevo art. 4.2 h) en el ET, donde se reconoce el derecho de las personas trabajadoras a conocer por escrito los aspectos esenciales de la relación laboral y a que sus condiciones de trabajo sean previsibles. La conjunción copulativa “y” es clave en este precepto, dado que permite confirmar, sin ambages, que, de aprobarse este Proyecto, no sólo se reconocería el derecho a recibir dicha información en esas claves, sino también a contar con unas condiciones de trabajo previsibles. Alérgese, desde este primer estadio, que el derecho a la previsibilidad de las condiciones de trabajo no se contempla únicamente en relación con los supuestos en los que el patrón de trabajo de un trabajador es total o mayoritariamente imprevisible (recuérdese en qué

⁹⁰ López Parada, R., “La Directiva de la UE 2019/1152...”, *op. cit.*, p. 69, opina que ese derecho formaría parte del Derecho originario de la UE, en cuanto el art. 31 no se remite a su desarrollo por parte de los Estados miembros.

términos se proclama el derecho en el art. 10.1). Enunciado en otros términos, el Proyecto español habría ensanchado el derecho a la previsibilidad mínima, exigido en el caso de patrones de trabajo imprevisibles, convirtiéndolo en un derecho a la previsibilidad proyectable a todas las personas trabajadoras.

Asimismo, se incluyen dos nuevos apartados (el 6 y el 7) al art. 8 ET, cuyo título pasaría de ser “Forma del contrato” a “Forma del contrato y previsibilidad de las condiciones de trabajo”, modificación que abunda en la conclusión anterior. No obstante, en los nuevos apartados, como ya se ha insistido más atrás, se prevé que “las condiciones de trabajo son previsibles cuando la persona trabajadora conozca o pueda conocer de antemano de manera efectiva y por escrito, durante todo el periodo al que se extiende la prestación de servicios, su pauta de trabajo o, en su caso, los criterios en virtud de los cuales dichas condiciones pueden cambiar”⁹¹. Ante esta otra aproximación, la supuesta generosidad del legislación español cae enteros. En efecto, la transposición de la Directiva por parte del legislador español ha sido, cuando menos, singular, ya que ha edificado un derecho autónomo a la previsibilidad de las condiciones de trabajo, pero, por otra parte, ha podido dejar fuera del amparo de este derecho a aquellos modelos de contratos de trabajo que irradian una alta imprevisibilidad. No parece aceptable que un patrón de trabajo previsible se corresponda con la posibilidad de conocer (“conozca o pueda conocer”, indica el art. 8.6 del Proyecto) los criterios en virtud de los cuales dichas condiciones pueden cambiar; por mucho que el enunciado añada que esa información sea efectiva y por escrito.

Con ser importante –sin perjuicio de las críticas vertidas más arriba– que, de aprobarse el Proyecto de ley, el ET incluya los apartados citados, debe ahora ocuparnos cuál ha sido la transposición de las garantías previstas en la Directiva.

En el Proyecto aparecen tres únicas modificaciones de la LISOS, ninguna de las cuales sanciona la falta de previsibilidad mínima en el trabajo en los términos contemplados en el art. 10 de la Directiva, expuestos más arriba. Ahora bien, es sabido que no hace falta transponer una Directiva cuando sus contenidos ya forman parte de la legislación estatal.

Una de las condiciones exigidas por el art. 10 Directiva se refiere a que el trabajo, cuando el patrón de trabajo sea total o mayoritariamente imprevisible, tiene que tener lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados. El Proyecto reproduce la regulación actual del art. 12.4 a) y b), relativo al contrato a tiempo parcial, para dar por satisfecha esa transposición. Y así, si no se recogen por escrito el número de horas ordinarias al día, a la semana, al mes o al

⁹¹ Que se haga mención a la vigencia de esta obligación/derecho, esto es, que se mantenga durante todo el periodo de duración del contrato, no tiene otro sentido que transponer el mandato del art. 6 de la Directiva (relativo a la obligación de comunicar al trabajador cualquier modificación de la relación laboral que pueda operarse a lo largo de la misma).

año de los contratos a tiempo parcial, o no se recoge el modo de su distribución “según lo previsto en el convenio colectivo”, el contrato se entenderá celebrado a jornada completa, salvo que se pruebe lo contrario.

Además, si la suma de las horas complementarias se sitúa por encima de los límites contemplados en el contrato a tiempo parcial (esto es, que las horas sean equivalentes o superiores a las de un trabajador comparable, art. 12.1 ET), asimismo el contrato a tiempo parcial se entenderá celebrado a jornada completa, salvo que se pruebe lo contrario.

De lo últimamente expuesto, llama la atención lo relativo a la obligación de informar por escrito de la distribución de las horas ordinarias en un contrato a tiempo parcial, distribución que deberá preverse en un convenio colectivo. Podría pensarse que la remisión a un pacto entre las partes de las relaciones laborales no es suficiente para garantizar la efectividad de la disposición comunitaria. Sin embargo, el art. 10.4 de la Directiva permite a los Estados que establezcan las modalidades de aplicación de la previsibilidad mínima del trabajo de conformidad con los convenios colectivos, aparte, claro está, de la legislación. En cualquier caso, ese precepto de la Directiva debe atenderse en paralelo con lo previsto en el art. 4.2 m) ii, donde se obliga a la persona empleadora (o al responsable determinado por el Estado miembro, art. 1.5⁹²) a informar sobre las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje, pero, y esto es importante, sólo en el caso de que el patrón de trabajo sea total o mayoritariamente imprevisible. Por eso, el legislador español podría aprovechar la transposición de la directiva para añadir, en ese art. 12.4 a) ET, esta referencia: “sin perjuicio de la obligación del empleador de informar sobre las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje”. Con todo y con eso, la actuación del legislador del Proyecto de ley de transposición en el sentido de reducir los supuestos de contratos de trabajo que podrían entrar en este patrón de la imprevisibilidad, y que, por mor de la introducción del concepto de “pauta de trabajo” lo harían en los modelos con patrones previsibles, impide aplicar las garantías del art. 4.2 m) de la Directiva a todos los contratos de trabajo de fijos-discontinuos, mientras tanto se contemplen en los respectivos convenios colectivos de aplicación –o acuerdos de empresa- los extremos relativos al llamamiento y preaviso; previsión que, bien es sabido, no es tan común como debería serlo.

Por último, y no por ello menos importante, el proyectado art. 8, apdo. 7 ET recoge una importante garantía respecto del derecho a la previsibilidad mínima, de modo que el incumplimiento de las exigencias de previsibilidad “descritas en el artículo 12.5 c) y d)” –relativas solamente al contrato de trabajo a tiempo parcial, y referidas a los días y horas de referencia (12.5 c) ET), y al preaviso (12.5 d) ET) hará

⁹² Para López Parada, R., “La Directiva de la UE 2019/1152...”, *op. cit.*, p. 72, esa dicotomía permitiría reconsiderar la noción de grupo de empresas laboral y pensar en una posible definición común propia del Derecho de la UE.

que el contrato se presuma celebrado por tiempo indefinido ordinario y a jornada completa⁹³. Algún autor ha criticado esta propuesta por carecer de sentido⁹⁴. En nuestra opinión, la opción elegida por el legislador se cohonesto con el carácter de las sanciones, en el sentido de que es una disposición “proporcional”, porque el carácter indefinido del contrato de trabajo podrá ser revertido por la empresa, en tanto que se trata de una presunción “*iuris tantum*”; disuasiva y efectiva. En definitiva, la conversión a jornada completa actúa como “sanción monetaria” que probablemente actuará en pos de la debida toma en consideración de la previsibilidad de las condiciones de trabajo. Con todo, que el posible futuro art. 8 ET, tal y como se contempla en el Proyecto, circunscriba esas presunciones al incumplimiento de las exigencias de previsibilidad relativas al contrato de trabajo a tiempo parcial, deja el derecho a la previsibilidad mínima del trabajo de la Directiva es un estadio inacabado de transposición. Ya hemos dado cuenta en las páginas anteriores que no sólo ese tipo de contrato de trabajo adolece de espacios de imprevisibilidad, por lo que es cuando menos extraño que el Proyecto silencie otros supuestos. No se comprende la impericia del Proyecto, en el sentido de no aprovechar su contenido para introducir las posibles respuestas del Derecho sancionador o del procesal ante el incumplimiento por parte de la persona empleadora de sus obligaciones sobre la previsibilidad mínima del trabajo. Y es que la única modificación que se contempla de la LISOS no sanciona el incumplimiento por parte de la persona empleadora de las condiciones de previsibilidad mínima.

Por lo anterior, procede acudir al vigente art. 7.5 LISOS, precepto que tipifica como infracción grave la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturnos, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los arts. 12, 23 y 34 a 38 ET. Podría entenderse que el contenido de las obligaciones fijadas por el art. 10 de la Directiva, en cuanto a la previsibilidad mínima, estarían ya garantizadas por ese artículo de la LISOS. Sin embargo, aunque desde luego puede conectarse este nuevo derecho con el tiempo de trabajo, dado que, de hecho, el art. 12 ET se modificaría en los términos señalados para al contrato de trabajo a tiempo parcial, la sanción administrativa que contempla el art. 7.5 LISOS no puede entenderse como disuasoria, proporcional y efectiva (véase el art. 19 de la Directiva).

⁹³ Esta disposición transpone el art. 15 de la Directiva, relativo a las “Presunciones legales y mecanismo de resolución anticipada de litigios”: en efecto, el Proyecto se ha decantado por instaurar presunciones *iuris tantum*, que convertirían el contrato en indefinido y a jornada completa. La sanción jurídica anudada al incumplimiento no será preavisada o anunciada previamente a la persona empleadora, como permite hacerlo la Directiva, a decisión de los Estados miembros (art. 15.2), lo que permite concluir que el efecto disuasorio de la opción manifestada por España es muy elevado.

⁹⁴ Miranda Boto, J.M., “Condiciones laborales transparentes y previsibles en el Derecho español: un proyecto de transposición en modo menor”, *Net21*, n. 17, 2024, , *op. cit.* p. 2, autor que propone que la omisión sea traducida en considerar no existente el periodo de prueba, en línea con el Considerando 40 de la Directiva y la propia jurisprudencia del TS.

Queda ahora preguntarse si el hecho de que se recoja ese derecho en el art. 4 ET puede posibilitar que la persona trabajadora recabe su cumplimiento ante los tribunales. Ciertamente este nuevo derecho –en el Proyecto de ley- se recepciona en el art. 4.2 h) ET, esto es, se recoge como derecho de todas las personas trabajadoras; a pesar de lo expuesto en relación a cómo enuncia ese derecho el art. 8 ET, si es aprobado conforme al contenido del Proyecto. Así, por ejemplo, aunque en las páginas anteriores se haya observado la renuencia del legislador español a adaptar a la Directiva, la regulación jurídica de ciertos contratos de trabajo de fijos-discontinuos, entendemos que, aun si el Proyecto de ley actual se aprueba con su contenido actual, estos trabajadores podrán alegar ante el orden social su derecho a un mínimo de previsibilidad en su relación laboral. En efecto, la Directiva (art. 16) contempla también el derecho a la reparación que tienen las personas trabajadoras en caso del incumplimiento de los derechos que se derivan de la presente Directiva, incluido el derecho a una previsibilidad mínima en el trabajo. Y así, si una relación laboral no es tributaria de una previsibilidad total o mayoritaria –algo que se constatará en el cumplimiento de las obligaciones informativas -en el caso de patrones imprevisibles pero también en el de los patrones imprevisibles- por parte de la empresa, entonces se activarían los mecanismos existentes en la Directiva para garantizar el derecho de esas personas trabajadoras a una previsibilidad mínima. La Directiva invoca a los Estados a fin de que permitan que los trabajadores cuya relación laboral haya concluido, tengan acceso a una resolución de litigios eficaz e imparcial. Aún así, el Proyecto no ordena ninguna modificación procesal al respecto, sobre la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS)⁹⁵.

Con todo y con eso, es sabido que las directivas comunitarias deben ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro de la Unión Europea a través de las normas internas correspondientes, obligando a los Estados

⁹⁵ Otra cuestión que se recoge en esas Disposiciones es la protección dispensada a la persona trabajadora contra el despido, protección que, entre otras materias, se concreta en la carga de la prueba (art. 18). Además, si la persona trabajadora considera que ha sido despedido (u medida equivalente) por haber ejercido los derechos contemplados en esta Directiva, la persona empleadora deberá proporcionarle, por escrito, las causas que fundamenten ese despido. El apdo. 1 b) del art. 15 de la Directiva también autoriza a que los Estados, en los supuestos de infracciones dados, permitan que las personas trabajadoras presenten ante un tribunal u otra autoridad u organismo competente, unos hechos que permitan presuponer que han sido despedidos o han sido objeto de otro perjuicio equivalente por haber ejercido sus derechos en virtud de esta Directiva, la carga de la prueba para demostrar que no ha habido despido o perjuicio equivalente por dichos motivos debe recaer sobre la persona empleadora. El Anteproyecto de ley incorporaba alguna modificación al respecto en la Ley de la Jurisdicción Social Para Elorza Guerrero, F., “La Directiva sobre condiciones laborales transparentes...”, op. cit., p. 100, el capítulo 10 de la Directiva fue el menos desarrollado por el Anteproyecto, algo que puede repetirse del actual Proyecto. En efecto, únicamente el art. primero del citado Anteproyecto preveía la modificación de la LRJS, que preconizaba modificar el apdo. 2 del art. 108 y el apdo. 2 del art. 122. algo que, sorprendentemente, descuida hacer el actual Proyecto. Es cierto que la Directiva permite también otra posibilidad de protección de las personas trabajadoras en esos supuestos, pero no puede aplicarse en España dado que la norma europea se refiere en esos casos a sistemas en los que el despido debe ser aprobado previamente por una autoridad u organismo competente en esa materia.

miembros en cuanto al resultado pretendido, no en cuanto a la forma o los medios para conseguirlo. Y esta Directiva sigue sin ser transpuesta, a pesar de que se ha superado con creces el plazo final, 1 de agosto de 2022 (art. 21.1).

La jurisprudencia del TJUE ha venido reconociendo un efecto directo a las disposiciones de las directivas comunitarias una vez expirado el plazo de transposición de las mismas sin que ésta se haya llevado a cabo, pudiendo ser invocadas por los particulares ante la jurisdicción nacional, siempre que se cumplan una serie de requisitos que se establecen en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁹⁶. Dichos requisitos exigen que la disposición sea lo suficientemente clara y precisa, y que la disposición establezca una obligación que no esté sujeta a ninguna excepción ni condición. El TJUE ha señalado en diversas ocasiones que una disposición es incondicional cuando no otorga a los Estados Miembros ningún margen de apreciación⁹⁷. Como puede comprobarse, el efecto directo no se predica de las Directivas en su conjunto, sino tan solo de aquellas disposiciones incluidas en ellas que cumplan los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia que se han citado.

Por otro lado, la jurisprudencia del TJUE únicamente ha reconocido el efecto directo «vertical» de las directivas, es decir, en las relaciones entre los Estados miembros y los particulares, no siendo aplicable el citado efecto directo de las Directivas en el plano «horizontal», es decir, en las relaciones entre particulares, alegándolo un particular frente a otro. Por su parte, debe destacarse que dentro de las relaciones entre los Estados miembros y los particulares, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no admite que un Estado Miembro invoque las disposiciones de una Directiva no transpuesta en perjuicio de un particular⁹⁸.

En definitiva, y en el caso que nos ocupa, a partir de la fecha en que debió estar realizada la transposición, es decir, el 1 de agosto de 2022, gozarán de efecto directo las disposiciones de la Directiva que cumplan los requisitos citados en el presente apartado.

Sin perjuicio de todo lo anterior, debe recordarse que, en todo caso, a partir de la fecha señalada deberá realizarse la interpretación del derecho nacional vigente de conformidad con la Directiva. Así, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tal interpretación deberá realizarse, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva de que se trate para alcanzar el resultado que ésta persigue⁹⁹.

⁹⁶ Entre otras, en las Sentencias Van Duyn, de 4 de diciembre de 1974; Ratti, de 5 de abril de 1979; Ursula Becker, de 19 de enero de 1982; y Pfeiffer y otros, de 5 de octubre de 2004.

⁹⁷ Entre otras, en la Sentencia Kaefer y Procacci, de 12 de diciembre de 1990.

⁹⁸ Sentencia Ratti, de 5 de abril de 1979.

⁹⁹ Entre otras, Sentencias Adeneler y otros, de 4 de julio de 2006; y Pfeiffer y otros, de 5 de octubre de 2004.

Pero, a mayor abundamiento, los tribunales nacionales podrían basarse en el art. 31 de la CDFUE, considerar que este precepto recoge el derecho a la previsibilidad mínima, y conectando con la Directiva de 2019 que tratamos, reconocer la primacía del derecho de la UE, que desplegaría sus efectos de exclusión y de sustitución. Dicha doble invocación sería suficiente por sí sola para conferir a los particulares un derecho invocable como tal en un litigio que les enfrente en un ámbito regulado por el derecho de la Unión¹⁰⁰.

Esta primacía operaría mediante el efecto de sustitución, según el cual el juez nacional (y las administraciones nacionales) inaplica la norma nacional incompatible y resuelve el litigio utilizando la norma de la UE. Recuérdese que el efecto de sustitución solo será factible cuando la norma de la UE tenga efecto directo, es decir, sea lo suficientemente clara, precisa e incondicional como para que el juez pueda resolver el litigio haciendo uso de ella¹⁰¹. Y creemos que el art. 10 de la Directiva cumple con esas cualidades.

6. CONCLUSIONES

La regulación jurídica del calendario laboral se ha flexibilizado a lo largo del tiempo, la distribución irregular de la jornada se introdujo en la legislación laboral para todas las modalidades de contratación -y actualmente se permite implantar por la empresa a falta de acuerdo-, la figura del preaviso aplicado al tiempo de trabajo ha subido enteros, y la contratación de los trabajadores fijos-discontinuos ha proliferado en España. Todos los factores señalados dan cuenta de la alta flexibilidad del tiempo de trabajo, contemplada desde los intereses empresariales.

Además, es un hecho que los contratos de trabajo que incorporan la figura del preaviso se inclinan hacia un patrón de trabajo más imprevisible; y al contrario: cuanto más claro, ordenado e invariable sea el tiempo de trabajo, más girará el modelo hacia la previsibilidad del patrón de trabajo.

El estudio también concluye que los modelos con patrones de trabajo previsible beben de las fuentes del consenso y de la autonomía colectiva, mientras que los modelos más imprevisibles lo hacen desde la unilateralidad empresarial. Por eso, en este trabajo se ha criticado la oportunidad perdida por el legislador del Proyecto de reforzar la figura del calendario laboral, como modelo de previsibilidad pactada entre los sujetos de las relaciones laborales.

¹⁰⁰Este razonamiento lo había utilizado ya el TJUE en la Sentencia de 17 de abril de 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, apdo. 76.

¹⁰¹López Escudero, M., “Primacía del derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*/64, pp. 787-825, 2019. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.64.01>

La Directiva (UE) 2019/1152 es consciente de la proliferación de modelos de negocio con patrones de trabajo imprevisibles e instaura ciertas obligaciones de información y transparencia que se le exigirán a la persona empleadora, de entidad y contenido distinto en función del modelo de negocio de que se trate, más o menos previsible. Por lo anterior, el nuevo derecho a la previsibilidad mínima sólo se proyecta sobre los modelos de negocio con patrones de trabajo total o mayoritariamente imprevisibles. Y así, respecto de las obligaciones que se instauran, llama la atención que el derecho a la previsibilidad mínima obligue a informar que el trabajo tendrá lugar en unas horas y unos días de referencia [art. 10.1 a)], en relación con el art. 4.2 m) ii, ambos de la Directiva -relativo a las horas y días de referencia en los cuales se puede exigir a la persona trabajadora que trabaje cuando se trate de negocios con un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible-, y que se obligue también a preavisar razonablemente a la misma de la tarea asignada [art. 10.1 b) Directiva]. La información transparente de las condiciones de trabajo, léase del tiempo de trabajo y su ejecución, alcanza una entidad superlativa en la Directiva. La previsibilidad mínima se anuda a la información, obligación que recae en la parte empresarial, y cuya garantía corresponde a los Estados miembros.

La peculiaridad del Proyecto de ley descansa en que, a la hora de transponer cuándo se entiende que las condiciones de trabajo son previsibles (futuro art. 8.6 ET), traduce la noción de la Directiva relativa al “patrón de trabajo” en “pauta de trabajo o, en su caso, en criterios en virtud de los cuales dichas condiciones pueden cambiar”. En definitiva, la noción de patrón de trabajo previsible “made in Spain” se transpone de modo más permisivo que el que puede desprenderse de la Directiva. A partir de la elasticidad conferida a esa acepción, se produce el efecto de que los contratos de trabajo de fijos-discontinuos, al menos formalmente, entrarían en el ámbito de los modelos de negocio con patrones previsibles. La última consecuencia de no exigir los contenidos del derecho a la previsibilidad mínima a esos contratos representa la cuadratura del círculo que obra el Proyecto de Ley.

Con todo y con eso, el efecto directo reconocido a las directivas, así como el hecho irrefutable de que se ha sobrepasado el límite máximo para la transposición de ésta, conducen a la conclusión de que el contenido de la previsibilidad mínima podrá ser invocado por los particulares frente al Estado, dado que las obligaciones contenidas en el art. 10.1 Directiva son lo suficientemente claras y precisas para ello. Y, por esto mismo, los tribunales del orden social deberán dirigir su labor interpretativa hacia el favorecimiento del cumplimiento de esas obligaciones mínimas, pero también de las “máximas” anudadas a los modelos de negocio con patrones de trabajo previsibles. Es más, la relación del derecho a la previsibilidad mínima del tiempo de trabajo con el art. 31 CDFUE permitiría invocar este derecho en las relaciones entre particulares. El principio de primacía del Derecho de la UE, y el recurso al instrumento de sustitución de las normas en conflicto –de la UE y del Estado– servirán al juez nacional para proceder en la dirección apuntada.

En fin, las nuevas obligaciones de información que la Directiva exige a los negocios con un patrón de trabajo previsible puede provocar ciertos bamboleos en la regulación jurídica de los contratos de los fijos-discontinuos -en esa línea de considerarlos modelos con patrones de trabajo preVISIBLES, cuando en muchos casos distan mucho de serlo. La postergada adaptación del Real Decreto de 1998, que desarrolla el art. 8.5 ET, a un momento ulterior a la aprobación del Proyecto de ley, así como la retrasada modificación del enunciado del art. 7.1 LISOS -infracción grave por no informar de los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral-, redundan en la posibilidad de que se dé más caos e inseguridad jurídicos. En efecto, con el propio Proyecto de ley, la empresa con un patrón de trabajo previsible deberá informar -se entiende que también a los trabajadores con contrato de trabajo fijo-discontinuo-, sobre la “duración de la jornada y su distribución”, precepto que no tendría el mismo contenido que informar sobre la jornada diaria o semanal, tal como prevé la Directiva. Es sabido que el contrato de trabajo fijo-discontinuo depende demasiadas veces de que el llamamiento y sus condiciones se regulen en la norma convencional, por lo que va a ser ciertamente difícil acompasar las exigencias de la Directiva con este modelo de contratación, y su práctica. De forma residual, la aplicación directa de los contenidos de la Directiva por parte del juez nacional, recurriendo al efecto de sustitución que propicia el principio de primacía del Derecho UE, podría operar de enmienda al Proyecto si fuera aprobado tal cual está actualmente formulado.