

# El tiempo de trabajo: una visión jurisprudencial

JUAN MARTÍNEZ MOYA \*

## 1. CARACTERIZACIÓN GENERAL

**E**l factor temporal del contrato de trabajo es decisivo puesto que este contrato es fuente de una relación jurídica duradera, se trate de una duración predeterminada o indefinida. De ahí que la relevancia del tiempo sobre el contrato de trabajo presente numerosas manifestaciones: de un parte, el principio de «conservación del negocio» explica la resistencia de la relación laboral a extinguirse; de otra parte, la continuidad de la relación laboral es presupuesto lógico de numerosos derechos y deberes característicos de la relación laboral, a lo que se une la titularidad por el empresario de poderes (de dirección, disciplinario) que no son concebibles en el seno de una relación jurídica instantánea <sup>1</sup>.

De las múltiples caras que presenta el tiempo de trabajo, dedicaremos nuestro estudio a la que denominaremos estricta regulación de la ordenación del tiempo de trabajo.

Como es sabido, *en el plano legal*, a la regulación del tiempo de trabajo el ET dedica cinco artículos (del art. 34 al 38) integrados en la

Sección 5ª. Con origen en la ley irradia normativa reglamentaria y convencional. La razón de la primera estriba fundamentalmente en atender la diversidad de situaciones, sectores de trabajo cuyas necesidades en el marco de la ordenación del tiempo de trabajo resulta difícil contemplar unitariamente en el marco legal. La razón de la segunda en la circunstancia de que la negociación colectiva, sobre todo a partir de la reforma operada con la Ley 11/1994, aparece muy potenciada y alcanza una gran virtualidad, de modo que buena parte de las previsiones del ET son dispositivas para aquélla <sup>2</sup>. A ello se une el hecho de que también en esta materia la autonomía individual, a diferencia de otros aspectos de la relación laboral, encuentra menos obstáculos para su establecimiento <sup>3</sup>. No obstante

<sup>2</sup> MONTOYA MELGAR, GALIANA MORENO, SEMPERE NAVARRO, RÍOS SALMERÓN. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Ed. Aranzadi, 4ª Edición, 2001.

<sup>3</sup> En la ordenación del tiempo de trabajo la articulación entre ley – autonomía colectiva- autonomía individual encuentra un banco de pruebas perfecto. La sentencia del Tribunal Constitucional 105/1992 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 1 de julio constituye un claro ejemplo. Se trataba de determinar si era lícita o no la modificación de jornada continuada a partida, prevista en el convenio colectivo, por vía de pactos individuales ofrecidos mediante anuncio público a los trabajadores que quisieran acogerse a esa modalidad. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional fue rotundo: «La respuesta ha de ser necesariamente negativa, pues de lo contrario, de prevalecer la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente

\* Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Letrado del Consejo General del Poder Judicial.

<sup>1</sup> MONTOYA MELGAR, ALFREDO, *Derecho del Trabajo*, ed. Tecnos, 22ª edición, Madrid, 2001, Cap XIV.

pese a la flexibilidad interna que para la relación laboral supone el vigente marco regulador del tiempo de trabajo, el desenvolvimiento de la autonomía colectiva, y normalmente con carácter subsidiario, la individual, se mueve dentro de unos mínimos de derecho necesario radicados en el propio Estatuto de los Trabajadores, en legalidad variada (vgr. Ley de Prevención de Riesgos Laborales), y en normativa internacional (Convenios y Tratados Internacionales) y comunitaria.

Esta rápida panorámica normativa sobre el tiempo de trabajo puede servir de base para preluir las líneas generales que cabe extraer del tratamiento cuantitativo y según materias que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala Social)<sup>4</sup> le ha dedicado.

Varios rasgos fundamentales se desprenden del rastreo de las sentencias<sup>5</sup> directamente relacionadas con el tiempo de trabajo

pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de la negociación colectiva configurado por el legislador cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el artículo 37.1 CE ». En esta misma línea, más recientemente, véase la sentencia Tribunal Constitucional 225/2001, de 26 de noviembre (RTC 225).

<sup>4</sup> Centramos nuestro estudio en los pronunciamientos dictados por el TS (Sala Social), atendiendo al sentido legal de jurisprudencia ex art. 1.6 del Código Civil. No es objeto de nuestro estudio la doctrina constitucional recaída sobre la materia, si bien dejaremos constancia de ciertos pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Orillamos en cambio las sentencias dictadas por la Sala de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia, pues escapan al objetivo perseguido en este trabajo.

<sup>5</sup> De imprescindible consulta son las obras generales de *jurisprudencia social y unificación* de SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V. y CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO, sucesivos volúmenes 1991/1992 (SEMPERE y GARCÍA LÓPEZ), y a partir de 1993/1994 (SEMPERE y CAVAS), 1995, 1996, 1997, 1998, 1999 y 2000; ed Aranzadi., y cuadernillos mensuales (el publicado más recientemente septiembre de 2001). *Colección de doctrina, jurisprudencia sobre unificación de doctrina de la sala de lo social del Tribunal Supremo*, editada por el Consejo General del Poder Judicial: año 1996 (dos volúmenes) recopilación de notas doctrinales e índices MARTÍN MARTÍN, G. 1er volumen, y

en su dimensión o faceta de duración de la prestación:

a) Su conexión con lo retributivo y con la duración del contrato. Con fundamento, se ha señalado que no pocas cuestiones que tienen que ver con el tiempo de trabajo en cuanto medida de la prestación del trabajador, se suscitan al tratar aspectos retributivos, pues, por ejemplo, un conflicto sobre el plus de nocturnidad guarda inevitablemente relación con la jornada nocturna<sup>6</sup>. Gráficamente se ha dicho que duración, jornada y salario son los tres pilares estructurales de la relación jurídica laboral: están íntimamente trabados entre sí y de su fortaleza depende la consistencia de todo el edificio<sup>7</sup>. No es inusual que la constatación de excesos de jornada de trabajo o la realización de horas extraordinarias, condicione el contenido del pronunciamiento en un proceso por despido ya en su propia calificación o en sus consecuencias económicas. O que las situaciones de suspensión que puede atravesar el contrato de trabajo (por ejemplo, la huelga) tengan directos efectos sobre la retribución del trabajador<sup>8</sup>.

a partir del segundo volumen correspondiente al 2º semestre de 1996 hasta el año 2000 (dos tomos por año) la recopilación, notas, concordancias e índices han sido elaborados por Salinas Molina, Fernando. También sucesivas *guías de recursos de casación para unificación de doctrina* elaboradas por GARCÍA DE PAREDES, M<sup>a</sup> LUZ, ed, La Ley-Actualidad.

<sup>6</sup> MONTALVO CORREA, JAIME «Tiempo de trabajo», en la obra *Unificación de doctrina de Tribunal Supremo en material laboral y procesal laboral*, VVAA en estudios homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz; ed, Tirant Lo Blanch, 1999.

<sup>7</sup> ALARCÓN CARACUEL, MANUEL RAMÓN, «Duración del contrato, jornada y salario», en la obra *La Reforma Laboral de 1994*, ed. Marcial Pons, Madrid 1995.

<sup>8</sup> Véanse sentencias Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 26 de mayo de 1992 –Desdentado Bonete– RJ 1992\3605, 19 de octubre de 1993 RJ 1993\7841, 18 de abril de 1994 (RJ 1994\3256). O más recientemente, sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 13 de marzo de 2001 –Martín Valverde– RJ 2001\3178-, y 19 de marzo de 2001 –Desdentado Bonete– RJ 2001\3386.

b) La tendencia a la singularidad de los pronunciamientos. Característica que admite ser explicada desde varias perspectivas: 1) estrictamente sustantiva y encuadrada en el campo de las fuentes del Derecho: la incidencia de la negociación colectiva o la normativa estatutaria; o 2) con un enfoque procesal: el sistema vigente de recursos extraordinarios (casación ordinaria y casación unificadora) aboca a un panorama de pronunciamientos que obliga a realizar un labor selectiva pues, de un lado, cuando se trata de analizar normativa convencional —salvo excepciones— se concentra en personal laboral con régimen específico<sup>9</sup>; de otro lado, la inmensa mayoría de litigios que puede afectar a trabajadores *uti singuli* desde el punto y hora en que aparecen directamente conectada con la retribución, son escasas las sentencias que acceden a cualquiera de las vías casacionales ya que o bien las previsiones suelen escapar al control, por problemas de legitimación, o bien están asociados a procesos de modificación de condiciones de trabajo sobre los que no cabe recurso alguno (art. 138. 4 Ley de Procedimiento Laboral), con la excepción claro está de que provengan por el cauce del conflicto colectivo. Todas estas consideraciones justifican en buena medida un panorama no exento de acentuado casuismo y dispersión.

c) Cuantitativamente, la tendencia jurisprudencial queda fragmentada por el ámbito personal de afectación. Son numerosos —o mejor reiterados— los pronunciamientos dictados sobre personal estatutario vinculado a entidades sanitarias —estatales y autonómicas<sup>10</sup>—. Por el contrario es escasa,

<sup>9</sup> Son los supuestos de empresas de gran dimensión, que permiten ser encuadrados dentro de las relaciones laborales de régimen específico. Así sucede con RENFE, TELEVISION ESPAÑOLA, IBERIA, etc.

<sup>10</sup> El TS –Social- ha resuelto litigios afectantes a cuestiones de jornada y descansos, que cabría esquematizarse, sin ánimo exhaustivo —y por citar las sentencias correspondientes al último bienio—son: a) INSA-LUD: 1) respecto a médicos de la Seguridad Social sentencia de 21 febrero 2000 en la que aborda la cues-

y asociada a fenómenos de subrogación en lo tocante al personal laboral de Administración Pública (central y autonómica), y residuales con relación al resto de personal laboral vinculado a empleadores privados, y respecto de estos últimos siempre con respecto a empresas de notable dimensión. Nuevamente la clave la encontramos en el sistema de recursos, y en cierta medida al ámbito funcional y subjetivo de la norma convencional a interpretar.

tión de guardias nocturnas en vísperas de fiesta y el derecho al disfrute ininterrumpido de 36 horas de descanso; o la sentencia de 18 febrero 2000 (RJ 2000/2051) sobre guardias nocturnas en vísperas de fiesta, y el derecho al disfrute ininterrumpido de 36 horas de descanso, marcando las diferencias según se trate de guardias de presencia o de guardias localizadas; 2) en cuanto a personal sanitario no facultativo, entre otras, la sentencia de 28 mayo 2001, que deniega el complemento de atención continuada en festivos o días de libre disposición, en trabajo nocturno, o las numerosas sentencias (que arrancan desde la sentencia de 26 diciembre 1997 y han seguido con otras como las SSTS 26-12-1997, 6-5-1998, 6-6-1998, 8-7-1998 en el sentido de considerar «rotatorio» únicamente el cambio de horario de día a horario de noche, pero no en el de mañana a tarde; 3) o respecto a todo el personal estatutario rechazar el abono de horas extraordinarias, al estar sujetos a un sistema cerrado de retribuciones cerrado, únicamente proceder el abono de estos excesos de jornada a través del complemento de atención continuada (entre muchas, sentencia TS –Social- 2 noviembre 1999). b) INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA: respecto de este colectivo cabría citar una larga serie de sentencias (por todas, sentencia de 9 de julio 2001 RJ 2001\7433) que resuelven respecto de un colectivo específico (asesores técnicos laborales marítimos) cuestiones relativas a la duración de la jornada y legislación aplicable. c) SERVICIO VALENCIANO DE SALUD, la sentencia 27 febrero 2001 decide sobre la forma de retribución de las horas de localización en Equipos de Atención Primaria (ATS). d) INSTITUTO CATALAN DE LA SALUD cuando en diversas sentencias (entre otras, de 16 de febrero de 2000 analiza la procedencia del complemento de atención continuada días de libranza o permiso en que procede su abono. e) SERVICIO ANDALUZ DE LA SALUD: la sentencia Tribunal Supremo de 20 abril 1998 RJ 1998/3482 recaída en el marco de un proceso de conflicto colectivo resuelve análogo tema al ya citado sobre la necesidad de incluir la realización de noches para la inclusión en el turno rotatorio.

d) Cualitativamente, y como consecuencia de las notas anteriores, resulta complicado trazar de forma sistemática las líneas conformadoras de una doctrina jurisprudencial sobre la materia. El tiempo o la jornada de trabajo y su distribución resulta ser una condición laboral que trasciende del ámbito individual de la relación de trabajo e incide también en otros aspectos también laborales: en la organización productiva de la empresa, y en la política de empleo, y, desde luego en los aspectos salariales directamente relacionados con la jornada, siempre protagonista en la negociación colectiva<sup>11</sup>. Ahora bien, como tendremos ocasión de reseñar, no faltan pronunciamientos que para afrontar la resolución de los conflictos procuran clarificar conceptos (así sucede con la diferenciación entre horario y jornada, o el de hora extraordinaria) o acuden, en el terreno de la interpretación de las normas legales y convencionales (arts 1281 y ss y art. 3 del Código Civil) a las líneas esenciales que las

<sup>11</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO, SEQUEIRA DE FUENTES y TEJEDOR REDONDO, en *Derecho del Trabajo de la Empresa*, ed. Colex, Madrid 2001, pág 320.

<sup>12</sup> Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 6 marzo 2000 (RJ 2000/2598) son muy numerosas las sentencias del TS (entre muchas, sentencias de 17 de diciembre de 1996 [RJ 1996/9714], 20 de mayo [RJ 1191/4107], 4 de noviembre [RJ 1997/8028] y 15 de diciembre de 1997 [RJ 1998/5263], 15 [RJ 1998/5263] y 29 de junio de 1998 [RJ 1998/6426] y 29 de junio de 1999 [RJ 1999/5231]) que establecen que la interpretación de los convenios colectivos dada su integración en el sistema formal de fuentes y su condición de acuerdo, ha de llevarse a cabo mediante la combinación de los criterios de interpretación de las normas legales, especificados principalmente en los artículos 3 y 4 CC, y de los contratos, contenidos en los arts. 1281 y ss. CC. Añade aquella sentencia que « El punto de partida de la actividad hermenéutica habrá de ser, por consiguiente, la letra del Convenio a interpretar ya que los arts. 3.1 y 1281.1 CC ordenan estar al sentido gramatical cuando los términos del contrato o convenio sean claros y no dejen duda sobre la intención de las partes. Pero el canon de la literalidad no es cláusula de cierre de dicha actividad. La exigencia de claridad la predica el Código Civil de «los términos del contrato», de modo que la apreciada en

informan<sup>12</sup>. No es infrecuente encontrar citas literales de las exposiciones de motivos de la leyes (sobre todo a partir de la reforma de 1994) insertadas en la parte razonada de la sentencia. El Tribunal con el auxilio de este criterio de interpretación auténtica consigue así una guía segura sobre los principios inspiradores del desenvolvimiento de la relación laboral en materia de tiempo de trabajo. Flexibilidad que, desde la reforma de 1994, será término recurrente<sup>13</sup>. Y, con mayor razón en materia de tiempo de trabajo donde como reconoce el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de

una o varias cláusulas, en su consideración aislada, no es suficiente. Tendrán estas que soportar, conforme a una interpretación sistemática, la prueba de contraste con las restantes cláusulas, y dejar patente la necesaria armonía con ellas, pues en caso contrario predominará, «ex» art. 1285, el sentido que resulte del conjunto de todas. Además, y de acuerdo con el párrafo segundo del art. 1281 CC, habrá de profundizarse en la interpretación para descubrir, en todo caso, la verdadera intención de las partes que debe prevalecer sobre el sentido literal de las cláusulas. Porque en definitiva, el objetivo final de la interpretación de un Convenio, como norma paccionada que es, no es otro que el de conocer esa voluntad de las partes para fijar el alcance y contenido de lo pactado y para determinar las obligaciones asumidas por cada una de ellas». Y termina señalando «que la interpretación es facultad privativa de los Tribunales de instancia, que son los únicos que pueden percibir de manera inmediata, en la actividad probatoria, cuál ha sido la voluntad de las partes. Por tal razón su criterio, como más objetivo, debe prevalecer sobre el del recurrente salvo que no sea racional ni lógico o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual».

<sup>13</sup> Son elocuentes los títulos de los trabajos que obtuvieron el Premio Rafael Martínez Emperador 1997: *La flexibilidad en la nueva relación de trabajo* NAVARRO NIETO, FEDERICO, SAEZ LARA, CARMEN; y *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas "flexibilizadoras" de la relación laboral* FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, JUAN J, MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup> DE LOS REYES y RODRIGUEZ ESCANCIANO, SUSANA; publicados por el Consejo General del Poder Judicial.- Véase en el terreno jurisprudencial los conceptos de flexibilidad horaria y sus interrelaciones con la jornada la sentencia Tribunal Supremo (Social) de 17 de julio 2001 –Salinas Molina–.

2002<sup>14</sup> los convenios colectivos tienen la capacidad de tratar un conjunto de elementos, entre los que se encuentra la gestión del tiempo de trabajo que permiten avanzar la dirección lograr el equilibrio entre flexibilidad y seguridad para defender el empleo y evitar ajustes traumáticos del mismo.

e) La influencia del tiempo de trabajo en la relación laboral tiene una intensa y extensa fuerza expansiva. Escapa de sus márgenes estrictos de regulación legal (arts 34 a 38 del ET) y/o convencional, y es inescindible su consideración, por la dinamicidad propia de la relación laboral, a otros aspectos de la misma. El régimen jurídico de las ausencias al trabajo<sup>15</sup> demuestra esta afirmación, puesto que inciden en el empleo, en el salario y en el descanso vacacional. Hay ausencias que entrañan pérdida de empleo (tales como las faltas de asistencia o puntualidad al trabajo como causa de despido disciplinario, o el absentismo laboral, como causa objetiva de extinción contractual); las ausencias que implican pérdida de empleo (la reserva del puesto de trabajo, o el derecho al reingreso preferente); las ausencias que no aparejan pérdida del mantenimiento del salario, y otras se provocan se interfieren en el cómputo a efectos del descanso vacacional.

f) Se produce también el fenómeno de la convivencia y/o interferencia entre los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo. La materia de infracciones y sanciones así como los aspectos de cotización siguen estando residenciados en los tribunales contencioso-administrativos lo que da pie a que en dicho orden se lleven inevitablemen-

te enjuiciamientos de fondo sobre materias estrictamente laborales (la materia de horas extraordinarias constituye un claro ejemplo de ello). Si el «virtual» art. 3 de la LPL en su redacción dada por la disp. Adicional 5ª de la Ley 29/1998 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a su vez redactada por la dis. 24ª.2 de la Ley 50/1998 de 30 de diciembre de Medidas Administrativas, Fiscales y del Orden Social, se materializara en una realidad material, desaparecería este fenómeno.

El componente esencial de estas ideas lo iremos desgranando en la andadura que comenzamos siguiendo el cauce legal (arts 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores) por el que viene discurriendo la doctrina jurisprudencial sobre el tiempo de trabajo que seguidamente pasamos a exponer. Una advertencia antes de comenzar: el estudio del tiempo de la prestación laboral muestra perfiles que se asemejan a un poliedro. Nos detendremos exclusivamente en aquellas resoluciones que afectan directamente a los aspectos de la duración de la prestación. Sabido es que —como ya avanzamos— que el factor temporal incide tanto en la duración del contrato (fundamenta así la tipología de contratos ex art. 15 del ET) como de la duración de la propia prestación medida en unidades (jornada, descanso semanal y vacaciones), y su inevitable incidencia en la retribución y en ciertos aspectos del estatuto jurídico del trabajador en el que tiene lugar destacado la antigüedad<sup>16</sup>.

Por otra parte, ya hemos hecho referencia al dato de que, más que por su diversidad por su reiterada cantidad, el Tribunal Supremo (Social) ha resuelto litigios sobre aspectos relativos a tiempo de trabajo (jornada, descansos, turnos y retribuciones asociadas a excesos de jornada) que afectan a personal estatutario sanitario o no. Nótese, por tanto, que la normativa laboral no es aplicable a

<sup>14</sup> Por Resolución de 26 de diciembre de 2001, de la Dirección General de Trabajo se dispuso la inscripción en el Registro y Publicación del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2002 (BOE de 17 de enero de 2002).

<sup>15</sup> Seguimos la clasificación trazada por Sala Franco, Tomás, en *El régimen jurídico de las ausencias al trabajo*, ed. Tirant lo Blanch, colección laboral núm 110, Valencia 2001.

<sup>16</sup> MONTOTO MELGAR, ALFREDO, *Derecho del Trabajo*, ed. Tecnos 22ª edición, Madrid, 2001, Cap XIV.

este colectivo, como tampoco las modalidades procesales especiales<sup>17</sup>, lo que permite que lleguen conflictos (vgr. sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo que afectan, en lo que aquí interesa, a jornada o a horarios) que de serles aplicable la legislación laboral culminarían en instancia, lo que muestra una vez más la extraña convivencia –múltiples veces denunciada– de aquel colectivo en la jurisdicción laboral.

## 2. LA JORNADA DE TRABAJO

### 2.1. La jornada : hacia una delimitación conceptual

Con referencia expresa al artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, no han faltado ensayos de delimitación del concepto de jor-

<sup>17</sup> Sentencia Tribunal Supremo –Social– de 5 de junio de 2000 – Fuentes López– (RJ 2000\4649) que declara que el cauce procesal para reclamar modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo no es el especial sino el ordinario, puesto que «no es aplicable al personal estatutario de la Seguridad Social, (...) con independencia de su sistema retributivo lo prevenido en los art. 39 y 41 del ET pues como esta Sala ha declarado con reiteración, Sentencias de 4 de diciembre de 1992 RJ (1992/10421), 22 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8922), 15 de julio de 1994 (RJ 1994/6669), 6 de febrero de 1995 (RJ 1995/780), 14 de octubre de 1996 (RJ 1996/7624) y 29 de diciembre de 1999 (RJ 2000/569), dicho personal no está vinculado a la Seguridad Social por una relación laboral, sino estatutaria, al encerrar su actuación una clara condición de Derecho Público, al intervenir y contribuir de alguna forma en la gestión, actuación y realización de un servicio público, como es el de la Seguridad Social, razón por la cual el art. 1.3 a) del ET, excluye explícitamente de su ámbito a este personal, y por lo cual, con independencia del nombre que den las partes a la acción ejercitada, pretendido un restablecimiento de una situación estatutaria anterior, violentada por la demandada, las demandas interpuestas, como la de autos, tienen que tratarse por el procedimiento ordinario y no por el especial del art. 138.4 de LPL (...); «no es de aplicación el art. 138 LPL, pues este precepto y los siguientes forman parte del marco legal introducido por la Ley 11/1994, que lo establece exclusivamente para analizar las reclamaciones por infracción de los arts. 31 y 41 del ET».

nada. Básicamente han venido por dos caminos. Normalmente se han formulado de manera anudada a la determinación de la consideración de tiempo de trabajo efectivo –que trataremos más tarde—. En este sentido, la jurisprudencia<sup>18</sup> ha enfatizado la *versatilidad y amplitud* del concepto de jornada, cuando señala que «El planteamiento del recurrente parte del error de considerar que el concepto de «jornada» es unívoco y coincidente con el de «jornada de trabajo», siendo así que es plural e indeterminado. Es cierto que en su concepción jurídico-laboral estricta el concepto de «jornada de trabajo», que es el término utilizado por el art. 34.1 ET, equivale al tiempo de servicios efectivamente prestados por el trabajador como pago de su deuda de actividad. Jurisprudencialmente «La jornada efectiva de trabajo es el tiempo que, en cómputo diario, semanal o anual, dedica el trabajador a su cometido laboral propio» (Sentencia de 21-10-1994) y, en términos del art. 34.5, es el tiempo en que el trabajador «se encuentra en su puesto de trabajo». Desde esa concepción es evidente que un descanso no retribuido ni considerado tiempo de trabajo, no puede entenderse incluido dentro de la «jornada de trabajo». «Pero los conceptos de «jornada de trabajo» y de «jornada» no son iguales. La noción sociológica de esta última es más extensa y equivalente a todo el tiempo de presencia física del trabajador en la empresa o centro de trabajo. Y así es normal en el mundo del trabajo hablar de jornada de tantas o cuantas horas de duración, aunque en ese tiempo medien descansos no retribuidos. Desde ese prisma, la jornada diaria, que no la «jornada de trabajo», viene a ser entonces la suma del tiempo de trabajo efectivo, más el tiempo de descanso». «Ese concepto amplio de jornada puede inferirse incluso del número 4 del art. 34 ET, como se admite en el recurso, si se hace una interpretación literal del mismo, pese a que el precepto estatutario

<sup>18</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 6 marzo 2000 (RJ 2000/2598) –Ponente, Samper Juan—Recurso de Casación núm. 1217/1999.

hable en su número 1 de «jornada de trabajo». Pues si en la jornada continuada el descanso debe establecerse «durante» ésta, y dicha preposición denota simultaneidad de un acontecimiento con otro, no es ilógico hacerla equivar a «dentro de la jornada» como entiende la sentencia recurrida, y llegar así a la conclusión de que la jornada mínima de 7 horas establecida por el Convenio incluye, no sólo el «tiempo de trabajo efectivo», sino también el tiempo de descanso por bocadillo, que las partes negociadoras acordaron computar como de trabajo efectivo».

Se observa una línea de continuidad doctrinal en orden a destacar *la diferencia conceptual entre jornada y horario y prevalencia de aquel en casos de divergencia*<sup>19</sup>: «Los conceptos de jornada, sea diaria, mensual o anual, y de horario son conceptos muy próximos y vinculados entre sí, pero entre ambos es la jornada la que presenta una mayor relevancia y transcendencia, por cuanto que ella es la que determina nítidamente el número de horas que se han de trabajar, dentro del lapso temporal de que se trate; el horario es una consecuencia o derivación de la jornada, pues en él se precisa el tiempo exacto en que cada día se ha de prestar servicio, teniendo siempre a la vista y como norma a respetar la duración de la jornada estatuida. Por consiguiente, en el radio de acción en que se mueven estos dos conceptos, hay, en principio, una cierta supeditación o subordinación del horario a la jornada. De ahí que, cualquier disparidad o divergencia que entre ellos surja al ser aplicados en la realidad del tráfico jurídico, lógicamente haya de ser salvada y resuelta de modo que prevalezca y se respete la jornada establecida, aunque para ello tengan que sufrir alguna modificación o padecimiento los horarios anteriormente marcados; sólo podría, en tales casos, mantenerse el pre-

<sup>19</sup> Sentencias de 22 de julio de 1995 (RJ 1995/6325), –Gil Suárez–, de 26 junio 1998 –Botana López– y de 19 febrero 2001 (RJ 2001/2805) –Martínez Garrido–.

dominio o preferencia del horario sobre la jornada, si así se dispusiese en norma legal o convenida, o así se hubiese estipulado en el correspondiente pacto... ». La distinción entre jornada y horario, como ha reparado la doctrina<sup>20</sup>, no es inútil porque determinados preceptos –por ej. el art. 41 del ET– otorgan un tratamiento distinto a ambas instituciones, y no es simple toda vez que el uso coloquial de ambos conceptos, su aplicación judicial, y la propia no siempre las emplean con la suficiente nitidez.

## 2.2. Limitación legal de la jornada: criterios sobre su fundamento

Si desde el punto de vista económico es esencial la determinación de una jornada mínima, por debajo de la cual decrece y llega a anularse el beneficio empresarial, desde el punto de vista social y jurídico se plantea el problema de limitar la duración máxima posible de la jornada con el fin básico de tutelar la salud psicofísica del trabajador<sup>21</sup>. Esta explicación doctrinal encuentra incontestable reflejo en un caso<sup>22</sup> en que tras reafirmar la naturaleza laboral del contrato de los médicos residentes, se declara la nulidad de las cláusulas de los contratos particulares que niega el descanso legal. Al respecto se razona lo siguiente: «No se puede negar que el art. 34.3 ET y las Directivas 93/104/CE y 94/33/CE están presididos por unos principios que actúan, en general, en forma de mínimos, estableciendo limitaciones en la jornada de trabajo y garantizando unos descansos inexcusables, sin perjuicio de su regulación concreta en la negociación colectiva, pac-

<sup>20</sup> GONZÁLEZ BIEDMA, EDUARDO, «La jornada (En torno al artículo 34)» en la obra colectiva *El Estatuto del Trabajador, Veinte años después. Revista Española de Derecho del Trabajo*. Edición especial núm 100, Ed. Civitas, Madrid 2000, pág 732.

<sup>21</sup> Tomamos literalmente estas palabras de MONTOLYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, op. cit.

<sup>22</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 8 junio 2001 –Sampedro Corral–.

tos específicos o contrato de trabajo, pero siempre sometidos a aquellos límites indispensables. En el fondo lo que persiguen una y otra norma –Estatuto y Directiva– es velar por la salud del trabajador –y, quizá, en el caso concreto, también la atención de los enfermos– mediante la concesión de un período de descanso que se considera necesario para el restablecimiento físico y psíquico del trabajador».

### 2.3. La jornada como trabajo efectivo

Los descansos durante la jornada de trabajo (art. 34.4 del ET) y la interpretación de la regla contenida en el artículo 34.5 del ET sobre de cómputo del tiempo de trabajo que integra la jornada ha sido objeto de consideración por el Alto Tribunal en determinados supuestos problemáticos. La solución de si determinadas situaciones (los desplazamientos al lugar de trabajo, las pausas por bocadillo o las guardias de localización, o bien otros supuestos más extremos como el tiempo empleado en la entrega de armas en los casos de vigilantes jurados, o el de aseo o vestuario) integran o no el tiempo efectivo de trabajo repercuten en diversas esferas de la relación laboral como el cómputo máximo de jornada o de reputarse tiempo de trabajo la forma en su caso de retribución, pero también proyectan eficacia en la relación obligatoria de Seguridad Social (pensemos, por ejemplo, en un infarto de miocardio que sufre un trabajador durante una guardia de presencia). Tiempo de trabajo efectivo que no cabe confundir con el denominado tiempo de espera previsto en el RD 1561/1995 sobre jornadas especiales, el cual pese a ser remunerado no cuenta a los efectos de cómputo de jornada.

Si hubiera que establecer una regla general interpretativa que la jurisprudencia retiene podría resumirse diciendo, en estricta concordancia con la legalidad vigente, que para el cálculo de la jornada laboral máxima anual

sólo son computables las horas de «trabajo efectivo». El descanso compensatorio, por su propia naturaleza, no es tiempo de trabajo efectivo, regla que sólo cede si media acuerdo entre las partes. Si lo es el exceso de trabajo que supera la jornada ordinaria, tanto si se retribuye económicamente como con descansos compensatorios, y por esa razón ese tiempo trabajado se computa para determinar la jornada real anual y abonar el tiempo excedido<sup>23</sup>.

Supuestos específicamente abordados –no muy numerosos para la riqueza de situaciones que se pueden presentar– y que marcan pautas en el seguimiento interpretativo de la cuestión son los siguientes:

(a) Para el cómputo de la jornada anual de la empresa ha de tenerse en cuenta el trabajo real y efectivo, sin que deba incluirse el *tiempo de descanso del bocadillo*<sup>24</sup>. En efecto: la doctrina jurisprudencial establece sobre el particular que el que la empresa venga retribuyendo el tiempo de «toma de bocadillo» dentro de la jornada continuada de trabajo, no debe comportar de manera ineludible el que tal período de tiempo deba calificarse como de trabajo efectivo. Para que esto último acaeciera, es necesario que medie un acuerdo individual o colectivo al respecto, por así exigirlo, de modo ineludible, el mencionado art. 34.4 ET. «De la retribución del expresado descanso en jornada continuada no cabe, en manera alguna, inferir una tácita voluntad consensuada entre las partes en orden a la configuración como jornada efectiva de trabajo del señalado descanso, que es lo exigido,

<sup>23</sup> Sentencias Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 24 enero 2000 –Samper Juan– y de 20 diciembre 1999 –Samper Juan–.

<sup>24</sup> Sentencias Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 6 marzo 2000 (RJ 2000/2598) –Ponente, Samper Juan– y de 15 de octubre de 2001 y (Gil Suárez). Con anterioridad pueden verse sentencias TS de 21 de octubre 1994 (RJ 1994/8102), 20 de diciembre de 1999 –Samper Juan– RJ 1999/10036 y 3 de junio de 1999 –Bris Montes–.

para ello, por el repetido art. 34 del Estatuto de los Trabajadores». Además el Alto Tribunal refuerza esta regla general instaurando una presunción que juega a favor del empleador pues de prosperar de no ser así, se llegaría a superar el tope de jornada anual, por lo que no debe presumirse una voluntad empresarial que, además de abonar espontáneamente ese descanso, se constituya en situación de tener que abonar o compensar ese exceso de jornada anual».

(b) El distinto tratamiento que tiene la *guardia de presencia física y la de localización*<sup>25</sup>. Las horas de guardia localizada, salvo que se demuestre en cada caso lo contrario, no son horas de trabajo que den derecho a mayor retribución que la específicamente prevista para ellas, ni a descanso compensatorio.

(c) El tiempo invertido en los *desplazamientos entre el depósito de armas y el centro donde presta sus servicios el vigilante de seguridad* es tiempo de trabajo<sup>26</sup>. Ello es así porque tales desplazamientos no son los propios de ida y vuelta al trabajo desde el domicilio o residencia del trabajador, sino que están determinados por un deber impuesto por la empresa en atención a necesidades o conveniencias del servicio. Esta afirmación a su vez queda apuntalada en un precedente anterior<sup>27</sup>, que ya indicaba que cuando «el

horario se anticipa para el trabajador a fin de realizar una actividad concreta en un determinado lugar» que no es el de trabajo el «tiempo dedicado a desplazarse desde el centro de trabajo a distinto lugar» debe considerarse o computarse como «jornada de trabajo». Problema más arduo es la forma de retribución de estos excesos de jornada, temática que tendremos oportunidad de analizar en el apartado correspondiente a las horas extraordinarias.

#### 2.4. El establecimiento de la jornada y sus modificaciones

En línea de principio, muy interesante resulta la reflexión atinente a la observancia de la autonomía negocial cuando los Tribunales se enfrentan a problemas de establecimiento de jornada, cuando aquella, lógicamente, no rebasa el derecho necesario. La intervención judicial no puede suplir la actividad negociadora de las partes sociales, cuando quienes han decidido fijar una jornada anual y una mensual, omiten la diaria. La cuestión queda inmersa en el conflicto de intereses o de regulación ajeno al quehacer de los jueces sociales<sup>28</sup>.

Cuando la Sala Cuarta se ha enfrentado a supuestos de decisiones empresariales de modificación de jornada (reducción de la máxima legal) autorizadas en normativa convencional<sup>29</sup> confirma el asiento legal de la decisión en los siguientes términos: «en el art. 41 del ET se alude a ciertas materias, en las cuales, la empresa lleva a cabo una alteración que equivale a un cambio sustancial de condiciones: jornada de trabajo, horario, régimen de trabajo a turnos. Pues bien: el aspecto colecti-

<sup>25</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 10 marzo 1999 –Moliner Tamborero– RJ 1999/2125. En este sentido el TS ha mantenido tradicionalmente esta distinción entre guardias de presencia y localizadas tanto para resolver problemas de jornada TS 20 Feb. 1992 (Rec. 1006/1991), 9 Jun. 1992 (Rec. 732/1991), 30 Jun. 1994 (Rec. 3619/1993) o 24 Jun. 1996 (Rec. 1563/1995), como problemas de salarios TS 7 Feb. 1994 (Rec. 434/1993), 11 Mar. 1994 (Rec. 1703/1993), 24 Jun. 1994 (Rec. 3166/1993), 7 Oct. 1994 (Rec. 194/1994) o 22 Dic. 1995 (Rec. 2036/1995).

<sup>26</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 18 septiembre 2000 –Martín Valverde– RJ 2000/9667 recaída en recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1696/1999.

<sup>27</sup> Sentencia de 24 de junio de 1992 (RJ 1992/1669).

<sup>28</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 30 abril 2001 –Ríos Salmerón–. Recurso de Casación núm. 3215/2000.

<sup>29</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 17 julio 2000 –Ríos Salmerón–. Recurso de Casación núm. 4155/1999.

vo del cambio, determinante del sistema de consultas postulado, sólo hace aparición cuando la empresa modifica condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto igualmente colectivo, con alegato de que han sobrevenido probadas razones económicas, técnica, organizativas o de producción. Ahora bien: lo que la empresa está haciendo, que conste, es servirse cabalmente de la autorización que le confiere el Convenio Colectivo, para alterar los horarios, con el máximo de una hora diaria. No se comprende, pues, ausente un hecho probado sobre que proyectar la afirmación, en qué manera cabe decir a la empresa, con eficacia de pronunciamiento general, que hace algo que el pacto colectivo no autoriza. Es más, el mencionado art. 32.1 se constriñe a fijar una limitación: las alteraciones en los horarios no pueden sobrepasar una hora diaria. Y en la medida en que tal limitación se respete, tendremos que admitir, como ya dijo la Comisión Mixta, que no es necesario sujetarse a trámite adicional alguno».

## 2.5. Calendario laboral y horarios

En un pronunciamiento dictado en casación ordinaria la Sala Cuarta ha tenido oportunidad de solventar un problema nada claro, pues la ley nada dice sobre el particular. Se trataba de determinar *si el empresario está obligado o no a incluir en el calendario los horarios*. La respuesta, con la legislación vigente, fue negativa<sup>30</sup>. La obligación venía impuesta en el artículo 4 del RD 2001/1983 que regulaba la jornada de trabajo y jornadas especiales. Pero este Decreto quedó derogado por la Ley 11/1994 y por la Disposición Derogatoria Única del RD 1561/1995. Este último Decreto es el que ha pasado a regular la jornada y no contiene mandato alguno que obligue al empresario a incluir los horarios en el calendario laboral. La Sala concreta esta decisión señalando que «El

artículo 34.6 del Estatuto de los Trabajadores ordena la publicación del calendario laboral. El problema litigioso se plantea sobre cuál sea el contenido de esta obligación de publicación, referida a los horarios que se contemplan en el referido precepto convencional. El Estatuto de los Trabajadores no obliga a la publicación de los horarios. Esta obligación venía impuesta en el artículo 4 del Real Decreto 2001/1983 que regulaba la jornada de trabajo y jornadas especiales. Pero este Decreto quedó derogado por la Ley 11/1994 y por la Disposición Derogatoria Unica del Real Decreto 1561/1995. Este último Decreto es el que ha pasado a regular la jornada y no contiene mandato alguno que obligue al empresario a incluir los horarios en el calendario laboral. Por tanto, es más que dudoso que el empresario esté obligado a incluir los horarios en el calendario que haya de publicar en cumplimiento del mandato del artículo 34.6 del Estatuto de los Trabajadores. Pero, en todo caso, esta obligación no puede extenderse a aquellos trabajadores y horarios que, por las características de su prestación, ya se ha previsto en el convenio colectivo que realicen unas jornadas de difícil determinación. Los trabajadores que han de realizar su función comercial fuera del centro de trabajo, y adaptados a las exigencias y necesidades de clientes, no pueden ver encorsetado su horario, sin detrimento de la labor específica que les es encomendada. Igualmente puede predicarse respecto del personal auxiliar y conductores de los altos directivos de la empresa. La obligación de establecer en el calendario la precisión horaria de estos trabajadores supondría tanto como destruir el principio de libertad organizativa que el artículo 25.4 del Convenio concedió a la empresa respecto de estas especiales tareas y los trabajadores que las realizan».

## 2.6. Cuestiones de legalidad en materia de jornadas especiales y calendarios

La materia de ordenación del tiempo de trabajo también ha sido objeto de tratamien-

<sup>30</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 18 de septiembre de 2000 –Martínez Garrido–.

to por el orden contencioso-administrativo de la jurisdicción. Orillando los pronunciamientos judiciales que se producen fruto de la inevitable fractura que el sistema procesal todavía permite para que cuestiones propias de materia laboral pero vistas desde una perspectiva sancionadora (el artículo 7.5 del RD Leg. 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el TR de la Ley Sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social previene que la conculcación de las normas de jornada, así como vacaciones, descansos, permisos, etc. constituye infracción administrativa grave) sean conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>31</sup>, dicho orden ha tenido ocasión de decidir un tema circunscrito a la estricta legalidad.

En efecto, la cuestión versaba sobre la adecuación al ordenamiento jurídico la disposición adicional tercera del Real Decreto núm. 1561/1995, de 21 de septiembre sobre Jornadas Especiales de Trabajo, recurso interpuesto por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE). Tal disposición adicional, del siguiente tenor literal: «Competencia de los representantes de los trabajadores en materia de jornada. 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 art. 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 art. 35 del Estatuto de los Trabajadores», fue declarada judicialmente adecuada al

ordenamiento jurídico<sup>32</sup>. Para fundamentar esta decisión se indicaba lo siguiente: «El RD 1561/1995, de 21 de septiembre recibe su fundamento de la habilitación concedida al Gobierno por el art. 34.7 ET, referido a jornada de trabajo, para que a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, establezca ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos para aquellos sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran; así mismo el art. 36.1 ET, referido al trabajo nocturno, en su párrafo cuarto establece ser de aplicación a lo establecido en el precedente párrafo segundo (extensión promedia de la jornada nocturna que se delimita con referencia a un periodo de 15 días y con prohibición de realizar horas extraordinarias), lo dispuesto en el apartado 7 del art. 34 ET referido, pudiendo establecer, igualmente el Gobierno, limitaciones y garantías adicionales a las previstas para la realización del trabajo nocturno en ciertas actividades o por determinada categoría de trabajadores en función de los riesgos que comporten para su salud e integridad; y el art. 37.1 ET, al regular el descanso semanal mínimo en términos de día y medio (dos días a menores de 18 años) ininterrumpido, acumulable por periodos de hasta catorce días, establece así mismo que resulta de aplicación al descanso semanal lo dispuesto en el apartado 7 del art. 34 precedente en cuanto a ampliaciones y reducciones, así como para la fijación de regímenes de descanso alternativos para actividades concretas.– Alega la Confederación demandante en el desarrollo de su impugnación, que las habilitaciones conferidas al Gobierno por los arts 34.7, 36.1 (párrafo cuarto) y 37.1 (párrafo segundo), que son el fundamento y razón de la promulgación del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, se refieren a

<sup>31</sup> Véase la sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 9 junio 1999.

<sup>32</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 9 de diciembre de 1998 (RJ 1999\708).

temas de jornada, trabajo nocturno y descanso semanal, sin que exista habilitación alguna al efecto en relación a la adicional tercera del expresado RD 1561/1995, pues su contenido no se corresponde con el de los relacionados arts 34.7, 36.1 y 37.1 ET, ya que esta adicional tercera no se refiere a ampliaciones o limitaciones en materia de jornada, de descanso semanal o de trabajo nocturno de especiales actividades que así lo requieran; estableciendo dicha adicional un derecho de consulta a los representantes de los trabajadores en orden a la formación del calendario laboral por el empresario y de otra parte, a ser informados tales representantes, mediante la recepción de los correspondientes resúmenes establecidos en el art. 35.3 ET, en materia de horas extraordinarias; cuyos dos aspectos, señala la demandante, por hallarse fuera de las habilitaciones singulares conferidas al Gobierno, determina que la adicional tercera tenga difícil encaje en el RD 1561/1995; y acerca de lo cual estima la Confederación demandante que se infringe el principio de reserva legal y el de jerarquía dado que conforme al art. 35.2 CE la regulación de lo pertinente al Estatuto de los Trabajadores y en él el derecho a la información o consulta, es materia que ha de ser regulada por ley, como en su día lo fue por la Ley 1/1991, de 7 de enero en lo referente a la información de los representantes de los trabajadores de los modelos básicos de contratos de trabajo de aplicación en la empresa. Señalando también la Confederación demandante que el contenido de la adicional tercera del RD 1561/1995 no constaba en el anteproyecto de Real Decreto que se remitió a la demandante a los fines de consulta previa, sin que por ello haya sido conocido de la parte hasta la promulgación del RD 1561/1995.». En su fundamento jurídico concluía que: «Ciertamente, el contenido de la representación unitaria de los trabajadores se regula en el art. 64 ET para el Comité de Empresa a cuya norma se remite para la representación sindical el art. 10.3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985, de 2 de agosto.– Pero no es menos cierto en

relación a la cita de la Ley 1/1991, de 7 de enero, sobre comunicación de los modelos de contratos básicos y usuales en la empresa a la representación de los trabajadores, que como ya se desprende del contenido de la misma Ley y ello se expresa también en la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 142/1993, de 22 de abril (RTC 1993/142), la materia regulada en aquella Ley afecta a aspectos reservados protegidos por el deber de guardar secreto que incumbe a los representantes de los trabajadores, aun no siendo contraria la regulación del art. 1.1 de la Ley 1/1991 a los arts 18.1 y 28.1 CE; ajustándose dicha Ley en lo demás a lo establecido en los referidos preceptos constitucionales; todo lo cual explica la regulación de su materia por la Ley expresada 1/1991.– Sin embargo ésta no es la situación que afecta a la formación del calendario, que por su naturaleza es un documento dotado de la máxima publicidad en la empresa y sin límite alguno puede serlo fuera de ella, de donde se deduce que fuera de la regulación establecida en el art. 34.6 ET, en modo alguno aspectos adjetivos como el regulado en la adicional tercera, pertenecen a la reserva legal del art. 35.2 ET, cuyo artículo 36.4 ET ha optado por mantener la supresión del visado previo de la Autoridad Administrativa Laboral, de larga tradición en el ordenamiento español y que aún tuvo su reflejo en la inicial redacción del Estatuto de los Trabajadores, cuya supresión se hizo en virtud de lo establecido en el Real Decreto-ley 1/1986; como tampoco se halla en este área de lo reservado y necesariamente intraempresarial, la materia sobre la prestación de horas extraordinarias y antes bien, por su entidad ningún obstáculo existe a que tenga, si no amplia publicidad, sí la acción pública necesaria en el seno de la empresa, máxime cuando es un aspecto que hace referencia a una decidida acción en función de los bienes a que afecta, desde el de la salud con todo lo implicado en la Prevención de Riesgos Laborales, hasta lo referente al cumplimiento del ordenamiento de la relación de trabajo en condiciones de normalidad social.– Además de lo

señalado, cabe expresar que lo establecido en la adicional tercera, impugnada, no es sino una concreción singular, una integración de lo establecido en art. 64.1.9 ET, cuando señala como competencia de la representación unitaria de los trabajadores vigilar el cumplimiento de las normas legales en materia laboral sobre las condiciones de seguridad e higiene, hoy más bien prevención de riesgos laborales, a lo que contribuye precisamente el contenido de la adicional tercera del RD 1561/1995, cuya norma, sin desarrollar en los términos que autoriza el Estatuto de los Trabajadores en sus arts. 34.7, 36.1 y 37.1, también contribuye al adecuado cumplimiento de la normativa laboral en materia afectante también a las jornadas especiales de trabajo; es por ello, que la referida adicional tercera, no implica la necesidad de habilitación específica y previa de la ley, bastando acudir en este caso a la disposición final quinta Estatuto de los Trabajadores para hallar el cauce legal en que se producen estas singulares especificaciones, cuyo carácter normativo de ejecución no necesita por su fundamento y contenido, de especiales mandatos legales de habilitación como sucede en el caso del art. 34.7 del Estatuto de los Trabajadores».

### 3. LAS HORAS EXTRAORDINARIAS

Con claridad, la doctrina<sup>33</sup> ha puesto de manifiesto que desde 1980 la institución de las horas extraordinarias ha sufrido profundas modificaciones y que no es nada fácil conciliar con éxito las múltiples perspectivas (individuales y colectivas, del trabajador y de la empresa, de los empleados y de los parados, de control y de flexibilidad, laborales y de cotización, de encarecimiento y de competitividad, de voluntariedad y de necesidad, etc.) que en ellas confluyen. Aspectos tan trascen-

<sup>33</sup> SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V., «El marco jurídico de las horas extras». Revista *Aranzadi Social* (número 17-diciembre 2001).

denciales como la voluntariedad, complicados para otros ordenamientos nacionales dentro del orbe comunitario<sup>34</sup>, no nos afectan.

Pero el repliegue de la norma estatal a favor de la colectiva diversifica, y salvo mínimos de derecho necesario, genera casuismo en el tratamiento. De esta última nota no está exenta la aplicación judicial. Con todo, podemos extraer pocos, pero importantes, criterios jurisprudenciales sobre la materia que pasamos a exponer.

#### 3.1. El reflejo jurisprudencial de la reforma de 1994

El impacto que produjo la nueva regulación del régimen jurídico de las horas extras se dejó sentir temprano en algún pronunciamiento del Alto Tribunal. Se afirmó entonces que *no existía laguna en la regulación de las horas extraordinarias tras la reforma 11/1994*. Y concluía por la aplicación la Disposición Adicional Primera de la mencionada Ley así como la Disposición Adicional Cuarta del Estatuto de los Trabajadores hasta que no se pacte una nueva regulación mediante convenio<sup>35</sup>.

Por otra parte, expresamente la Sala Cuarta no ha dejado de recordar que la evolución legislativa en torno a la remuneración de las horas extraordinarias introducida por la Ley 11/1994 atribuye a la negociación colectiva una amplia facultad para regular la remuneración de las horas extraordinarias. Y que en

<sup>34</sup> La sentencia de 8 de febrero de 2001 del TJCE nos pone de relieve que «El empresario está obligado a poner en conocimiento del trabajador por cuenta ajena una cláusula que tiene el carácter de elemento esencial del contrato de trabajo o de la relación laboral en virtud de la cual el trabajador está obligado a realizar horas extraordinarias a petición del empresario en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Directiva 91/533/CEE».

<sup>35</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 2 de octubre de 1996 –Campos Alonso–RJ 1996\ 7439.

atención a lo dispuesto en el convenio de aplicación, en el que caso que resolvía concluía señalando que no son horas extraordinarias las que excedan de las nueve diarias sino las que superen las treinta y cinco semanales<sup>36</sup>.

### 3.2. Sobre el concepto de hora extraordinaria: como exceso de la jornada ordinaria pactada

El artículo 35.1 del ET dispone que «tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior». Estamos ante una catalogación relacional<sup>37</sup>. Sólo una vez conocida la jornada ordinaria (completa o parcial, continua o discontinua, ordinaria o reducida) puede entenderse de qué hablamos. Lo decisivo para saber si una hora puede ser considerada como extraordinaria es la delimitación de la jornada ordinaria. Y esta premisa ha sido férreamente asumida por la jurisprudencia. Así se ha afirmado que:

a) *Son horas extraordinarias las que rebasen la jornada máxima pactada en convenio colectivo, aunque se encuentren por debajo del tope de la jornada máxima legal*<sup>38</sup>. La simplicidad del criterio no era más que aparente en el caso planteado. Se trataba de la cuestión de si la remuneración del tiempo invertido en los desplazamientos para recogida y entrega de armas (asunto del que no hicimos eco a propósito de la jornada como trabajo efectivo) es la de las horas ordinarias, o la de las extraordinarias, que es lo que resolvió la Sala de

suplicación. Magistralmente, la Sala Cuarta, tras recordar los mandatos del artículo 35.1 y 34 del (ET), que contiene, el primero, la definición legal de las horas extraordinarias, y el segundo ordena por una parte que la «duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual», y dispone por otra que la «duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo», se plantea la duda que surge a la vista de los preceptos legales anteriores sobre si deben calificarse como horas extraordinarias sólo las que exceden de la jornada máxima legal (cuarenta horas), o también las que, como sucede en el caso, sin llegar a dicho límite, rebasan las jornadas máximas pactadas en convenio colectivo, o contrato de trabajo, debe ser despejada en favor de este segundo término de la alternativa. Y extrae una primera conclusión diciendo que: «Así resulta de la utilización de distintos criterios o cánones de interpretación. Y así lo viene entendiendo también mayoritariamente la doctrina científica.— Los cánones de la interpretación gramatical y de la interpretación finalista apuntan en el sentido indicado, ya que la idea de horas extraordinarias surge por contraposición a la de trabajo ordinario u horas ordinarias, y es más lógico referir éstas en concreto a las practicadas en las distintas empresas y sectores de actividad que al módulo legal abstracto establecido con carácter general. A ello debe añadirse, por vía de interpretación sistemática, que el propio legislador utiliza esta referencia de la jornada convencional o pactada, y no la de la jornada legal, en la definición del trabajo a tiempo parcial (art. 12.1 del ET), e implícitamente en la prohibición en el mismo de las horas extraordinarias (art. 12.4.b ET). La delimitación del concepto de horas extraordinarias por referencia a las horas ordinarias acordadas en convenios colectivos es también la tónica en Derecho comparado». Para finalmente concluir que, resolviendo el supuesto concreto analizado que «la delimitación anterior del concepto de «hora extraordinaria» lle-

<sup>36</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 17 de noviembre de 1998 RJ –Marín Correa– RJ 1998\ 9753.

<sup>37</sup> Seguimos en este punto a SEMPERE NAVARRRO, ANTONIO V, «El marco jurídico de las horas extras», *Op. cit.*

<sup>38</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 18 de septiembre de 2000 –Martín Valverde– RJ 2000\ 9667.

va necesariamente en el presente caso a calificar como tales las realizadas por los vigilantes de seguridad en el tiempo de desplazamiento para la recogida y entrega de las armas de fuego fuera de los centros de trabajo en que prestan servicios. De acuerdo con los hechos probados, dicho tiempo, que es de trabajo efectivo como se ha señalado, no reduce la jornada ordinaria de trabajo de vigilancia realizada, sino que se añade a la misma. El desplazamiento para la recogida del arma se hace antes del inicio del tiempo de vigilancia, y la entrega de la misma al final del servicio de vigilancia encomendado».

b) En el marco normativo anterior a la reforma operada por Ley 11/1994, *la décima hora de trabajo realizada* en un mismo día siempre es extraordinaria, aunque no se supere la jornada máxima de cuarenta horas semanales<sup>39</sup>, salvo que, con la legalidad vigente, hubieran mediado convenio o acuerdo colectivo que así lo hubiere previsto.

c) Interesante resulta una decisión<sup>40</sup> dictada en casación ordinaria en la que se confirma el carácter de *horas extraordinarias todas aquellas horas de trabajo que se realicen fuera de la jornada ordinaria en los servicios de incidencias y en el grupo de plena disponibilidad del Parque Móvil del Estado del Ministerio de Economía y Hacienda*, pese a

<sup>39</sup> SSTS 22 diciembre 1994 (RJ 1994, rec. 40/92) (Alvarez Cruz); 27 febrero 1995 (RJ 1995, 1262); 4 julio 1995 (RJ 1995, rec. 166/95).

<sup>40</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 18 de septiembre de 2001–Salinas Molina– RJ 2001\7931. Sobre el concepto y legislación aplicable en transportes terrestres a la figura de horas de presencia, véase la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 22 de diciembre de 2000 –Salinas Molina– RJ 2001\1872 que sienta el criterio de que la retribución de horas de presencia no puede compensarse con horas de trabajo efectivas no realizadas. También cf. Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 23 de octubre de 1998 –Salinas Molina–RJ 1998\9043, interpretando los conceptos de horas de presencia y espera en un convenio colectivo de empresa dedicada al sector de transportes.

declarar que «posiblemente (sea) cierto que determinados servicios de los desarrollados por el personal afectado permitirían una distinción entre *«tiempo de trabajo efectivo»* y *«tiempo de presencia»* y que quizá este último, dentro de ciertos límites, no debiera computarse a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo ni para el límite máximo de las horas extraordinarias, al modo que se establece, por imperativo de lo dispuesto en el art. 34.7 ET en relación con el Real Decreto 1561/1995, de 21-9, en la normativa sobre jornadas especiales de trabajo y en concreto en el sector de transporte, pero no existe desarrollo reglamentario análogo y con las formalidades y garantías «ex» art. 34.7 ET con relación al trabajo que realiza el personal afectado por el presente conflicto no sujeto a la normativa del sector del transporte, por lo que la Administración empleadora no puede por sí adoptar medidas que puedan implicar la inaplicabilidad del Convenio Colectivo Unico para regular sus posibles peculiaridades por muy justificadas que pudieran parecerle».

Por el contrario también ha forjado criterios de incompatibilidad retributiva en detrimento del devengo hora extraordinaria cuando establece que los trabajadores que reciben el plus de disponibilidad no pueden ser retribuidos por el concepto de horas extraordinarias<sup>41</sup>.

### 3.3. Compensación

El nuevo régimen legal instaurado tras la Ley 11/1994 sobre el valor de la hora extraordinaria, de un lado, claramente relegado al pacto colectivo o individual, y de otro lado, favorecedor del descanso frente al componente económico, ha tenido proyección en la doctrina jurisprudencial. En este sentido, se ha sentado la consecuencia de que la previsión

<sup>41</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 26 de septiembre de 2001. García Sánchez.

convencional de abonar la hora extra con determinado recargo sobre su precio ordinario no excluye que se compense con descanso<sup>42</sup>.

Para personal laboral con régimen específico (vgr. RENFE) el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) ha decidido sobre el incremento aplicable a las horas extraordinarias trabajadas en días festivos o de descanso<sup>43</sup>, concluyendo que «si se tiene en cuenta que los excesos de jornada correspondientes a jornadas ordinarias de trabajo ya tienen previsto en los arts. 223 a 229 del Convenio un incremento retributivo, quedaría fuera de toda lógica entender que estas horas doblemente extraordinarias no tuvieran ningún incremento, por el solo hecho de que constituyen el apéndice de una jornada laboral ordinaria compensada con descanso. Ello con independencia de que lo que realmente pactaron las partes, como se ha visto, es la retribución de las mismas en todo caso, con su recargo correspondiente».

Respecto de otros colectivos como el personal estatutario ya avanzamos más arriba<sup>44</sup> que por estar sujetos a un sistema de retribución cerrada, ajena a la legislación laboral, los excesos de jornada nunca se abonan como hora extraordinaria sino a través del complemento de atención continuada.

### 3.4. La prueba de las horas extraordinarias

Tradicionalmente viene sosteniéndose que corresponde al demandante la prueba de los elementos constitutivos de lo reclamado y en materia de horas extraordinarias, la interpretación de la doctrina jurisprudencial ha sido

<sup>42</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 15 de diciembre de 1997 –Bris Montes– RJ 1997\9477.

<sup>43</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 7 de febrero de 2001 –Moliner Tamborero– RJ 2001\2147

<sup>44</sup> Véase nota 10.

la de requerir una estricta y detallada prueba de la realización, del número de ellas<sup>45</sup>.

Quizá sea el tema probatorio de la carga de la prueba de las horas extraordinarias uno de los aspectos más necesitados de clarificación y reflexión por parte de la Sala Cuarta. Aun siendo conscientes de la dificultad de que esta materia pueda ser objeto de unificación dada la angosta puerta de tal tipo de recurso, todavía más estrecha si se trata de cuestiones de específico calado procesal, varias razones avalarían esta propuesta: la excesiva rigidez de esta regla resulta en ocasiones difícilmente conciliable con la riqueza de matices que se suelen presentar en los juicios laborales la prueba de la realización de unos excesos de jornada. A ello se une el juego que podrían dar los nuevos principios inspiradores de la carga de la prueba –facilidad y disponibilidad probatorias– contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (art. 217).

### 4. TRABAJO NOCTURNO, TRABAJO A TURNOS Y RITMO DE TRABAJO

Pronto se puso de relieve por la doctrina<sup>46</sup> que las normas sobre trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo del artículo 36 del Estatuto de los Trabajadores habían pasado casi inadvertidas en los comentarios y estudios sobre la reforma de la legislación de trabajo. Esta falta de atención se decía que no debía sorprender demasiado, si se tenía en cuenta que la reforma laboral aludida tenía varios ejes o líneas de desarrollo –supresión

<sup>45</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 11 de junio de 1993 – De las Cuevas González– RJ 1993\4665.

<sup>46</sup> MARTÍN VALVERDE, ANTONIO «Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo», en la obra *Otras modificaciones del Estatuto de los Trabajadores. Extinción Individual y extinciones colectivas del contrato de trabajo*, VV.AA. Coord. RAFAEL MARTÍNEZ Emperador; ed. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pág. 92.

del monopolio público de la colocación, movilidad interna de la empresa, liberalización moderada del despido, potenciación y reorganización de la negociación colectiva-. Al tiempo se aludía a la paradoja –explicada desde la óptica de atender a compromisos normativos comunitarios (Directiva 93/104, de 23 de noviembre de 1993)<sup>47</sup>— que producía la introducción de un reforzamiento de garantía y derechos individuales de los trabajadores que implicaba ir contracorriente frente a las ideas de flexibilidad imperantes.

Esta menor atención doctrinal, y sobre todo la circunstancia de que el alcance del contenido normativo de la mayoría de previsiones (el ritmo de trabajo, por ejemplo) encuentran su contexto natural en la práctica de empresa, y son ideas-fuerza inspiradoras que deben estar presentes en la negociación colectiva para concretar determinados aspectos retributivos, amén de que tienen otros reflejos normativos en las de seguridad y salud laborales, también generan una paralela proyección de baja intensidad en la esfera jurisdiccional.

Sin duda, las definiciones legales que contiene el precepto facilitan la labor del aplicador de la norma y del intérprete judicial. Así ha constatado que la modificación que del trabajo nocturno ha realizado la Ley 11/1994 sobre el artículo 34.6 del ETT conduce a entender que el artículo 36 del Estatuto dispone en definitiva que no se abonará como trabajo nocturno al que no trabaje de forma habitual de noche más de tres horas o un tercio del cómputo anual. Distinto es el plus de nocturnidad, como la misma sentencia expresa que una cosa es el período nocturno y otro el número de horas que se trabaje durante ese periodo. El plus de nocturnidad, complemento

<sup>47</sup> La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 4 de octubre de 2001 –Iglesias Cabero–afrenta directamente la aplicación del Derecho Comunitario (Directiva 103/94/CE) del Consejo en una reclamación formulada por médicos de atención primaria.

funcional, de puesto de trabajo y no consolidable no retribuye una jornada nocturna sino las horas trabajadas durante el periodo legalmente calificado como de nocturno<sup>48</sup>.

Por otra parte, como con anterioridad reseñamos, en el ámbito extralaboral normativo que protagoniza el personal estatutario se generan gran parte de los conflictos concernientes a sistema de turnos y complementos. Botón de muestra son las numerosas resoluciones que han sentado el criterio de que el turno rotatorio obligatoriamente tiene que incluir la realización de noches, esto es, considerar «rotatorio» únicamente el cambio de horario de día a horario de noche, pero no en el de mañana a tarde<sup>49</sup>.

En fin, la nocturnidad viene fuertemente vinculada a aspectos retributivos. El Tribunal Supremo (Sala de lo Social) ha centrado su atención básicamente: a) en cuestiones sobre compatibilidad o no de pluses. Es el caso de la declaración de incompatibilidad el plus de programación con el de nocturnidad<sup>50</sup>; b) cálculo del complemento de nocturnidad<sup>51</sup> o c) en discusiones acerca de la inclusión del plus de nocturnidad en retribuciones correspondientes por trabajos en festivos, en pagas extraordinarias o su terminante exclusión en retribución correspondiente a vacaciones<sup>52</sup>

<sup>48</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 1 de diciembre de 1997 –Campos Alonso– RJ 1997\8921.

<sup>49</sup> Las ya citadas sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) 26 de diciembre de 1997 [RJ 1997/9633], 6 de mayo de 1998 [RJ 1998/4100], 6 de junio de 1998 [RJ 1998/5096], 8 de julio de 1998 [RJ 1998/6259], entre otras muchas.

<sup>50</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 10 de abril de 2001 –Desdentado Bonete–RJ 2001\4904, para personal de Radio televisión. Recurso de casación para unificación de doctrina.

<sup>51</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 5 de julio de 1999 –Marín Correa–RJ 1999\5273, respecto de la empresa Fasa Renault. Recurso de casación ordinario.

<sup>52</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 27 de mayo de 1999 –Bris Montes– RJ 1999\4998.

en el Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, por ser función típica del convenio colectivo la previsión salarial en dicho período, ante la falta de previsión del art. 38 LET, por no figurar en el mismo convenio colectivo la previsión retributiva para dicho tiempo y sí otros conceptos salariales y extrasalariales y porque el plus de nocturnidad es difícilmente trasladable a las vacaciones.

## 5. DESCANSO SEMANAL, FIESTAS Y PERMISOS

Sobre esta materia, regulada en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, se ha llegado a decir que nuestra jurisprudencia en unificación de doctrina no contiene grandes aportaciones conceptuales<sup>53</sup>. Además, en las escasas sentencias que cabe traer a colación la problemática jurídica sobre las normas de descanso viene asociada a cuestiones retributivas. Cabría añadir a este análisis que es en casación ordinaria donde encontramos el mayor número de sentencias sobre estos aspectos, y necesariamente una visión integradora de esta materia aboca a reparar en los pronunciamientos recaídos en la jurisdicción contencioso-administrativa, y aislada doctrina constitucional<sup>54</sup>.

Respecto a la exclusión del plus de nocturnidad en vacaciones como refiere la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 3 de diciembre de 1998 –Fuentes López–RJ 1998\10195 es criterio reiterado, entre otras, en sentencias de fechas 29 octubre 1996 (RJ 1996/8181) y 9 noviembre 1996 (RJ 1996/8181), entre otras.

<sup>53</sup> MONTALVO CORREA, JAIME, en «Tiempo de trabajo», en *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral*, op. cit. *supra*.

<sup>54</sup> De obligada cita es la sentencia del Tribunal Constitucional 19\1985, de 13 de febrero (RTC 1985, 19) sobre la posibilidad de descanso alternativo por convenio o contrato para determinadas confesiones religiosas. O la sentencia del Tribunal Constitucional 7\1985, de 25 de enero (RTC 1985, 7) que sobre festividades confirma que el sistema de calendario adoptado no invade competencias autonómicas.

Un sucinto muestrario de las sentencias más recientes permite efectuar las siguientes consideraciones, que en su mayoría son constatación de mandatos legales.

1. *El descanso, como no podía ser de otra forma, es contemplado como condición esencial del trabajo.* El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) es concluyente al afirmar que el cambio de los días de descanso semanal supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo<sup>55</sup>.

2. *La retribución de los períodos de descanso computables como trabajo* (arts. 37 y 38 ETT) *integran el concepto de salario*, y como tal, se computan en la base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional<sup>56</sup>.

3. *Descansos y distribución irregular de la jornada y días feriados.* En el sector de Grandes almacenes se suscita la controversia sobre abono o compensación de los días de balances e inventarios. Se decide en el sentido de que al haberse establecido una duración anual de la jornada no cabe distinguir entre días feriados y laborables: el art. 34 del Convenio Colectivo autoriza a establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, y como el art. 37 del Estatuto añade que los trabajadores tienen derecho a un descanso semanal acumulable por períodos de catorce días, ello significa la posibilidad del traslado del descanso a días no feriados<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de mayo de 2000 –García– Ramos Iturralde–.

<sup>56</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de febrero de 1997–Fernández Montalvo–.

<sup>57</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 2 de febrero de 1998 –González Peña– RJ 1998\ 1246, dictada en recurso de casación ordinario.

También respecto del Convenio Colectivo de Comercio de Baleares el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) se ha pronunciado acerca de la licitud de la materia, entre otras, de la distribución irregular de la jornada laboral pactada en lo atinente a respeto de descansos<sup>58</sup>. Y sobre el particular ofrece una fundada argumentación. Se impugnaba el artículo 29 del Convenio Colectivo, en cuanto expresa que: «La jornada máxima laboral anual se establece en 1.819 horas de trabajo efectivas. La distribución de la jornada podrá efectuarse de forma irregular siempre que no supere en computo anual la jornada máxima establecida y respetando los descansos mínimos establecidos legalmente o en el presente Convenio Colectivo, debiendo de mediar un descanso mínimo, entre jornada y jornada de 12 horas... La distribución de la jornada de trabajo se realizará por el empresario de manera que los trabajadores con carácter general, conozcan con una antelación mínima de 10 días naturales, la fijación del momento de la prestación de su trabajo. Las facultades de distribución de la jornada no podrán, en ningún caso, vulnerar el límite máximo de diez horas diarias de trabajo efectivo, en jornada ordinaria. Podrán producirse cambios en la jornada planificada, sin el preaviso correspondiente, que serán de obligatoria ejecución, por causas organizativas en base a imprevistos, ausencias de otros trabajadores, o acumulación de clientes...». A juicio de los recurrentes, estas reglas establecen una indeterminación total de la jornada que es incompatible con los artículos 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que la duración de la misma y, por tanto, la constancia del inicio y finalización, es un dato de inexcusable cumplimiento jurídico, y por ello, la variabilidad de la jornada y horario de trabajo en atención a la decisión que en cada momento acuerde la empresa, es incompati-

ble con esta certeza y determinación legalmente exigida». Pero concluye la sentencia señalando que «no existe la pretendida incompatibilidad, pues las discutidas reglas, responden a la facultad que confiere el artículo 34.2 del Estatuto, al disponer que «Mediante Convenio Colectivo o, en su defecto, por acuerdo de la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descansos diario y semanal previstos en esta ley». Pues esta norma, autoriza que el Convenio Colectivo con los límites que señala, establezca la distribución irregular de la jornada a lo largo del año siempre que respete los períodos mínimos de descanso dispuestos legalmente. Lo que no significa, que el empresario pueda hacer uso de esta facultad a su capricho, arbitrariamente o de manera irracional, como en general, no puede hacerlo con ninguna de las facultades en que se vertebra el poder de dirección de la actividad laboral. Ningún poder jurídico tolera ser ejercitado con abuso (artículo 7.2 Código Civil), cosa que sucede cuando su titular lo emplea, con daño de terceros, para fines ajenos a los que determinaron su concesión. La decisión empresarial de fijar el horario de trabajo, siempre habrá de fundarse en causas conectadas con la utilidad y necesidades del funcionamiento de la empresa, la concurrencia de las cuales es aspecto susceptible de someterse al control judicial, caso de discrepancia. Entendido de esta suerte –como así lo hizo la sentencia combatida–, el artículo 29 del Convenio no transgrede el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, cuyas disposiciones en punto a las acciones individuales y colectivas que los trabajadores tienen a su alcance en los supuestos de producirse una modificación sustancial de su horario de trabajo continúan plenamente en vigor».

4. Como dejamos constancia al principio de este trabajo, las situaciones de suspensión que puede atravesar el contrato de trabajo

<sup>58</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 15 de diciembre de 1998 –Botana López–RJ 1998\10510.

—en particular la huelga— tienen directos efectos sobre la retribución del trabajador. Con todo conviene salvar que con relación a la huelga lícita, en el caso de las vacaciones, juega el conocido principio de impermeabilidad (el tiempo de suspensión por causa legal se computa a efectos del cálculo de vacaciones y retribución). Ahora bien, existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial dictada en casación unificadora<sup>59</sup>, que sienta criterios *en materia de retribución de los descansos cuando ha mediado huelga lícita*: a) el descuento de haberes por huelga afecta tanto al salario base del día o día no trabajado como a la parte proporcional de las pagas extraordinarias (o de la participación en beneficios), y de la remuneración del descanso semanal o días festivos, pero sólo de los correspondientes a la semana en que se haya producido el paro<sup>60</sup>; b) el aumento de retribución o descanso compensatorio para la jornada de trabajo que ha de desarrollarse durante un festivo intersemanal decae caso de que se lleve a cabo en el mismo una huelga<sup>61</sup>; c) no surge el derecho al cobro por los días de descanso semanal comprendidos dentro del periodo de la huelga convocada en una empresa donde se ha establecido un régimen de trabajo a turnos, que determina la rotación sucesiva del descanso semanal de los trabajadores a lo largo de todos los días de la semana, sin limitarse al sábado y al domingo<sup>62</sup>; y d) desde la óptica de sus consecuencias sobre las retribuciones del trabajador, la huelga y el cierre patronal no son necesariamente equiparables<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Seguimos la sistematización elaborada por SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V. «Cuadernillo marzo 2001 Jurisprudencia Social Unificada», Aranzadi Editorial, pág. 18.

<sup>60</sup> Véanse sentencias Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 26 de mayo de 1992 –Desdentado Bonete– RJ 1992\3605, 19 de octubre de 1993 (RJ 1993\7841), 18 de abril de 1994 (RJ 1994\3256).

<sup>61</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 18 de marzo de 1996 – Cachón Villar– RJ 1996\2078.

<sup>62</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 13 de marzo de 2001 –Martín Valverde– RJ 2001\3178

<sup>63</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 19 de marzo de 2001 –Desdentado Bonete– RJ 2001\3386.

5. Ejemplo del casuismo imperante en la materia, cuya causa eficiente se halla en que la norma a interpretar es fruto de la negociación colectiva, es la sentencia que aborda la interpretación de un precepto del Convenio Colectivo de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares *sobre recuperación de festivos cuando se produce la coincidencia con días de inactividad laboral*, en la que condena a la Administración Autonómica a conceder a sus trabajadores que prestan sus servicios en turno fijo de mañana, entre lunes y viernes, un día libre para recuperar cada uno de aquellos festivos que caen en sábado y que, por lo tanto, coinciden con su día libre semanal, a tenor de lo establecido en el último párrafo del art. 35 del Convenio<sup>64</sup>. O su directa vinculación con cuestiones retributivas. Así se es doctrina reiterada que las dietas por destacamento previstas para el personal laboral de RENFE no se abonan en los días de descanso<sup>65</sup>.

6. Los *permisos*. Nuevamente hemos de remarcar que la doctrina jurisprudencial en esta materia no admite una fácil sistematización, por su escasez y en todo caso dispersión —la interpretación de concreta regulación de normativa convencional es la fuente principal de los litigios. Un tema estelar cual era el reconocimiento expreso del permiso por sufragio activo que algunas sentencias (principalmente del orden contencioso-administrativo<sup>66</sup>) no hace mucho tiempo venían fundamentando, por claro desfase de vigencia de la normativa al tiempo de incoación del proceso, ha dejado de tener interés tras la regulación expresa de este derecho (art. 37. 3 d/ del ET). Con todo unas pinceladas sobre las sentencias más relevantes nos llevarían a resaltar:

<sup>64</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 2 de noviembre de 1999 –Martínez Garrido– RJ 1999\7840.

<sup>65</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 17 de septiembre de 1998 –Fuentes – RJ 1998\7294.

<sup>66</sup> Vgr. la Sentencia Tribunal Supremo (Sala Contencioso–Administrativo) de 24 de febrero de 1998, Martí–García.

a) Aunque el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) inadmitió el recurso casación para unificación de doctrina por falta de contradicción, y la normativa a aplicar era la precedente, resulta útil reparar en las consideraciones que se efectúan acerca de permiso por guarda legal, sobre su fundamento y la concreción horaria<sup>67</sup> en cuanto pueden servir de pauta interpretativa para la resolución de eventuales litigios sobre la materia (advértese que en lo tocante a la concreción horaria —creemos que no a la procedencia del derecho, o si se invocan vulneración de derechos fundamentales— y determinación de permisos, el art. 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral veda el acceso al recurso). Se trataba en efecto del modo de ejercicio del derecho de los padres a reducción de jornada por guarda de menor de seis años, regulado en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, antes de la reforma efectuada por la Ley 39/1999 de Conciliación de la vida familiar y laboral. La cuestión litigiosa se planteaba por pretender la demandante que se le otorgue la posibilidad de elegir turno, cuando en la empresa existen tres y la madre no tiene posibilidad de atender adecuadamente a sus dos hijos más que en el turno de mañana. La empresa alegaba que el precepto regulador únicamente concede el derecho a la reducción de jornada, pero no a la elección de turno entre los existentes, con variación del régimen de jornada que afectaba a la madre trabajadora antes de la reducción de su duración. Y entre sus consideraciones recordaba que «en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 ET había de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (art. 39) que establece la protección a la familia y a la infancia, finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Por otra parte, nada establece el precepto legal en orden a la con-

<sup>67</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 20 de julio de 2000 —Martínez Garrido— RJ 2000\7209.

creción horaria de la reducción de jornada, ni si en tal actuación ha de prevalecer el criterio o las necesidades concretas del trabajador o las organizativas de la empresa. Aparente laguna legal, posiblemente dejada de propósito, con el fin de que se compatibilicen los intereses del menor (y por tanto del padre o la madre trabajadores), con las facultades empresariales de organización del trabajo ».

b) No falta una miscelánea de pronunciamientos en los que se dilucida la procedencia de diversas clases de permisos contemplados en la normativa convencional y que se refieren a permisos de diez días contemplados personal adscrito al centro base de atención a minusválidos de la Comunidad Autónoma de Canarias<sup>68</sup>, para exámenes del personal laboral del Patrimonio Nacional<sup>69</sup>, o requisitos para ser beneficiario de los mismos (por ejemplo: qué debe entenderse por cargos sindicales<sup>70</sup>, o sobre el alcance personal de la relación o vínculo de afinidad, al que el art. 37.3, b) del Estatuto de los Trabajadores reconoce, junto con el parentesco de consanguinidad, y hasta el segundo grado de uno y otro, la condición de causa de la atribución al trabajador de determinados permisos retribuidos en el sector de Grandes Almacenes<sup>71</sup>).

## 6. VACACIONES ANUALES

Pese a que las oportunidades que se le han presentado al Tribunal Supremo (Sala de lo Social) han sido escasas debido esencialmente —insistimos— al sistema legal de recursos,

<sup>68</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 19 de marzo de 2001 —García Sánchez— RJ 2001\3389.

<sup>69</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 15 de julio de 1998 —Desdentado— RJ 1998\6208.

<sup>70</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 25 de octubre de 1999 —Martín Valverde—RJ 1999\8405.

<sup>71</sup> En dos sentencias Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 18 febrero 1998 —Martín Valverde—, con voto particular, (RJ 1998/2209) y 27 de mayo de 1998 —Salinas Molina—RJ 1998\4932.

no puede negarse el esfuerzo desplegado por aquél para ofrecer una construcción doctrinal, que aunque no comporte elementos novedosos, resulte clarificadora y generadora de seguridad jurídica, sobre todo en orden a garantizar la igualdad judicial en aplicación de la ley.

Un intento de sistematización de las cuestiones tratadas por la jurisprudencia nos llevaría a dejar constancia de los siguientes extremos:

### 6.1. Clarificación de las fuentes normativas reguladoras de la materia

En el esbozo del sistema de fuentes: ejemplo de este esfuerzo clarificador queda puesto de manifiesto aprovechando la resolución de un litigio que afectaba a trabajadores portuarios que demandaban la inclusión en la retribución de vacaciones del plus de turnicidad variable por domingos y festivos trabajados. Señalaba esta sentencia<sup>72</sup> que es doctrina muy reiterada la que establece que las vacaciones se han de regir, a falta de concreción legal de los conceptos comprendidos en la misma: a) por la norma del art. 7.1. del Convenio OIT núm. 132 que establece el principio de remuneración con arreglo a la «remuneración normal o media»; y b) por las disposiciones complementarias de los convenios colectivos, a cuyas precisiones y especificaciones remiten más o menos directamente el art. 38

<sup>72</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 30 de mayo de 2000 –Martín Valverde–RJ 2000\5975–. Las resoluciones que han establecido esta consolidada línea jurisprudencial son numerosas. Entre ellas, limitando la cita a sentencias de unificación de doctrina, las de 20 y 23 de diciembre de 1991 ( RJ 1991/9093 y RJ 1991/9097); 21 de enero, 30 de septiembre, 6 de noviembre y 29 de diciembre de 1992 (RJ 1992/59, RJ 1992/6829, RJ 1992/8786 y RJ 1992/10373); 1 de febrero de 1993 (RJ 1993/721); 14 de febrero de 1994 (RJ 1994/1044); 29 de octubre y 17 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8181 y RJ 1996/9717).

del ET (Estatuto de los Trabajadores) y el propio art. 7.1 del Convenio OIT núm. 132.

Pero cuando ha tenido que resolver sobre la preferencia de las fuentes normativas no lo ha dudado. Ha dado preferencia a lo establecido en Convenio Colectivo sobre las normas de la OIT<sup>73</sup> también en cuestión vinculada a la retribución razonando lo siguiente: «el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores, se remite en materia de vacaciones a lo establecido en Convenio Colectivo dictando normas sobre el mínimo de días que deben abarcar, el calendario que las distribuya y la antelación con que debe ser conocido por los trabajadores el inicio de las mismas. Es pues un precepto que en sí nada resuelve sobre la materia litigiosa, de si su retribución debe comprender el plus de ventas y retribución de las horas nocturnas. Por su parte el artículo 7.1 del Convenio 132 de la OIT dispone que en el disfrute de las vacaciones se percibirá por lo «menos la remuneración normal o media», pero esta disposición de acuerdo con lo prevenido en el propio artículo 1 del citado Convenio 132 que dispone «la legislación nacional dará efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida en que esto no se haga por medio de contratos colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, procedimientos legales para la fijación de salarios o de otra manera compatible con la práctica nacional que sea apropiada a las condiciones del país», sólo tiene aplicación en defecto de lo acordado en Convenio Colectivo, como lo viene declarando esta Sala de modo reiterado en las Sentencias que cita el recurso a saber 13 de abril, 8 de junio y 19 de octubre de 1994 (RJ 1994/2994, RJ 1994/5411 y RJ 1994/8057) y 21 de octubre y 9 de noviembre de 1996 (RJ 1996/9061 y RJ 1996/8414), en consecuencia regulada la retribución de las vacaciones en el artículo 60 del Convenio Colectivo de 1963 aplicable y vigente al tiempo de resolverse el Conflicto Colectivo, a él ha de estarse».

<sup>73</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 7 de julio de 1999 (Bris Montes) RJ 1999\6797.

## 2. Cuantía: el mantenimiento de la regla de remuneración normal o media

Como hemos reseñado la mayoría de decisiones son inescindibles a la retribución y también, en ocasiones, al juego de la doctrina sobre condiciones más beneficiosas.

La regla de la remuneración normal o media es una constante para aquellos conceptos salariales integrantes de la retribución normal. Manifestaciones concretas son:

a) Respecto del personal de puertos y autoridades portuarias establece<sup>74</sup> que: 1) el plus de turnicidad variable es un concepto retributivo de la jornada ordinaria que debe mantenerse durante las vacaciones, dando validez al Convenio de la OIT sobre lo establecido en el Convenio Colectivo, lo que parece contrario a lo establecido por la Sentencia de 21 de enero de 1992 –Unificación de Doctrina– que establece que no parece posible negar validez a las cláusulas colectivas que sustraigan de la retribución a las vacaciones, componentes salariales de la regla de la remuneración normal o media (Cv 132 OIT), siempre y cuando se respeten en cómputo anual los mínimos indisponibles de derecho necesario. Y añade que 2) «El complemento remuneratorio cuestionado en el presente caso tiene sin duda carácter de «retribución normal» para los trabajadores que realizan trabajo en turnos de domingos y festivos. El carácter variable de dicho incremento retributivo no comporta la calificación de complemento salarial excepcional o extraordinario para quienes de manera habitual prestan servicios en tales condiciones».

b) Y expresamente la Sala Cuarta sienta criterios generales al indicar que en la remuneración de las vacaciones deben integrarse los distintos conceptos salariales de la jornada

<sup>74</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 30 de mayo de 2000, cit. nota 72

da ordinaria, siempre que no hayan sido excluidos por el convenio<sup>75</sup>. Y en la misma sentencia resalta que «el plus que reciben los trabajadores asignados al turno de mantenimiento preventivo, cuando su turno de trabajo sea coincidente con sábado, domingo o festivo, debe repercutir en la retribución de las vacaciones, pues el plus de referencia no responde a servicios extraordinarios si no que supone la compensación económica de la jornada normal de trabajo», pero la anotada sentencia no considera como computable a efectos de vacaciones «la cantidad que los trabajadores perciben «en compensación por transporte», por tratarse de un concepto claramente indemnizatorio y no salarial».

### 6.3. Duración: el principio de proporcionalidad

a) No hay fisuras en el criterio jurisprudencial acerca del mantenimiento del principio de la proporcionalidad, si bien se admite el pacto en contrario, a favor de la retribución total, siempre y cuando se establezca una retribución específica. Así se ha destacado que la regla de la reducción proporcional es aplicable tanto en virtud de lo dispuesto por la normativa estatal como internacional. Cabe la mejora en virtud de Convenio Colectivo, en virtud de la cual no se aplique tal proporcionalidad, pero sólo es válida en el caso de que se retribuya el exceso, lo que no hace el convenio de aplicación<sup>76</sup>. De esta manera se ratifica el carácter esencialmente retribuido de las vacaciones.

<sup>75</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 19 de abril de 2000. –Iglesias Cabero– RJ 2000\4245 (recordando sus precedentes como sentencias de 20–12–1991 [RJ 1991/9093], 20–1 y 9–3–1992 [RJ 1992/52 y RJ 1992/1632] y 2–11–1993 [RJ 1993/8341], 14 de octubre de 1992 (RJ 1992/7631), 13 de abril de 1994 (RJ 1994/2994) y 7 de julio de 1999 (RJ 1999/6797).

<sup>76</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 14 de julio de 1997 – Marín Correea–RJ 1997\6263.

b) La misma resolución refiere que es doctrina judicial consolidada, aunque inicialmente vacilante, de acuerdo con la cual el periodo no trabajado por suspensión de contrato autorizada en expediente de regulación de empleo da lugar a la reducción proporcional de la duración de las vacaciones anuales.

c) Y en cuanto a su conexión con los permisos (extremo sobre el que reparamos en un apartado precedente en nuestro estudio), el Alto Tribunal ha considerado que : 1) No procede el abono de la parte proporcional correspondiente a la última anualidad cuando en la misma se ha disfrutado de permiso retribuido de larga duración, unilateralmente concedido por la empresa «empalmado» el fin de tal permiso con la extinción de la relación laboral, producida por despido colectivo debidamente autorizado<sup>77</sup>. 2) No hay derecho al disfrute de vacaciones cuando el periodo transcurrido del año natural ha sido ocupado por permiso retribuido. La finalidad del derecho a vacaciones retribuidas es procurar un periodo retribuido de descanso y tiempo libre que permita al trabajador recuperarse del desgaste psicológico y fisiológico del trabajo prolongado; no se cumple, por tanto el presupuesto del disfrute de las vacaciones en el supuesto como el de autos en que el trabajador ha permanecido en situación de licencia retribuida, con apartamiento de la prestación de servicios, durante el tiempo de la relación de trabajo al que pretende imputar el periodo vacacional<sup>78</sup>.

d) En cuanto a criterios más específicos la jurisprudencia considera que el disfrute establecido en «un mes» se computa de fecha a fecha, cualquiera que sea el día de inicio<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 30 de abril de 1996 –Martínez Emperador–RJ 1996\3627.

<sup>78</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 13 de febrero de 1997 –Martín Valverde–RJ 1997\1267.

<sup>79</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 18 de enero de 2000 –González Peña– RJ 2000\955.

#### 6.4. Momento de disfrute: la prevalencia de las necesidades objetivas de la empresa en la confección de cuadros de vacaciones. La regla de caducidad

a) La voluntad de las partes actúa como primera fuente de establecimiento. Pero no es inusual que se planteen conflictos en defecto o no fructificación de un acuerdo. La jurisprudencia (casación ordinaria) viene otorgando al empresario el derecho de condicionar el disfrute de las vacaciones en determinadas fechas por parte de la plantilla a la plena efectividad del servicio, siempre en concordancia con los convenios colectivos de aplicación<sup>80</sup>. Textualmente explicita este criterio en los siguientes términos: « (...) la pauta básica que, con respecto a la confección de los cuadros de vacaciones se ha de aplicar, es la de que los servicios queden debidamente cubiertos, pauta que prevalece claramente sobre los deseos e intereses de los empleados, los cuales debe procurarse que sean atendidos, pero estando siempre supeditados a la cobertura de los citados servicios». Con todo, la tendencia jurisprudencial apuntada ha de entenderse en su justa dimensión pues se refiere siempre a aspectos del disfrute de las vacaciones que quedan apartados de la negociación, no a incumplimiento del calendario pactado, que difícilmente podría admitirse, ni aun en caso de circunstancias productivas sobrevenidas que *ab initio* sí tendrían justificación excluyente del periodo.

b) No parece haber perdido vigencia el criterio jurisprudencial que dispone que en caso de establecimiento de un momento determinado caduca el derecho una vez transcurrido el mismo<sup>81</sup>. Se resuelven de este modo las

<sup>80</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 12 de marzo de 2001 –Gil Suarez– RJ 2001\3174.

<sup>81</sup> Por todas, sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 30 de noviembre de 1995 –Fernández López–RJ 1995\8771–.

controversias surgidas cuando se produce la coincidencia entre el periodo legal de maternidad y las fechas establecidas para el disfrute de las vacaciones pactadas colectivamente. La trabajadora no tiene derecho a que se le fije individualmente una época distinta de vacaciones, una vez concluido el periodo de descanso por maternidad, ni, en su caso, a reclamar indemnización por daños y perjuicios de no ser posible su disfrute en el año natural correspondiente.

### 6.5. Procedimiento aplicable

Con prontitud la Sala Cuarta dejó claro el objeto del proceso especial de vacaciones al establecer que esta modalidad procesal especial está únicamente concebida para litigios referente a fecha de disfrute pero no al derecho ni duración<sup>82</sup>.

## 7. EL TIEMPO DE TRABAJO Y OTROS ASPECTOS LABORALES, DE SEGURIDAD SOCIAL Y PROCESALES ALEDAÑOS

Seguros de que algunas referencias jurisprudenciales que abordan la temática del tiempo de trabajo han podido quedar preteridas, circunstancia que, como venimos repitiendo, responde a la dificultad de sistematizar esta materia debido a múltiples factores ya destacados a lo largo de esta exposición (casuismo, el fuerte juego de la negociación colectiva, el sistema de recursos, etc.), cerramos este estudio con una breve noticia sobre criterios jurisprudenciales recientes en los que el tiempo de trabajo se halla involucrado e inciden sobre otros aspectos aledaños del contrato de trabajo, de la relación de seguridad social y de instrumentación procesal.

<sup>82</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 29 de marzo de 1995 –Martín Valverde– RJ 1995\2349.

Así ha declarado en orden a la fijación del salario regulador de la indemnización por despido que debe ser el anterior por jornada completa aunque en el momento del cese se cobrara el inferior correspondiente a la jornada por reducción por guarda de hijo menor de seis años<sup>83</sup>.

Se ha pronunciado por la inexistencia de accidente de trabajo en un supuesto en que el trabajador sufre un infarto de miocardio en su domicilio encontrándose éste en situación de guardia localizada o disponibilidad permanente, pero sin prestar servicios, al considerar que no quedaba acreditado el nexo causal, toda vez que la presunción de laboralidad no alcanza a estas situaciones<sup>84</sup>.

La jurisprudencia unificadora ha descartado la figura del despido parcial en el caso en que la pérdida de una contrata de un centro de trabajo para una empresa de limpieza y la correlativa reducción de horario que la trabajadora sufre que en el mismo prestaba servicios, manteniendo el resto de la jornada para dicha empresa, supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo<sup>85</sup>.

Directamente asociado al tiempo de trabajo, el criterio jurisprudencial que consistía en reputar situación legal de desempleo la reducción de jornada pactada sin término final, instrumentada por la vía de la modificación sustancial de condiciones de trabajo<sup>86</sup> encontró de inmediato una respuesta legislativa con la Ley 66/1997, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del

<sup>83</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 11 de diciembre de 2001 –Samper Juan–

<sup>84</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 7 de febrero de 2001 –Iglesias Cabero– RJ 2001\2148.

<sup>85</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 20 de noviembre de 2000 –Fernández López– RJ 2000/10294, citando precedente originario (sentencia de 7 de abril de 2000 –Gullón Rodríguez– RJ 2000/3287).

<sup>86</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 24 de febrero de 1997 –Martín Valverde– RJ 1997\1579.

Orden Social (art. 40) añadiendo un párrafo al art. 203 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RDLeg 1/1994, de 20 de junio) contrarrestando aquella doctrina al disponer que «A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la

jornada ordinaria aquella que se autorice por un periodo de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo».

**RESUMEN:** Varios rasgos fundamentales se desprenden del rastreo de la jurisprudencia aproximadamente del último lustro directamente relacionada con el tiempo de trabajo (art. 34 al 38 del ET) en su dimensión o faceta de duración de la prestación: a) Su conexión con lo retributivo y con la duración del contrato. b) Casuismo y la dispersión, lo que dificulta, salvo quizás en lo referente a vacaciones anuales, una construcción sistemática de la materia. La dimensión que cobra la negociación colectiva con fuente normativa de regulación justifica esta realidad, al tiempo que explica que la mayoría de conflictos resueltos por la Sala Cuarta se dicten en el marco de la casación ordinaria. La casación unificadora en cambio es terreno propicio para los conflictos del personal estatutario. c) Desde la reforma de 1994 el término flexibilidad constituye un referente interpretativo, teniendo su contrapartida en la rigurosa observancia de las normas de derecho necesario. d) El fenómeno de fragmentación de jurisdicciones (social y contencioso-administrativa) sigue sin resolverse. e) En el haber de la jurisprudencia social cabe reseñar, sin duda, la claridad conceptual. Así, en cuanto a la jornada, su delimitación conceptual, su distinción con el horario, la acomodación del significado y consideración o no como tiempo efectivo de trabajo a las situaciones singulares que se le han planteado –el descanso por bocadillo, las guardias localizadas y de presencia, el tiempo empleado en la entrega de armas. En cuanto al calendario ha señalado que no es obligación del empresario incluir los horarios. Respecto a las horas extraordinarias: ha calado hondamente el espíritu de la reforma de 1994; conciencia de la amplitud del concepto de hora extraordinaria, pero siempre con referencia a la jornada ordinaria. Quizás se echa en falta una pronunciación, con carga doctrinal, sobre el importante tema de la prueba de las horas extraordinarias, máxime teniendo en cuenta la entrada en vigor de la LEC de 2000 que en su art. 217 regula con extensión la carga de la prueba. Con relación al trabajo a turnos y nocturno: por una parte, ha definido con claridad (fundamentalmente para personal estatutario –y por tanto, con normativa ajena al ET–) que el turno rotatorio necesariamente tiene que incluir las noches. Por otra parte, ha sentado pautas sobre incompatibilidad de percepción de determinados pluses con el de nocturnidad, ha resuelto sobre el cálculo de éste y su inclusión o no en la retribución de festivos. Sobre descanso semanal, la mayoría de cuestiones afectan a la retribución, y ha declarado que no surge el derecho al cobro por los días de descanso semanal comprendidos dentro del periodo de la huelga convocada en una empresa donde se ha establecido un régimen de trabajo a turnos, que determina la rotación sucesiva del descanso semanal de los trabajadores a lo largo de todos los días de la semana, sin limitarse al sábado y al domingo. En materia de vacaciones se produce una línea clara de consolidación doctrinal en cuanto al sistema y prelación de fuentes reguladoras del derecho, el mantenimiento de la reglas de proporcionalidad en la duración y del criterio de la remuneración normal o media. Ha tenido también ocasión de pronunciarse sobre cómputo de fechas de disfrute, y se observa una tendencia a la prevalencia de las necesidades objetivas de la empresa en la confección de cuadros de vacaciones. En el terreno procesal destacar que la jurisprudencia unificadora ha descartado la figura del despido parcial en el caso en que la pérdida de una contrata de un centro de trabajo para una empresa de limpieza y la correlativa reducción de horario, entendiéndose que supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.