

# **LA JORNADA LABORAL**

## **ASPECTOS GENERALES**

**José Manuel Barranco Gámez.**

## José Manuel Barranco Gámez.

Abogado.

Licenciado en Derecho.

Licenciado en Criminología.

Detective Privado.

Máster en Prevención de Riesgos Laborales

Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

**H**ANNIBALI VICTORI CETERI SUADEBANT UT QUIETEM ET IPSE SIBI SUMERET ET FESSIS DARET MILITIBUS; MAHARBAL, PRAEFECTUS EQUITUM, MINIME CESSANDUM ESSE RATUS, UT SCIAS QUID HAC PUGNA SIT ACTUM, DIE QUINTO INQUIT VICTOR IN CAPITOLIO EPULABERIS. SEQUERE; CUM EQUITIBUS, UT ROMANI TE PRIUS VENISSE QUAM VENTURUM ESSE SCIAN, PRAECEDAM. HANNIBAL SE VOLUNTATEM MAHARBALIS LAUDARE DIXIT, SED AD CONSILIUM PENSANDUM TEMPORE OPUS ESSE. TUM MAHARBAL: NON OMNIA EIDEM DI DEDERE; VINCERE SCIS, HANNIBAL, VICTORIA UTI NESCIS. MORA EIUS DIEI SATIS CREDITUR SALUTI FUISSE URBI ATQUE IMPERIO.

LIVIO 22.51, 4

## **INDICE**

### **LA JORNADA LABORAL** **ASPECTOS GENERALES**

- I. CONCEPTO**
- II. SIGNIFICADO Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS**
- III. DURACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO. JORNADA ORDINARIA**
- IV. DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA LABORAL**
- V. PERIODOS ASIMILADOS A TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO**
  - 1. INTRODUCCIÓN**
  - 2. TIEMPOS DE «TOMA Y DEJE» DEL SERVICIO**
  - 3. TIEMPO DE DESCANSO PARA EL BOCADILLO EN LA JORNADA LABORAL**
  - 4. TIEMPO PARA REALIZACIÓN DE RECONOCIMIENTOS MÉDICOS**
  - 5. TIEMPO DEDICADO A LA FORMACIÓN EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**
  - 6. DISPONIBILIDAD HORARIA DEL TRABAJADOR FUERA DE LA JORNADA DE TRABAJO**
- VI. JORNADAS ESPECIALES**

## **VII. JORNADAS EXCLUIDAS**

## **VIII. HORARIO DE TRABAJO**

- 1. CRITERIOS GENERALES**
- 2. CONTROL DEL SISTEMA HORARIO**
- 3. DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA LABORAL**

## **IX. HORAS EXTRAORDINARIAS**

- 1. CONCEPTO**
- 2. VOLUNTARIEDAD EN SU REALIZACIÓN**
- 3. NEGATIVA DEL TRABAJADOR A PRESTAR SERVICIOS FUERA DE SU JORNADA LABORAL**
- 4. RETRIBUCIÓN**
- 5. LÍMITES**
- 6. CONTROL Y PRUEBA**

## **X. TRABAJO A TURNOS**

- 1. CONCEPTO**
- 2. INTERPRETACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA**

## **XI. TRABAJO NOCTURNO**

- 1. CONCEPTO**
- 2. PROHIBICIONES**
- 3. LA JORNADA DE LOS TRABAJADORES NOCTURNOS**
- 4. EXCEPCIONES A LOS LÍMITES DE JORNADA DE LOS TRABAJADORES NOCTURNOS**
- 5. RETRIBUCIÓN**

- 6. PROTECCIÓN EN MATERIA DE SALUD Y SEGURIDAD**
- 7. PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD**
- 8. DISTINCIÓN ENTRE TRABAJO NOCTURNO Y TRABAJADOR NOCTURNO**

## **XII. JORNADA LABORAL DEL CONTRATO DE RELEVO**

## **XIII. EL DESCANSO LABORAL**

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. DESCANSO EN HORARIO CONTINUADO**
- 3. DESCANSO SEMANAL**
- 4. FIESTAS**
- 5. PERMISOS**

## **XIV. REDUCCIÓN DE JORNADA**

## **XV. HORARIO DE TRABAJO Y CONCILIACIÓN FAMILIAR**

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. LA APARICIÓN DEL CONCEPTO DE CONCILIACIÓN**
- 3. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL EN EL DERECHO COMUNITARIO**
- 4. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL EN EL DERECHO ESPAÑOL**
- 5. DESPIDO DURANTE REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL**
- 6. CÁLCULO DE INDEMNIZACIONES POR DESPIDO DURANTE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL**

**7. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN LOS SUPUESTOS DE  
REDUCCIÓN DE JORNADA**

**XVI. EL CALENDARIO LABORAL**

- 1. CONCEPTO**
- 2. LA REGULACIÓN EN LA NORMATIVA LABORAL**

**XVII. VACACIONES**

- 1. CONCEPTO Y NATURALEZA**
- 2. NACIMIENTO DEL DERECHO**
- 3. PERIODO DE DISFRUTE**
- 4. CONSUMACIÓN DEL DERECHO**
- 5. RETRIBUCIÓN DE LAS VACACIONES**
- 6. VACACIONES AL FINALIZAR LA RELACIÓN LABORAL**

**XVIII. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE  
TRABAJO**

- 1. CONCEPTO**
- 2. ÁMBITO**
- 3. EJERCICIO**
- 4. PROCEDIMIENTO**
- 5. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR  
VOLUNTAD DEL TRABAJADOR**

**XIX. FALTAS Y SANCIONES**

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. FALTAS COMETIDAS POR LOS TRABAJADORES**

**3. INFRACCIONES COMETIDAS POR LOS EMPRESARIOS**

**4. SUSPENSIÓN DE EMPLEO Y SUELDO**

**XX. JORNADA LABORAL DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES**

**1. CARACTERÍSTICAS**

**2. CRÉDITO HORARIO SINDICAL**

**a. CONCEPTO**

**b. CONTENIDO DEL CRÉDITO SINDICAL**

**XXI. AMPLIACIÓN Y REDUCCIÓN DE LA JORNADA LABORAL**

**XXII. NOTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SUSPENSIÓN O REDUCCIÓN DE JORNADA A LOS TRABAJADORES AFECTADOS**

**XXIII. REDUCCIÓN DE JORNADA TEMPORAL POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS DE PRODUCCIÓN**

**XXIV. JORNADAS ESPECIALES**

**1. EMPLEADOS DEL HOGAR FAMILIAR**

**a. CONCEPTO**

**b. REQUISITOS**

**c. CARACTERÍSTICAS**

**d. EXTINCIÓN DEL CONTRATO**

**e. OTRAS PECULIARIDADES DE LA RELACIÓN ESPECIAL**

## **2. RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE ARTISTAS**

- a. CONCEPTO**
- b. PERÍODO DE PRUEBA**
- c. DURACIÓN Y MODALIDADES DEL CONTRATO DE TRABAJO**
- d. DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES**
- e. RETRIBUCIONES**
- f. JORNADA**
- g. DESCANSOS Y VACACIONES**
- h. EXTINCIÓN DEL CONTRATO**
- i. REGULACIÓN NORMATIVA**
- j. INTERPRETACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA**

## **3. DEPORTISTAS PROFESIONALES**

- a. CONCEPTO**
- b. FORMA DEL CONTRATO**
- c. PERÍODO DE PRUEBA**
- d. DURACIÓN DEL CONTRATO**
- e. DERECHOS**
- f. OBLIGACIONES**
- g. TIEMPO DE TRABAJO**
- h. SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN**

## **4. SUPUESTO ESPECIAL DE LA TRIPULACIÓN DE UN BUQUE**

- a. CONCEPTO**
- b. DERECHO MARÍTIMO**
- c. LA TRIPULACIÓN ANTE LA COMPRAVENTA DEL BUQUE**
- d. LA TRIPULACIÓN ANTE EL ARRENDAMIENTO DEL BUQUE**



- e. PRIVILEGIOS ESTABLECIDOS INTERNACIONALMENTE A FAVOR DE LA TRIPULACIÓN EN ORDEN AL COBRO DE SUS SALARIOS**
- f. RÉGIMEN JURÍDICO-LABORAL DE LA TRIPULACIÓN DEL BUQUE O TRABAJADORES DEL MAR VIGENTE EN ESPAÑA**

- 5. JORNADA LABORAL EN EL INTERIOR DE LAS MINAS**
- 6. JORNADA LABORAL EN EL TRANSPORTE POR CARRETERA**
- 7. JORNADA LABORAL EN EL TRANSPORTE FERROVIARIO**
- 8. JORNADA LABORAL EN EL TRANSPORTE AEREO COMERCIAL**
- 9. JORNADA LABORAL DE LOS CONTROLADORES CIVILES DE TRÁNSITO AEREO**
- 10. LA JORNADA LABORAL EN EL CONTRATO DE FORMACIÓN**
- 11. TRABAJADORES AUTÓNOMOS**
- 12. REGULACIÓN DE LA JORNADA LABORAL EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO**

**13. TIEMPO DE TRABAJO DEL PERSONAL CIVIL EN ESTABLECIMIENTOS MILITARES**

**14. JORNADA DE TRABAJO, PERMISOS Y VACACIONES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

**XXV. ACCIDENTE DE TRABAJO FUERA DE LA JORNADA LABORAL. PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD**

**XXVI. TRABAJO Y DESCANSO DESDE LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS LABORALES**

**XXVII. EL PACTO DE DEDICACIÓN EXCLUSIVA**

**XXVIII. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

- 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JULIO DE 2017**
- 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE JUNIO DE 2017**
- 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JUNIO DE 2017**
- 4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MAYO DE 2017**
- 5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE ABRIL DE 2017**
- 6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE MARZO DE 2017**
- 7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE MARZO DE 2017**

- 8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE MARZO DE 2017**
- 9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE MARZO DE 2017**
- 10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE MARZO DE 2017**

**XXIX. BIBLIOGRAFIA**

## **RESUMEN**

La duración y los límites de la jornada laboral vienen establecidos por el Art. 34, ET y el convenio colectivo de aplicación. Del mismo modo la norma estatutaria establece el registro obligatorio de las horas extraordinarias (apdo. 5, Art. 35, ET) y de los trabajadores a tiempo parcial (apdo. 4 c Art. 12, ET).

La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo.

La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Para los sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, podrá establecer ampliaciones y reducciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y descansos.

Anualmente la empresa, tras consulta y previo informe de los representantes de los trabajadores, elaborará un calendario laboral que comprenderá el horario de trabajo y la distribución anual de los días de trabajo, festivos, descansos semanales o entre jornadas, y otros días inhábiles, teniendo en cuenta la jornada máxima legal o, en su caso, la pactada.

El calendario estará de acuerdo con la regulación que anualmente efectúa el Ministerio de Empleo y Seguridad Social de los días inhábiles a efectos laborales, retribuidos y no recuperables y los establecidos por cada Comunidad Autónoma y por los Ayuntamientos correspondientes, siendo catorce días la totalidad de estos. El calendario deberá exponerse en sitio visible en cada centro de trabajo.

### **PALABRAS CLAVES**

Jornada ordinaria, distribución, hora ordinaria, hora extraordinaria, compensación, puesto de trabajo, conciliación familiar y laboral, jornada continua, horario flexible, descanso, ampliación, reducción, vacaciones, calendario.

## **LA JORNADA LABORAL**

### **ASPECTOS GENERALES**

#### **I. CONCEPTO**

La duración y los límites de la jornada laboral vienen establecidos por el Art. 34, ET y el convenio colectivo de aplicación. Del mismo modo la norma estatutaria establece el registro obligatorio de las horas extraordinarias (apdo. 5, Art. 35, ET) y de los trabajadores a tiempo parcial (apdo. 4 c Art. 12, ET).

La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo, que podrá mejorar las condiciones legales.

La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10 por ciento de la jornada de trabajo. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días, el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella.

De forma que:

1. El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá superar las nueve diarias, salvo por las citadas causas del Art. 34, ET, respetando en todo caso el descanso entre jornadas.
2. Los trabajadores menores de 18 años no podrán realizar más de ocho horas diarias incluyendo el tiempo dedicado a la formación
3. No computarán para el cálculo de horas extraordinarias autorizadas, ni dentro del cómputo de la jornada laboral las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias.

La compensación de las diferencias, ya sean por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, legal o pactada, será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.

El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas.

Los trabajadores menores de 18 años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las realizadas con cada uno de ellos.

A la jornada ordinaria pueden adicionarse horas extraordinarias. El número máximo de horas extraordinarias es de 80 al año, si bien no computan dentro de este límite las horas extras compensadas por tiempo de descanso (no con retribución) dentro de los cuatro meses siguientes a su realización. Tampoco se tendrá en cuenta, a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de las horas extraordinarias autorizadas, el exceso de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias.

A efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente.

La jornada de los trabajadores a tiempo parcial se registrará día a día y se totalizará mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto las ordinarias como las complementarias.

El tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo.

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



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

Las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resolverán por la jurisdicción social a través de un procedimiento urgente y preferente.

En un intento de definición de los distintos tipos de horario, habitualmente entendemos por tiempo de trabajo el que implica una jornada laboral de ocho horas, con una pausa para la comida, y que suele oscilar entre las 7-9 horas y las 18-19 horas. El trabajo a turnos supone otra ordenación del tiempo de trabajo: se habla de trabajo a turnos cuando el trabajo es desarrollado por distintos grupos sucesivos, cumpliendo cada uno de ellos una jornada laboral, de manera que se abarca un total de entre 16 y 24 horas de trabajo diarias. Existen las siguientes formas de organización:

Sistema discontinuo: el trabajo se interrumpe normalmente por la noche y el fin de semana. Supone, pues, dos turnos, uno de mañana y uno de tarde.

Sistema semi-continuo: la interrupción es semanal. Supone tres turnos, mañana, tarde y noche, con descanso los domingos.

Sistema continuo: el trabajo se realiza de forma ininterrumpida. El trabajo queda cubierto durante todo el día y durante todos los días de la semana. Supone más de tres turnos y el trabajo nocturno.

Legalmente, en el Estatuto de los Trabajadores, se define el trabajo a turnos como “toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas”. Asimismo se considera trabajo nocturno el que tiene lugar “entre las 10 de la noche y las 6 de la mañana” y se considera trabajador nocturno al que “invierte no menos de tres horas de su trabajo diario o al menos una tercera parte de su jornada anual en este tipo de horario.”

## **II. SIGNIFICADO Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

Atendiendo a un significado económico, la jornada es el tiempo mínimo que permite a un trabajador un salario con el que satisfacer sus necesidades naturales y proveer al beneficio de la empresa y a su financiación en combinación con otros factores de producción. Hay una jornada mínima por debajo de la cual decrece el beneficio del empresario y una máxima por encima de la cual la utilidad marginal del beneficio se estanca. Se ha vencido la vieja superstición empresarial de que a mayor número de horas de trabajo correspondía siempre un mayor beneficio y rendimiento, y viceversa, que a menor número de horas de trabajo corresponde siempre un menor beneficio.

La duración de la jornada efectiva depende de factores económicos, incluidos los niveles de empleo y salarios, de factores técnicos (la mayor o menor automatización de las industrias), y de factores institucionales (legislación, negociación colectiva).

La presión del movimiento obrero organizado hizo que una de las primeras manifestaciones de la intervención del Estado en el conflicto capital/trabajo fuese la limitación de la jornada de trabajo. Primero, en una etapa que se ha dado en llamar pietista o de beneficencia, con la Ley de Benot de 24 de julio de 1873, obra de la I República, limitando la jornada de los menores de edad, y luego mediante dos disposiciones importantísimas del año 1919: el Real Decreto de 15 de marzo, imponiendo la jornada máxima de 8 horas al día en los oficios de la construcción, y el Real Decreto de 3 de abril, implantando la jornada máxima de 8 horas en todos los trabajos, cuando aún la mayoría de las legislaciones de los países civilizados no la habían generalizado, cuando, como elocuentemente escribe De La Villa Gil, los obreros ingleses cantaban la estrofa de los cuatro ochos: eight hours to work, eight hours to play, eight to sleep, eight schilling a day. Posteriormente la Ley sobre Jornada Máxima Legal, de 1 de julio de 1931, reguló la jornada de las ocho horas diarias y 48 semanales, junto a las jornadas especiales. La Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, rebajó la jornada semanal a 44 horas, módulo este ya sentado en el Convenio número 47, del año 1935, de la Organización Internacional del Trabajo, y el Estatuto de los Trabajadores de 1980 a 43 y 42 horas, según se tratara de jornada partida o continuada.

Habrà de esperarse a la Ley 4/1983, de 29 de junio, que dio nueva redacción al artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores de 1980, para que se fijara como duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo la de 40 horas semanales de trabajo efectivo.

La finalidad de la limitación de la jornada de trabajo es la protección de la salud psicofísica del trabajador.

La Directiva 2003/88 CE, de 4 de noviembre de 2003, dispone en el artículo 6 que los Estados adoptarán las medidas necesarias para que la duración media del

trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada periodo de siete días.

De la trascendencia que la jornada laboral y sus limitaciones tiene da idea su reconocimiento en el artículo 40 de la Constitución Española, que como principio rector de la política económica y social establece: "los poderes públicos... garantizarán los descansos necesarios mediante la limitación de la jornada laboral...".

Importante novedad de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha sido la de incorporar un nuevo apartado, el 8, por su Disposición Adicional 11ª, en cuya virtud el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella.

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

### **III. DURACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO. JORNADA ORDINARIA**

La idea básica de la regulación legal es establecer una duración máxima del tiempo de trabajo en distintas unidades de tiempo. Al ser la normativa de duración de

la jornada de trabajo de carácter imperativo, indisponible para las partes, el contrato de trabajo podrá establecer una duración anual y diaria menor, pero nunca mayor; los convenios y acuerdos colectivos deberán respetar el máximo anual, (Sentencia del Tribunal Constitucional 210/1990, de 20 de diciembre) pero pueden ordenar una distribución del tiempo de trabajo en la que se rebase algún día el límite de nueve horas (Martín Valverde). En todo caso, el incumplimiento de los límites legales o convencionales en materia de tiempo de trabajo constituye una infracción grave (artículo 7.5 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social).

El artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores dispone que la duración de la jornada de trabajo, será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo, sin que la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo pueda exceder de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Tiempo de trabajo efectivo es el comprendido entre el momento de llegada y el abandono del "puesto de trabajo" por el trabajador.

Cuando la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas se establecerá un descanso no inferior a quince minutos, que podrá considerarse tiempo de trabajo efectivo por el convenio o por el contrato.

Mediante convenio colectivo, o en su defecto por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa puede distribuir a lo largo del año el 10% de la jornada de trabajo, preavisando al trabajador con, al menos, cinco días. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella. Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas.

La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo; en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y en defecto de pacto, se compensarán en el plazo de doce meses desde que se produzcan.

Las llamadas "jornadas anuales" son ya una práctica habitual muy extendida en la negociación colectiva española, impulsadas desde los acuerdos marco, siendo un número importante de convenios los que utilizan la técnica de regulación del tiempo de trabajo, fijando un número total de horas de trabajo al año. Así, en el año 2016, la jornada media pactada entre convenios se situó en 1.757,24 horas anuales, según datos del Ministerio de Empleo y de la CEOE (julio 2016). El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas. El tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo. Lo que significa que algunos periodos de tiempo, como por ejemplo los desplazamientos de ida y vuelta en el trabajo, los cambios de ropa o equipo para efectuar el trabajo, los desplazamientos desde la entrada en el centro de trabajo hasta el puesto, la pausa del "bocadillo" no se cuenten para el cómputo de la jornada, salvo que se establezca una regulación más beneficiosa en los convenios colectivos o en el contrato de trabajo.

Para los menores de 18 años se establece una limitación especial de la jornada de trabajo en el artículo 34.3 del Estatuto de los Trabajadores, cual es que no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, el cómputo deberá tener en cuenta las horas realizadas con cada uno de ellos.

#### **IV. DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA LABORAL**

Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Por este sistema, amparado en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, se podrán acumular una serie de jornadas en determinados periodos sin que las horas realizadas adquieran la condición de extraordinarias. Para ello han de cumplirse una serie de requisitos en relación al Preaviso, la Compensación y los Límites de la distribución irregular de la jornada

Normativa reguladora de la distribución irregular de la jornada laboral.  
Posibilidad de distribuir irregularmente hasta un 10% de la jornada anual.

Multitud de convenios colectivos viene históricamente permitiendo a las empresas, atendiendo a la estacionalidad de la actividad u otras circunstancias del mercado, establecer en sus calendarios de trabajo una distribución irregular de la jornada a lo largo del año que deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en el Estatuto de los Trabajadores; medidas como excluir de los períodos estacionales de mayor actividad el disfrute de las vacaciones o similares abundan desde siempre en la negociación colectiva.

La legislación laboral tras las Reformas Laborales de 2012 persigue facilitar la distribución irregular de la jornada laboral a lo largo del año, aun cuando no esté así establecido en convenio colectivo o mediante acuerdo con los representantes de los

trabajadores. Atendiendo a esto, el apartado 2 Art. 34, ET -con efectos de 12/02/2012-, establece que en defecto de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se permite a la empresa unilateralmente distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10 % de la jornada de trabajo.

#### Procedimiento para distribuir irregularmente la jornada laboral anual

El procedimiento para distribuir irregularmente hasta un 10% de la jornada anual, se regula en el apartado 2 Art. 34, ET

Para que un empresario pueda realizar la distribución irregular de la jornada de sus trabajadores ha de consultar previamente el convenio colectivo aplicable y los posibles acuerdos con la representación legal de los trabajadores, pues éstos pueden regular distintos porcentajes de la jornada anual a distribuir de forma irregular, así como precisar los meses o períodos en que se pueden incrementar o reducir las horas diarias de trabajo. La facultad empresarial no es ilimitada y está sujeta a determinadas normas (algunas de ellas aclaradas recientemente por la Jurisprudencia), entre las que cabe señalar:

#### Preaviso

Se debe preavisar a los afectados con un mínimo de cinco días de antelación, el día y hora de prestación del trabajo resultante de aquella modificación (STSJ Aragón 07/06/2013 (R. 225/2013)).



## Límites

No implica que la empresa pueda modificar los días establecidos en el calendario laboral como días de trabajo ni el número total de horas anuales a realizar, solamente se podrá modificar la distribución horaria mensual, semanal o diaria. Sentencia TSJ Castilla y León (Burgos), Sala de lo Social, nº 347/2013, de 17/07/2013, Rec. 351/2013.

Sólo se puede aplicar hasta un máximo del 10% del total de la jornada anual que tenga establecida la empresa (STSJ Castilla y León 17/07/2013 (R. 351/2013)).

No se puede aplicar a trabajadores que tengan reducción de jornada por guarda legal (cuidado de un menor de hasta ocho años o de una persona con discapacidad psíquica, física o sensorial que no tenga ninguna actividad retribuida), salvo acuerdo con ellos (Sentencias TS, Sala de lo Social, de 13/03/2014, Rec. 80/2013 y TSJ Andalucía (Sevilla), Sala de lo Social, nº 2970/2012, de 25/10/2012, Rec. 519/2011).

Si la jornada que tiene establecida la empresa es de lunes a viernes, no se puede aplicar a jornadas de sábado y domingo. Si se quisiera aplicar a estos días, las horas realizadas no tendrían la consideración de distribución irregular de jornada y si la consideración de horas extras, con todo lo que ello conlleva, tanto de pago diferenciado como de no obligatoriedad en su realización.

Sólo se puede aplicar sobre la jornada ordinaria máxima diaria que, salvo que el convenio diga otra cosa, es de nueve horas (Sentencia TSJ Andalucía (Granada), Sala de lo Social, nº 2104/2013, de 20/11/2013, Rec. 1807/2013).

La empresa no puede compensar las bolsas de horas causadas por la distribución irregular de la jornada en el año siguiente de su realización, sino que debe distribuirse dentro de cada anualidad. Sentencia TS, Sala de lo Social, de 03/02/2015, Rec. 7/2014.

### Compensación

La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, legal o pactada, será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.

### Impugnación de la distribución irregular jornada laboral

La impugnación de la distribución irregular de jornada podrá realizarse ante la jurisdicción social siguiendo el apdo. 3, Art. 41, ET y el Art. 138, LJS.

El apdo. 3, Art. 41, Estatuto de los Trabajadores permite la impugnación individual de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, la cual ha de tramitarse por el procedimiento del Art. 138, Ley de la Jurisdicción Social. A su vez el apdo. 5, Art. 41, Estatuto de los Trabajadores, nos dice que contra las decisiones empresariales de modificación colectiva de las condiciones de trabajo se puede reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista

anteriormente, si bien la interposición del conflicto paraliza la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución.

La Sentencia AN, Sala de lo Social, Sección 1, nº 150/2014, de 15/09/2014, Rec. 160/2014, ha estudiado un supuesto en el que la empresa ha impuesto un horario temporal distinto a un grupo de cuando menos cuatro trabajadores en base al ejercicio de la facultad que entiende tener de distribuir irregularmente un 10% de su jornada individual de trabajo. Esa modificación impuesta afecta única y exclusivamente a uno de sus centros de trabajo dentro de la comunidad autónoma. Por lo que no es competente la Audiencia Nacional por no exceder el ámbito de afectación de la modificación impugnada el de una Comunidad Autónoma, aun cuando la interpretación subyacente del convenio afecte potencialmente a muchos otros trabajadores. Ello es así aunque la modalidad procesal utilizada para impugnar la modificación sea la de conflicto colectivo, puesto que lo que determina la competencia es la pretensión ejercitada.

Sentencia TS, Sala de lo Social, de 16/04/2014, Rec. 183/2013. La reducción del plazo de preaviso mínimo para la distribución irregular de la jornada de los trabajadores vulnera el apdo. 2, Art. 34, ET.

Si la jornada ordinaria de la empresa es de ocho horas, se podrá ampliar como máximo hasta nueve horas (o más si el convenio lo permite). Si se hacen más horas que las máximas legalmente establecidas, tendrán la consideración de horas extras, y les será de aplicación su normativa.

## **V. PERIODOS ASIMILADOS A TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO**

### **1. INTRODUCCIÓN**

La jornada de trabajo es el tiempo en el que trabajador ejerce su actividad profesional para el empresario a cambio del salario. La duración máxima de la jornada ordinaria se encuentra regulada por el estatuto o los convenios de aplicación. No obstante, por imperativo legal «el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo» (Apdo. 5, Art. 34 ET); por lo que, salvo especificación en contrario, acuerdo o convenio colectivo, quedan excluidos de la jornada laboral los períodos de tiempo: a) de acceso o salida del trabajo; b) de aseo o cambio de ropa; c) el transporte al centro de trabajo; d) Tiempo necesario para el desplazamiento desde donde se han de recoger los vehículos de la empresa al centro de trabajo.

De forma excepcional nos podemos encontrar con determinados períodos que, aunque no se realizan específicamente a la realización del trabajo, se asimilan por reconocimiento en la normativa laboral, al tiempo de trabajo efectivo. Esta asimilación puede darse a efectos del cómputo de jornada o con efectos sobre la retribución del trabajador. Se trata de periodos que aún sin la realización de la propia actividad productiva por parte del trabajador, se realizan actividades que:

- Forman parte de las obligaciones contractuales contraídas por el trabajador
- Constituyen obligaciones empresariales
- Son actividades tuteladas por el ordenamiento jurídico.

En el estudio de este apartado han de destacarse:

- Tiempos de «toma y deje» del servicio
- Tiempo de descanso para el bocadillo en la jornada laboral
- Tiempo para realización de reconocimientos médicos
- Tiempo dedicado a la formación en prevención de riesgos laborales
- Disponibilidad horaria del trabajador fuera de la jornada de trabajo

## **2. TIEMPOS DE «TOMA Y DEJE» DEL SERVICIO**

El tiempo de «toma y deje», se define como el tiempo de presencia necesario para empezar o terminar la jornada en el que no se desarrollan servicios propiamente. La duración y cómputo del «toma y deje» se realizará según convenio, acuerdos o pactos existentes en cada empresa respetándose los derechos adquiridos. Su retribución, de forma genérica, se realizará como horas extraordinarias (en cuantía no inferior a la hora ordinaria).

Con anterioridad o posterioridad a la realización de cualquier servicio el trabajador puede tener la necesidad de realizar actividades como: revisar componentes de seguridad, dejar el vehículo donde la empresa ha designado, recoger herramienta, etc.

Los convenios colectivos suelen establecer que el comienzo de la jornada de trabajo será la que se fija para la entrada en los lugares ordinarios de trabajo o bien el comienzo del servicio en los lugares habituales señalados por cada Empresa dándose por concluida cuando se dé por finalizado el trabajo efectivo o bien las labores que deban realizarse para dejar el servicio en los mencionados lugares ordinarios de

trabajo. Sentencias TS, Sala de lo Social, de 28/10/2013, Rec. 291/2013; TS, Sala de lo Social, de 13/11/2013, Rec. 2310/2012; TS, Sala de lo Social, de 21/01/2014, Rec. 1024/2013; TS, Sala de lo Social, de 08/04/2014, Rec. 3230/2012; TS, Sala de lo Social, de 15/09/2014, Rec. 1439/2013 y TS, Sala de lo Social, de 17/09/2014, Rec. 2921/2012).

#### Retribución del tiempo de "toma y deje"

El apdo.1, Art. 35, Estatuto de los Trabajadores, impone una garantía de salario mínimo para las horas extraordinarias, fijándolo en el valor del salario de la hora ordinaria. Por encima de dicha garantía el convenio colectivo puede libremente establecer otra valoración. Pero si la valoración del convenio colectivo, aplicada en su conjunto, arroja un valor inferior al mínimo legal, lo que procede es pagar el mínimo legal, pero no realizar un espiguelo normativo para mezclar dicho mínimo legal dentro de las fórmulas de cálculo del convenio colectivo y de esa manera valorar las horas extraordinarias en una cifra que no resulta de la aplicación del convenio y que al mismo tiempo excede el mínimo garantizado por Ley. Sentencia TS, Sala de lo Social, de 19/11/2014, Rec. 2859/2013.

#### Diferencias entre el "toma" y el "deje"

En la definición de «toma y deje» existen dos parámetros a considerar que delimitarán y limitarán la conceptualización del «tiempo de toma y deje»:

a) La consideración como tiempo de trabajo efectivo por parte del convenio colectivo regulador

b) La existencia de prestación real de servicios (tareas o trabajos auxiliares que se efectúan en relación con el trabajo)

Resulta imprescindible el estudio de cada convenio para la aplicación del concepto. A modo de ejemplo, el laudo arbitral sobre interpretación del Convenio Colectivo de Transporte de Viajeros por Carretera, establece al respecto:

- La toma será el tiempo de trabajo efectivo en el que se realizan un conjunto de tareas o trabajos auxiliares que se efectúan en relación con el vehículo, sus pasajeros o su carga y aquellas funciones complementarias que, aunque no incidan directamente en el vehículo, sus pasajeros o carga, son necesarias para una correcta prestación de servicios por parte del conductor y conductor-perceptor, tendentes a garantizar la seguridad del vehículo, de los pasajeros y la carga, tendentes a garantizar la seguridad del servicio de transporte de viajeros por carretera respecto de los usuarios, al inicio o comienzo del servicio.

- El deje será el tiempo de trabajo efectivo, en el que se realiza un conjunto de tareas o trabajos auxiliares que se efectúan en relación con el vehículo, sus pasajeros o su carga y aquellas funciones complementarias y su finalidad, a las que se ha hecho referencia al definir la toma, en el momento de dejar o finalizar el servicio.

### **3. TIEMPO DE DESCANSO PARA EL BOCADILLO EN LA JORNADA LABORAL**

El denominado tiempo de «bocadillo», se establece siguiendo el apdo. 4 Art. 34, ET, conforme el cual: «Siempre que la duración de la jornada diaria continuada

exceda de seis horas, deberá establecerse un período de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Este período de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo».

Sentencia TS, Sala de lo Social, de 12/11/2015, Rec. 14/2015. El denominado tiempo de pausa diaria para «bocadillo» es tiempo de trabajo efectivo, y como tal ya es retribuido. Si no es posible disfrutarlo, convencionalmente se compensa con retribución que ha de ser la prevista en las tablas salariales, por tratarse de exceso de jornada inferior a la legalmente pactada y estar ya remunerada con el salario propio de la hora ordinaria.

Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un período de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Este período de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo (apdo. 4, Art. 34, ET). En el caso de los trabajadores menores de dieciocho años, el período de descanso tendrá una duración mínima de treinta minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media.

La duración legal de la pausa de 15 a 30 minutos, como todo el contenido del Estatuto de los Trabajadores, tiene carácter de mínimos y puede ser mejorado por convenio colectivo o contrato de trabajo.

Como norma general suele excluirse del tiempo de trabajo para adquirir la consideración de tiempo de descanso. No obstante, la normativa laboral permite su consideración como tiempo de trabajo efectivo por convenio colectivo o contrato de



trabajo. En función de su consideración o no como tiempo de trabajo efectivo existen dos posibilidades:

- Consideración de tiempo de trabajo efectivo a efectos de cómputo de jornada pactada. Esto obliga a su remuneración, sin comprender las cantidades o complementos relativos a la productividad del trabajador (pluses de cantidad o calidad en el trabajo, primas de producción, etc.).
- Consideración simplemente a efectos retributivos. Esta consideración no implica, por si sola, que dicho tiempo deba adquirir la consideración de de trabajo efectivo, de forma que se deba tener en cuenta para el cómputo anual de la jornada máxima. En este caso siempre ha de tenerse en cuenta lo establecido en el propio convenio colectivo o en acuerdo individual.

El reconocimiento del derecho a que el descanso que disfrutaban los trabajadores en la jornada continuada como consideración de trabajo efectivo, fue tratado por la Sentencia TS, Sala de lo Social, de 18/07/1994, Rec. 1530/1993. La citada sentencia parte del apdo. 2, Art. 34, Estatuto de los Trabajadores que prevé que el tiempo de descanso en jornada continuada se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando por acuerdo individual o colectivo entre empresarios y trabajadores así esté establecido o se establezca. En el hecho probado segundo se hace constar que "la empresa no ha reconocido expresamente que dichos tiempos de descanso sean de trabajo efectivo, si bien en los contratos de trabajo formalizados o prorrogados a partir de mediados de 1.987 se incluye una cláusula que niega que dicho tiempo de descanso sea computado como de trabajo efectivo". La sentencia recurrida razona en el fundamento jurídico primero que esta conclusión se obtiene a partir "de la estructura de los distintos horarios, en los que hay ocho horas de horario para una jornada efectiva a realizar de siete horas y media, que era la precisa para alcanzar la jornada anual establecida en el convenio colectivo" y añade que en los sucesivos convenios colectivos no se ha calificado el tiempo de descanso como tiempo de trabajo efectivo y que para el

reconocimiento de esta calificación como una condición más beneficiosa falta la premisa de hecho, porque "en modo alguno ha sido probado que la demandada considere que el descanso, o veinte minutos del mismo, sean de trabajo efectivo, ni parece haberlo considerado nunca".

- Sentencia TSJ Madrid, de 30/11/1999
- Sentencia TSJ Aragón, de 15/12/1999
- Sentencia TS, nº 584/2004, de 25/06/2004, Rec. 4181/1998
- Sentencia TSJ Galicia, de 14/11/2000, Rec. 4180
- Sentencia TS, de 25/01/2006, Rec. 611/2004
- Sentencia TSJ Cataluña, de 11/12/2000
- Sentencia AN, Sala de lo Social, Sección 1, nº 94/2013, de 16/05/2013, Rec. 111/2013. Declara que todos los trabajadores tienen derecho a disfrutar treinta minutos de bocadillo como tiempo efectivo de trabajo con independencia de su fecha de contratación, porque el derecho derivaba de convenio y vulneró el principio de igualdad.

#### **4. TIEMPO PARA REALIZACIÓN DE RECONOCIMIENTOS MÉDICOS**

El tiempo que los trabajadores dediquen a la realización de exámenes y reconocimientos derivados de la obligación empresarial de vigilancia de la salud han de considerarse retribuidos e incluidos dentro del cálculo de la jornada laboral.

El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo. Esta vigilancia

sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. De este carácter voluntario sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad (Art. 22 LPRL).

El tiempo que los trabajadores dediquen a la realización de exámenes y reconocimientos derivados de la obligación empresarial de vigilancia de la salud han de considerarse retribuidos e incluidos dentro del cálculo de la jornada laboral.

Reconocimientos médicos previos al embarque de los trabajadores del mar.

En el sector marítimo-pesquero seguirá en vigor lo establecido, en materia de formación, información, educación y práctica de los reconocimientos médicos previos al embarque, en el Real Decreto 1414/1981, de 3 de julio, por el que se reestructura el Instituto Social de la Marina.

No es posible descontar del salario las ausencias por asistir a visitas médicas destinadas a reconocimientos de la mutua, previos a la declaración de existencia de accidente de trabajo o no.

## **5. TIEMPO DEDICADO A LA FORMACIÓN EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**

El empresario está obligado a facilitar una formación práctica y adecuada en materia de seguridad e higiene a los trabajadores que contrata entro de la jornada de trabajo o en otras horas, pero con el descuento en aquélla del tiempo invertido en las mismas.

El empresario está obligado a facilitar una formación práctica y adecuada en materia de seguridad e higiene a los trabajadores que contrata, o cuando cambien de puesto de trabajo o tengan que aplicar una nueva técnica que pueda ocasionar riesgos graves para el propio trabajador o para sus compañeros o terceros, ya sea con servicios propios, ya sea con la intervención de los servicios oficiales correspondientes. Tanto el Art. 19 Estatuto de los Trabajadores, como Art. 19 LPRL, establecen que la formación ha de tener lugar dentro de la jornada de trabajo o en otras horas, pero con el descuento en aquélla del tiempo invertido en las mismas.

En lo referido a las ETT, se encuentra legalmente establecida la obligación de que el trabajador, previamente a su puesta a disposición, haya recibido la formación teórico-práctica en materia preventiva necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar o facilitarla en caso contrario (Art. 15-16, LPRL). El tiempo destinado a la formación ha de restarse del efectivo en el contrato de puesta a disposición con la empresa usuaria. Sentencia nº TS, de 17/01/2008, Rec. 1176/2007.

En contraposición con la obligación empresarial de abonar el periodo de formación como trabajado existe la obligación del trabajador (apdo. 9, Art. 19, ET) de recibir la información, cuyo incumplimiento supondrá un “incumplimiento laboral sancionable” (Art. 29 LPRL).

La ya citada Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, considera como trabajo efectivo, aquellos periodos dedicados a otras actividades de prevención distintas a la formación, como son:

- La protección y prevención de riesgos profesionales que realizan el/los trabajadores designados por el empresario para ocuparse de dicha actividad (Art. 30, LPRL).
- El tiempo utilizado por los Delegados de Prevención para el desempeño de las funciones será considerado como de ejercicio de funciones de representación a efectos de la utilización del crédito de horas mensuales retribuidas previsto en la letra e del citado artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores (apdo. 1, Art. 37 LPRL).

El apdo. 1 b) del Art. 23 ET, relativo a la promoción y formación profesional en el trabajo, establece que: "El trabajador tendrá derecho... A la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional o a la concesión del permiso oportuno de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo".

Al amparo de este precepto legal el Estatuto de los Trabajadores establece para aquellos empleados que cursen estudios académicos y de formación y perfeccionamiento profesional preferencia para:

- Elegir turno de trabajo mientras dure la realización del mismo.
- La adaptación de la jornada diaria de trabajo para la asistencia a los cursos, siempre que las necesidades y la organización del trabajo lo permitan.
- La concesión de permisos retribuidos para concurrir a exámenes (debiendo acreditarse debidamente que cursa con regularidad estos estudios).

Del mismo modo, también se asientan una serie de requisitos para el acceso a los citados cursos de perfeccionamiento profesional:

- Compatibilidad entre la asistencia a los citados cursos y el trabajo.
- El E.T no especifica, de ninguna manera, los títulos profesionales incluidos o excluidos. De esta manera, en el supuesto de tratarse de un curso de formación con titulación, el trabajador tendrá un derecho de opción entre la adaptación de la jornada de trabajo y la elección de turno de trabajo, no pareciendo posible acumular ambos derechos respecto de un mismo curso de formación, aunque sí respecto de cursos de formación diferentes.
- La jurisprudencia (STCT de 21 de enero de 1988), ha interpretado que la "adaptación de la jornada ordinaria de trabajo" no ampara la reducción de la jornada laboral, dejando esta opción a la negociación colectiva.
- En lo referente a la posibilidad de modificación del horario de trabajo, el trabajador tendrá las posibilidades de pasar de un horario fijo a un horario móvil, pasar de una jornada partida a una jornada continuada o pasar de un trabajo en régimen de turnos a un horario único.
- Podrán ser beneficiarios de los permisos individuales de formación los trabajadores asalariados que prestan sus servicios en empresas privadas o entidades públicas empresariales que cotizan a la Seguridad Social en concepto de formación profesional, y hayan obtenido de la empresa la concesión de dicho permiso.

## Remuneración del tiempo dedicado a la Formación Profesional

Los Convenios Colectivos al regular el tiempo dedicado a la formación profesional continua, lo tratan de tres formas distintas:

1.- Consideración del tiempo de formación profesional continua, como jornada ordinaria.

En todos estos supuestos en los que se pacte que la formación se realice dentro del tiempo de trabajo efectivo, empresario y trabajador deben tener en cuenta los siguientes extremos:

- El límite de su duración será la jornada máxima legal.
- El tiempo de formación debe ser retribuido como la hora ordinaria, teniendo esta retribución una clara naturaleza salarial por retribuir una actividad asimilable al trabajo efectivo en sentido propio.
- Será obligatoria la presencia del trabajador en la medida en que se trata de tiempo computable como de trabajo efectivo.
- El empresario podrá ejercitar su poder disciplinario en caso de incumplimiento por el trabajador de su obligación de asistencia y de puntualidad.

2.- Consideración del tiempo de formación profesional continua, como jornada extraordinaria.

En el caso de pactarse que el tiempo de formación quede fuera de la jornada ordinaria y dentro de las horas extraordinarias (STS de 26 de junio de 2003), el régimen jurídico será el siguiente:

- El límite de su duración será el de la jornada extraordinaria legal de 80 horas al año.
- Las horas realizadas no deberán ser compensadas con descanso en los cuatro meses siguientes a su realización (Art. 35 ET).
- El tiempo de formación deberá ser retribuido como las horas extraordinarias (según convenio y, como mínimo, como las horas ordinarias) o compensado con tiempo equivalente de descanso (apdo. 2, Art. 35 ET).

3.- Consideración del tiempo de formación como tiempo de disponibilidad fuera de la jornada laboral ordinaria y extraordinaria.

En los casos en que se pacte que el tiempo de formación quede fuera de la jornada laboral, ordinaria o extraordinaria, como tiempo de disponibilidad, el régimen jurídico del tiempo de formación ha de ser el siguiente:

- La duración del tiempo de formación se fijará por convenio colectivo, sin límite alguno.
- Se retribuirá o no y en la cuantía que fije el convenio colectivo.



- Este pacto no sería posible en cuanto se superase la duración de la jornada máxima legal (STS de 26 de junio de 2003).

## **6. DISPONIBILIDAD HORARIA DEL TRABAJADOR FUERA DE LA JORNADA DE TRABAJO**

La disponibilidad horaria, es el período de tiempo fuera del horario habitual de trabajo, en que el personal, mediante acuerdo o convenio colectivo, ha de estar permanentemente localizable. Tanto el tiempo de repuesta a la llamada como la contabilización en días en función de la necesidad del servicio, ha de definirse por escrito.

La Directiva comunitaria 2003/88, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo define en su art. 2 apartado 1) el tiempo de trabajo como todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en la empresa, a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales. En contraposición, define tiempo de descanso como todo período que no sea tiempo de trabajo.

Atendiendo a esta definición, se considera tiempo de trabajo el tiempo que el trabajador está a disposición del empresario, en el lugar de trabajo, y en el ejercicio de sus funciones, por lo que el TJCE en sus Sentencias SIMAP y Jaeger, se vio obligado a matizar algunos conceptos como:

Guardias médicas con presencia física en el lugar de trabajo.

El TJCE considera que tales períodos de atención continuada deben ser considerados tiempo de trabajo efectivo al cumplirse los requisitos de estar en el centro de trabajo y a disposición del empresario. El Tribunal, se limita a señalar que la obligación de los médicos de estar presentes en el lugar de trabajo para atender posibles urgencias puede equipararse al ejercicio efectivo de sus funciones. Es decir, considera que la disponibilidad de los médicos en el lugar de trabajo es un aspecto más de sus funciones habituales y, por tanto, equivale a estar en el ejercicio efectivo de las mismas. Sentencias TSJ Aragón, de 18/03/2002 y TS, Sala de lo Social, nº S/S, de 27/01/2005, Rec. 5539/2003.

Tiempo de atención continuada en régimen de localización sin presencia en el centro de trabajo

Para el Tribunal el tiempo de atención continuada en régimen de localización, no de presencia en el centro de trabajo, no puede ser considerado tiempo de trabajo efectivo (sin aclarar si estos tiempos han de computarse como tiempo de descanso o si, por el contrario han de excluirse de tal cómputo con el fin de que los trabajadores disfruten de un período de descanso total, no condicionado por la eventual llamada del empresario). Sentencia TS, de 11/10/2006, Rec. 1641/2005 y AN, Sala de lo Social, Sección 1, nº 141/2016, de 21/09/2016, Rec. 201/2016.

Consideración de tiempo de trabajo efectivo

Se considerará tiempo de trabajo efectivo los períodos en los cuales el trabajador permanece en la empresa a disposición del empresario.

Períodos en los que el trabajador permanece a disposición del empresario fuera del lugar de trabajo/guardias pasivas

El TJCE ha considerado que los períodos en los que el trabajador permanece a disposición del empresario, pero fuera del lugar de trabajo, no pueden ser considerados como tiempo de trabajo efectivo y son, por tanto, tiempo de descanso.

En lo que al TJCE se refiere, la única conclusión clara que se puede extraer es que en Derecho Comunitario rige una concepción binaria del tiempo de trabajo, en virtud de la cual, solo cabe distinguir entre el trabajo efectivo que se realiza en el lugar de trabajo y supone estar a disposición del empresario y el tiempo de descanso que se define, por exclusión, como el tiempo en el que el trabajador no se encuentra en el lugar de trabajo a disposición del empresario.

STS 20/07/2012 (R. 43/2011). Una mejora salarial voluntaria que retribuye la mayor disponibilidad o dedicación de los trabajadores no puede minorar su cuantía por absorción de los incrementos salariales generados por promoción profesional o nuevos trienios, conforme al convenio colectivo de aplicación (en el caso, el estatal de empresas consultoras de planificación, organización de empresas y contable, empresas de servicios de informática y estudios de mercado), al amparo del art. 7 de éste o apdo. 5, Art. 26 ET, por no ser conceptos salariales homogéneos y establecer el art. 8 del propio convenio el respeto de los derechos adquiridos, la sentencia menciona su precedente de 19/04/2012 (Rud. 526/2011), aunque referida a otra empresa distinta afectada por ese convenio- Sentencias TS, Sala de lo Social, de 20/07/2012, Rec. 43/2011 y TS, Sala de lo Social, de 19/04/2012, Rec. 526/2011.

### Regulación del tiempo de trabajo en España

En base al texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores hemos de entender que el cómputo del tiempo de trabajo debe efectuarse de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de

trabajo. En lo relativo a la duración máxima de la jornada, como interpreta la doctrina y la jurisprudencia, a efectos del cómputo del tiempo de trabajo se tendrán en cuenta únicamente aquellos períodos en los cuales el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo desarrollando un trabajo efectivo. Salvo que el Convenio colectivo lo establezca expresamente, no se consideran tiempo de trabajo las pausas durante la jornada de trabajo (apdo. 4, Art. 34, ET).

Sentencias TS, Sala de lo Social, de 27/01/2009, Rec. 27/2008, TS, Sala de lo Social, de 06/10/2008, Rec. 177/2007, TS, Sala de lo Social, de 29/05/2008, Rec. 1105/2007, TSJ Galicia, de 31/01/2000, Rec. 5529, TS, de 11/06/2008, Rec. 17/ 2007 y TS, Sala de lo Social, de 04/11/2008.

Tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia.

1.- El ordenamiento español reconoce para el sector del transporte y trabajo en el mar el tiempo de presencia en el lugar de trabajo (Art. 8, Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre).

Se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga.

Se considerará tiempo de presencia aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares.

En los convenios colectivos se determinarán en cada caso los supuestos concretos conceptuales como tiempo de presencia.

2.- Serán de aplicación al tiempo de trabajo efectivo la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo prevista en el Art. 34, Estatuto de los Trabajadores y los límites establecidos para las horas extraordinarias en su Art. 35, ET.

Los trabajadores no podrán realizar una jornada diaria total superior a doce horas, incluidas, en su caso, las horas extraordinarias.

3.- Los tiempos de presencia no podrán exceder en ningún caso de veinte horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes y se distribuirán con arreglo a los criterios que se pacten colectivamente y respetando los períodos de descanso entre jornadas y semanal propios de cada actividad.

Las horas de presencia no computarán a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, ni para el límite máximo de las horas extraordinarias. Salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, se abonarán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias.

No obstante lo anterior, esta categoría de tiempo de presencia no se reconoce con carácter general para todos los sectores, sino únicamente para las actividades indicadas. TS, Sala de lo Social, nº S/S, de 30/09/2004, Rec. 1027/2003.

## **VI. JORNADAS ESPECIALES**

Determinadas actividades, por la índole o por las circunstancias de los servicios prestados, no quedan sometidas a las normas sobre duración máxima de jornadas que acaban de referirse. Es por ello que el artículo 34.7 del Estatuto de los Trabajadores ya previene que el Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo, y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, podrá establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, para aquellos sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran.

A tal fin se dictó el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, modificado por los Reales Decretos 285/2002, de 22 de marzo, para el trabajo en el mar; Real Decreto 294/2004, de 20 de febrero, para la aviación civil; Real Decreto 902/2007, de 6 de julio, para los trabajadores móviles del transporte por carretera; Real Decreto 1579/2008, de 26 de septiembre, para los trabajadores móviles del ferrocarril, y Real Decreto 1635/2011, de 14 de noviembre, para los transportes por carretera. Su importancia radica en que aquí el legislador permite la ampliación o reducción de jornadas en función de las características de determinados trabajos:

- Ampliación: empleados de fincas urbanas, guardas y vigilantes no ferroviarios, trabajo en el campo, transporte y trabajo en el mar, comercio y hostelería.
- Reducción: trabajos de puesta en marcha y cierre de los demás, trabajos en condiciones especiales de aislamiento, trabajos con jornada fraccionada, trabajadores del interior de las minas, cámaras frigoríficas y de congelación, trabajos expuestos a riesgos ambientales.

Al margen de las limitaciones de jornada establecidas por razones de dureza o peligrosidad en el trabajo, el Estatuto de los Trabajadores establece otras posibles jornadas reducidas:

- a) Existe la posibilidad de acortar la jornada, con la consiguiente disminución salarial, con la finalidad de que el trabajador pueda atender a ciertas necesidades familiares.
- b) Como jornada reducida hay que considerar la inferior a la habitual, correspondiente al trabajo a tiempo parcial.
- c) La jornada de trabajo podrá reducirse, de acuerdo con el artículo 47.2 del Estatuto de los Trabajadores, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento previsto en el apartado anterior. A estos efectos, se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70% de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Durante el periodo de reducción de jornada no podrán realizarse horas extraordinarias, salvo fuerza mayor.
- d) Asimismo, tienen derecho a la reducción de jornada los trabajadores víctimas de violencia de género o del terrorismo.

## **VII. JORNADAS EXCLUIDAS**

Las normas reguladoras del Estatuto de los Trabajadores y del Real Decreto 1561/1995 sobre jornadas especiales, no se van a aplicar a las relaciones laborales especiales recogidas por el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores, ya que lo harán de acuerdo a su específica normativa.

## **VIII. HORARIO DE TRABAJO**

### **1. CRITERIOS GENERALES**

El horario de trabajo define uno de los parámetros fundamentales de la prestación laboral cual es el tiempo de trabajo.

La prestación de servicios puede hacerse por resultado. Por ejemplo, los destajos, o, lo que es más habitual, por tiempo. A través del horario se fijará con precisión los tiempos en los que se va a llevar a cabo las tareas que constituyen el objeto del mismo.

El Estatuto de los Trabajadores 2015 en su artículo 34 fija como regla general que la jornada de trabajo será la que se pacte en los convenios colectivos o contratos de trabajo con un límite legal que se convierte en mínimo de derecho necesario que es que la jornada en cualquier caso, nunca podrá superar las cuarenta horas semanales en cómputo anual. En definitiva, tanto el contrato de trabajo como el Convenio Colectivo pueden establecer una jornada diferente pero siempre deberá ser inferior a las cuarenta horas. Por otro lado, los descansos diarios y semanales no pueden ser inferiores a doce horas y a día y medio respectivamente.

Los que se acaban de señalar son los límites de los horarios, que tienen que adaptarse necesariamente a estas especificidades, de tal manera que, la distribución horaria deberá permitir que entre la finalización de un día de trabajo y el siguiente transcurran al menos doce horas y que semanalmente se disfrute de día y medio de descanso ininterrumpido y todo ello sin superar las cuarenta horas semanales en



cómputo anual, o el número de horas que resulte de la aplicación del Convenio Colectivo.

El horario no tiene por qué ser el mismo durante todos los días de prestación de servicios pudiendo mediante convenio colectivo, o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, establecer una distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa puede distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10 por 100 de la jornada de trabajo, debiendo respetar los periodos mínimos de descanso diario y semanal y preavisar al trabajador con al menos cinco días de antelación el día y la hora de la prestación del trabajo resultante. El artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores 2015 establece un nuevo límite a la jornada diaria y es que ésta no podrá ser superior a nueve horas diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando, nuevamente el descanso entre jornadas. Este límite se reduce en el caso de trabajadores de menos de dieciocho años que no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos.

Partiendo por tanto de que mediante el horario se distribuye la jornada diaria de prestación de servicios, los horarios pueden ser:

1. Fijos: La hora de entrada y salida es la misma debiendo el trabajador permanecer en su puesto en la hora fijada como de comienzo y no abandonarlo, salvo para los descansos por "bocadillo", hasta la hora fijada como de finalización.

2. Flexibles: También tendrá el carácter de horario flexible aquel en el que se fijen un horario fijo de obligado cumplimiento que ocupe una parte de la jornada, consistiendo la flexibilidad o bien en la hora de entrada o en la de salida.

3. Turnos: En este tipo de horarios, el trabajador tiene un horario fijo pero lo que cambia es el momento del día en el que se realiza: mañana, tarde o noche.

4. Libre: El trabajador debe cumplir unas horas de trabajo determinadas, pero las horas de entrada y salida no son fijas. Son los casos de los trabajadores que desarrollan su trabajo en la calle tales como, representantes, visitadores médicos. En estos casos, y dada la dificultad práctica de computar el número de horas efectuadas, se acostumbra a seguir un sistema de control de rendimiento, ya sea por ventas, número de clientes visitados, etc.

Con carácter general, la modificación del horario de trabajo o del régimen de trabajo a turnos se considera modificación sustancial de las condiciones de trabajo, siendo preciso que, para su modificación existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, y se siga el procedimiento que se establece en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores 2015.

No se considerarán modificaciones sustanciales aquellos cambios que no afecten al núcleo del contrato, pensemos, por ejemplo, en una variación en la entrada o salida de un cuarto de hora. Tampoco lo será cuando el cambio esté previsto en el

Convenio Colectivo o cuando tenga una duración mínima (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de septiembre 2004).

## **2. CONTROL DEL SISTEMA HORARIO**

El empresario, como facultad inherente a su poder de organización tiene el control del cumplimiento del horario por parte de los trabajadores. Como consecuencia de este control puede ejercitar su potestad sancionadora en caso de incumplimientos, sanciones que podrán abarcar desde simples amonestaciones hasta extinciones del contrato cuando sean reiterados e injustificados los incumplimientos.

El ejercicio efectivo de esta potestad puede tener consecuencias desde el momento en el que la permisividad en el incumplimiento del horario resta gravedad al incumplimiento por parte del trabajador, y obliga a que la conducta incumplidora no sea considerada grave y culpable a los efectos del despido o de cualquier otra medida disciplinaria.

No existe ninguna previsión legal en relación con el medio que pueda emplearse para dicho control siempre que respete la intimidad de los trabajadores. Así podrán emplearse relojes con tarjeta de fichaje, programa incorporado al sistema informático de la empresa, sistema de control por firmas, o un simple informe del superior jerárquico sobre asistencia y horarios.

Teniendo en cuenta que el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de

trabajo (artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores 2015) los sistemas de control deberán tener en cuenta esta circunstancia.

No obstante lo anterior, nuevamente existen supuestos que constituyen excepciones a este principio general como puede ser considerar como parte de la jornada el tiempo empleado en el transporte desde el domicilio, o el empleado desde que se entra en el centro de trabajo hasta que se llega al concreto puesto (por ejemplo, en el trabajo en las minas), e incluso el utilizado en cambiarse de ropa al inicio y a la finalización de la jornada.

### **3. DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA LABORAL**

Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Por este sistema, amparado en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, se podrán acumular una serie de jornadas en determinados periodos sin que las horas realizadas adquieran la condición de extraordinarias. Para ello han de cumplirse una serie de requisitos en relación al Preaviso, la Compensación y los Límites de la distribución irregular de la jornada.

Normativa reguladora de la distribución irregular de la jornada laboral. Posibilidad de distribuir irregularmente hasta un 10% de la jornada anual.

Multitud de convenios colectivos viene históricamente permitiendo a las empresas, atendiendo a la estacionalidad de la actividad u otras circunstancias del mercado, establecer en sus calendarios de trabajo una distribución irregular de la jornada a lo largo del año que deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en el Estatuto de los Trabajadores; medidas como excluir de los períodos estacionales de mayor actividad el disfrute de las vacaciones o similares abundan desde siempre en la negociación colectiva.

La legislación laboral tras las Reformas Laborales de 2012 persigue facilitar la distribución irregular de la jornada laboral a lo largo del año, aun cuando no esté así establecido en convenio colectivo o mediante acuerdo con los representantes de los trabajadores. Atendiendo a esto, el apartado 2 Art. 34, ET -con efectos de 12/02/2012-, establece que en defecto de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se permite a la empresa unilateralmente distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10 % de la jornada de trabajo.

#### Procedimiento para distribuir irregularmente la jornada laboral anual

El procedimiento para distribuir irregularmente hasta un 10% de la jornada anual, se regula en el apartado 2 Art. 34 ET.

Para que un empresario pueda realizar la distribución irregular de la jornada de sus trabajadores ha de consultar previamente el convenio colectivo aplicable y los posibles acuerdos con la representación legal de los trabajadores, pues éstos pueden regular distintos porcentajes de la jornada anual a distribuir de forma irregular, así como precisar los meses o períodos en que se pueden incrementar o reducir las horas diarias de trabajo. La facultad empresarial no es ilimitada y está sujeta a determinadas normas (algunas de ellas aclaradas recientemente por la Jurisprudencia).

## Preaviso

Se debe preavisar a los afectados con un mínimo de cinco días de antelación, el día y hora de prestación del trabajo resultante de aquella modificación (STSJ Aragón 07/06/2013 (R. 225/2013)).

## Límites

No implica que la empresa pueda modificar los días establecidos en el calendario laboral como días de trabajo ni el número total de horas anuales a realizar, solamente se podrá modificar la distribución horaria mensual, semanal o diaria. Sentencia TSJ Castilla y León (Burgos), Sala de lo Social, nº 347/2013, de 17/07/2013, Rec. 351/2013.

Sólo se puede aplicar hasta un máximo del 10% del total de la jornada anual que tenga establecida la empresa (STSJ Castilla y León 17/07/2013 (R. 351/2013)).

No se puede aplicar a trabajadores que tengan reducción de jornada por guarda legal (cuidado de un menor de hasta ocho años o de una persona con discapacidad psíquica, física o sensorial que no tenga ninguna actividad retribuida), salvo acuerdo con ellos (Sentencias TS, Sala de lo Social, de 13/03/2014, Rec. 80/2013 y TSJ Andalucía (Sevilla), Sala de lo Social, nº 2970/2012, de 25/10/2012, Rec. 519/2011).

Si la jornada que tiene establecida la empresa es de lunes a viernes, no se puede aplicar a jornadas de sábado y domingo. Si se quisiera aplicar a estos días, las horas realizadas no tendrían la consideración de distribución irregular de jornada y si la

consideración de horas extras, con todo lo que ello conlleva, tanto de pago diferenciado como de no obligatoriedad en su realización.

Sólo se puede aplicar sobre la jornada ordinaria máxima diaria que, salvo que el convenio diga otra cosa, es de nueve horas (Sentencia TSJ Andalucía (Granada), Sala de lo Social, nº 2104/2013, de 20/11/2013, Rec. 1807/2013).

La empresa no puede compensar las bolsas de horas causadas por la distribución irregular de la jornada en el año siguiente de su realización, sino que debe distribuirse dentro de cada anualidad. Sentencia TS, Sala de lo Social, de 03/02/2015, Rec. 7/2014

### Compensación

La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.

### Impugnación de la distribución irregular jornada laboral

La impugnación de la distribución irregular de jornada podrá realizarse ante la jurisdicción social siguiendo el apdo. 3, Art. 41 ET y el Art. 138 LJS

El apdo. 3, Art. 41, Estatuto de los Trabajadores permite la impugnación individual de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, la cual ha de tramitarse por el procedimiento del Art. 138, Ley de la Jurisdicción Social. A su vez el apdo. 5, Art. 41, Estatuto de los Trabajadores, nos dice que contra las decisiones empresariales de modificación colectiva de las condiciones de trabajo se puede reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista anteriormente, si bien la interposición del conflicto paraliza la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución.

La Sentencia AN, Sala de lo Social, Sección 1, nº 150/2014, de 15/09/2014, Rec. 160/2014, ha estudiado un supuesto en el que la empresa ha impuesto un horario temporal distinto a un grupo de cuando menos cuatro trabajadores en base al ejercicio de la facultad que entiende tener de distribuir irregularmente un 10% de su jornada individual de trabajo. Esa modificación impuesta afecta única y exclusivamente a uno de sus centros de trabajo dentro de la comunidad autónoma. Por lo que no es competente la Audiencia Nacional por no exceder el ámbito de afectación de la modificación impugnada el de una Comunidad Autónoma, aun cuando la interpretación subyacente del convenio afecte potencialmente a muchos otros trabajadores. Ello es así aunque la modalidad procesal utilizada para impugnar la modificación sea la de conflicto colectivo, puesto que lo que determina la competencia es la pretensión ejercitada.



## **IX. HORAS EXTRAORDINARIAS**

### **1. CONCEPTO**

El artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores 2015 señala 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. Es decir, aquellas horas que superen la determinada en el Convenio Colectivo y en pacto individual. También deberán tenerse en cuenta las especialidades fijadas por la Ley para las jornadas especiales y, con carácter general las cuarenta horas semanales en cómputo anual.

A la hora de considerar la existencia de horas extraordinarias será fundamental determinar con carácter previo cuál es la jornada que corresponde a cada concreto caso. No puede olvidarse que existen jornadas de trabajo distribuidas irregularmente y que, superando las cuarenta horas semanales, sin embargo, no lo hacen en cómputo anual.

Otra consecuencia de la definición que se ofrece en el Estatuto es que las horas extraordinarias son horas de trabajo efectivo, no son horas de presencia ni horas a disposición de la empresa. En ambos casos el pago de las mismas tiene un tratamiento diferente atendiendo a su distinta naturaleza. Así, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de febrero de 2007, define como tiempo de trabajo efectivo, a los efectos de las horas extraordinarias en la actividad de transporte por carretera "aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga", mientras que el tiempo de presencia se define como "aquel

en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares". Concluye el Alto Tribunal que el tiempo de trabajo efectivo es el que está limitado por la jornada máxima legal y por los límites establecidos para las horas extraordinarias, que, sin embargo, no rigen para el tiempo de presencia.

La situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa mediante un busca o teléfono móvil no implica necesariamente, que se lleve a efecto un trabajo, por lo tanto no constituye jornada laboral y no puede, ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 julio 1990). Cuestión diferente es si, mientras se está en esa situación de disponibilidad, el trabajador es llamado. Ese trabajo, si supera la jornada, sí tiene la consideración de hora extra y como tal debe abonarse.

Existen supuestos en los que el cobro del complemento de disponibilidad sí se ha entendido que retribuye la realización de una jornada superior a la fijada en Convenio Colectivo. Este es el caso del complemento de disponibilidad en Radio Televisión Española en los casos en los que la jornada ordinaria puede exceder de 35 horas semanales -jornada ordinaria según Convenio-, siempre y cuando el exceso no rebase las 40 en total. Como puede apreciarse se mantiene el límite general establecido en el Estatuto de los Trabajadores 1995 (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de febrero de 2005).

No será compensable la retribución debida por hora extra con el complemento de disponibilidad puesto que con este se retribuye, no el trabajo, sino el hecho de permanecer a expensas de la llamada de la empresa.

El hecho de que la hora extra tenga que ser de trabajo efectivo también excluye de su definición los tiempos de descanso dentro del centro de trabajo, salvo que por convenio o por pacto individual se entienda como de tiempo de trabajo efectivo.

No se entiende que sean horas extraordinarias:

- El tiempo empleado en el cambio de ropa para vestir el uniforme de trabajo (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga de 23 de enero de 2003).
- Realización de una jornada flexible compensada con una mayor retribución (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 29 de abril de 2002).
- Horas invertidas en las realizaciones de cursos (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 febrero de 1995).

## **2. VOLUNTARIEDAD EN SU REALIZACIÓN**

El artículo 35 en su número 4 señala expresamente que La prestación de trabajo en horas extraordinarias será voluntaria, salvo que su realización se haya pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo, dentro de los límites del apartado 2 de este artículo (80 horas anuales con carácter general).

Esta voluntariedad tiene importantes consecuencias dentro del ámbito disciplinario puesto que no será posible imponer al trabajador su realización ni entender que su negativa implica un incumplimiento del contrato de trabajo grave y culpable. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 27 de marzo de 2006, ha señalado que la negativa del trabajador a realizar unas horas extraordinarias

no puede considerarse una resistencia terminante, persistente y reiterada al cumplimiento de una orden precisa emanada de la empresa en el ejercicio de regular de sus facultades directivas puesto que la prestación de trabajo en horas extraordinarias es voluntaria, salvo pacto expreso contenido en el Convenio Colectivo o en el contrato de trabajo.

A sensu contrario, en aquellos casos en los que sí existe un pacto para su realización, el incumplimiento de la orden empresarial sí supone desobediencia y puede constituir causa para el despido. En este sentido se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en Sentencia de 4 de octubre de 2006.

Como contrapunto al principio general de voluntariedad en la realización de las horas extras, el artículo 35 del Estatuto indica en su punto 3 un supuesto especial en el que las horas extras tiene el carácter de obligatorias y que además no se tiene en cuenta a la hora de fijar el máximo legal que se examinará más adelante. Se trata de las horas trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias. Son horas que obedecen a la finalidad de proteger a las personas, a los bienes o para evitar males mayores pero no se fundamentan en la ampliación de los beneficios del empresario, por ello, nunca podrán implicar la realización de trabajos que constituyen la actividad normal de la empresa o que ya hayan sido programadas.

Los problemas que pueden surgir como consecuencia de la aplicación de este precepto provienen fundamentalmente de qué se entiende por siniestros o daños extraordinarios y urgentes. Salvo que esté definido en Convenio o que exista pacto con la representación de los trabajadores, se incluirían en todo caso los supuestos de fuerza mayor, esto es, sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 23 de mayo de 1993, denegó la procedencia de las horas extraordinarias como obligatorias

en el supuesto de un hotel que entendía que la ocupación de una habitación varias veces en el mismo día era un acontecimiento imprevisible.

En la cotización adicional por horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor se aplicará el tipo especial de cotización previsto al efecto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio (artículo 24 del Real Decreto 2064/1995, de 22 diciembre).

### **3. NEGATIVA DEL TRABAJADOR A PRESTAR SERVICIOS FUERA DE SU JORNADA LABORAL**

La jurisprudencia del Tribunal Supremo,- partiendo de la aceptación de la teoría gradualista, -necesaria y plena adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, analizando individualizadamente las circunstancias de cada caso,- viene exigiendo que para que una desobediencia en el trabajo sea susceptible de ser sancionada como despido, es necesario que se trate de un incumplimiento grave trascendente e injustificado, sin que una simple desobediencia que no encierre una actitud exageradamente indisciplinaria, que no se traduzca en un perjuicio para la empresa o en la que concurra una causa incompleta de justificación, pueda ser sancionada con la extinción del contrato de trabajo. También se ha dicho que la desobediencia debe consistir en una resistencia terminante, persistente y reiterada al cumplimiento de una orden precisa emanada de la empresa en el ejercicio de regular de sus facultades directivas con manifiesto quebranto de lo establecido en los apartados c) Art. 5 ET y 1 y 2 Art. 20 ET. De esta manera, para los supuestos estudiados podemos concretar:

No se considera causa de despido:

1. La negativa a la realización de servicios en domingo cuando se trate de un día no laborable (STSJ Cataluña 16/10/2000 (R. 3927/2000)).
2. La negativa a la realización de un determinado horario cuando se venía realizando un horario flexible (STSJ Castilla y León (Burgos) 15/05/2000 (R. 976/2000)).
3. Los retrasos en la hora de entrada al imponerse un horario muy superior al legalmente establecido (STSJ Madrid 24/04/2001 (R. 503/2001)).
4. Cuando para la tarea asignada (actividad de mensajería) el tiempo estimado sea manifiestamente insuficiente para su cometido siendo necesaria una prolongación de jornada extraordinaria (STSJ Madrid 31/05/2005 (R. 1023/2005)).

Por el contrario se ha considerado correcta la sanción de despido en supuestos como:

1. La negativa del trabajador a prestar sus servicios en fin de semana a pesar de tenerlo así pactado (STSJ Castilla y León (Burgos) 19/11/1996 (R. 744/1996)).
2. Oposición a la realización de servicios alegando que se ha terminado la jornada cuando esto no sea acreditado (STSJ Canaria (Las Palmas) 12/12/1995 (R. 921/1995)).
3. Oposición a la realización de determinadas funciones alegando que las mismas no son propias de su categoría profesional (STS 28/01/2008 (R. 4954/2007)).
4. Disfrutar de días de descanso sin autorización por fijar el trabajador unilateralmente la compensación por realización de horas extraordinarias (STSJ P. Vasco (Bilbao) 19/07/2005 (R. 1576/2005)).

5. Prolongación unilateral de las vacaciones alegando la existencia de un mayor número de días que el reconocido por el empresario (STSJ Baleares 17/12/2007 (R. 459/2007)).
6. Negarse a la realización de horas extra ante fuerza mayor (STSJ Extremadura 13/10/2009 (R. 448/2009)). TSJ Extremadura, Sala de lo Social, nº 457/2009, de 13/10/2009, Rec. 448/2009.

#### **4. RETRIBUCIÓN**

El artículo 35 ET de 2015 establece un sistema optativo en Convenio o pacto individual de retribución. Así se podrá:

1. Compensarlas económicamente en la cuantía que se fije en Convenio o pacto individual, cuantía que nunca podrá ser superior al valor de la hora ordinaria.
2. Compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido.

Para el caso de que no exista pacto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

En el supuesto de compensación, y a la hora de computar el tiempo máximo anual, no se computarán las horas extraordinarias.

Si se opta por la compensación económica, podrá establecerse en Convenio una cuantía superior, pero nunca inferior.

La retribución de las horas extraordinarias no es compensable ni absorbible con otras remuneraciones distintas. La suma que retribuye las horas extraordinarias es un concepto salarial independiente que responde a la finalidad de remunerar el tiempo trabajado que excede del que es propio de la jornada ordinaria de trabajo, y no guarda homogeneidad alguna con las restantes percepciones de los trabajadores; y por ello no es posible compensar ni absorber la sumas percibidas por horas extra con ningún otro concepto salarial diferente (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2007).

Cuando se trate de una jornada irregular y cuyo límite se fije en convenio en cómputo anual, sólo podrá saberse si existe el derecho a percibir horas extras una vez finalizado el año de referencia. Esta cuestión tiene especial trascendencia a los efectos de la aplicación del instituto de la prescripción regulado en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores 2015 puesto que, sólo en el momento a partir del cual se pudo reclamar, normalmente el 31 de diciembre de cada año, comenzará a correr el año que se otorga al trabajador para formular su reclamación. En los casos en los que el contrato finaliza antes del final del año natural, se tendrá que establecer la parte proporcional de jornada ordinaria, y el cómputo de la prescripción se iniciará en la fecha del cese.

La suma percibida en concepto de horas extraordinarias se computa a los efectos del cálculo de la indemnización por despido.



## **5. LÍMITES**

La posibilidad de realizar horas extras se encuentra limitada en cuanto a su número con carácter anual; así el mismo no podrá ser superior a ochenta al año, salvo lo previsto en el apartado 3 del artículo 35 ET 2015 (horas trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes según se ha visto más arriba).

Este número se ve reducido en dos casos:

1. Supuestos en los que se ha pactado una jornada anual inferior a la jornada general de la empresa.
2. Supuestos en los que el contrato finaliza con anterioridad a la finalización del año.

En estos casos el número de horas extraordinarias se reducirá en la misma proporción que exista entre tales jornadas.

Es posible, y de hecho es habitual, que el número de horas realizadas excedan el tope máximo de ochenta horas, en lo que se puede calificar como de "horas extras ilegales". En estos casos, el empresario no puede ampararse en esta ilegalidad para denegar el pago. Es evidente que si se benefició del trabajo realizado durante los tiempos de exceso, debe retribuirlos como si fuesen horas legales. Pero no sólo la lógica impone esta solución, sino también el texto del Estatuto. En el artículo 9.2 se prevé que, si el contrato de trabajo fuese nulo, ello no es obstáculo para que el trabajador pueda exigir el pago del trabajo que hubiese realizado.

En relación con las horas que superen el límite de ochenta en un año, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 25 septiembre 1998, ha señalado que las mismas deben ser tenidas en cuenta a la hora de determinar el salario regulador en los casos de invalidez permanente derivada de Accidente de Trabajo, no así cuando ésta deriva de contingencia común.

También serán computables las horas que superen el límite a los efectos de determinar la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 noviembre 2006).

El Gobierno, atendiendo a razones de política de empleo, puede suprimir o reducir el número máximo de horas extraordinarias por tiempo determinado, con carácter general o para ciertas ramas de actividad o ámbitos territoriales, para incrementar las oportunidades de colocación de los trabajadores en paro forzoso.

## **6. CONTROL Y PRUEBA**

A efectos del cómputo de horas extraordinarias la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente. También es obligatoria la entrega de una comunicación mensual a los representantes de los Trabajadores.

En los casos en los que existan discrepancias sobre la realización efectiva de las horas extras es preciso acreditar hora por hora y día por día su realización sin que sea posible presumirlas.

Esta exigencia impone al trabajador que en su demanda se contenga un relato pormenorizado de los días y horarios en los que se han llevado a efecto además de corresponderle a él la carga de la prueba.

En los casos en los que el exceso de jornada suponga la realización de un horario habitual, bastará con acreditar éste para poder obtener el reconocimiento.

Los medios de prueba serán tan variados como el Derecho permite, si bien son especialmente eficaces los registros de fichajes del trabajador o, en el caso de los trabajadores de la actividad de transporte, los discos tacógrafos.

En este último caso, los discos de tacógrafo no acreditan por sí mismos la realización de horas extraordinarias, puesto que reflejan las horas en que el vehículo ha estado en marcha y velocidad alcanzada, entendiéndose como imprescindible, una lectura especializada para determinar los concretos datos en cuanto al tiempo durante el cual ha estado en marcha el motor, lo que exige una adecuada prueba pericial.

## **X. TRABAJO A TURNOS**

### **1. CONCEPTO**

Se considera trabajo a turnos toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la

necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas.

En las empresas con procesos productivos continuos durante las veinticuatro horas del día, en la organización del trabajo de los turnos se tendrá en cuenta la rotación de los mismos y que ningún trabajador estará en él de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria.

Las empresas que por la naturaleza de su actividad realicen el trabajo en régimen de turnos, incluidos los domingos y días festivos, podrán efectuarlo bien por equipos de trabajadores que desarrollen su actividad por semanas completas, o contratando personal para completar los equipos necesarios durante uno o más días a la semana (artículo 36.3 del Estatuto de los Trabajadores 2015).

Los trabajadores a turnos deberán gozar en todo momento de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo, incluyendo unos servicios de protección y prevención apropiados, y equivalentes a los de los restantes trabajadores de la empresa (artículo 36.4 del Estatuto de los Trabajadores 2015).

El empresario que organice el trabajo en la empresa según un cierto ritmo deberá tener en cuenta el principio general de adaptación del trabajo a la persona, especialmente de cara a atenuar el trabajo monótono y repetitivo en función del tipo de actividad y de las exigencias en materia de seguridad y salud de los trabajadores. Dichas exigencias deberán ser tenidas particularmente en cuenta a la hora de determinar los períodos de descanso durante la jornada de trabajo (artículo 36.5 del Estatuto de los Trabajadores 2015).

La Directiva 2003/88/CE (por la que se derogan la antigua Directiva de base 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, así como su modificación operada mediante la Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000) en su artículo 2, relativo a las definiciones, entiende por:

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

b) Trabajador por turnos. Todo trabajador cuyo horario de trabajo se ajuste a un régimen de trabajo por turnos.

## **2. INTERPRETACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA**

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 25 de octubre de 2002 (recurso número 4005/2001), parte del artículo 36.3 del Estatuto de los Trabajadores 2015 para determinar el sentido y alcance del trabajo en el sistema de turnos, como forma de organización del trabajo en equipos, según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas, de manera que esta modalidad de trabajo presupone la ocupación sucesiva de los mismos puestos de trabajo por distintos trabajadores, con la obligación de éstos de rotar o cambiar de horario en carencia de días o semanas.

Y así, conjugando esas notas extraídas de la literalidad de la norma con el significado del vocablo *turnar*, como equivalente a alternar con una o más personas en el repartimiento de una cosa o en el servicio de algún cargo, cabe concluir afirmando que el sentido de las normas citadas permite subsumir en el supuesto que contemplan, tanto el sistema de trabajo a turnos consistente en la ocupación de manera sucesiva en los mismos puestos de trabajo a distintos trabajadores, como el caso de que se adscriban de manera permanente a los trabajadores a cada uno de los turnos que se puedan haber establecido, sin la obligación de rotar. En definitiva, el entendimiento de los preceptos aludidos con esta amplitud de miras, responde más justamente a la finalidad que persigue.

La finalidad del plus de turnicidad sería la de compensar económicamente a los trabajadores por las mayores incomodidades que conlleva la modificación de los horarios de trabajo con carácter periódico y habitual con lo que su base fáctica estriba, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1993, en el cambio de horario determinado por esta modalidad de organización de trabajo.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de julio de 2006 (Recurso número 1861/2005), señala que, tanto la Constitución como el Estatuto de los Trabajadores 2015, hacen prevalecer sobre cualquier otra circunstancia el ejercicio por los trabajadores de su derecho a la promoción profesional, y en este sentido no es aceptable limitar el alcance y el efecto de las normas que reconocen tal derecho más allá de lo razonable, mediante una interpretación restrictiva que no encuentra justificación alguna. De ahí que los trabajadores que cursen estudios para la obtención de un título académico o profesional, tienen preferencia a elegir turno de trabajo, con independencia del régimen instaurado por la empresa, ya se trate de turno fijo o rotatorio, siempre que este sistema de trabajo sea el implantado en la empresa.

En igual sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de octubre de 2002 (recurso número 4005/2001), al establecer que el ordenamiento

hace prevalecer el ejercicio por los trabajadores de su derecho a la promoción profesional ex artículo 23.1.a) del Estatuto de los Trabajadores 2015, y en tal sentido no es aceptable limitar el alcance y el efecto de las normas que reconocen tal derecho más allá de lo razonable, mediante una interpretación restrictiva que no encuentra justificación alguna, ya que esas normas deben ser aplicadas con criterio amplio, para dotarlas de una eficacia real.

## **XI. TRABAJO NOCTURNO**

### **1. CONCEPTO**

Se considera trabajo nocturno, el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana. El empresario que recurra regularmente a la realización de trabajo nocturno deberá informar de ello a la Autoridad Laboral (artículo 36.1 del Estatuto de los Trabajadores 2015).

Se considera trabajador nocturno, a aquel que realice normalmente en período nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así como a aquel que se prevea que puede realizar en tal período una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual (artículo 36.1 del Estatuto de los Trabajadores 2015).

### **2. PROHIBICIONES**

Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos (artículo 6.2 del Estatuto de los Trabajadores 2015).

### **3. LA JORNADA DE LOS TRABAJADORES NOCTURNOS**

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

El Gobierno, a propuesta del Ministro de Empleo y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, podrá establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, para aquellos sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran.

Igualmente, el Gobierno podrá establecer limitaciones y garantías adicionales a las previstas en el artículo 36 del Estatuto de los Trabajadores 2015 para la realización de trabajo nocturno en ciertas actividades o por determinada categoría de trabajadores, en función de los riesgos que comporten para su salud y seguridad.

### **4. EXCEPCIONES A LOS LÍMITES DE JORNADA DE LOS TRABAJADORES NOCTURNOS**

La jornada de trabajo máxima de los trabajadores nocturnos establecida en el Estatuto de los Trabajadores 2015, sólo podrá superarse, mediante la realización de horas extraordinarias o la ampliación del período de referencia de quince días previsto en el mismo, con sujeción a las condiciones y límites que al efecto se



establecen en el artículo 32 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre Jornadas Especiales de Trabajo, esto es:

a) En los supuestos de ampliaciones de jornada previstos en el Capítulo II del citado Real Decreto.

b) Cuando resulte necesario para prevenir y reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes.

c) En el trabajo a turnos, en caso de irregularidades en el relevo de los turnos por causas no imputables a la empresa.

Las excepciones a los límites de jornada de los trabajadores nocturnos antes significada no podrán tener por efecto la superación de una jornada de ocho horas diarias de trabajo efectivo de promedio en un período de referencia de cuatro meses en los supuestos previstos en la primera viñeta, o de cuatro semanas en los restantes supuestos.

Cuando la ampliación de la jornada se materialice mediante la realización de horas extraordinarias, sea cual fuere la forma de compensación de las mismas acordada por las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores 2015 y sin perjuicio del respeto de ésta, deberá reducirse la jornada de trabajo de los trabajadores afectados en los días subsiguientes hasta alcanzar el referido promedio en el período de referencia correspondiente (a tal efecto, merece ser significada la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de diciembre de 2004, recaída en el Recurso número 63/2005).

## **5. RETRIBUCIÓN**

El trabajo nocturno tendrá una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos (artículo 36.2 del Estatuto de los Trabajadores 2015).

El hecho de que en el contrato de trabajo se haga constar que el trabajador prestará servicios en horario nocturno, siendo contratado para ello, no excluye el derecho a cobrar el plus de nocturnidad convencional, si la actividad laboral a que se refiere no es nocturna por su propia naturaleza.

## **6. PROTECCIÓN EN MATERIA DE SALUD Y SEGURIDAD**

Los trabajadores nocturnos deberán gozar en todo momento de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo, incluyendo unos servicios de protección y prevención apropiados, y equivalentes a los de los restantes trabajadores de la empresa.

El empresario deberá garantizar que los trabajadores nocturnos que ocupe dispongan de una evaluación gratuita de su salud, antes de su afectación a un trabajo nocturno y, posteriormente, a intervalos regulares, en los términos que se establezca en la normativa específica en la materia.

Los trabajadores nocturnos a los que se reconozcan problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno tendrán derecho a ser destinados a un puesto de trabajo diurno que exista en la empresa y para el que sean profesionalmente aptos. El

cambio de puesto de trabajo se llevará a cabo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 39 (sobre la movilidad funcional) y 41 (sobre las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo) del Estatuto de los Trabajadores 2015 (artículo 36.4 del Estatuto de los Trabajadores 2015).

La organización de los horarios de trabajo es un tema que se encuentra en continuo estudio, por lo que nos parece interesante incluir algunas de las nuevas tendencias, aunque en algunos aspectos no existan todavía conclusiones definitivas.

#### Descanso durante el turno de noche

Algunas experiencias recientes proponen la introducción de cortos períodos de sueño durante el turno de noche tanto por su función preventiva para mantener conductas correctas como con fines reparadores. Aunque los estudios sobre esta cuestión están de acuerdo en los beneficios de la llamada siesta nocturna, es difícil establecer la duración y la distribución de los períodos de sueño. Parece que desde el punto de vista estrictamente biológico se puede afirmar que debería instaurarse una siesta durante el turno de noche, el horario y la duración de la misma dependerían de las necesidades del individuo, siendo esencial la regularidad.

Atendiendo a las variables que inciden en el estado de vigilancia: monotonía de la tarea, complejidad de la misma, períodos punta de carga, decisiones que deben tomarse, etc. parece razonable favorecer un episodio de sueño durante el turno de noche antes de que la conducta se deteriore; podría situarse alrededor de las tres de la madrugada.

#### Diferencias individuales

Los estudios de psicología diferencial permiten establecer las diferencias interindividuales en la adaptación al trabajo a turnos y nocturno. Esta línea de investigación se basa en el estudio del cronotipo -horarios preferidos para desarrollar

las actividades, facilidad que tienen las personas para despertarse por la mañana o para mantener el estado de alerta durante la noche- como variable que influye en la capacidad individual de adaptación a un horario nocturno.

Basándose en esta teoría se ha desarrollado una serie de instrumentos de papel y lápiz para valorar la dimensión, “matutino” o “vespertino” (“morningness”, “eveningness”) y prever a priori qué personas pueden tolerar mejor el trabajo nocturno.

### Semana reducida

Aunque la semana reducida no puede considerarse una forma revolucionaria de organización del tiempo de trabajo -en los años 70 y 80, cuando apareció el término de civilización del ocio, ya se pueden encontrar experiencias de aplicación- parece que últimamente se ha vuelto a aplicar. La semana reducida consiste en condensar el número de horas de trabajo en menos de cinco días/semana, lo que resulta en una jornada laboral de entre nueve y doce horas.

Quizás una de las principales ventajas de este sistema es el aumento de pausas prolongadas, sin embargo, no hay que olvidar que es a costa de un período de trabajo concentrado, que apenas deja tiempo para otras actividades y para la recuperación de la fatiga. La duración máxima recomendable es de nueve o nueve horas y media, ya que parece ser que esta duración no aumenta la fatiga de forma significativa. Sin embargo es un tipo de horario con el que las personas que lo han experimentado, no parecen mostrarse satisfechas.

En cuanto a los turnos de doce horas, fórmula de semana reducida muy aceptada por la simplicidad que supone el cálculo de rotación, no es muy recomendable debido a la fatiga excesiva que supone y que puede traducirse tanto en un aumento de los errores o incidentes como en repercusiones sobre la salud de los trabajadores, incremento de accidentes y fatiga sobreañadida.

En general, los factores que deben tenerse en cuenta para el establecimiento de la duración de la jornada son:

- la salud y la edad de los trabajadores
- las exigencias de la tarea, tanto en el plano físico como mental
- la diversidad (no monotonía) del trabajo
- la exposición a productos tóxicos
- el tiempo de desplazamiento de los trabajadores
- las obligaciones familiares

#### Turnos flexibles

Recientemente se están desarrollando experiencias en los llamados “grupos autónomos temporales” que consisten en diseñar un sistema de organización del tiempo flexible. Este sistema consiste en ofrecer diversos horarios de trabajo, pudiendo elegir el trabajador aquel que considere más conveniente. El caso extremo consistiría en prever un horario para cada persona, con los únicos condicionantes que impusiera la tarea (necesidades de producción, clientela, etc.). El principal inconveniente reside en la complejidad de organización, pero dada la posibilidad de que las personas se adapten el horario a sus necesidades personales, este sistema está demostrando ser muy bien aceptado tanto por los mismos interesados como por las empresas, ya que se reduce el absentismo.

## **7. PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD**

El plan de evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico.

Si los resultados de la citada evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada.

Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos (artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales).

## **8. DISTINCIÓN ENTRE TRABAJO NOCTURNO Y TRABAJADOR NOCTURNO**

El Art. 36 Estatuto de los Trabajadores es suficientemente explícito al respecto cuando distingue entre trabajo nocturno, que es, según su número 1, «el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana», y trabajador nocturno, que es «aquel que realice normalmente en período nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así como aquel que se prevea que puede realizar en tal período una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual». Lo importante a efectos de esta definición no es la constatación real a final del año del número de horas de trabajo cumplidas en período nocturno por cada trabajador, es decir, la cuenta individualizada en la que insiste la parte recurrente, sino la programación del trabajo que recoge el hecho probado cuarto, pues de lo que se trata es de una previsión que opera sobre un supuesto de normalidad en el desarrollo del trabajo, lo cual es además adecuado a las exigencias de la norma, ya que si hubiera que estar al cómputo real al final del año no podrían aplicarse las limitaciones que la ley prevé en orden al ajuste de la jornada o al juego de las excepciones del Art. 32 Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre (Sentencia TS, Sala de lo Social, nº S/S, de 10/12/2004, Rec. 63/2004).

## **XII. JORNADA LABORAL DEL CONTRATO DE RELEVO**

El contrato de relevo podrá celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial. La duración de la jornada deberá ser, como mínimo, igual a la reducción de la jornada acordada por el trabajador sustituido

Según el Tribunal Supremo, concentrar en un periodo de tiempo la jornada reducida de un jubilado parcial de forma que haga dos o tres meses seguidos con una jornada laboral normal y luego deje de acudir al centro de trabajo hasta su jubilación formal es posible.

Esta forma de interpretar la jubilación parcial, actualmente extendida entre las empresas, venía siendo rechazada por el INSS [que ha de cambiar ahora su criterio], al no considerarla adecuada a la norma ya que el trabajador en la práctica se jubila anticipadamente y no se le aplican coeficientes reductores. En concreto el Organismo había [de forma incorrecta a la luz de los pronunciamientos judiciales] extinguido jubilaciones parciales por este motivo y llegado a reclamar a trabajador y empresa las cantidades abonadas en concepto de prestación de jubilación parcial; en paralelo con la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social consistente en considerar infracción sancionable la concentración horaria de los jubilados parciales por parte de las empresas.

La reiteración de doctrina aporta seguridad jurídica a una práctica bastante extendida por las empresas no regulada expresamente en el art. 215, LGSS o Da 3, Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre

La Sentencia TS, Sala de lo Social, de 23/06/2011, Rec. 3884/2010, ha declarado la ausencia de responsabilidad -en relación con el reintegro de prestaciones por jubilación parcial - por parte de la empresa en el supuesto de que el trabajador relevista solicite una reducción de jornada por cuidado de hijo “al permanecer idéntico en su naturaleza (el contrato de relevo) y no traducirse la modificación de una de sus condiciones en el nacimiento de una vacante...”

El contrato de relevo podrá celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial.



La duración de la jornada deberá ser, como mínimo, igual a la reducción de la jornada acordada por el trabajador sustituido, que deberá estar comprendida entre:

- un mínimo de un 25 por 100 y un máximo del 75 por 100, para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida (siempre que el trabajador cumpla los requisitos establecidos en el apdo. 2 c) Art. 215 LGSS).
- un mínimo de un 25 por 100 y un máximo del 50 por 100, de no cumplirse lo anterior (Art. 215 LGSS).
- un mínimo de un 25 por 100 y un máximo del 85 por 100, si el trabajador con jubilación parcial se acoge al punto 2, DF 12, Ley 27/2011, de 1 de agosto y el contrato de relevo es a jornada completa y por tiempo indefinido.

El puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido, en todo caso, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, en los términos previstos en el apdo. 2 e) Art. 215 LGSS.

El horario de trabajo del trabajador relevista podrá completar el del trabajador sustituido o simultanearse con él

### **XIII. EL DESCANSO LABORAL**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

Regulado fundamentalmente en el artículo 37 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores 2015, el concepto "descanso laboral" alude a los períodos de tiempo en los que el trabajador no está obligado a prestar sus servicios al empresario.

El legislador distingue entre: descanso semanal, fiestas y permisos a los que habrá que añadir los descansos entre jornadas que se regulan en el artículo 34 del mismo texto.

#### **2. DESCANSO EN HORARIO CONTINUADO**

Fijado ya el límite en número de horas, nuevamente el horario tiene que contemplar que, cuando la jornada diaria continuada supere las seis horas es preciso establecer un tiempo de descanso de duración no inferior a quince minutos. En el caso de los trabajadores menores de dieciocho años, el período de descanso tendrá una duración mínima de treinta minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media.

Este período de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se fije por convenio colectivo o contrato de trabajo. Este tiempo es el conocido como "tiempo de bocadillo". Como ha señalado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 1 marzo de 2005, el tiempo de descanso en jornada continuada es un

mínimo de derecho necesario, es decir, se puede mejorar al trabajador extendiendo su duración, pero no puede reducirse, por eso se considera que el Convenio que manifiesta otorgar el derecho y obliga que se permanezca en el puesto de trabajo para atender a los clientes, no respeta el tiempo de descanso.

El propio Tribunal Supremo matiza en la Sentencia de 30 de abril de 2004 que, aun cuando se trata de un mínimo de derecho necesario, es relativo y no absoluto, pudiéndose compensar económicamente e incluso pactar una renuncia a cambio de un régimen de trabajo más beneficioso.

En los casos en los que no esté establecido que este tiempo de descanso se considere como tiempo de trabajo efectivo, el trabajador puede ausentarse del centro de trabajo o salir del mismo para fumar (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de junio de 2007) pues el trabajador, al no estar sujeto a ninguna de las obligaciones que como tal le impone la legislación laboral, tiene, en principio, libertad para invertir dicho tiempo de descanso, que no necesariamente ha de ser para tomarse un bocadillo, del modo que estime conveniente, no existiendo disposición legal alguna que le prohíba abandonar las instalaciones de la empresa, disponiendo durante este período de libertad de movimiento, amparada por el derecho a la libertad individual que reconoce a toda persona el artículo 17.1 de la Constitución.

### **3. DESCANSO SEMANAL**

Se prevé un descanso semanal mínimo de día y medio ininterrumpido que puede ser acumulado en períodos de catorce días. Así, cada catorce, tres días de ellos tienen que ser de descanso.

Se establece un principio general en el sentido de que, habitualmente, el descanso semanal comprenderá el domingo completo y medio día del sábado o lunes siguiente. Obviamente mediante Convenio Colectivo podrán mejorarse estos extremos, incluso podrán fijarse en el propio contrato individual siempre que respeten los tiempos mínimos (Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de abril de 2005, rec. 1342/2005).

En el calendario laboral se explicitará la distribución de los días de trabajo y de descanso de modo que será allí donde el trabajador pueda examinar la distribución semanal, mensual y anual de su prestación de servicios.

El Real Decreto 1561/1995 de 21 de septiembre de Jornadas especiales de trabajo establece el modo de disfrute de los descansos en los supuestos de Jornadas Especiales que impiden que el descanso pueda ser de un día y medio cada semana. En cualquier caso, deberán ser compensadas mediante descansos alternativos, de duración no inferior a la reducción experimentada, a disfrutar dentro de los períodos de referencia que en cada caso se señalan, en la forma que se determine mediante acuerdo o pacto. Se consideran jornadas especiales las de los empleados de fincas urbanas, guardas y vigilantes no ferroviarios, trabajo en el campo, comercio y hostelería, transportes (por carretera, marítimo y aéreos) y trabajo en el mar, a los que habría que añadir las especificidades propias de los trabajos en minas, en zonas alejadas o aisladas, en condiciones medioambientales especiales...

#### **4. FIESTAS**

Dispone el Estatuto de los Trabajadores 2015 que se disfrutarán como máximo catorce fiestas anuales de carácter retribuido de las que dos serán locales. De éstas

catorce cuatro deben respetarse: Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de mayo como Fiesta del Trabajo y 12 de octubre, Fiesta Nacional de España.

El Gobierno puede trasladar a lunes las fiestas que coincidan con un día entre semana, siendo obligado el traslado al lunes cuando la fiesta coincida con un domingo. Este mismo régimen se sigue en relación con las fiestas fijadas por las Comunidades Autónomas con el límite de las catorce ya indicado y en relación con las fiestas que les sean propias por tradición sustituyendo a las de ámbito nacional que determinen reglamentariamente.

En los casos en los que la Fiesta coincide con un sábado y la jornada de trabajo esté establecida de lunes a viernes, la fiesta no es recuperable ni compensable.

## **5. PERMISOS**

El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos que a continuación se exponen. Estos permisos no tienen un carácter automático sino que es preciso avisar y justificar la ausencia al empleador de modo que su disfrute, sin cumplimentar estas exigencias, puede dar lugar a corrección disciplinaria. Ahora bien, la denegación injustificada del permiso puede generar el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que se hayan podido ocasionar con dicha negativa

a) Quince días naturales en caso de matrimonio. No es extensible a las uniones de hecho salvo que esté previsto en convenio (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30 de enero de 2004, rec. 400/2003) o cuando no exista inmediatez entre la inscripción como pareja de hecho y la petición del permiso.

b) Dos días por el nacimiento de hijo o por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves. Hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días. En convenio podrán fijarse los criterios que determinarán lo que debe entenderse por "enfermedad grave" y "desplazamiento".

En cuanto al parentesco, debe reiterarse lo ya expuesto en relación con los vínculos no matrimoniales, así como la equiparación por Convenio de las situaciones de convivencia con el matrimonio.

En los casos de que el nacimiento del hijo coincida con el período vacacional, no es posible su concesión posterior en tanto que el permiso va ligado íntimamente al hecho que los justifica, en este caso, el nacimiento (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de junio de 2002, rec. 7823/2001)

c) Un día por traslado del domicilio habitual. Por domicilio, como se señala expresamente en la Ley, debe entenderse el domicilio habitual por lo que no cabe extender el derecho a disfrutar del permiso a aquellos supuestos en los que el traslado se hace a un domicilio temporal, por ejemplo, traslado a un domicilio temporal mientras se realizan obras en el domicilio permanente (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 28 de octubre de 2005, rec. 489/2005).

d) Por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo. Cuando conste en una norma legal o convencional un período determinado, se estará a lo que ésta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica. No se estima que exista un deber público en la asistencia a juicio en la condición de

perito privado, para la obtención del Documento Nacional de Identidad si los horarios no son coincidentes (Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cataluña, de 1 diciembre de 1992). Tampoco se ha estimado en los casos en los que se forme parte de un Colegio Profesional aun cuando estas instituciones tengan el carácter de corporaciones de derecho público (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 13 enero de 1992).

Cuando el cumplimiento del deber antes referido suponga la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del 20 por 100 de las horas laborables en un período de tres meses, podrá la empresa pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia regulada en el apartado 1 del artículo 46 de esta Ley. Esta facultad puede ser sustituida por un pacto entre las partes, por ejemplo, descuento del salario en proporción al tiempo no trabajado tras ser elegido el trabajador como concejal (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 1986).

En el supuesto de que el trabajador, por cumplimiento del deber o desempeño del cargo, perciba una indemnización, se descontará el importe de la misma del salario a que tuviera derecho en la empresa.

e) Para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente. Si la actividad sindical se lleva a cabo fuera de las horas de trabajo, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en Sentencia de 7 de marzo de 2006, rec. 363/2006 ha entendido que la variedad y diversidad de actividades implicadas en la función representativa lleva a los delegados de personal a tener que realizar sus tareas, no solo en lugares múltiples, sino también en tiempos y ocasiones varias, privándoles, si estos tiempos y ocasiones no coinciden con horas de trabajo, de dedicación personal y familiar, que es legítimo sean compensadas en parte, haciendo uso del crédito de horas que les concedió el artículo 68 e) del Estatuto de los Trabajadores 2015, pues éste es para el ejercicio de

sus funciones, pero no para ejercerlas en un horario que pueda controlar el empresario.

f) Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y, en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, siempre, en todos los casos, que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo. Se incluye expresamente la posibilidad de disfrutar del tiempo necesario de forma retribuida para llevar a cabo estos exámenes médicos dotando de una especial protección a la mujer embarazada, en tanto que los permisos por asuntos propios no están previstos en el Estatuto sino en los Convenios Colectivos y con una regulación variada dependiendo de la actividad y empresa.

#### **XIV. REDUCCIÓN DE JORNADA**

##### **1. Lactancia**

En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento, para lactancia de un hijo menor de nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples.

Quien ejerza este derecho por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella.



Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de ellos en caso de que ambos trabajen. Los problemas que plantea este derecho se refieren fundamentalmente a la posibilidad de acumulación, fijación del horario y disfrute del mismo por ambos progenitores.

En cuanto al primer extremo el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores 2015 es un precepto de derecho necesario, y puede ser mejorado por norma convencional, permitiendo que el titular del derecho pueda voluntariamente optar por la acumulación de los permisos si, como consecuencia de sus necesidades, dicha acumulación garantiza mejor la protección y atención del recién nacido, que es precisamente la finalidad que persigue el repetido artículo.

En cuanto a la fijación del horario, rige el principio de elección por parte del trabajador en tanto que es el llamado a valorar qué modo atiende mejor a su hijo.

En cuanto al disfrute, el precepto Estatutario deja muy claro que, en el caso de que ambos progenitores trabajen, el permiso lo puede disfrutar sólo uno.

La lactancia es compatible con la reducción de jornada por guarda legal. Se trata de institutos perfectamente diferenciados y así se deduce de la redacción que se hace del artículo 37.7. Efectivamente, en este número se unen lactancia y reducción de jornada con la conjunción "y", lo que implica que son compatibles y no excluyentes.

En los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario. Para el disfrute de este permiso se estará a lo previsto en el siguiente apartado.

## 2. Cuidado de menores o discapacitados

Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla.

Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

La reducción de jornada contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

En este caso, no es la mujer la que ostenta el derecho sino, todo trabajador, sin diferenciación de sexo, que tenga, por razones de guarda legal a su cuidado: 1) menores de doce años; 2) personas con discapacidad física, psíquica o sensorial.

Mientras que, tratándose de menores, la edad es un elemento imprescindible, de modo que no se tendrán en cuenta lo niños mayores de doce años, en el caso de discapacitados, el elemento básico es la existencia de dicha discapacidad.

Aun cuando no se tenga la guarda legal, en los casos en los que un familiar hasta el segundo grado precise atención por razón de su edad, accidente o enfermedad, también se genera el derecho a la reducción.

Es importante destacar que en el caso de los menores de doce años, la reducción de jornada tiene un límite máximo de disfrute que coincidirá con la fecha en la que se alcance dicha edad, mientras que en los otros dos casos, la duración es incierta al depender de otros factores como salud, supervivencia, curación.

El progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente también tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional de salario de, al menos, la mitad de la duración de aquélla, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directa continuo y permanente, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años, pudiéndose establecer por convenio colectivo las condiciones y supuestos en los que la reducción de jornada se pueda acumular en jornadas completas. Estamos ante un derecho automático en tanto que, la mera existencia de uno de los supuestos que se contemplan, da lugar a la reducción, sin embargo, en el caso de que dos o más trabajadores de la empresa generen el derecho, se permite que el empresario pueda limitar su ejercicio, pero no de forma absoluta, sino de forma simultánea y siempre atendiendo a razones de funcionamiento de la empresa. Es importante destacar que si sólo un trabajador es el que genera el derecho, la empresa

no tiene posibilidad de alegar problemas de funcionamiento para denegar o limitar la reducción. La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 5 y 6 del artículo 37 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores 2015, corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días, o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, debe precisar la fecha en que se iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada.

Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 5 y 6 del mencionado artículo 37 serán resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley reguladora de la jurisdicción social.

Este punto es uno de los que genera mayores discusiones a la hora de la concesión del derecho de reducción.

La concreción horaria es una facultad del trabajador puesto que es quién mejor sabe qué horario será el más beneficioso para un mejor cuidado de su hijo o pariente, sin embargo la Ley especifica que dicha concreción lo será dentro de su jornada ordinaria. Este inciso plantea numerosos problemas en relación con los trabajadores a turnos o en el caso de los trabajadores que aun teniendo un turno fijo, quieren cambiarlo, por ejemplo, pasar de turno de noche a turno de mañana o pasar de ser trabajadores a turnos de mañana tarde y noche a trabajadores fijos de mañana. En estos casos, el apartado quinto prevé únicamente la reducción horaria de la jornada de trabajo para quienes tengan a su cuidado directo a algún menor de doce años y el apartado sexto prevé que la concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y reducción de horario previstos en los apartados 5 y 6 de este artículo correspondería al trabajador, dentro de su jornada ordinaria, pero la

elección de turno de trabajo en ningún caso está prevista en el mencionado precepto. Es posible entender como lo hace el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en Sentencia de 17 de febrero de 2006 que haya que atender a las circunstancias de cada empresa y examinar si el empresario ha dado razones suficientes para el cambio de turno.

### 3. Trabajadores víctimas de violencia de género o del terrorismo

Los trabajadores que tengan la condición de víctima de violencia de género o del terrorismo tendrán derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.

Estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y los trabajadores afectados. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a éstos, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias.

En este supuesto el derecho resulta más amplio en su ejercicio que los que se han visto anteriormente atendiendo obviamente a las especiales circunstancias que concurren en los casos de violencia de género o terrorismo. Ya no se habla de jornada ordinaria, sino que se permite que la adaptación se haga en cualquier forma de ordenación del tiempo de trabajo que utilice la empresa, pudiendo reordenarse el tiempo de trabajo en la forma que se estime más oportuna. No es necesario señalar que el límite vendrá determinado por los tiempos en los que la empresa permanezca abierta puesto que no es razonable, por ejemplo, dar un turno nocturno a una

dependiente de una tienda de ropa si durante esas horas el comercio permanece habitualmente cerrado.

Las discrepancias sobre horarios y período se resuelven a través de un procedimiento especial previsto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. Se trata de un procedimiento sumario y urgente. Sumario porque únicamente se revisan estos dos aspectos: horario y período y urgente al limitarse los plazos de la tramitación y darle preferencia sobre los demás. La Sentencia es firme por lo que no cabe recurso, salvo cuando se hubiera acumulado la pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia.

## **XV. HORARIO DE TRABAJO Y CONCILIACIÓN FAMILIAR**

### **1. INTRODUCCIÓN**

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

Este derecho está regulado en extenso en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores 2015.

## **2. LA APARICIÓN DEL CONCEPTO DE CONCILIACIÓN**

Asumida hoy como presupuesto necesario de la política social, la idea de la conciliación de la vida familiar y laboral no es sino el último paso, hasta ahora acontecido, del camino recorrido por el mundo del trabajo, y de su normativización con el Derecho del Trabajo, desde sus inicios en la era de la industrialización.

Nacido en una sociedad que atribuía al hombre el rol de suministrador de recursos y a la mujer un rol de sustento de la vida familiar, el Derecho del Trabajo se creó pensando en un trabajador-hombre, encargado de la economía familiar, y excluyendo a la mujer que quedaba relegada a su puesto como responsable de las tareas domésticas y de cuidado familiares.

La evolución de esta sociedad de roles hacia postulados de equiparación e igualdad entre hombre y mujer trajo consigo la lógica evolución del Derecho orientándose hacia la igualdad de ambos por medio de una equivalencia formal en el campo del trabajo, pero sin tener en cuenta el hecho diferencial, no alterado respecto al antecedente, del rol familiar de la mujer que seguía existiendo y encomendado exclusivamente a ésta. El nuevo estado de las cosas daba lugar a una igualdad formal de trato en el campo de las relaciones laborales, pero la subsistencia de la encomienda de los cuidados familiares y del hecho natural de la maternidad en la mujer daba lugar a que en la práctica la balanza de la igualdad real se viese muy descompensada a favor del sexo masculino.

La concienciación social sobre la realidad de esta desigualdad material fue produciendo hitos normativos que introdujeron poco a poco, tímidamente pero con

persistencia, un nuevo modelo de mundo laboral en el que se introduce la perspectiva del género. De este modo, la maternidad y las responsabilidades familiares no económicas, predicables del sexo femenino, dejan de estar únicamente en la esfera individual para aflorar con fuerza en la esfera público-social.

La actualidad social, sin embargo, no termina con la introducción del género en el Derecho del Trabajo; es un hecho evidente, aunque bastante novedoso y no generalizado todavía, que al igual que la mujer se ha inmiscuido en el rol del sustento económico del hombre también éste comienza a asumir el rol de la atención familiar atribuido a la mujer. Y si la razón de ser de la exigida evolución normativa era la necesidad de compensar la situación diferencial que suponía la atención de aquellos cometidos familiares, cuando estos cometidos son asumidos por ambos sexos debe admitirse que lo que habremos de exigir al Derecho es que solucione los conflictos que genera esta confluencia de cometidos, con independencia del género, aunque quede y siempre habrá un lugar exclusivamente predicable de la mujer: la maternidad.

En el momento actual de la concienciación de nuestra sociedad, la realidad social que hemos reflejado ha dado lugar en el campo del Derecho al desarrollo de dos políticas legislativas: una dirigida a lo que se ha denominado "conciliación de la vida familiar y laboral" y otra, muchas veces concebida como un modo de alcanzar esa conciliación de forma rápida y eficaz para el sexo que más recorrido tiene en ese camino, dirigida a lo que se ha denominado "igualdad efectiva de mujeres y hombres".



### **3. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL EN EL DERECHO COMUNITARIO**

Hoy en día, la idea de la conciliación de la vida laboral y familiar es más un concepto social que jurídico y tiene mejor encaje como fundamento y meta de las políticas sociales de Gobiernos, Instituciones y Grupos sociales que como instrumento jurídico. Es un fin en sí misma y exige que se actúe en muchos campos del quehacer social, también en el del Derecho; quizá por eso, hasta que no se asienta la idea de la conciliación familiar y laboral como fundamento de acción y su obtención como objetivo de justicia no nace una norma con pretensiones de universalidad y expansión que asumiendo el concepto como título establezca acciones normativas directas hacia la consecución del fin.

En lo referente a la recepción del concepto de conciliación, el Derecho Comunitario es pionero, aunque también sufrió el proceso de acomodación desde el mero igualitarismo de géneros hasta la política de género y la conciliación en sí misma considerada. En el estado actual de la cuestión, importa resaltar los campos de actuación a los que apuntan las políticas comunitarias para la consecución de las mejores condiciones laborales de adecuación entre la vida laboral y la familiar.

Por un lado, en el campo de las políticas de género, se actúa en dos áreas. Una de ellas es la de la recepción del principio de transversalidad, acuñado con la Decisión del Consejo 95/593/CEE, de 22 de diciembre y que se identifica con la promoción de la integración de la dimensión de igualdad entre hombres y mujeres en la elaboración y seguimiento de todas las políticas y acciones de la Unión Europea y de los Estados miembros. La otra área es la de las acciones positivas dirigidas a crear condiciones de igualdad de partida dotando al grupo discriminado de ventajas que hasta ahora solo había tenido el otro grupo.

Por otro lado, en el campo de las políticas de empleo que son el lugar donde la Unión Europea despliega las acciones de conciliación de la vida familiar y laboral, aunque sea indirectamente, al desarrollarse con la clara finalidad de aumentar las tasas de empleo y luchar contra el envejecimiento de la población; sirva como ejemplo la Resolución del Consejo de Europa celebrado en Lisboa que se marcó como objetivo alcanzar una tasa de empleo femenino del 57 % en el año 2005 y del 60 % en 2010; y la Estrategia Europea para el Empleo que reclamó en sus Líneas Directrices 2005-2008 medidas para lograr "una mejor conciliación de la vida familiar y profesional, incluidos en particular, servicios accesibles y asequibles de asistencia infantil y cuidado de otras personas dependientes".

#### **4. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL EN EL DERECHO ESPAÑOL**

El traslado de la idea social de conciliación a nuestro Derecho se ha ido produciendo a pequeños pasos, de forma tardía y seguramente de modo inconsciente en sus inicios o al menos sin la convicción de estar actuando en ese campo sino en el de la mera igualdad de trato. Así han de entenderse las referencias del Estatuto de los Trabajadores de 1995 y posteriormente refundido en 2015 (Ley 8/1980 de 10 de marzo) recogidas en sus artículos: 37.3.b) que establecía un permiso remunerado de dos días, ampliable a cuatro, en caso de nacimiento de hijo o enfermedad grave de parientes; 37.4 que regulaba el permiso por lactancia; 45.1.d) que recogía como causa de suspensión del contrato de trabajo la maternidad de la mujer trabajadora; y 46.2 que regulaba como excedencia voluntaria la excedencia por cuidado de hijos, de titularidad indistinta pero incompatible.

El panorama se fue completando con sucesivas reformas también puntuales del Estatuto que se asentaron con el Texto Refundido de 1995 (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) y posteriormente con el Texto Refundido de 2015: se amplía de 14 a 16 semanas el permiso de maternidad, incorpora el permiso por adopción, se extiende al padre el permiso de lactancia, y garantizó la reserva de puesto de trabajo en caso de excedencia por cuidado de hijo; se amplía la licencia de maternidad en caso de acogimiento; se configura la maternidad como una contingencia específica desvinculándola de la de enfermedad. Posteriormente, con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, se regula la salud de las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia en un tímido intento de trasladar a nuestro Derecho la Directiva del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, que hace referencia a la maternidad desde el punto de vista de la salud y la seguridad en el trabajo.

Llegados a este punto se hace evidente que el Derecho ha ido incorporando tímidas y puntuales referencias a lo que se intuye como intentos de hacer compatibles, sin pérdida de derechos, la vida familiar y la actividad laboral. Se ha avanzado en el aspecto igualitario, se comienza a entender la maternidad como un hecho con trascendencia material desde el punto de vista de la salud y seguridad y autonomía jurídica, pero no termina de aceptarse, reconociendo con una declaración formal y universal, que hay una realidad social llamada conciliación de la vida familiar y laboral que debe ser contemplada y protegida de forma absoluta por el Derecho.

Se incorpora en el año 1998 al conjunto de guiños favorables las bonificaciones en la cotización en los contratos de interinidad de los trabajadores sustitutos de otros con licencia de maternidad, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que no es una ley constitutiva de un régimen jurídico sino una ley modificativa de la normativa preexistente.

La Ley pretende completar la trasposición de la Directiva 92/85/CEE, antes mencionada, e incorporar la Directiva del Consejo 96/34/CE, de 3 de junio relativa al permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres; y se marca como objetivos afirmar las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres y facilitar que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia. Para ello incorpora las siguientes reformas:

- En los permisos o ausencias retribuidas se prevé la ausencia del trabajador en los supuestos de accidente y de hospitalización, y se flexibiliza el derecho al permiso de lactancia.
- Amplia el derecho a la reducción de jornada y excedencia a los trabajadores que tengan que ocuparse de personas mayores y enfermas.
- Establece la opción de que sea el padre el que disfrute hasta un máximo de diez semanas del permiso por maternidad, permitiendo el disfrute simultáneamente con la madre y amplía el permiso en dos semanas más por hijo en caso de parto múltiple.
- En permisos por adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento permanente y preadoptivo no hace distinción en la edad de los menores, siempre que se trate de menores de seis años.
- Establece la reducción de la jornada o excedencia para atender al cuidado de familiares que por razón de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida.
- Declara nula la decisión extintiva o el despido motivado, entre otros, por el embarazo, la solicitud o disfrute de los permisos por maternidad, paternidad o cuidado de familiares o el despido de los trabajadores con contrato de trabajo suspendido.

- Establece como supuestos que no pueden computarse como faltas de asistencia a efectos de extinción del contrato de trabajo por absentismo el riesgo durante el embarazo, las enfermedades causadas por el mismo, el parto y la lactancia.
- En el ámbito procesal establece un procedimiento urgente y de tramitación preferente.
- Cuando por motivos de salud de la madre o del feto, se hace necesario un cambio de puesto de trabajo o función y este cambio no sea posible, se declara a la interesada en situación de riesgo durante el embarazo.
- Crea la prestación en la Seguridad Social de riesgo durante el embarazo.
- Reduce cotizaciones empresariales a la Seguridad Social cuando se contrate interinamente a desempleados para sustituir al trabajador o trabajadora durante los períodos de descanso por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

Tras la mencionada ley se produce una cascada de normas que introducen sucesivos contenidos de conciliación que inciden en la regulación de la jornada de trabajo, permisos, vacaciones, excedencia, suspensión de contrato de trabajo, extinción por causas objetivas y despido, prestaciones y cotización de Seguridad Social, etc. Tales leyes son: Ley 12/2001, de 9 julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, la Ley 40/2003, de 18 noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres y, más recientemente, el artículo 30 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, las cuales, aunque dedicadas a un

conjunto más amplio y multidisciplinar, aprovechan para avanzar algo más en el camino hacia la consecución de la conciliación de la vida familiar y laboral.

Del conjunto de todas ellas se obtiene la mejora de los regímenes anteriores: se amplía el permiso por enfermedad de familiar a supuestos de hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, y a la paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses, y mejora en la regulación de las excedencias y la suspensión con reserva en caso de parto y riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, así como la conciliación de la vida profesional y familiar de los trabajadores autónomos por cuidado de menor de 7 años o de un familiar en situación de dependencia.

Pero también introduce novedades en el conglomerado de medidas adoptadas para la conciliación:

- Derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
- Lactancia. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella.
- Vacaciones. Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones, en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya

terminado el año natural a que correspondan. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen.

- Suspensión del contrato por paternidad en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.
- Nulidad de la extinción por causas objetivas y del despido de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento del hijo, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.
- Otorga al comité de empresa competencias para recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, para la vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y para colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación.
- En los casos de familia numerosa la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 15 meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de 18 meses si se trata de categoría especial.
- En los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una

hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario.

Nacimiento y solicitud de la prestación por cuidado de menores con cáncer o enfermedad grave

Para el acceso al derecho a la prestación económica de cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, se exigirán los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación de maternidad.

Nacimiento del derecho/Duración

El derecho nace a partir del día en que se inicie la reducción de jornada.

La duración será equivalente a la de los períodos de reducción de jornada, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad del menor, acreditado por el informe del SPS u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años.

Solicitud

La solicitud ha de formularse en el modelo oficial dentro del plazo de tres meses desde la fecha en que se produjo la reducción.

Documentos que deben acompañar a la solicitud



La documentación que debe acompañar a la solicitud deberá presentarse en original acompañados de copia para su compulsión o fotocopia ya compulsada, excepto para los documentos de identidad en los que será suficiente la exhibición del original.

En todos los casos:

a) Acreditación de identidad de los interesados (también del causante si tiene 14 años) mediante la siguiente documentación en vigor:

- Españoles: Documento nacional de identidad (DNI).
- Extranjeros: Pasaporte o, en su caso, documento de identidad vigente en su país y NIE (Número de identificación de Extranjero) exigido por la AEAT a efectos de pago.

b) Certificado de la empresa en el que consten las bases de cotización por contingencias profesionales, así como el porcentaje de parcialidad en la reducción de jornada.

c) Documentación relativa a la cotización:

- Para los Artistas y Profesionales Taurinos: Declaración de actividades y justificantes de actuaciones que no hayan sido presentados en la TGSS.
- Trabajadores responsables del ingreso de las cuotas: Justificantes del pago de los 2 últimos meses.

d) Certificado del facultativo del Servicio Público de Salud en el que conste que el menor se encuentra afectado por cáncer u otra enfermedad grave que requiere ingreso hospitalario de larga duración, indicando la fecha estimada de duración del ingreso y si el menor precisa un tratamiento continuado de la enfermedad, fuera del centro hospitalario, que indique la duración estimada del mismo.

e) Libro de familia o, en su defecto, certificado de la inscripción del hijo en el Registro Civil o resolución judicial de la adopción.

f) Resolución administrativa o judicial solo para los casos de acogimiento/tutela.

Para el caso de trabajadores responsables del ingreso de cuotas:

Declaración del porcentaje de parcialidad de la jornada de trabajo.

Otros documentos:

a) En el supuesto de no convivencia de los progenitores, y en ausencia de acuerdo sobre el que debe percibir la prestación, documentación que acredite la custodia o a cargo de quién está el menor.

b) En el caso de familias monoparentales: Libro de familia en el que conste un solo progenitor o, en el caso de que consten dos progenitores, certificado de defunción de uno de ellos, o resolución judicial en la que se declare el abandono de familia de uno de ellos.

c) Si el otro progenitor no pertenece al Sistema de la Seguridad Social debe aportar, en su caso:

- Certificado expedido por la unidad de personal de su centro de trabajo indicando que el mismo realiza una actividad laboral encuadrada en el Sistema de Clases Pasivas o

- Certificado del Colegio Profesional al que pertenezca, si se trata de una actividad profesional.

Si la solicitud se presenta fuera de este plazo, los efectos económicos tendrán una retroactividad máxima de tres meses (Art. 7 Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio).

Cuantía y base reguladora de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

La prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 100 % de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo.

Según la STSJ Madrid 09/05/2014 (R. 1968/2013), el cálculo de la base reguladora de la prestación cuando la trabajador ya tenga reconocida una reducción de jornada por cuidado de hijo, debe efectuarse en relación con la base de cotización equivalente a la realizada tomando en consideración la jornada de trabajo a tiempo completo desarrollada antes de solicitar la reducción de jornada para el cuidado del hijo.

Duración: Por un periodo inicial de un mes, prorrogable por periodos de dos meses, cuando subsista la necesidad del cuidado del menor. La duración será equivalente a la de los periodos de reducción de jornada, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad del menor, acreditado por el informe del SPS u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años.

Pago: Por la entidad gestora o por la mutua competente en los vencidos.

El derecho nace a partir del día en que se inicie la reducción de jornada.

El subsidio se reconocerá por un periodo inicial de 1 mes, prorrogable por periodos de 2 meses cuando subsista la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, que se acreditará mediante declaración del facultativo del SPS u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años.

Cuando la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, según se acredite en la declaración médica emitida al efecto, sea inferior a 2 meses, el subsidio se reconocerá por el período concreto que conste en el informe.

## **5. DESPIDO DURANTE REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL**

El despido de una trabajadora con reducción de jornada para cuidado de un hijo menor, podrá ser considerado judicialmente procedente o nulo; pero nunca improcedente. STS 25/01/2013 (R. 1144/2012).

La Constitución proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, siguiendo el precepto constitucional se ha desarrollado diferente normativa para paliar las posibles situaciones de desigualdad entre hombres y mujeres en lo relativo a las obligaciones familiares. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, modificó en su momento las

medidas existentes para la conciliación de la vida familiar y laboral (55.5, ET, 108.2, LJS y DA13, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo).

De la protección que la normativa laboral brinda a las situaciones que se estudiarán posteriormente deriva la consideración como nulos de los despidos sobre:

- Trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad (apdo. 1.d), Art. 45 ET), o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.

- Trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión citado en el apartado anterior, y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados. 4, 5 y 6 del Art. 37 Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia para atender al cuidado de hijo (apdo. 3, Art. 46 ET); y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores. Ver sentencias nº TSJ Cataluña, de 23/10/2001 y TSJ Cataluña, de 05/06/2001.

El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

El apartado 5.b) Art. 55, ET que establece que será nulo el despido de las trabajadoras embarazadas desde la fecha del inicio del embarazo hasta la del comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refiere los apartados 4, 5 y 6 del Art. 37, ET, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del Art. 46, ET. Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que en ambos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

La normativa laboral considera nulo el despido durante la reducción de jornada por guarda legal (motivado por esta situación), tanto por cuidado de un menor, como por el cuidado de un familiar. No obstante, a pesar de la existencia de reducción de jornada, y siempre por motivos ajenos a la misma, el contrato puede ser extinguido por despido disciplinario (declarado procedente), por despido colectivo o por extinción del contrato temporal.

Este tipo de despido puede declararse nulo o procedente, pero nunca improcedente. La existencia de la nulidad del despido supondrá la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

El trabajador/a podrá solicitar reducción de jornada en los supuestos de:

1. Nacimiento de hijo, adopción o acogimiento
2. Lactancia del menor hasta que éste cumpla nueve meses
3. Nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto
4. Por razones de guarda legal se tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida.

5. Para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años.

El apdo. 4, Art. 53, ET, reconoce como nulo el despido motivado por esta situación por tratarse de una vulneración de derechos fundamentales.

Matizaciones jurisprudenciales sobre la nulidad del despido en casos de Reducción de jornada

1) El despido de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 6 Art. 37 ET, es decir permiso de una hora por lactancia de un hijo menor de nueve meses y reducción de jornada por cuidado directo de un menor de doce años, salvo que el despido se declare procedente, la calificación será de nulidad siguiendo del apdo. 5.b) del Art. 55 Estatuto de los Trabajadores (STSJ Castilla y León 05/05/2006 (R. 655/2006)).

2) Los Tribunales han considerado nulos:

a) Extinción contractual derivada de la inclusión de un ERE de trabajador con jornada reducida por guarda legal. A pesar de que la realización de la selección de los trabajadores afectados por el ERE se hizo de acuerdo con los criterios marcados por la Autoridad Laboral y que la elección de la trabajadora en reducción de jornada fue totalmente ajena al hecho de que disfrutara de jornada reducida, el TSJ de Cataluña observó discriminación en los elementos para la elección de la trabajadora

(Sentencia TSJ Cataluña, Sala de lo Social, nº 6069/2010, de 23/09/2010, Rec. 2071/2010).

b) Cuando no se acredite la causa legal de amortización del puesto del trabajador en reducción de jornada.

c) El cese de un contrato de obra fraudulento cuando el trabajador se encontraba en reducción de jornada por guarda legal (Sentencia TSJ Galicia, Sala de lo Social, nº 1286/2010, de 23/03/2010, Rec. 5337/2009).

d) El despido de una trabajadora dentro del periodo de permiso lactancia cuando por motivos de incapacidad temporal, seguido, de periodo vacacional aún no hubiese podido solicitarlo. Para el TSJ procede la nulidad del despido puesto que al estar la actora en el período en que tiene derecho al permiso de lactancia no tiene sentido haberlo solicitado, al no haberse reincorporado a la empresa por estar de vacaciones (Sentencia TSJ Cantabria, Sala de lo Social, nº 224/2006, de 22/02/2006, Rec. 98/2006)

3) Durante el periodo de prueba la trabajadora embarazada no puede ver resuelto su contrato por razón de su embarazo, porque tal extinción supondría una discriminación por razón de sexo constitucionalmente prohibida. Pero ello no implica que toda resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante dicho periodo de prueba haya de calificarse como nula si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese produjo por causas razonables y justificadas (Sentencia TS, Sala de lo Social, de 18/04/2011, Rec. 2893/2010).

4) Cese de una trabajadora con un contrato temporal para obra o servicio determinado y que estaba de baja por maternidad debe de calificarse como despido



nulo. La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas o en permiso de maternidad constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo del art. 14 de la Constitución Española. De la doctrina constitucional y jurisprudencial, se extrae que para que el despido sea declarado nulo, debe ser no justificado. Sentencias TS, Sala de lo Social, de 06/05/2009, Rec. 2063/2008 y TSJ Andalucía (Sevilla), Sala de lo Social, nº 847/2013, de 13/03/2013, Rec. 1488/2012.

5) Los Tribunales han considerado procedente las extinciones contractuales:

a) Por cobertura reglamentaria de la plaza de una trabajadora con reducción de jornada por cuidado de menor. En este supuesto el cese de la trabajadora tuvo una causa legal, careciendo de relevancia alguna el hecho de haber solicitado reducción de jornada por lactancia, encontrándose acreditado que el contrato respondió a una interinidad, cuyo carácter temporal respondía al proceso de cobertura de la plaza que ocupaba la trabajadora, y que el hecho de no haber obtenido respuesta a su petición como indiciaria de la vulneración del derecho fundamental de igualdad carece de sentido, ya que tal petición fue favorablemente informada y la falta de respuesta se debió a la cobertura de la plaza ocupada, y consiguiente cese (Sentencia TSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, nº 2636/2008, de 21/07/2008, Rec. 2084/2008).

b) La causa de afectación de la trabajadora incluida en un ERE no se encuentra en su embarazo ni en la reducción de jornada que solicita al reincorporarse de la baja maternal pues existe una realidad objetiva que es la reducción de la estructura empresarial que ha llevado a que las funciones suyas fueran desempeñadas por otros departamentos como consecuencia de un proceso de reagrupación de funciones, redefinición de puestos, y si ya no existe la dirección que desempeñaba antes es razonable que se intente extinguir la relación laboral de la demandante, si la empresa cree que no tiene acomodo en otro departamento, y ello se ha efectuado de acuerdo

con los criterios de afectación establecidos en el expediente correspondiendo a la empresa la fecha de extinción una vez obtenida la autorización pertinente cese (Sentencia TSJ Madrid, Sala de lo Social, nº 737/2010, de 26/10/2010, Rec. 1225/2010).

c) Los despidos producidos por causa objetiva demostrada la situación económica negativa (puesta de manifiesto en las pérdidas económicas) y considerando la sentencia que la medida adoptada se corresponde con las necesidades económicas de la empresa. En ese caso, dos de las trabajadoras despedidas disfrutaban en el momento del despido de una reducción de jornada por guarda legal, y la sentencia descarta la declaración de nulidad del despido al considerarlo procedente (Sentencia TS, Sala de lo Social, de 10/05/2012, Rec. 4120/2011).

## **6. CÁLCULO DE INDEMNIZACIONES POR DESPIDO DURANTE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL**

El salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones, será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción.

En los supuestos de reducción de jornada contemplados ante (Art. 48 ET y Art. 37 ET):

- Reducción de jornada para el cuidado de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto.

- Reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años, una persona con discapacidad física o para el cuidado de familiares hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad, que no desempeñen una actividad retribuida.
- Por Reducción de jornada por cuidado de menores afectados de enfermedad grave afectados de enfermedad grave.
- Víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo.

El salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones, será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción.

La DA19 ET. Cálculo de indemnizaciones en determinados supuestos de jornada reducida.

La DA19 ET. Cálculo de indemnizaciones en determinados supuestos de jornada reducida.

"1. En los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37.5, 6 y 8, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta ley será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción.

2. Igualmente, será de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior en los supuestos de ejercicio a tiempo parcial de los derechos según lo establecido en el tercer párrafo del artículo 48.6 y en el cuarto párrafo del artículo 48.7."

En el caso de reducción por guarda legal de un menor se entiende que el derecho a la reducción vive hasta que este cumple la edad de 12 años y en el supuesto de reducción de jornada por cuidado de familiares la reducción de jornada puede prolongarse mientras subsista la situación que genera el derecho. La equiparación salarial a efectos del cálculo de la indemnización por despido no alcanza, sin embargo, a los períodos de reducción de jornada previstos en convenio colectivo superiores a los legalmente fijados, con la excepción de que así lo especifique el propio convenio.

## **7. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN LOS SUPUESTOS DE REDUCCIÓN DE JORNADA**

En los supuestos de reducción de jornada contemplados ante Art. 37, Art. 48 ET, para el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial.

En los supuestos de reducción de jornada contemplados ante (Art. 48, ET y Art. 37 ET):

- Reducción de jornada para el cuidado de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto.
- Reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años, una persona con discapacidad física o para el cuidado de familiares hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad, que no desempeñen una actividad retribuida.
- Por Reducción de jornada por cuidado de menores afectados de enfermedad grave afectados de enfermedad grave.

- Víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo.

Para el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial.

Si la situación legal de desempleo se produce estando el trabajador en las situaciones de reducción de jornada indicadas, las cuantías, máxima y mínima de la prestación por desempleo se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada.

## **XVI. EL CALENDARIO LABORAL**

### **1. CONCEPTO**

En la época romana, el calendario se iniciaba en el mes de marzo en honor a Marte, dios de la guerra, y el resto de meses recibía el nombre conforme a la época del año en que se trataba, así el mes de Abril proviene de Aperire en latín abrir (inicio de la primavera), Mayo en honor a Maia, diosa de la primavera, Junio en honor a Juno esposa de Júpiter, el resto de los meses recibían el nombre de quinctilis, sextilis, september, october, nouember y december, es decir, tenían el nombre del mes por su orden, quinto, sexto, séptimo...etc., el Emperador Julio Cesar, modificó quinctilis, en su honor, dando el nombre al mes de Julio, y lo mismo realizó Augusto que cambió sextilis por Agosto; posteriormente se añadieron a dicho calendario los meses denominados enero y febrero.

Existen diferentes calendarios según culturas y religiones, así podemos hablar del calendario gregoriano establecido por el Papa Gregorio XIII, el calendario juliano, establecido por Julio Cesar, calendario litúrgico que distribuye las fiestas religiosas en el calendario civil, el calendario maya, el azteca, el chino, el persa, el hindú, el hebreo, el egipcio, el irlandés, el babilónico, el musulmán, etc., utilizado por dichas civilizaciones o culturas, el calendario perpetuo, el calendario republicano implantado en la Revolución Francesa, calendario lunar basado en las fases lunares, calendario solar basado en la rotación de la Tierra en torno al Sol.

Actualmente el calendario utilizado se ha organizado bajo los datos astronómicos estableciéndose una duración de trescientos sesenta y cinco días aproximadamente, y dividido en ciclos de siete días que configuran una semana, que a su vez se agrupan en periodos denominados meses (12 meses). Al no ser los trescientos sesenta y cinco días una cantidad múltiplo de siete, obliga a ajustar el calendario, y cada cuatro años el calendario tiene una duración de trescientos sesenta y seis días, recibiendo el nombre de año bisiesto, añadiendo ese día en el mes de febrero, que es el mes más corto del año (28 días cuando no es bisiesto y 29 días cuando es bisiesto). A este calendario, se le combinan las fiestas y días festivos de origen religioso o civil religiosas (Semana Santa, Natividad del Señor, Epifanía, Día de la Hispanidad, Día de la Constitución...etc.)

En el Derecho del Trabajo, el Calendario Laboral, es un documento donde debe quedar plasmada la jornada laboral, los días de descanso, días festivos y periodo de vacaciones, e incluso el reparto de jornadas irregulares, a lo largo del año natural; conforme establezcan los convenios colectivos, la negociación colectiva o la empresa.

El Calendario debe quedar expuesto a la vista de los trabajadores, por lo que tiene una naturaleza de publicidad, y debe realizarse anualmente, por lo tanto, es un documento de carácter puramente declarativo e informativo, que transcribe la

decisión empresarial o los acuerdos de la negociación colectiva, respecto del reparto de la jornada laboral. Sólo en caso de modificaciones unilaterales por parte de la empresa, este documento puede adquirir un valor probatorio a la hora de entablar reclamaciones por modificación de las condiciones de trabajo. El calendario laboral debe ser expuesto en el centro o en los centros de trabajo de la empresa, o incluso si procede en secciones o departamentos, si existen diferentes horarios en un mismo centro, a la vista de los trabajadores y firmado por la empresa y los representantes de los trabajadores si los hubiera. Actualmente, ha quedado derogada la obligación que existía antes de 1994 de ser visados dichos calendarios por la autoridad laboral competente, por lo que el control y validez de los calendarios, queda centrada entre la empresa y los trabajadores y o sus representantes.

## **2. LA REGULACIÓN EN LA NORMATIVA LABORAL**

La regulación del Calendario Laboral, la encontramos en el artículo 34.6 del Estatuto de los Trabajadores 2015, así como en diferentes normas como son: Real Decreto Legislativo 5/2000 en su artículo 6.1, 40 y disposición adicional primera; Real Decreto 1561/1995 en su disposición adicional tercera; sin olvidar los convenios colectivos, que cada vez con mayor ímpetu legislan sobre esta materia.

El calendario laboral, además de establecer los días efectivos de trabajo, días festivos, periodo de vacaciones, puede incluir como ya se ha señalado, el horario de trabajo u horarios de trabajo, la jornada laboral o jornadas laborales, de la empresa de un centro de trabajo o de departamentos, de los puentes que se otorguen o acuerden, el horario flexible, etc., si bien según el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 18/09/2000, en la normativa actual no existe mandato alguno que obligue al empresario a incluir los horarios en el calendario laboral. Sin embargo, se considera infracción leve con una sanción entre 60 euros a 625 euros dentro de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, si el empresario no informa al trabajador

sobre la duración y distribución de su jornada de trabajo y días de descanso. Véanse "horario de trabajo", "horas extraordinarias", y "vacaciones".

El Empresario tiene la obligación de elaborar el Calendario Laboral anualmente, el plazo para su elaboración queda establecido en los convenios colectivos, (por ejemplo un mes después de la publicación de las fiestas laborables, tanto de las nacionales, autonómicas y locales).

Es obligatorio por parte de la Empresa, la consulta con los representantes de los trabajadores, si los hay, antes de dejar establecido el Calendario, debiendo dicha representación legal, emitir un informe previo sobre el mismo, en el que se puede recoger tanto la valoración del cumplimiento de la jornada anual prevista, el establecimiento de descansos, puentes y días festivos, (los publicados anualmente como fiestas laborables, los regulados por convenio colectivo o voluntarios de la empresa), así como la implantación o revisión de sistemas de organización y control de tiempos, estudios de tiempos y el control de horas extraordinarias, bajo las pautas establecidas en los convenios colectivos. Dicho informe no es vinculante.

Si el empresario elabora el Calendario, sin someterlo a la representación de los trabajadores, y sin el previo informe, dicho calendario se considera nulo. Pudiendo dar lugar a las sanciones o infracciones establecidas en el orden social, por intervención de la Inspección de Trabajo.

Si los representantes no entregan en plazo, o simplemente se niegan a entregar el informe previo solicitado por el Empresario, el Calendario Laboral, quedará fijado.

En algunos convenios colectivos, se especifica la obligación de negociar dicho calendario, debiendo establecerse entonces el procedimiento para su elaboración y negociación, que una vez cerrada con acuerdo o sin él, el Calendario debe quedar



expuesto a la vista de los trabajadores. En caso de desacuerdo tanto la representación de los trabajadores, como el o los trabajadores, pueden impugnarlo ante la jurisdicción de lo social por considerarlo no ajustado a derecho, o incluso por suponer una modificación sustancial, siendo el conflicto colectivo el procedimiento para impugnar el calendario con respecto a los representantes de los trabajadores, y el procedimiento laboral ordinario cuando es impugnado por los trabajadores.

El calendario debe cumplirse tanto por los trabajadores como por la empresa, entra en este punto el juego de derechos y deberes, de los trabajadores (artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores 2015) y del empresario (artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores 2015).

El incumplimiento por parte del trabajador trae como consecuencia la aplicación del régimen disciplinar establecido en los convenios colectivos, como en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores 2015.

## **XVII. VACACIONES**

### **1. CONCEPTO Y NATURALEZA**

La existencia de las vacaciones anuales pagadas como periodo de descanso del trabajador se contempla en el artículo 40.2 de la Constitución Española conforme al cual "los poderes públicos... garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, y las vacaciones periódicas retribuidas".

Puede afirmarse que las vacaciones anuales constituyen el período de interrupción o interrupciones de la prestación efectiva de servicios que establece la

ley dentro de cada año, a efectos de que el trabajador pueda reponerse de la fatiga física y psíquica inherente al desarrollo de su actividad laboral.

El instituto de las vacaciones periódicas retribuidas está inspirado en un objetivo de "seguridad e higiene en el trabajo", estrechamente unido a la defensa de la salud del trabajador. Tiene por objeto reparar no sólo la fatiga energética, resultante de un esfuerzo físico y mental continuado, sino también la fatiga ambiental procurando al trabajador descanso y distracción.

Lo que no puede obviarse es que las vacaciones constituyen un derecho del trabajador; y como tal es un derecho inalienable e irrenunciable de todos los trabajadores, con independencia de la modalidad contractual, sin exclusión, con independencia de que el derecho no se exija expresamente por éste o que el derecho concreto se pierda o caduque. Consecuentemente con ello, el disfrute de vacaciones no es sustituible por compensación económica.

## **2. NACIMIENTO DEL DERECHO**

No existe en la normativa legal una previsión sobre el periodo de prestación de servicios mínimo para poder disfrutar de vacaciones; y nada impide que el Convenio Colectivo o el pacto individual rellenen ésta laguna, pero tendrá que hacerse respetando los mínimos fijados por el Convenio 132 de la Organización Internacional del Trabajo; esto es, no excederá de 6 meses y las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicios efectivos.

Con independencia de las previsiones pactadas, lo cierto es que la ausencia de periodos mínimos legales abre el derecho a un nacimiento inmediato desde que se establece la relación laboral, aunque criterios de pura lógica y de proporcionalidad indican que será necesario un periodo de tiempo suficiente para que en razón a la proporcionalidad del cálculo corresponda al menos un día de vacación.

### **3. PERIODO DE DISFRUTE**

#### **1. Duración**

Conforme a la previsión legal, la duración del periodo de disfrute de vacaciones se entrega a la negociación individual y colectiva (Convenio Colectivo y contrato individual), estableciéndose como única limitación de mínimos el que la duración no podrá ser inferior a treinta días naturales. Esta previsión se acomoda al derecho pleno correspondiente a aquél que ha realizado una prestación continuada durante todo el año o, más correctamente hablando, durante el periodo especialmente contemplado como generador del derecho pleno.

Sin embargo, hay ocasiones al comienzo o finalización de la relación laboral en las que el periodo de ocupación no ha sido pleno. En estos casos se establece que toda persona cuyo período de servicios en cualquier año sea inferior al requerido para tener derecho al total de vacaciones tendrá derecho respecto de ese año a vacaciones pagadas proporcionales a la duración de sus servicios en dicho año. A este respecto, el periodo de prestación que se computará será, conforme a los criterios más asentados jurisprudencialmente, el periodo de servicios comprendido en el año natural, hayan sido ya realizados o vayan a ser realizados con posterioridad.

## 2. Determinación del periodo

La determinación del periodo queda en manos del común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos, y el trabajador tiene derecho a conocer su tiempo de disfrute al menos con dos meses de antelación al comienzo del periodo. Ello está íntimamente relacionado con el calendario de vacaciones anuales en cuanto es evidente que la empresa tendrá interés en organizar la actividad de forma continuada y solo podrá cumplir con la garantía de conocimiento anticipado por los trabajadores si a su vez anticipa el calendario general de todos ellos.

El proceso judicial de determinación del periodo de vacaciones. Debe recordarse que la realidad jurídica de la determinación del periodo de disfrute de vacaciones se identifica procesalmente con un procedimiento especial, caracterizado porque excluye la necesidad de acto previo de conciliación o reclamación previa, por su tramitación urgente, porque está sometido a plazo de caducidad y porque contra la sentencia que resuelva el litigio inicial no cabe recurso alguno.

## 3. Sustitución del periodo de disfrute

Salvo pacto individual de empleador y trabajador no es posible el cambio del periodo de disfrute. No obstante, el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores 2015 establece una excepción.

Así, cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo por parto, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la

de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión.

Cuando se produzca la concurrencia del período de vacaciones con días de incapacidad por supuestos distintos a los citados en el párrafo anterior, se ha reconocido el derecho a las vacaciones frustradas por la situación de incapacidad temporal en un momento posterior. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 24 de junio de 2009, dictada por la Sala Cuarta, de lo Social declaró que el pleno disfrute del derecho a las vacaciones sólo puede conseguirse cuando el trabajador se encuentre en condiciones físicas y mentales de hacer uso del mismo, de forma que no cabe entender que un trabajador en situación de incapacidad temporal pueda disfrutar adecuadamente de las finalidades atribuidas a las vacaciones. Este pronunciamiento y otros en la misma línea fueron ajustándose a los emanados con anterioridad del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

#### **4. CONSUMACIÓN DEL DERECHO**

El disfrute del derecho debe consumarse en el año natural al que pertenece. Una vez concluido dicho año no puede reclamarse su disfrute ni sustituirse por compensación económica.

Solamente hay tres supuestos que excluyen esta prohibición. La primera se produce cuando se haya establecido el fraccionamiento de las vacaciones anuales. Salvo si está previsto de otro modo en un acuerdo que vincule al empleador y a la persona empleada interesada, y siempre que por la duración de sus servicios la persona interesada tenga derecho a tal período, una de las fracciones deberá consistir, por lo menos, en dos semanas laborables ininterrumpidas.

La segunda, es la ya referida anteriormente sobre el cambio del periodo de disfrute, que se dará cuando el período de vacaciones coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo por parto, situación en la que se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta aunque haya terminado el año natural a que correspondan.

La tercera, es la también referida sobre el cambio del período de disfrute que se dará cuando el período de vacaciones coincida en el tiempo con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, pudiendo éste hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado.

## **5. RETRIBUCIÓN DE LAS VACACIONES**

Como claramente se expresa en la norma, las vacaciones anuales son un periodo retribuido, constituyendo en tal sentido una norma imperativa que garantiza un mínimo al trabajador. Esa retribución es de naturaleza indudablemente salarial.

Sin embargo, hay un silencio legal sobre qué conceptos retributivos deben integrar la remuneración del período vacacional. Este vacío debe llenarse acudiendo a lo que al respecto hayan establecido los convenios colectivos y, en su defecto a una remuneración normal o media que, siguiendo un criterio general que la propia jurisprudencia ha establecido y que se ha sistematizado, será la misma que se cobre en activo, con inclusión de los complementos salariales percibidos, salvo los que

compensen actividades extraordinarias, como es el caso de las horas extraordinarias o exceso de jornada o cualquier actividad extraordinaria que no constituya la retribución normal.

## **6. VACACIONES AL FINALIZAR LA RELACIÓN LABORAL**

Cuando al concluir la relación laboral no se haya disfrutado todavía del periodo de vacaciones correspondiente a esa anualidad el trabajador tendrá derecho a vacaciones pagadas proporcionales a la duración del servicio por el que no haya recibido aún vacaciones, a una indemnización compensatoria o a un crédito de vacaciones equivalente.

Unas y otras solamente serán exigibles en el periodo anual al que pertenecen, siendo imposible reclamar el disfrute o su sustitución económica si no se ejercitó el derecho en dicho periodo.

## **XVIII. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO**

### **1. CONCEPTO**

Dado el carácter indeterminado del concepto jurídico general de "modificación sustancial", hay que acudir a las pautas de interpretación que sobre el mismo ha fijado el Tribunal Supremo (sentencias de fechas 17 julio 1986, 3 diciembre 1987, 11

diciembre 1997 y 22 junio 1999), pautas según las cuales por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender "las que sean de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral en términos tales que pasen a ser otros de modo notorio".

La aplicación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores de 1995, refundido en ET 2015 no se halla referida al hecho de que la condición sea sustancial, sino a la exigencia de que sea sustancial la propia modificación, y a tal efecto se ha entendido tradicionalmente como tal aquella modificación que afecta a los aspectos fundamentales de la condición, de forma que con ella pasan a ser otros distintos de un modo notorio; así la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2001.

## **2. ÁMBITO**

El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores 2015 regula específicamente las "modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", enumerando en lista abierta, entre otras, indica el precepto las condiciones de trabajo que ex lege "tendrán la consideración" sustancial referida, y que son las siguientes: jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento y funciones cuando excedan de los límites previstos para la movilidad funcional.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1995, 9 de abril de 2001 y 26 de abril de 2006 han calificado la lista de ejemplificativa y no exhaustiva, al afirmar que el elenco de posibilidades que en el precepto se contemplan no está limitado a las expresamente tipificadas en su apartado primero. De esta forma es claro que la lista no comprende todas las modificaciones que son sustanciales, pero



también ha de afirmarse tampoco atribuye carácter sustancial a toda modificación que afecte a las materias expresamente listadas.

### **3. EJERCICIO**

Señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de 17 de septiembre de 2003 que el poder de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo es un derecho potestativo concedido al empresario, que excede de los límites del *ius variandi* del empleador y de la movilidad funcional, que se encuentra consagrado normativamente en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores de 1995 refundido en ET 2015. Por medio de él se concede al titular de la organización productiva el derecho a variar las condiciones contractuales de que disfrutaban sus trabajadores sin necesidad de llegar a acuerdos novatorios individuales con cada uno o con sus representantes legales. El legislador exige para que pueda accionarse ese poder que el empresario alegue y pruebe, con anterioridad a su ejercicio la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, teniendo dicha consideración las que estén relacionadas con la competitividad, productividad y organización técnica o del trabajo en la empresa.

La ampliación que este precepto concede a los poderes de dirección del empresario no se limita a las empresas en crisis, y puede también utilizarse aunque sea buena la marcha de la empresa y su situación económica favorable.

#### **4. PROCEDIMIENTO**

El proceso especial regulado en el artículo 138 de la Ley reguladora de la jurisdicción social debe utilizarse aunque no se haya seguido el procedimiento establecido para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Tal y como establece el último párrafo del artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores 2015, en el supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, cuando el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores finalice con acuerdo, se presumirá que concurren las causas justificativas de la modificación y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Ello sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados a ejercitar la opción de extinción del contrato prevista en el párrafo segundo del apartado 3 del mismo artículo 41.

#### **5. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR**

La modificación sustancial de condiciones de trabajo puede dar lugar a la resolución unilateral del contrato por el trabajador. Se establecen dos procedimientos diferentes para hacerlo, con consecuencias distintas:

a) La ley establece una serie de causas por las cuales el trabajador puede solicitar la resolución judicial de su contrato de trabajo y así, el artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores 2015 recoge como situaciones que le facultan para ello:

- las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores 2015, que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad;
- la falta de pago o los retrasos continuados en el abono del salario pactado; y
- cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del empresario a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos de modificación o traslado, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.

Así pues, cuando las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo redundan en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad, el trabajador puede acudir a la vía judicial en reclamación de la extinción de su contrato de trabajo. Para estos casos, el artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores 2015 establece que el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente, es decir, a una indemnización de treinta y tres días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de veinticuatro mensualidades, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.1 del mismo cuerpo legal. No obstante, existe un régimen transitorio según el cual la indemnización de por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calcula a razón de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio por el tiempo trabajado con anterioridad a dicha fecha y a razón de treinta y tres días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior,

no pudiendo ser el importe indemnizatorio superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el período trabajado con anterioridad al 12 de febrero de 2012 resulte un número de días superior, en cuyo caso se aplica dicho número de días como importe indemnizatorio máximo, sin que en ningún caso pueda ser superior a cuarenta y dos mensualidades.

b) El artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores 2015 establece que, en el supuesto de que el empresario adopte modificaciones sustanciales que afecten a determinadas condiciones de trabajo, como las relativas a jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial y funciones, cuando exceden de los límites previstos para la movilidad funcional -son las establecidas en las letras a), b), c), d) y f) del artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores 2015-, el trabajador afectado puede optar por extinguir su contrato de trabajo, si, una vez aquietado a tales modificaciones, considera le causan algún perjuicio merecedor de reparación, siendo en tal supuesto la indemnización a percibir de 20 días de salario por año de servicio, frente a la mayor contemplada en el artículo 50.2, equivalente a 33 días de salario por anualidad prestada, limitada a aquellos supuestos en los que la modificación sustancial sobre la que se sustente implique además un perjuicio para la formación o un menoscabo de la dignidad del trabajador.

Así pues, el trabajador afectado por modificaciones que afecten a su jornada, al horario y distribución del tiempo de trabajo, o al régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial y funciones, cuando exceden de los límites previstos para la movilidad funcional, siempre que la modificación sea sustancial, puede extinguir unilateralmente su contrato de trabajo, sin necesidad de reclamar judicialmente.

El trabajador que extinga unilateralmente su contrato por esta causa, tiene derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un tope de nueve mensualidades, siempre que acredite perjuicio efectivo por la modificación, y si la empresa se negara a abonar la indemnización, deberá la misma reclamarse judicialmente, proceso en el cual deberá acreditar el perjuicio.

## **XIX. FALTAS Y SANCIONES**

### **1. INTRODUCCIÓN**

Define el diccionario de la Real Academia de la Lengua el término falta, en su acepción decimocuarta, como la infracción voluntaria o culposa de una norma, que puede ser castigada bien penal o administrativamente, bien por el empresario en las relaciones laborales. En el ámbito estricto del derecho laboral, la palabra falta puede ir referida tanto a los incumplimientos cometidos por el asalariado como consecuencia del quebranto del compromiso laboral asumido ante el empresario en el desarrollo de su actividad profesional, como a las infracciones incurridas por el empleador en el ejercicio de su actividad empresarial.

Las primeras han de enmarcarse necesariamente y a modo de lógica consecuencia, dentro del poder directivo y disciplinario que ostenta el empresario, quien asume las facultades no sólo de ordenar la correcta organización de su empresa -tanto del elemento material como del humano que la integra-, sino la de imponer correctivos a quienes contravengan el orden establecido, ya sea en el trato que se da a las personas o a los bienes incorporados a la organización, como en la ejecución de los mandatos que el empleador emite; todo ello con sustento en la graduación que de

las mismas se establecen en las disposiciones legales y convencionales que les sean aplicables.

Frente a ellas las infracciones cometidas por el empresario se conforman como conductas tipificadas y sancionadas por la Ley contrarias a las normas legales, reglamentarias y a las cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, prevención de riesgos laborales, empleo y empresas de trabajo temporal. Analicemos ambas situaciones.

## **2. FALTAS COMETIDAS POR LOS TRABAJADORES**

Como hemos tenido ocasión de indicar, las faltas, su graduación y las sanciones a ellas aparejadas han de tener su soporte normativo, por mandato expreso prevenido en el artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores 2015, en las disposiciones legales o convenios colectivos que fueren aplicables. Hasta el año 1996, fecha en la que dejaron de ser aplicables, la referencia a las disposiciones legales se identificaba sustancialmente con el contenido recogido en las Ordenanzas Laborales, siendo suplido el vacío normativo dejado por aquellas, especialmente sobre el particular estudiado, por el denominado "Acuerdo sobre cobertura de vacíos" suscrito por los agentes sociales el 28 de abril de 1997 y vigente por un periodo de cinco años, desde el 1 de enero de 1998 hasta el 1 de enero de 2003.

En la actualidad la cobertura legal en materia de faltas laborales se presta sustancialmente por la regulación fijada en cada caso por los convenios colectivos, siendo generalizado, como ya hicieran las Ordenanzas Laborales, una graduación de las faltas susceptibles de ser cometidas por los trabajadores en leves, graves y muy graves; a las que quedan aparejadas una serie de sanciones de mayor o menor

intensidad en función de la gravedad de la falta cometida. Así, resulta usual para las faltas leves la imposición de sanciones consistentes en amonestaciones y en suspensiones de empleo y sueldo de hasta 2 días, para las graves suspensiones de empleo y sueldo de hasta 20 días y para las muy graves inhabilitaciones para el ascenso y suspensiones de empleo y sueldo que pueden alcanzar hasta los 6 meses de duración, traslados a otros centros de trabajo y finalmente, como máximo exponente sancionador, el despido.

Naturalmente, un trabajador no podrá ser sancionado dos veces por la misma falta, pero sí podrá, por el contrario, ser objeto de tantas sanciones como faltas cometidas por él. En ningún caso un trabajador podrá ser sancionado con la reducción de su periodo de vacaciones o cualquier otra minoración del periodo de descanso, sea este diario o semanal, ni a multa de haber, lo que no ha de resultar incompatible con las consecuencias económicas que la suspensión de empleo y sueldo ha de llevar aparejadas al trabajador sancionado.

La imposición de las sanciones graves y muy graves requieren una serie de formalidades similares a las establecidas para el despido, que difieren según se trate de trabajadores ordinarios o aforados; precisándose en el primero de los casos, comunicación escrita al trabajador sancionado indicándose el hecho de la infracción, la sanción impuesta y la fecha de efectividad de la misma. Por contra, la sanción recaída sobre los trabajadores aforados -miembros del comité de empresa o delegados de personal y delegados sindicales- precisa de la apertura de un previo expediente contradictorio con el fin de que, el sancionado y las correspondientes organizaciones, puedan formular alegaciones y manifestar si están o no conformes con la sanción impuesta. La inobservancia del requisito señalado deberá llevar aparejado el efecto de nulidad de la sanción impuesta, conforme a lo estipulado en el apartado 2 del artículo 115 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social 36/2011.

Impuesta la sanción, el trabajador disconforme, al igual que en caso de despido, podrá ejercitar su derecho de impugnación ante la jurisdicción social dentro del plazo de 20 días desde la recepción de la comunicación escrita. Este plazo se interrumpirá por la presentación obligatoria de la papeleta de conciliación ante el SMAC (Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación). Iniciado el procedimiento judicial, corresponderá al empresario probar la realidad de los hechos imputados al trabajador, y su entidad, sin que puedan ser admitidos otros motivos de oposición a la demanda que los alegados en su momento para justificar la sanción. El Juez de instancia, en su resolución, podrá adoptar alguno de los pronunciamientos siguientes. Declarar nula la sanción impuesta, en caso de haber sido impuesta sin observar los requisitos formales establecidos legal, convencional o contractualmente, o cuando éstos presenten defectos de tal gravedad que no permitan alcanzar la finalidad para la que fueron requeridos, así como cuando tenga por móvil a alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, así como cuando consista en alguna de las legalmente prohibidas o no estuviera tipificada en las disposiciones legales o convenio colectivo aplicable. Revocar la sanción totalmente, cuando no se logre acreditar la comisión de los hechos o la responsabilidad de los mismos o cuando los hechos no sean constitutivos de falta. Revocar la sanción parcialmente, cuando la falta no haya sido adecuadamente calificada. No será por el contrario competente el Juez para, manteniendo la calificación de la falta, rebajar el alcance de la sanción. En todo caso, lo que no podrá hacer nunca la sentencia que dicte el órgano judicial, por sometimiento pleno al principio de *reformatio in peius*, es aumentar la sanción impuesta por la empresa. Procede finalmente la ratificación de la sanción, cuando quede acreditada la realidad del incumplimiento y la calificación de la infracción se tenga por adecuada. Contra las sentencias dictadas en estos procesos no cabrá recurso alguno, salvo en los casos de sanciones por faltas muy graves cuya decisión haya sido judicialmente confirmada, susceptibles en tales casos de recurso de suplicación ante la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.



Señalar finalmente, que las faltas cometidas por los trabajadores se encuentran sometidas a un plazo de prescripción variable en función a la gravedad de la infracción. Así, las faltas leves prescribirán a los 10 días, las graves a los 20 días y las muy graves, a los 60 días, contados a partir del momento en que la empresa tenga conocimiento de que se han cometido y en todo caso a los seis meses de haberse ocasionado (artículo 60.2 del Estatuto de los Trabajadores 2015). Por conocimiento ha de entenderse la apreciación por parte del empresario de un modo exacto, pleno y cabal de los hechos infractores. El plazo señalado, no obstante su carácter prescriptivo, es susceptible de suspensión que no de interrupción, por la realización de determinadas actuaciones, por parte del empleador, que pudiesen tener un propósito indagatorio o confirmatorio de los hechos imputados, tales como la incoación del expediente disciplinario.

### **3. INFRACCIONES COMETIDAS POR LOS EMPRESARIOS**

Como ya se ha indicado, se consideran infracciones laborales cometidas por el empresario, la vulneración de la normativa que tipifica y sanciona los comportamientos transgresores del empleador en el ámbito social, como consecuencia de su quehacer empresarial. El marco legal en esta materia se encuentra recogido, de manera principal, en la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, cuya última regulación se encuentra recogida en el Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, en vigor desde el 1 de enero de 2001 y en cuya disposición derogatoria única dejaba sin efecto los artículos 93 a 97 del Estatuto de los Trabajadores de 1995, en donde hasta entonces se recogían las distintas infracciones procesales.

## 1. Infracciones y sanciones

Recogen los artículos 6 al 8 del TR de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social (LISOS) un extenso catálogo de infracciones en materia de relaciones laborales individuales y colectivas, clasificadas, al igual que ocurriera con las faltas cometidas por los trabajadores, en leves, graves y muy graves a las que se apareja una sanción económica igualmente graduada en función de la gravedad de la falta. A su vez, dentro de cada grado infractor existe una subgraduación en mínimo, medio o máximo para minorar o aumentar el montante económico de la sanción correspondiente al grado de la falta cometida. Resulta en consecuencia, una sanción para las infracciones leves, en su grado mínimo, de multa de 60 a 125 euros; en su grado medio, de 126 a 310 euros; y en su grado máximo, de 311 a 625 euros. Las graves se sancionarán con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros; en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros. Finalmente; las muy graves llevan aparejada una multa en su grado mínimo de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 a 187.515 euros. Los criterios que el órgano sancionador ha de tener presente para atenuar o agravar la infracción cometida consisten, en la apreciación de la negligencia o intencionalidad del infractor en la comisión de la falta, en el fraude o connivencia concurrente en su comisión, en el incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos que sobre el particular le hubiese efectuado al incumplidor la Inspección de Trabajo, en la cifra de negocios de la empresa, el número de trabajadores afectados, el perjuicio causado y la cantidad defraudada, en su caso. Deberá imponerse la sanción en su grado máximo, cuanto la comisión de la infracción presente una continuada persistencia. La reincidencia infractora se sanciona con el incremento hasta por el duplo del grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida, sin que la misma pueda exceder en ningún caso de las cuantías máximas previstas para cada clase de infracción. Se entenderá que existe reincidencia, cuando se cometa una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó la sanción anterior en el plazo de 365 días siguientes a la de su notificación, siempre y cuando la resolución administrativa sancionadora de la primera infracción haya adquirido firmeza. Al margen de las multas señaladas, los

sujetos responsables de infracciones muy graves podrán sufrir otro tipo de sanciones accesorias que van, desde la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas, pasando por la pérdida de cuantas ayudas, bonificaciones y beneficios se deriven de la aplicación de los programas de empleo, desde la fecha en que se cometió la infracción o el incremento, a propuesta de la Inspección de Trabajo, de las prestaciones económicas que tenga por causa la falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, así como finalmente la suspensión de las actividades o cierre del centro de trabajo cuando concurren circunstancias de especial gravedad en la infracción cometida.

## 2. Prescripción de la infracción

Las infracciones se encuentran sometidas a un periodo de prescripción de tres años conforme a lo prevenido en el artículo 4.1 LISOS 2000, como así se sigue igualmente del artículo 60.1 del Estatuto de los Trabajadores 2015; quedando el mismo interrumpido por el acta de infracción debidamente notificada o requerimiento u orden de paralización emitida por la inspección de trabajo, así como por la iniciación de correspondiente procedimiento de oficio. Quedará igualmente interrumpido el plazo de prescripción, por la reclamación interpuesta por los sujetos afectados y en definitiva por cualquier actuación del sujeto responsable que implique el reconocimiento de los hechos constitutivos de la infracción.

## 3. Prevención de riesgos laborales

Mención especial merece como modalidad específica de infracción laboral, las cometidas con vulneración de la disciplina de prevención de riesgos laborales recogida en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, derogada en su mayor parte, en materia sancionadora, por la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social; la cual fija para las infracciones en esta materia las sanciones siguientes: Las leves, en su grado mínimo, con multa de 40 a 405 euros; en su grado medio, de 406 a 815 euros; y en su grado máximo, de 816 a 2.045 euros. Las graves con multa, en su grado mínimo, de 2.046 a 8.195 euros; en su grado medio, de

8.196 a 20.490 euros; y en su grado máximo, de 20.491 a 40.985 euros. Las muy graves con multa, en su grado mínimo de 40.986 a 163.955 euros; en su grado medio de 163.956 a 409.890 euros; y en su grado máximo de 409.891 a 819.780 euros. Además la infracción en materia de riesgos laborales, por faltas graves y muy graves, puede llevar adicionada, además de las multas previstas, la cancelación de la acreditación otorgada por la autoridad laboral para operar en el sector.

#### 4. Procedimiento sancionador

Toda sanción impuesta por razón de una infracción laboral requiere la previa tramitación de un expediente sancionador, que a su vez se compone de una fase instructora y otra propiamente sancionadora, encomendada cada una a órganos administrativos distintos. Así, la fase de instrucción es competencia de la Inspección de Trabajo, quien actuará por propia iniciativa, por denuncia de los hechos supuestamente infractores o por orden de la autoridad administrativa competente. Formalizada la denuncia, el inspector podrá iniciar una serie de actuaciones previas a la incoación del expediente sancionador con el objeto de conocer las circunstancias concretas del asunto denunciado. Finalizada la comprobación inicial, el instructor podrá dar curso al procedimiento sancionador o sustituir la referida incoación por el requerimiento al sujeto responsable para que, en un plazo determinado, lleve a efecto las actuaciones exigidas por la normativa de seguridad e higiene laboral. De lo actuado se levantará la oportuna acta de la que se dará traslado al interesado por término de quince días hábiles para el trámite de alegaciones, pudiendo aportar el presunto infractor en su descargo las pruebas que estime convenientes. Será preceptivo informe complementario de la Inspección de Trabajo en el caso de que en las alegaciones se invoquen hechos o circunstancias distintos a los consignados en el acta, insuficiencia del relato fáctico de la misma o indefensión. En todo caso, se ha de advertir que los hechos constatados en el acta de inspección gozarán de la presunción de veracidad a todos los efectos administrativos y judiciales.

Finalizada la fase de instrucción corresponderá al órgano competente dictar la resolución motivada que proceda, en el plazo de diez días, bien confirmando, bien modificando o bien dejando sin efecto la propuesta recogida en el acta, con levantamiento de las medidas provisionalmente acordadas. Podrá igualmente acordarse su nulidad cuando lo practicado contenga defectos formales que den lugar a indefensión de los interesados. La competencia sancionadora se determinará según el ámbito, la materia y la cuantía de la sanción propuesta, conforme a los criterios prevenidos en el artículo 48 LISOS 2000. Dictada la resolución esta deberá ser notificada al sancionado con indicación del importe a pagar, plazo, lugar y forma de pago, recursos que pueden interponerse contra ella, órgano ante el que hubiera de presentarse y plazo para interponerlo.

Señalar finalmente que el procedimiento sancionador está sujeto a un plazo de caducidad de seis meses contados desde la fecha del acta, transcurrido el cual sin haberse dictado la oportuna resolución, traerá consigo el archivo de las actuaciones.

#### **4. SUSPENSIÓN DE EMPLEO Y SUELDO**

La suspensión de empleo y sueldo está directamente relacionada con el poder de organización y control que otorga el artículo 20 y el 58 del Estatuto de los Trabajadores 2015, cuando se valora la conducta del trabajador, ante posibles incumplimientos laborales, aplicando directamente el poder sancionador establecido en los convenios colectivos, que conlleva la graduación de faltas laborales, según el incumplimiento o conducta del trabajador, y en base a ello la suspensión de empleo y sueldo, si el empresario hace efectivo el cumplimiento del régimen disciplinar de faltas y sanciones.

Pero también podemos hablar de suspensión de empleo y sueldo dentro del ámbito contractual, regulado en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores.

La suspensión de empleo y sueldo, en el ámbito del contrato de trabajo, se regula directamente en la figura de la suspensión del contrato de trabajo, el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores 2015, relaciona las causas por las que se puede suspender el contrato de trabajo.

La suspensión del contrato de trabajo, conlleva directamente la suspensión de empleo y sueldo. Es decir al no haber prestación de trabajo, no existe obligación tampoco de retribuir dicho trabajo, las partes quedan exoneradas de las obligaciones y compromisos que se adquieren en la relación contractual, mientras se mantienen las causas que dieron lugar a la suspensión. Podemos indicar que los efectos de esta suspensión de empleo y sueldo derivada de la suspensión del contrato de trabajo, mantienen unos efectos generales, como son que al trabajador/a causa baja en la empresa respecto de afiliación al Sistema de Seguridad Social, y por lo tanto no existe obligación de cotizar, al no existir prestación económica; no obstante, en algunos casos que más adelante comentaremos, se mantiene la obligación de cotizar pues no se realiza la baja en afiliación. Se mantiene el derecho de la reserva del puesto de trabajo y la vigencia del resto de derechos contractuales, como pueden ser cómputo de antigüedad, ascensos, revisión de salarios. Se debe tener en cuenta la causa de la suspensión, para saber el efecto específico que conlleva la misma. El artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social 2015, así como el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores 2015, regulan los efectos de la suspensión, tanto en la consideración de alta asimilada, como en la reserva del puesto de trabajo.

Las causas que alude el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores 2015, a los efectos de la suspensión son:

- Mutuo acuerdo de las partes, mediante acuerdo expreso y documentado dentro de los límites del derecho necesario, que establezca las condiciones del tiempo de la suspensión, la reserva del puesto de trabajo, efectos con respecto al cómputo de antigüedad, indemnización, etc. El trabajador/a es dado de baja en la Seguridad Social, por lo que para el empresario no hay obligación de cotizar mientras se mantiene esta situación. En el caso de despido improcedente se considera que está ante una situación asimilada al alta, a los efectos de la prestación por desempleo.

- Las consignadas válidamente en el contrato. Las partes voluntariamente pueden incluir en el contrato de trabajo, diferentes causas que den lugar a la suspensión del mismo, en un concreto momento o periodo de tiempo. Las causas no pueden suponer una renuncia a derechos necesarios, ni un abuso del empresario. Respecto de la Seguridad Social, los efectos y situación son los mismos que los expresados en el punto anterior.

- Incapacidad temporal del trabajador, derivada tanto de enfermedad común, profesional, como de accidente de trabajo o accidente no laboral. El contrato queda suspendido mientras se mantiene esta situación. Conforme establece la normativa de la Seguridad Social, dentro del Régimen General, los artículos 169 y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social 2015, el trabajador/a, según sea el tipo de contingencia que haya causado su Incapacidad temporal, percibirá una contraprestación económica, que abona el empresario como "pago delegado", pues este recupera dicho importe a través de la liquidación de cotización de los seguros sociales. Si los convenios mejoran las prestaciones económicas por Incapacidad Temporal establecidas en la Ley General de la Seguridad Social existe la obligación de abono de salario hasta completar la mejora, en concepto de complemento salarial de Incapacidad Temporal. Durante el proceso de Incapacidad Temporal, el trabajador sigue de alta en afiliación, es decir, no se cursa su baja en afiliación, por lo que se

mantiene la obligación de cotizar, manteniéndose todos los derechos y obligaciones contractuales, que no quedan suspendidos expresamente al estar de baja por Incapacidad Temporal.

- Las situaciones de maternidad y paternidad, adopción o acogimiento preadoactivo o permanente, riesgo durante el embarazo o lactancia natural. Durante estas situaciones empresario no abona salarios, la trabajadora o en su caso el trabajador percibe el subsidio establecido para estos casos y la empresa debe mantener la cotización con las pautas que la normativa establece y las bonificaciones estipuladas.

- Ejercicio de un cargo público representativo. Se mantiene el derecho a la reserva del puesto de trabajo, debiéndose incorporar el trabajador/a en el plazo de 30 días desde el cese del cargo, se computa el tiempo de antigüedad, pero no a efectos de indemnización ante un despido. Debe causar baja en afiliación por lo que no existe obligación de cotizar, pero se le considera situación asimilada al alta.

- Privación de libertad del trabajador mientras no exista sentencia condenatoria. Se debe tramitar la baja en afiliación, por lo que no existe obligación de cotizar y se le considera en situación asimilada al alta a efectos de prestaciones por muerte y supervivencia, o de incapacidad permanente. No se computa este tiempo como tiempo de antigüedad ni a los efectos de cálculo de la indemnización en caso de despido. Además se puede aplicar el régimen de faltas y sanciones, si los hechos por los que existe la privación de libertad han sido consecuencia de la relación laboral, suspendiéndose la prescripción de faltas, hasta que se resuelva el proceso penal.



- Razones disciplinarias. Por el tiempo que se mantenga la situación de suspensión por la sanción interpuesta por la empresa, no existe obligación de cotizar a la seguridad social y de mantener al trabajador/a en alta en afiliación.

- Fuerza mayor temporal o causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, regulado en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores 2015. En los casos de fuerza mayor debe concurrir una razón fortuita, fuera de la voluntad y control del empresario e imposible de prever. El procedimiento a seguir en estos casos viene establecido en el artículo 51.7 del Estatuto de los Trabajadores 2015. En el caso de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se ha de realizar con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores 2015.

- Excedencia. El artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores 2015, establece las causas de excedencia, que pueden ser por razones voluntarias, por cuidado de hijos o familiares, o forzosa, dependiendo de la situación que da lugar a la excedencia, la reserva del puesto de trabajo varia. Así en la excedencia forzosa, mantiene la obligación de la reserva del puesto de trabajo y el cómputo de antigüedad. En el caso de excedencia voluntaria, hay que distinguir su causa si es por cuidado de hijos o familiares hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad. Para los casos de cuidado de familiares, la reserva del puesto de trabajo, se mantiene durante el primer año y el resto de tiempo solo con respecto a la reserva de puesto de trabajo dentro del mismo grupo profesional o categoría equivalente. Respecto de seguridad social, el trabajador/a causa baja en la empresa, no hay obligación de cotizar, se computa el tiempo de excedencia a efectos de antigüedad, y con respecto a la Seguridad Social, se asimila la situación a alta, teniendo además la consideración de tiempo cotizado al 100%, durante los dos primeros años de excedencia, cuando la misma viene precedida por una reducción de jornada por cuidado de familiares, y como cotización efectiva durante los dos primeros años para el caso de jubilación, incapacidad permanente, muerte, supervivencia, maternidad o paternidad.

- Ejercicio del derecho de huelga y cierre legal de la empresa. Se considera una situación de alta especial, por la cual los trabajadores afectados, mantienen su consideración de asimilado al alta en toda la acción protectora al régimen que pertenezca, excepto la protección por desempleo, y el abono del subsidio por Incapacidad Temporal, que tampoco se percibe.

Se tramita la baja en afiliación con la especificación de huelga, para que se aplique la protección establecida, y no hay obligación de cotizar.

Para que esta situación de huelga se pueda aplicar, ha de ser considerada legal, pues la huelga calificada de ilegal, no produce los efectos comentados.

El cierre legal de empresa ha de ser autorizado administrativamente, y los efectos y duración de los mismos quedan consignados en el expediente presentado.

- Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

El fin de la suspensión de empleo y sueldo, se produce cuando la causa que lo generó finaliza, bien de forma automática en casos de alta de Incapacidad Temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, fin de la sanción impuesta, privación de libertad, o bien, con acto expreso del trabajador/a que debe solicitar su incorporación al puesto de trabajo en el plazo de 30 días, para el resto de circunstancias. Excepto la excedencia que mantiene una regulación específica. En caso de negativa o silencio por parte de la empresa, el trabajador/a debe impugnar dicha decisión empresarial ante el Juzgado de lo Social.

## **XX. JORNADA LABORAL DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES**

### **1. CARACTERÍSTICAS**

Es cualquier sujeto, organización o entidad que asuma la defensa y gestión de los derechos de los trabajadores en el ámbito de la empresa o fuera de ella. El derecho a la participación de los trabajadores en la empresa se articula a través de los Delegados de personal y Comités de empresa, sin perjuicio de otras formas de participación.

A nivel de empresa, la representación de los trabajadores se articula a través de un doble canal:

a) La representación de origen sindical, constituida por las secciones sindicales -que agrupan a los trabajadores afiliados a cada sindicato en la empresa o centro de trabajo- y los Delegados sindicales -representantes y portavoces de las secciones sindicales en empresas o centros de trabajo de más de 250 trabajadores y que cumplan con los requisitos previstos en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

b) La representación unitaria o electiva de todo el personal de la empresa (y no sólo del personal afiliado sindicalmente), que puede constituirse a través de Delegados de personal, en empresas o centros de trabajo que no alcanzan los 50 trabajadores (artículo 62 del Estatuto de los Trabajadores 2015), o bien a través de Comités de empresa, para empresas o centros a partir de 50 trabajadores (artículo 63 del Estatuto de los Trabajadores 2015).

Los Delegados de personal constituyen la representación de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo que tengan menos de 50 y más de 10 trabajadores. Igualmente podrá haber un Delegado de personal en aquellas empresas o centros que cuenten entre seis y diez trabajadores, si así lo decidieran éstos por mayoría.

El Comité de empresa es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo, constituyéndose en cada centro de trabajo cuyo censo sea de 50 o más trabajadores. En empresas que tengan en la misma provincia o en municipios limítrofes dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los 50 trabajadores, pero en su conjunto lo sumen, se constituirá un Comité de empresa conjunto. Cuando unos centros tengan 50 trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán Comités de empresa propios y con todos los segundos se constituirá otro.

Aun cuando estos dos cauces representativos tienen distinto origen, en la práctica sus competencias y funciones son análogas y, debido principalmente al sistema de atribución de la mayor representatividad a los sindicatos en función de los resultados en las elecciones a representantes unitarios, se ha producido una progresiva sindicalización de los órganos de representación unitaria o electiva, no exenta de generar cierta confusión en la mayoría de los casos.

Finalmente, hemos de hacer referencia a los denominados Delegados de Prevención, que ostentan la cualidad de representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo (artículo 35.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales) y al Comité de Seguridad y Salud, que es un órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos (artículo 38.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales).

Los miembros del Comité de empresa y los Delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los Convenios Colectivos, las siguientes garantías:

a) Apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, en el que serán oídos, aparte del interesado, el Comité de empresa o restantes Delegados de personal.

b) Prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas.

c) No ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación, sin perjuicio, por tanto, de lo establecido en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores 2015 en cuanto al despido disciplinario. Asimismo, no podrá ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón, precisamente, del desempeño de su representación.

d) Expresar, colegiadamente si se trata del Comité, con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa.

e) Disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas cada uno de los miembros del Comité o Delegado de personal en cada centro de trabajo, para el ejercicio de sus funciones de representación, de acuerdo con la escala expresamente establecida al efecto en el artículo 68.e) del Estatuto de los Trabajadores 2015.

Los miembros del Comité de empresa y los Delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los Convenios Colectivos y en las disposiciones específicas previstas en otros artículos del propio Estatuto de los Trabajadores 2015 o en otras normas legales o reglamentarias, las siguientes competencias:

a) Derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma, en los términos previstos en el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores 2015.

b) Derecho a ser informado trimestralmente sobre la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa, sobre la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades, incluidas las actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo, así como sobre la producción y ventas, incluido el programa de producción, sobre las previsiones del empresario de celebración de nuevos contratos, sobre las estadísticas relativas al índice de absentismo y las causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen.

c) Derecho a recibir información relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

d) Derecho a conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa revista la forma de sociedad por acciones o participaciones, los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que

a éstos; a conocer los modelos de contrato de trabajo escrito que se utilicen en la empresa así como los documentos relativos a la terminación de la relación laboral; y a ser informado de todas las sanciones impuestas a los trabajadores por faltas muy graves.

e) Derecho a ser informado y consultado sobre la situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como a ser informado trimestralmente sobre la evolución probable del mismo, incluyendo la consulta cuando se prevean cambios al respecto; derecho a ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa; y derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre las siguientes cuestiones:

- Las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquélla.
- Las reducciones de jornada.
- El traslado total o parcial de las instalaciones.
- Los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo.
- Los planes de formación profesional en la empresa.
- La implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo.

f) La información se deberá facilitar por el empresario, sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, en un momento, de una manera y con un

contenido apropiado, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe.

g) Asimismo los representantes de los trabajadores tienen las siguientes competencias:

- Ejercer una labor de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo, así como del resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes; de vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa; y de vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

- Participar, como se determine por Convenio Colectivo, en la gestión de obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares.

- Colaborar con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, así como la sostenibilidad ambiental de la empresa, si así está pactado en los Convenios Colectivos.

- Colaborar con la Dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación.

- Informar a sus representados en todos los temas y cuestiones señalados en el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores 2015 en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales.



## **2. CRÉDITO HORARIO SINDICAL**

### **a. CONCEPTO**

Deja el artículo 8 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical a la total libertad de los afiliados a un sindicato el constituir Secciones Sindicales en el ámbito de la empresa o centro de trabajo. Podríamos decir que el aspecto de la libertad sindical colectiva de organización se respeta escrupulosamente, evitando incluso las definiciones, mientras se regula la libertad colectiva de actuación.

Las Secciones Sindicales se componen por todos o por una fracción de los afiliados a un sindicato, formando con ellos la unidad organizativa de base; característica de división meramente organizativa que la distingue del sindicato de empresa y, la mantiene aferrada al sindicato de procedencia. Pero la comunidad en la acción de los militantes encuadrados en la Sección Sindical la dota de una cierta subjetividad propia de todo grupo social estable: nos hallamos pues ante un sujeto colectivo. Doble perfil que consagra palmariamente la Sentencia Tribunal Constitucional 61/1989, de 3 de abril, para la cual las secciones sindicales ofrecen una dualidad de planos, como instancias organizativas internas del sindicato y como representaciones externas a las que la Ley confiere determinadas ventajas o prerrogativas.

Al no exigir la Ley Orgánica Libertad Sindical ningún requisito externo de constitución, quiere decirse que en todo centro con dos o más trabajadores, de cualquier actividad o tendencia, puede constituirse un ente de este tipo.

Al consistir las secciones sindicales primariamente en una modalidad organizativa de los sindicatos, habrá de estarse a lo que digan los estatutos o los reglamentos específicos de éstos, respecto a las concretas fórmulas, criterios y pautas a observar. En tal sentido, las normas internas sindicales prevén normalmente la creación de secciones a nivel de empresa y de centro de trabajo. Llegando excepcionalmente a considerar la creación de secciones territoriales en empresas de especiales características, y hasta secciones de ámbito inferior a centro de trabajo, cuando así lo exijan las peculiaridades de la empresa, bajo la mayor autoridad de la sección de empresa, y con habitual nombramiento de presidencias y secretarios.

Partiendo de ello, y según establece el artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en los establecimientos o empresas con más de 250 trabajadores cualquiera que sea la naturaleza del contrato, las Secciones Sindicales con presencia en la representación unitaria podrán designar un delegado sindical.

Una de las garantías que el artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical establece a favor de estos delegados es el denominado crédito horario sindical cuyo contenido pasamos a exponer.

#### **b. CONTENIDO DEL CRÉDITO SINDICAL**

Hay que indicar que el citado precepto de la Ley Orgánica de Libertad Sindical asigna con carácter general a los delegados y a los representantes unitarios, las mismas garantías, y como el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores 2015 incluye entre dichas garantías algo que técnicamente debiera calificarse como una prerrogativa, el

crédito de horas durante un tiempo se planteó si también tenían derechos a tal crédito, un debate resuelto en sentido afirmativo por doctrina y jurisprudencia, llevando en la práctica a la unificación de las representaciones sindicales y unitarias en los mismos trabajadores, condicionado por los precedentes inmediatos. El problema con ello suscitado radica en si la acumulación de cargos implica o no la duplicación de créditos de horas; los tribunales han seguido la postura doctrinal mayoritaria al entender que no se duplica el número de horas, dada la "absoluta equiparación" entre delegados sindicales y representantes unitarios y la dedicación de estos últimos a cometidos indistintamente unitarios y sindicales (Rodríguez Piñeiro y Cruz Villalobos). Otra cuestión planteada hace referencia a la cuantía del crédito de horas, que parece deberá coincidir con el asignado al órgano unitario a donde se adscribe el delegado sindical o donde se encuentra implantado el sindicato al que pertenece, ya sea una delegación de personal o un comité de empresa, en la interpretación amplia mantenida supra, el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores 2015 asigna entre treinta y cuarenta horas a los representantes unitarios de los centros o empresas con más de 250 trabajadores, progresando con rapidez el número de horas al fijarse tramos bastante cortos de referencia.

Pero la equiparación con los representantes unitarios no puede llegar hasta el extremo de menoscabar al derecho fundamental que respalda al delegado sindical, como ha advertido la Sentencia del Tribunal Constitucional 229/2002 de 9 de diciembre, de manera que, por ejemplo, no es posible equiparar la revocación de un representante unitario con la destitución de un delegado sindical, a efectos de privar a este último de la opción en el despido (ver artículo 68.c Estatuto de los Trabajadores 2015), pues la destitución es un procedimiento normal de terminación del mandato del delegado, dado que los estatutos sindicales no prevén de ordinario un término o duración, a diferencia de lo establecido para los representantes unitarios por el artículo 67.3 Estatuto de los Trabajadores 2015.

Este crédito de horas, es una de las mayores prerrogativas que nuestra legislación otorga tanto a delegados sindicales que reúnan los requisitos sindicales, como a los representantes unitarios. El delegado sindical por tanto puede utilizar este crédito a las tareas de su cargo sin detracción del salario correspondiente, una ruptura del sinalagma contractual trabajo-salario que beneficia, sin embargo, a ambas partes en igual medida que toda la autonomía colectiva, es decir: en cuanto simplificación de los sujetos interlocutores y información de reglas; aunque no pueda hablarse de un sinalagma colectivo, no hay duda en la distribución de cargas y beneficios para trabajadores y empresarios en la regulación de los delegados y comités.

La primera norma de nuestro Ordenamiento al respecto, el viejo Decreto 7878/1971, señalaba un crédito de cuarenta horas mensuales a disposición del representante de personal, equivalente a una semana de dedicación al mes, en buena parte consumida en los cursillos organizados por el corporativismo para "formación sindical"; otorgar tan elevado crédito a los representantes libres del personal pareció excesivo al Estatuto de los Trabajadores 2015, que reestructura el tema para acomodarlo a lo existente en países próximos, otorgando un crédito proporcional al tamaño del establecimiento donde operan: quince horas en establecimientos de hasta 100 trabajadores, veinte en los de hasta 250, treinta en los de hasta 500, treinta y cinco en los de hasta 750, y cuarenta en establecimientos de superior envergadura (artículo 68.e). El mencionado crédito se otorga por mes, sin que puedan acumularse en el mes siguiente las horas no utilizadas en el anterior, pero sí acumularse dentro del mes a favor de un mismo representante si se determina por convenio colectivo, prescindiendo los demás de sus horas para que el líder o representante cualificado -el presidente o el secretario del comité, el delegado mejor dispuesto- dispongan de mayor dedicación. El Estatuto de los Trabajadores 2015 condiciona el crédito a que se utilice en las funciones de representación, límite impreciso que según la jurisprudencia mayoritaria comprende la asistencia a actividades del propio sindicato, y excluye el tiempo dedicado a la negociación de acuerdos o atender al llamado del empresario-en el sentido de que no se detrae del crédito-. La retribución de las horas de representación comprende el salario normal de la hora ordinaria, incluyendo el prometido de los

complementos por cantidad o calidad de trabajo, si se hubieran venido percibiendo, aunque no las dietas por desplazamiento; la ausencia debe avisarse previamente, y justificarse en cuanto sea posible (artículo. 37.3.e) Estatuto de los Trabajadores 2015), aunque la jurisprudencia aplica la presunción iuris tantum de uso correcto, al punto de haber unificado el requisito. La presunción acabada de ver conecta con una doctrina científica y jurisprudencial más amplia que defiende la libertad del representante en el uso de las horas de función, y cuyas manifestaciones revisten diversos aspectos: el control del empresario debe ser flexible, preservando la independencia del representante, sin que sea aceptable una rígida fiscalización del uso horario; cabe la posibilidad de vigilancia con detectives o guardas jurados de la empresa, aunque no hasta el punto de acompañar permanentemente al representante hasta en las reuniones del comité; y las funciones de representación son tan variadas que pueden desarrollarse en toda clase de lugares, desde bares a domicilios privados, no quedando restringida a los locales de la empresa. (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1989, 2 de noviembre de 1989, entre otras)

La utilización del crédito debe coincidir con el horario de trabajo del representante, por lo que el empresario no debe abonar las actividades desarrolladas fuera de su jornada, aunque se acepta la clara excepción de los representantes con turno de noche, pues de otra forma no podrían acudir a las reuniones del comité ni ejercitar otras labores del cargo; los convenios colectivos admiten otras excepciones adicionales (comparecencia en juicios, etc.) y los Tribunales Superiores se dividen entre aceptar otras posibilidades o atenerse a lo antevisto. El tiempo de utilización del crédito es una cuestión próxima pero distinta a la de reducción proporcional del mismo cuando el trabajador dispone de un contrato a tiempo parcial; los tribunales en tales casos niegan la reducción pretendida por los empleadores, pues el número de horas se calcula en función del número de trabajadores en plantilla, y no según la modalidad contractual del representante, llegando a alegar alguna sentencia, de manera algo discutible, que aplicar el principio de proporcionalidad supone una discriminación en el acceso a las tareas de representación para los trabajadores a tiempo parcial. El Tribunal europeo entiende como discriminatoria la proporcionalidad en la retribución

del crédito de horas cuando el grupo de trabajadores a tiempo parcial comprenda un número considerablemente más elevado de mujeres que de hombres, ya que haría más difícil su representación por el comité.

El abuso del crédito horario así como su uso irregular faculta al empresario para adoptar medidas disciplinarias.

## **XXI. AMPLIACIÓN Y REDUCCIÓN DE LA JORNADA LABORAL**

El Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, regula las ampliaciones y limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos en determinados sectores de actividad y trabajos específicos cuyas peculiaridades lo requieren, de conformidad con lo previsto en los Art. 34, Art. 36, Art. 37, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

La jornada laboral puede ser objeto de ampliación o reducción en determinados sectores o cuando existan determinadas circunstancias personales

### **Ampliaciones**

- Comercio
- Hostelería
- Vigilancia
- Transporte
- Trabajo a Turnos

## Reducciones

- Trabajo en el campo
- Minas
- Trabajos expuestos a riesgos ambientales
- Trabajos en cámaras frigoríficas
- Guarda legal de un menor de 12 años o personas con discapacidad
- Lactancia.
- Por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción

El Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, podrá establecer, en los sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran, ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de las jornadas laborales y los descansos.

Amparado en el párrafo anterior el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, establece:

## Ampliación de jornada en los sectores de:

1. Empleados de fincas urbanas, guardas y vigilantes no ferroviarios
2. Trabajo en el campo
3. Comercio y hostelería. Ver sentencia TS, de 21/10/2004
4. Transportes y trabajo en el mar

5. Trabajos en determinadas condiciones específicas. El Tribunal Supremo ha establecido que por negociación colectiva puede acordarse que un cierto número de trabajadores, dedicados a atender averías de urgencia, amplíen su jornada privándoles del descanso de 15 minutos, en base a que el trabajo efectivo no es continuo, teniendo

en cuenta además que se les indemniza por esa falta de descanso de lunes a sábado. Sentencia TS, de 30/04/2004 y TS, de 03/06/1999.

Regulación de jornada en los sectores de:

1. Trabajos expuestos a riesgos ambientales
2. Trabajo en el campo.
3. Trabajo interior en minas
4. Trabajo de construcción y obras públicas.
5. Trabajo en cajones de aire comprimido
6. Trabajo en cámaras frigoríficas de congelación

Horas de trabajo realizadas a consecuencia de activación en guardias localizadas, así como las guardias asistenciales y dispositivos de riesgo previsible. La jurisprudencia ha reconocido que todas las horas de trabajo realizadas a consecuencia de una activación en guardias localizadas, así como las guardias asistenciales y dispositivos de riesgo previsible, deben computarse como tiempo de trabajo efectivo ordinario y, en su caso, como horas extraordinarias. En los supuestos de guardias localizadas en que se produce la activación y en los supuestos de guardias asistenciales y dispositivos de riesgo previsible, el trabajo realizado ha de conceptuarse como trabajo efectivo porque el trabajador no se encuentra en situación de expectativa de llamada, sino que se halla en el puesto laboral asignado para desarrollar la labor que tiene encomendada. Sentencia nº TS, de 31/10/2001.

El adelanto de las horas de entrada y salida ha sido visto por la jurisprudencia como una modificación de horario y no de jornada. Sentencia TS, Sala de lo Social, de 06/10/2008, Rec. 177/2007.



Con el fin de promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la normativa laboral establece tres supuestos de reducciones de jornadas por motivos familiares:

1.- Reducción de jornada por guarda legal

- Para cuidado de menores de 12 años o de una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial que no desempeñe una actividad retribuida.
- Para cuidado de familiares (hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad), que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

2.- Reducción de jornada por cuidado de menores afectados de enfermedad grave

3.- Reducción de jornada para el cuidado de hijos prematuros

## **XXII. NOTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SUSPENSIÓN O REDUCCIÓN DE JORNADA A LOS TRABAJADORES AFECTADOS**

Tras la finalización del período de consultas el empresario notificará a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión de contratos, que surtirá efectos a partir de la fecha de su comunicación a la autoridad laboral, salvo que en ella se contemple una posterior. La autoridad laboral comunicará la decisión empresarial a la entidad gestora de la prestación de desempleo (20.6 Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre).

Si en el plazo de quince días desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas, el empresario no hubiera comunicado a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión de contratos, se producirá la caducidad del procedimiento en los términos que reglamentariamente se establezcan.

La decisión empresarial podrá ser impugnada por la autoridad laboral a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo cuando aquella pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

La notificación individual a cada trabajador sobre las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada contemplará los días concretos afectados por dichas medidas y, en su caso, el horario de trabajo afectado por la reducción de jornada durante todo el periodo que se extienda su vigencia

### **XXIII. REDUCCIÓN DE JORNADA TEMPORAL POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS DE PRODUCCIÓN**

La suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada TEMPORAL por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ERTE), se realizará por el procedimiento establecido para el Expediente de regulación de empleo

1. El contrato de trabajo podrá suspenderse por las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a que se refiere el Art. 47 ET, con arreglo al procedimiento previsto en el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y

de suspensión de contratos y reducción de jornada, cuando el cese de la actividad que venía desarrollando el trabajador afecte a días completos, continuados o alternos, durante al menos una jornada ordinaria de trabajo.

2. La jornada de trabajo podrá reducirse por las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a que se refiere el Art. 47 ET con arreglo al procedimiento previsto, al igual que en el caso anterior, en el citado Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70 % de la jornada de trabajo computada sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual.

3. El alcance y duración de las medidas de suspensión de los contratos o de reducción de jornada se adecuarán a la situación coyuntural que se pretende superar.

4. La adopción de las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada no generará derecho a indemnización alguna a favor de los trabajadores afectados.

5. Durante las suspensiones de contratos de trabajo o las reducciones de jornada se promoverá el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados cuyo objeto sea aumentar la polivalencia o incrementar su empleabilidad.

## **XXIV. JORNADAS ESPECIALES**

### **1. EMPLEADOS DEL HOGAR FAMILIAR**

#### **a. CONCEPTO**

Las relaciones laborales de carácter especial se detallan en el artículo 2.1 del Estatuto de los Trabajadores 2015 y están incluidas en el Derecho del Trabajo porque en ellas se dan las notas del artículo 1.1 del mismo texto legal, pero a la vez necesitan una regulación específica.

El Tribunal Constitucional ha admitido que las relaciones especiales cuenten con un régimen jurídico distinto al común, dado que se trata de situaciones desiguales tratadas de forma diferente con lo que no contradice el principio de igualdad y de no discriminación proclamado en el artículo 14 de la Constitución española.

La relación laboral de carácter especial de los empleados del hogar resulta peculiar por el ámbito donde se prestan los servicios -el hogar familiar-; lo que exige que esta relación se base en la convivencia y en la confianza entre las partes, siendo necesaria la existencia de una armonía entre los cometidos y responsabilidades propias de empleadores y trabajadores, siempre teniendo en cuenta la índole relativamente inespecífica, indeterminada y universal de la labor a desarrollar así como el tipo de remuneraciones a percibir, otorgando a las partes la posibilidad de fijar las condiciones del contrato por mutuo acuerdo.

Durante largo tiempo, el Legislador prefirió mantener a los empleados del hogar al margen del Derecho Laboral y dentro del marco del arrendamiento de

servicios. La consideración, desde el punto de vista laboralista, se asumió definitivamente con la promulgación del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto. Actualmente, esta relación laboral, prevista como especial en el artículo 2.1 b) del Estatuto de los Trabajadores 2015, viene regulada específicamente en el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, y en aquellos aspectos que no se concreten en él, "será de aplicación la normativa laboral común, en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación", como ocurre expresamente con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores 2015, sobre la protección del Fondo de Garantía Salarial, que no será de aplicación (art. 3.b del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre).

Se excluyen también de su ámbito, las relaciones concertadas por personas jurídicas, de carácter civil o mercantil, las relaciones concertadas a través de empresas de trabajo temporal, las relaciones de los cuidadores profesionales contratados por instituciones públicas o por entidades privadas, las relaciones de los cuidadores no profesionales consistentes en la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada, las relaciones concertadas entre familiares para la prestación de servicios domésticos cuando quien preste los servicios no tenga la condición de asalariado y los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad (art. 2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre).

#### **b. REQUISITOS**

Para que la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar pueda entenderse como tal, tienen que darse los requisitos contenidos en el artículo 1 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre:

a) En cuanto a las partes contratantes.

1º El empleador tiene que ser una persona física, -el propio Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, en su artículo 2.1 a), excluye las relaciones concertadas con personas jurídicas-, y ha de ser además titular del hogar familiar, es decir, un particular que contrata la realización de labores para su propia casa o para el que se prestan servicios domésticos.

También se excluye la relación que afecta a las comunidades de vecinos, ya que son consideradas personas jurídicas, aunque las tareas que desempeñe el trabajador sean las propiamente domésticas.

2º El trabajador debe realizar su tarea de acuerdo a los requisitos propios de todo contrato de trabajo: de forma personal, voluntaria, retribuida, por cuenta y bajo la dependencia de aquel titular.

b) En cuanto al objeto del contrato.

Los servicios han de prestarse en el ámbito del hogar, distinguiendo el artículo 1.4 del Real Decreto 1620/2011 tres supuestos:

1) "los prestados en o para la casa en cuyo seno se realizan, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de alguna de sus partes.

2) el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que formen parte del ámbito doméstico o familiar.

3) así como los trabajos de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos, en los supuestos en que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas".

En la interpretación que de él se hace, la tendencia jurisprudencial ha evolucionado en su concepción a favor de una tesis más amplia a la inicial, que permite entender que las actividades del empleado no se lleven a cabo dentro del propio hogar familiar, como la atención y cuidado de enfermos que estén siendo tratados o residan en un hospital o residencia, cuyo personal presta los servicios técnico-sanitarios. (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de 9 de mayo de 2000, rec.2583/1999 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de 1 de septiembre de 2004, rec.1303/2004).

O que no sean sólo las clásicas de los empleados del hogar como "los trabajos de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos" incluso, desempeñándose en un domicilio no habitual del empleador, siempre que tales tareas estén integradas en el ámbito propio del hogar, (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 10 de enero de 1996, rec.1857/1993), dado que de no acreditarse esa circunstancia, existe la presunción de relación laboral común, (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de septiembre de 1998, rec.1890/1998).

Al igual que ocurre cuando existe una relación de carácter mixto, en la que un trabajador se dedica a tareas domésticas en el hogar familiar y de limpieza en las oficinas del titular o presta otros servicios ajenos para el mismo empleador; se presume que la relación laboral es ordinaria salvo que se acredite que los trabajos

ajenos al hogar tienen carácter marginal o esporádico. (Artículo 2.3 Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre).

Por el contrario, no tienen cabida las relaciones denominadas "a la par", en las que se realizan tareas como cuidado de niños, enseñanza de idiomas u otros de los comprendidos en el artículo 1.4, siempre que estos últimos tengan carácter marginal, a cambio de comida, alojamiento o simples compensaciones de gastos. (Artículo 2.2 Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre).

### **c. CARACTERÍSTICAS**

El contrato de trabajo podrá celebrarse de palabra o por escrito, (artículo 5.1 Real Decreto 1620/2011); debiendo celebrarse por escrito cuando así lo exija una disposición legal para una modalidad determinada o cuando su duración sea igual o superior a cuatro semanas.

Las características más señaladas de este contrato se reflejan:

a) En su duración (artículo 6 Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre), pudiendo celebrarse por tiempo indefinido o por una duración determinada, en los mismos términos del Estatuto de los Trabajadores 2015;

b) En el tiempo de trabajo (artículo 9 Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre), compuesto por la jornada ordinaria más los tiempos de presencia que se pactan entre las partes, en los que el trabajador se encuentra a disposición del empresario sin realización de trabajo efectivo y siempre respetando los tiempos de



descanso, y en la ausencia de obligación de registro de jornada en caso de que el contrato sea a tiempo parcial;

c) En la retribución (artículo 8 Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre), la básica es el Salario Mínimo Interprofesional para la jornada completa. Puede abonarse una parte en metálico y otra en especie como manutención o alojamiento, siempre y cuando, quede garantizado el pago en metálico, al menos de la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional en cómputo anual y sin que de la suma de los diversos conceptos pueda resultar un porcentaje de descuento superior al 30 por 100 del salario total;

d) En la extinción del contrato.

#### **d. EXTINCIÓN DEL CONTRATO**

Las causas de extinción que recoge el artículo 11 del Real Decreto 1620/2011, son, con ciertas variantes, las contenidas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores 2015. Las más destacadas son las figuras del despido disciplinario y del desistimiento del empleador, -esta última ha sido introducida como novedad por el Real Decreto-.

##### **1. Despido disciplinario**

Deberá producirse por escrito, por las causas previstas en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores 2015. Viene regulado, expresamente, en el artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, que prevé con detalle las consecuencias del despido improcedente, concretándolas en el cálculo de la indemnización a percibir, de veinte días de salario en metálico por año de servicio,

con el límite de doce mensualidades. Sin embargo, el legislador no da al empresario la opción por la readmisión; omisión que no supone, por tanto, una laguna legal en la que sea necesaria la intervención del Estatuto de los Trabajadores 2015 como derecho supletorio.

Conviene destacar, que la doctrina judicial viene entendiendo en sentencias como las de 17 de diciembre de 2002 y de 10 de abril de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, no prevé la nulidad del despido por la peculiaridad intrínseca de esta relación especial, cuya supervivencia no puede imponerse a las partes una vez rota la confianza entre ellas, asimismo, entiende excluida "la aplicación subsidiaria se la normativa laboral común".

Criterio cuya modificación propone la reciente y novedosa sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid, de 16 de abril de 2008, en la que, apoyándose en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, ha declarado nulo el despido -con las consecuencias legales que le son propias- de una empleada del hogar, con causa en su embarazo ya que "constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo y la maternidad"; "siendo irrelevante", continúa la sentencia, "que el artículo 10 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto (ahora 11 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre), no contemple la nulidad del despido de estos trabajadores, porque dicha norma ha sido derogada, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única de la Ley Orgánica 3/2007, porque contradice frontalmente sus normas de obligado cumplimiento para garantizar la igualdad de todos los españoles, entre los que se encuentran necesariamente las empleadas del hogar".

## 2. Desistimiento del empleador

El contrato puede extinguirse por la decisión libre del empresario, sin necesidad de alegar una causa o razón para ello, debiendo comunicar por escrito el desistimiento al empleado de hogar, en el que conste, de modo claro e inequívoco, la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación laboral por esta causa (artículo 11.3 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre). Peculiaridad que se explica por el desempeño de los servicios dentro del círculo de mayor intimidad de la familia. Si los servicios se han prolongado durante más de un año el empleador debe preavisar con veinte días de antelación, en caso contrario será de siete días, - pudiéndose sustituir por el pago del salario correspondiente al mismo- y abonar una indemnización de doce días por año con el límite de seis mensualidades, que debe ponerse a disposición del trabajador de forma simultánea a la comunicación de desistimiento.

Durante el período de preaviso el empleado que preste servicios a jornada completa tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo.

Pero esa alternativa que se ofrece al empleador entre el despido y el desistimiento, se somete a una exigencia fundamental cual es que "el dueño de la casa puede despedir o desistir pero tiene que decir con claridad que hace una cosa o la otra; y ello por la elemental razón de que el trabajador debe saber, desde el primer momento y con certeza, si está ante un despido, que le obliga a reaccionar en el plazo perentorio de veinte días [...], o está ante un desistimiento cuya eventual reclamación se permite durante plazos más dilatados, que además son de prescripción". (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2002, rec.2506/2001).

Se presumirá que el empleador ha optado por el despido del trabajador y no por el desistimiento, con la aplicación de las consecuencias establecidas en el apartado 2, cuando, en la comunicación de cese que realice, haya incumplimiento de la forma escrita en los términos indicados en el párrafo primero del apartado anterior, o bien

no se ponga a disposición del trabajador la indemnización establecida en el párrafo tercero de dicho apartado, con carácter simultáneo a la comunicación.

No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no supondrá que el empleador ha optado por el despido, sin perjuicio de la obligación del mismo de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta.

### **OTRAS PECULIARIDADES DE LA RELACIÓN ESPECIAL**

El titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo se desarrolle en las debidas condiciones de seguridad e higiene, para lo cual adoptará medidas eficaces, siendo causa justa de dimisión del empleado el incumplimiento grave de estas obligaciones (artículo 7.2 del Real Decreto 1620/2011). Sin perjuicio de ello, no se le pueden exigir las obligaciones previstas en la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, como a otro tipo de empresario; siendo la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales la que excluye, de su ámbito de aplicación, la relación especial de Empleados del Hogar en el artículo 3.4.

## **2. RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE ARTISTAS**

### **a. CONCEPTO**

Se entiende por relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos la establecida entre un organizador de espectáculos públicos o empresario y quienes se dediquen voluntariamente a la prestación de una actividad artística por cuenta, y dentro del ámbito de organización y dirección de aquéllos, a cambio de una retribución (artículo 1.2 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la Relación Laboral Especial de los Artistas en Espectáculos Públicos).

### **b. PERÍODO DE PRUEBA**

Podrá concertarse por escrito un período de prueba en los contratos de duración superior a diez días.

La duración del período de prueba no podrá exceder de:

- Cinco días en los contratos de duración no superior a dos meses.
- Diez días en los de duración no superior a seis meses.
- Quince días en los restantes.

En todo lo demás, el período de prueba se rige por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores 2015 (artículo 4 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la Relación Laboral Especial de los Artistas en Espectáculos Públicos).

### **c. DURACIÓN Y MODALIDADES DEL CONTRATO DE TRABAJO**

El contrato de trabajo de los artistas en espectáculos públicos puede celebrarse para una duración indefinida o determinada.

El contrato de duración determinada puede concertarse:

- Para una o varias actuaciones.
- Por un tiempo cierto.
- Por una temporada
- Por el tiempo que una obra permanezca en cartel.

Podrán acordarse prórrogas sucesivas de los contratos de duración determinada, salvo que se incurriese en fraude de Ley ex artículo 6.4 del Código Civil.

El contrato de los trabajadores fijos de carácter discontinuo y las modalidades del contrato de trabajo se regirán por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores 2015 (artículo 5 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la Relación Laboral Especial de los Artistas en Espectáculos Públicos).

### **d. DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES**

Son de aplicación los derechos y deberes laborales básicos a los que se refieren los artículos 4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores 2015.

Más específicamente, el artista está obligado a realizar la actividad artística para la que se le contrató, en las fechas señaladas, aplicando la diligencia específica que corresponda a sus personales aptitudes artísticas, y siguiendo las instrucciones de la empresa en lo que afecte a la organización del espectáculo.

Asimismo, los artistas contratados para la participación en espectáculos públicos tienen derecho a la ocupación efectiva, no pudiendo, salvo en caso de sanción, ser excluidos de los ensayos ni demás actividades preparatorias para el ejercicio de su respectiva actividad artística.

El pacto de plena dedicación, del que debe quedar expresa constancia en el contrato, no podrá ser rescindido unilateralmente por el artista durante su vigencia.

La compensación económica por el mismo podrá ser expresa o quedar englobada en la retribución para percibir por el artista.

En los supuestos de ruptura de este pacto por el artista, el empresario tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios, cuya cuantía, salvo expresa previsión en el contrato, será fijada por el órgano judicial competente, valorando factores como el tiempo de duración prevista para el pacto, la cuantía de la compensación percibida por el artista, y, en general, la lesión producida por el incumplimiento contractual. Ello, no obstante, el órgano judicial podrá moderar la cuantía de la indemnización cuando se den las circunstancias previstas en el artículo 1154 del Código Civil (cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal) (artículo 6 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la Relación Laboral Especial de los Artistas en Espectáculos Públicos).

**e. RETRIBUCIONES**

Será, en sus modalidades y cuantía, la pactada en Convenio Colectivo o contrato individual de trabajo, con respeto, en todo caso, de la normativa sobre salarios mínimos.

Tendrán la consideración de salario todas las percepciones que el artista tenga reconocidas frente a la empresa por la prestación de su actividad artística, sin más exclusiones que las que deriven de la legislación vigente.

Mediante la negociación colectiva se regulará, en su caso, el tratamiento retributivo de aquellos tiempos en los que, sin estar comprendidos en la noción de jornada de trabajo del artículo siguiente, el trabajador se encuentre en situación de disponibilidad respecto del empresario (artículo 7 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la Relación Laboral Especial de los Artistas en Espectáculos Públicos).

**f. JORNADA**

La jornada del artista comprende la prestación efectiva de su actividad artística ante el público y el tiempo en que está bajo las órdenes de la empresa, a efectos de ensayo o de grabación de actuaciones. Queda excluida, en todo caso, la obligatoriedad de realización de ensayos gratuitos.



En materia de duración y distribución de la jornada se estará a lo que se disponga en el Convenio Colectivo o pacto individual, con respeto, en todo caso, de la normativa del Estatuto de los Trabajadores 2015 en lo referente a la duración máxima de la jornada.

Por Convenio Colectivo o pacto individual se regulará, en su caso, el régimen de los desplazamientos y giras (artículo 8 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la Relación Laboral Especial de los Artistas en Espectáculos Públicos).

#### **g. DESCANSOS Y VACACIONES**

Los artistas en espectáculos públicos disfrutarán de un descanso mínimo semanal de día y medio, que será fijado de mutuo acuerdo, y que no coincidirá con los días en que haya de realizarse ante el público la actividad artística de que se trate.

Si no es posible el disfrute ininterrumpido del descanso semanal, podrá fraccionarse, respetando, en todo caso, un descanso mínimo ininterrumpido de veinticuatro horas, salvo que, mediante pacto individual o colectivo, se estableciera la acumulación por períodos de hasta cuatro semanas del disfrute del descanso semanal.

Cuando no puedan disfrutarse las fiestas incluidas en el calendario laboral por desarrollarse en ellas la actividad artística ante el público, se trasladará el descanso a otro día dentro de la semana, o del período más amplio que se acuerde.

Los artistas en espectáculos públicos tendrán derecho a unas vacaciones anuales retribuidas, cuya duración mínima será de treinta días naturales. Cuando el

artista no preste servicios en todos los días que en el conjunto del año tienen la consideración de laborales, la retribución de los descansos se reducirá proporcionalmente, pudiendo incluirse la misma en la retribución global correspondiente a los días de trabajo efectivo, particularmente cuando se pacten tales retribuciones como correspondientes a unidades específicas del trabajo artístico, como actuaciones, giras, rodajes y similares (artículo 9 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la Relación Laboral Especial de los Artistas en Espectáculos Públicos).

#### **h. EXTINCIÓN DEL CONTRATO**

La extinción del contrato de duración determinada se producirá por el total cumplimiento del mismo, o por la expiración del tiempo convenido, o, en su caso, de la prórroga o prórrogas acordadas.

Cuando la duración del contrato, incluidas en su caso las prórrogas, sea superior a un año, el artista tendrá derecho a una indemnización, cuya cuantía habrá de fijarse en Convenio Colectivo o pacto individual. En ausencia de tal acuerdo la indemnización será de siete días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores.

La extinción del contrato habrá de ser preanunciada al artista con:

- Diez días de antelación, si su duración ha sido superior a tres meses.
- Quince días si ha sido superior a seis meses.
- Un mes si ha sido superior a un año.

La falta de preaviso dará lugar al abono de los salarios correspondientes al número de días con los que debería haber sido preanunciada la extinción del contrato.

En los supuestos de incumplimiento del contrato por el empresario o por el artista, que conlleve la inejecución total de la prestación artística, esto es, cuando ni siquiera hubiera empezado a realizarse el trabajo que constituye la prestación pactada, se estará a lo dispuesto al respecto en el Código Civil.

Las distintas modalidades de extinción del contrato de trabajo y sus efectos, en lo no previsto en el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, se regirán por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores 2015.

#### **i. REGULACIÓN NORMATIVA**

Se contiene en el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la Relación Laboral Especial de los Artistas en Espectáculos Públicos, y en él se otorga particular relevancia a la voluntad de las partes recogida en el contrato individual de trabajo.

En lo no regulado en el citado Real Decreto serán de aplicación el Estatuto de los Trabajadores 2015 y las demás normas laborales de general aplicación, en cuanto sean compatibles con la naturaleza especial de la relación laboral de los artistas en espectáculos públicos.

Se incluyen en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, todas las relaciones establecidas para la ejecución de actividades artísticas, en los términos descritos en el apartado anterior, desarrolladas directamente ante el

público o destinadas a la grabación de cualquier tipo para su difusión entre el mismo, en medios como el teatro, cine, radiodifusión, televisión, plazas de toros, instalaciones deportivas, circo, salas de fiestas, discotecas y, en general, cualquier local destinado habitual o accidentalmente a espectáculos públicos o a actuaciones de tipo artístico o de exhibición (artículo 2.2 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la Relación Laboral Especial de los Artistas en Espectáculos Públicos).

### **i. INTERPRETACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA**

Sobre si la modificación acordada unilateralmente por la empresa, consistente en aumentar el número de pases diarios, de seis a ocho, para los artistas del servicio de animación de calle de un Parque Temático, es o no sustancial y en consecuencia si debe sujetarse o no al procedimiento establecido en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores 2015, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 22 de abril de 2002 (Recurso nº 8702/2001), ha señalado que nos hallamos ante una medida afectante al propio sistema de trabajo, esto es, al contenido mismo de la prestación exigible, que se aumenta de modo significativo.

Es cierto que jurisprudencia viene afirmando que el incremento del "quantum" de la prestación sin cambio en la jornada ni riesgo para el trabajador no supone una modificación sustancial de las condiciones del trabajo (Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de fecha 20 de junio de 1986). Pero, en el presente caso, y conforme al relato de probados, el incremento de pases diarios supone que los artistas no disponen del tiempo necesario para maquillarse, cambiar de vestuario y efectuar el calentamiento y que en ocasiones han de salir a actuar ante el público sin contar con un auxiliar, que sirve para proteger al actor y al público con lo que es claro que la medida va a producir perjuicios a los trabajadores afectados, ya que les va a exigir una mayor onerosidad, reduciéndose los tiempos de descanso entre pases y de

preparación de los espectáculos, repercutiendo todo ello en la calidad artística y en la propia seguridad de los artistas, por todo lo cual entiende la Sala que concurre la sustancialidad de la modificación operada y deviene injustificada la decisión empresarial adoptada sin seguir el procedimiento que prevé el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores 2015.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 17 de mayo de 2005 (Recurso núm. 2700/2004), ha afirmado que la regla general de la temporalidad del artículo 5.1 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, tiene su razón de ser en las propias peculiaridades de la actividad del trabajo de los artistas, tanto referidas a la propia persona del artista -que exige de una aptitud y cualificación especiales en permanente renovación-, como de la propia actividad y el marco en que se desarrolla -sometidas a constantes cambios e innovaciones-, lo que haría disfuncional la regla de la contratación con carácter fijo. Mientras que la aceptación de la fijeza discontinua se justifica por la existencia de trabajos de temporada que se repiten de forma intermitente o cíclica en su identidad (Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 7 de julio de 2003, Recurso nº 4185/2000 y 22 de marzo de 2004, Recurso nº 349/2002, por todas).

Podría parecer que las dos modalidades contractuales previstas en el artículo 5 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, se excluyen mutuamente, pues si el trabajo de los artistas se admite como temporal por su carácter cambiante, y la fijeza discontinua se obtiene por la reiteración de una misma u homogénea actividad, la conclusión lógica sería entender que no puede existir fijeza en la relación de los artistas. Sin embargo, lo que el legislador no ha querido descartar es que existan artistas que sean contratados para una actividad artística reiterada y no cambiante; mas se trata de un supuesto que, como excepción a la regla general del artículo 5.1 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, debe ser interpretado restrictivamente.

En ningún caso hemos de olvidar que en un ámbito laboral especial como el que regula el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, no es posible desconocer el legítimo derecho del organizador de espectáculos, cuyo éxito económico, y por ende su supervivencia, dependen de la asistencia y buena acogida del público, a intentar mejorarlos y renovarlos permanentemente (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de mayo de 2005, Recurso nº 2700/2004, ya citada).

El Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 23 de febrero de 1991, ya estableció que la razón de esta temporalidad, que no requiere motivación de la causa que la determina, responde a la particular naturaleza de la actividad artística, que exige no solo la necesaria aptitud del trabajador para desarrollarla en cada momento, sino la aceptación del público ante la que se realiza, que obviamente puede variar.

Siendo claro, por otra parte, que en la relación laboral especial, dado el contexto del 5.1 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, no es factible invocar la jurisprudencia referida a la existencia de fraude de ley en la contratación sucesiva en cadena como supuesto incluido en el artículo 15.7 del Estatuto de los Trabajadores 2015, ya que esta doctrina solo es aplicable en el campo de la relación laboral común y ordinaria de carácter estructural, no de carácter coyuntural; y en el caso de relaciones laborales especiales, hay que estar a lo dispuesto en la norma específica que la regula con preferencia a la normativa general del Estatuto de los Trabajadores 2015, tal y como se establece en el artículo 12 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto.

Finalmente, no hemos de olvidar que al tratarse de un contrato temporal, la condena al pago de los salarios dejados de percibir únicamente procede hasta el momento de prevista terminación del contrato, con lo que carecería de justificación la imposición de una indemnización propia del despido improcedente e inaplicable a supuesto en que, aunque sea en virtud de la condena de la sentencia, se perciben por el trabajador de la totalidad de los salarios del tiempo de duración del contrato

(Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 11 de octubre de 1989 y 14 de abril de 1989).

### **3. DEPORTISTAS PROFESIONALES**

#### **a. CONCEPTO**

Son deportistas profesionales quienes se dedican a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o de una entidad deportiva, con carácter regular y a cambio de una retribución. El carácter "profesional" del deportista se deriva del hecho de que participa en competiciones deportivas oficiales de carácter profesional y ámbito estatal, de acuerdo con lo establecido en la Ley del Deporte de 1990.

Debido a las singularidades propias del trabajo que se presta, los deportistas profesionales son, para el Derecho del Trabajo, sujetos de una relación laboral especial regulada por el Real Decreto 1006/1985, donde se delimita exactamente el ámbito de aplicación (y, con ello, el concepto) del deporte profesional. Así, son especiales las relaciones laborales que se establezcan con carácter regular entre deportistas profesionales y empresas cuyo objeto social consista en la organización de espectáculos deportivos; también lo son los contratos de deportistas profesionales por empresas o firmas comerciales para el desarrollo de actividades deportivas. Los entrenadores y técnicos deportivos se consideran incluidos dentro de esta relación laboral especial, según doctrina consolidada del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencia de 5 de diciembre de 1997), aunque no los preparadores físicos según ha establecido algún Tribunal Superior de Justicia.

No tienen la consideración de deportistas profesionales las personas que perciban del club sólo la compensación de los gastos derivados de la práctica deportiva, es decir, los deportistas aficionados o amateurs, entre los que se incluyen los jugadores de fútbol de tercera división que reciben sólo el pago del transporte y dietas, como establece el reglamento de la Real Federación de Fútbol. No obstante, cabe que se establezca una relación laboral entre el jugador de esa división y el club, cuando exista una verdadera retribución, siempre que estén sometidos a la dirección de éste. Tampoco se regulan por el Real Decreto 1006/1985 las relaciones entre los deportistas profesionales y las Federaciones Nacionales, cuando aquéllos se integren en equipos, representaciones o selecciones organizadas por ellas.

Puesto que nos encontramos ante una materia muy casuística, lo decisivo para diferenciar la relación de deportista aficionado y profesional, no es atender a elementos parciales de la relación como la denominación del contrato, la retribución, etc., si no determinar si concurren o no las notas de ajenidad y dependencia típicas de la relación laboral, lo cual exige tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso (horario, jornada, independencia o sumisión a la disciplina del club, adecuación de la remuneración y de los gastos que se compensan o indemnizan, habitualidad en la práctica del deporte, ánimo de lucro en la contratación, etc.). A lo anterior cabe añadir que las actuaciones esporádicas o aisladas para uno o varios empresarios que organizan espectáculos públicos, no son objeto de esta relación laboral especial sino de otras (laborales especiales como artistas o extralaborales).

Así, se ha considerado que la relación entre un club de baloncesto de segunda división y sus jugadores, que percibían una remuneración mensual constituye un supuesto de relación laboral especial de deportista profesional. En cambio, el entrenador-seleccionador de la selección nacional de fútbol, no está vinculado por esta relación especial, sino por la de alta dirección, a diferencia del seleccionador nacional de balonmano que sí lo está. En cuanto a los deportistas extranjeros hay que



estar a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Extranjería y en su Reglamento de desarrollo.

Por otra parte, en virtud del Real Decreto 637/2010, de 14 de mayo, por el que prevé la incorporación de los deportistas de alto nivel a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (BOE de 25 de mayo), la condición de deportista de alto nivel alcanzada en los últimos cinco años, es un mérito evaluable en las pruebas selectivas de acceso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así que se tomará en consideración tal condición para la provisión de los destinos relacionados con las actividades físicas y deportivas.

#### **b. FORMA DEL CONTRATO**

El contrato debe tener forma escrita y realizarse por triplicado. Como contenido mínimo, debe incorporar los siguientes datos: identificación de las partes, objeto y contenido, retribución, expresando los distintos conceptos y las cláusulas de revisión, así como de los días, plazos y lugar de pago y duración.

En cuanto a las modalidades contractuales, no rige ninguna especialidad, de modo que se aplican las reglas generales del Estatuto de los Trabajadores 2015, lo que permite la celebración de contratos para la formación y a tiempo parcial.

#### **c. PERÍODO DE PRUEBA**

Podrá concertarse por escrito un período de prueba de duración no superior a tres meses. Este período comprende la participación en competiciones oficiales pero también en los entrenamientos, puesto que son parte de la jornada.

#### **d. DURACIÓN DEL CONTRATO**

El contrato no podrá ser por tiempo indefinido, sino que será siempre temporal, pudiendo producirse la contratación por un determinado tiempo o para la realización de un determinado número de actividades deportivas que constituyan en su conjunto una unidad claramente identificable. El contrato podrá prorrogarse al término del plazo inicialmente fijado mediante acuerdo con el fin de impedir que el club prive al trabajador de la libertad necesaria para vincularse con otra entidad.

#### **e. DERECHOS**

El deportista profesional tiene reconocidos los siguientes derechos: a la ocupación efectiva, no pudiendo ser excluidos de los entrenamientos (aunque sí de los partidos) y demás actividades instrumentales o preparatorias, salvo en caso de sanción o lesión; a participar en los beneficios derivados de la explotación comercial de su imagen, para lo que se estará a lo pactado en el contrato o a lo establecido en el convenio; a la retribución pactada, teniendo la consideración de salario todas las percepciones recibidas de la entidad deportiva (incluida la prima de contratación o el fichaje), en metálico o en especie, como retribución por la prestación de servicios profesionales; a los derechos colectivos generales, aunque no procederá la suspensión del contrato por representación sindical, salvo acuerdo. En concreto, se reconoce el derecho a la libertad de expresión, aunque con las limitaciones propias que, debidamente justificadas por razones deportivas, puedan imponerse.

#### **f. OBLIGACIONES**

El deportista profesional tiene como obligaciones: las básicas y generales de cualquier trabajador; la de realizar la actividad deportiva en las fechas señaladas; la de aplicar la diligencia específica que corresponda a sus personales condiciones físicas y técnicas, de acuerdo con las reglas del juego y las instrucciones de los representantes del club o entidad deportiva; en estos casos, podrá imponerse al deportista sanciones pecuniarias, aunque no por actuaciones o conductas extradeporativas, salvo que repercutan grave y negativamente en su rendimiento o menoscaben de forma notoria la imagen del club o entidad deportiva o que consistan en la reducción de los derechos al descanso, incluida la duración de las vacaciones.

#### **g. TIEMPO DE TRABAJO**

La duración de la jornada del deportista será la pactada en convenio o contrato, comprendiendo la prestación efectiva de servicios ante el público y el tiempo de entrenamiento o preparación física y técnica en que esté bajo las órdenes directas del club o entidad deportiva. No se computarán como jornada, salvo que el convenio disponga otra cosa, los tiempos de concentración previos a la celebración de competiciones o actuaciones deportivas y los de desplazamiento. El descanso semanal no coincidirá con los días en que debe realizarse la prestación del deporte ante el público. Si el día y medio de descanso no pudiera disfrutarse ininterrumpidamente por exigencias deportivas, la parte no disfrutada se trasladará a otro día de la semana. El descanso correspondiente a las fiestas podrá trasladarse a otro día de la semana por exigencias deportivas. En cuanto a las vacaciones, tendrán derecho a treinta días naturales, que podrán fraccionarse.

#### **h. SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN**

El contrato de trabajo podrá suspenderse por las causas y con los efectos previstos en el Estatuto de los Trabajadores 2015. Los clubes o entidades deportivas podrán ceder temporalmente a otros los servicios de un deportista profesional, con el consentimiento expreso de éste, respondiendo cedente y cesionario solidariamente del cumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social.

Además de las causas previstas en la normativa laboral general, la extinción del contrato puede producirse por la cesión definitiva a otro club o entidad deportiva, la lesión provocada por el ejercicio del deporte, la disolución o liquidación del club o entidad deportiva, por acuerdo de la Asamblea General de Socios. La mayoría de los supuestos de extinción dan derecho al abono de una indemnización, que es variable en función de la causa, aunque no a los salarios de tramitación. También es posible que el club obtenga una indemnización de daños y perjuicios cuando el contrato se extinga por voluntad del deportista, sin causa imputable al club o cuando el despido se deba a un incumplimiento contractual grave del deportista.

### **4. SUPUESTO ESPECIAL DE LA TRIPULACIÓN DE UN BUQUE**

#### **a. CONCEPTO**

Podemos definir la tripulación del buque como el conjunto de personas que van en una embarcación, dedicadas a su maniobra y servicio. La Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (en lo sucesivo, LNM), contempla a los auxiliares de la navegación, que enmarca en el concepto legal de dotación, contenido en sus arts. 156 y ss. Se define la dotación como el conjunto de personas empleadas a bordo de

un buque en cualquiera de sus departamentos o servicios, ya sea contratada directamente por el armador o por terceros; con exclusión de aquellas personas cuyo trabajo no forma parte de la actividad cotidiana del buque y cuyo lugar de trabajo principal no se encuentra en el mismo.

El art. 160 LNM fija, sin perjuicio de lo que dispongan las ordenanzas laborales o los laudos que las sustituyan, las siguientes categorías básicas del personal marítimo a) Capitán; b) Oficiales; c) Subalternos. Las personas que integren dichas categorías deberán estar en posesión de las titulaciones profesionales o certificados de especialidad correspondientes para poder ejercer como miembros de la dotación de buques mercantes, según lo que reglamentariamente se determine.

Asimismo, según el art. 157 LNM, tal regulación se aplica a los miembros de las dotaciones que presten sus servicios en buques nacionales destinados a la navegación marítima con una finalidad empresarial, y en la forma que se determine reglamentariamente, buques destinados a otras actividades, así como en embarcaciones o artefactos navales, en la medida que sean conformes con la naturaleza de la actividad, sin perjuicio de las salvedades y especialidades existentes respecto de los afectos al servicio de la seguridad pública o de la vigilancia y represión de actividades ilícitas.

Para formar parte de la dotación, el art. 158 LNM exige, en el caso de españoles que hayan obtenido el Documento de Identidad del Marino (DIM) o la Libreta Marítima (cuyas condiciones se determinarán reglamentariamente), salvo casos de urgencia debidamente justificados. En cuanto a los extranjeros, para su embarque estarán en posesión del documento nacional de identidad del marino que le debe extender el país de su nacionalidad o embarcarán con un permiso especial que le otorgue el capitán del buque.

Finalmente, el art. 159 LNM determina que su embarque o desembarque sea efectuado con intervención de la Administración Marítima, efectuándose por el capitán del buque en los puertos extranjeros, quienes procederán a practicar las diligencias de enrolamiento y desenrolamiento en el Rol de Despacho y Dotación y en las Libretas Marítimas. Y ello, sin perjuicio de los supuestos de autodespacho (autorización de salida otorgada por la Administración Marítima).

## **b. DERECHO MARÍTIMO**

El Derecho Marítimo, llamado por algunos autores Derecho de la navegación, es el conjunto de normas que regulan la navegación marítima y que normalmente tienen ámbito internacional, en un deseo constante de unificación de las mismas. Hasta setiembre de 2014 dicha materia se ha recogido en el Libro III del Código de Comercio, y su prelación de fuentes en el artículo 2 C.Com, estándose a lo pactado; en su defecto, a lo previsto en el Libro III y en las leyes especiales; a continuación, a los usos, y en última instancia, al derecho común. No olvidemos sin embargo que el derecho marítimo tiene una vertiente pública, con una intervención cada vez mayor, siendo de aplicación preferente siempre la ley imperativa, a lo pactado, encontrándonos ante la dificultad de determinar la ley sustantiva aplicable, bien en virtud de cláusulas de sumisión, bien con arreglo a los tratados internacionales. La situación legislativa ha dado un giro con la entrada en vigor de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. Así, su exposición de motivos recoge el propósito de llevar a cabo una reforma amplia del Derecho marítimo español contemplando todos sus aspectos, yendo más allá de una mera actualización y codificación, e incluyendo prácticamente todos los aspectos de la navegación, tanto de Derecho público como privado; en la idea de la imprescindible coordinación con el Derecho marítimo internacional y su adecuación a la práctica actual del transporte marítimo. El legislador pretende, con ello, superar las contradicciones existentes entre los distintos convenios internacionales vigentes en España y la dispersa normativa que

regula esta materia, cuya cabecera está todavía constituida por el Libro III del Código de Comercio de 1885. Asimismo, se trata de poner fin a las carencias que en estos últimos años se habían detectado en relación a una pluralidad de intereses nacionales cuya tutela debe ser reforzada; en materia de: la seguridad de la navegación, la protección del medio ambiente y del patrimonio cultural subacuático, el uso del mar territorial, la lucha contra la contaminación, los intereses españoles en materia de pesca, la extranjería y la inmigración, o la lucha contra el contrabando.

Pero, ¿por qué existe un Derecho Marítimo? La respuesta es relativamente sencilla. Nótese que el transporte y la navegación marítimos se diferencian del transporte terrestre por razón de los grandes riesgos a los que están expuestos el buque, su cargamento y su tripulación; circunstancia a la que hay que añadir el hecho de que, como consecuencia de las grandes distancias que el buque ha de recorrer en los viajes por mar, queda sustraído a la esfera del poder de las autoridades terrestres y al control de su mismo propietario o de quien lo explota comercialmente. De este factor adicional deriva una característica fundamental del transporte marítimo: la de la autarquía; una autonomía jurídica desconocida en los demás medios de transporte, además de la presencia de evidentes elementos de internacionalidad. Por consiguiente, existen una serie de circunstancias económico-físicas o geográficas que hacen especial al tráfico por mar, aunque ciertamente parezca que ahora esas circunstancias son menos relevantes que en tiempos pasados, y que se proyectan en forma de consecuencias jurídicas. Tales circunstancias o factores son, por una parte, el alejamiento geográfico-espacial de los buques, pues durante el curso de su viaje, el buque, junto con su tripulación, pasajeros y cargamento, se ven alejados de tierra; y, en segundo lugar, los especiales y graves riesgos que amenazan al buque en el mar.

### **c. LA TRIPULACIÓN ANTE LA COMPRAVENTA DEL BUQUE**

Los buques mercantes constituyen una propiedad que se puede adquirir y transmitir por cualquiera de los medios reconocidos en Derecho, entre esos medios se encuentra, como forma más habitual, la compraventa, que puede ser voluntaria o forzosa.

Por lo que aquí nos interesa, es de destacar que en el caso de la compraventa voluntaria, cabe reseñar la posibilidad reconocida legalmente de que la venta se haga en viaje del buque, estableciéndose que entonces corresponden el comprador íntegramente los fletes (es decir, el precio del transporte marítimo) que devengare en él desde que recibió el último cargamento, pagando además a la dotación del buque (tripulación) los salarios correspondientes a ese mismo viaje. Si la venta tiene lugar cuando el buque ya ha llegado al puerto de su destino, entonces los fletes son para el vendedor, pagando él a la tripulación del buque, salvo pacto en contrario.

### **d. LA TRIPULACIÓN ANTE EL ARRENDAMIENTO DEL BUQUE**

De acuerdo con el Ordenamiento español, el arrendamiento de buques es un contrato mercantil marítimo; consensual y bilateral o sinalagmático, que genera obligaciones a cargo de ambas partes contratantes. El arrendador debe proporcionar al arrendatario un buque en buen estado de navegabilidad, poniéndolo a la completa disposición del arrendatario, a quien se cede la dirección náutica del mismo. De este modo, el arrendatario deviene naviero o armador. Con la entrada en vigor de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, se ha pasado a regular de manera sistemática dicho tipo de contrato en sus arts. 188 a 202 LNM. De esta forma, el art. 188 LNM lo define como el contrato en el cual el arrendador se obliga, a cambio de



un precio cierto, a entregar un buque determinado al arrendatario para que éste lo use temporalmente conforme a lo pactado o, en su defecto, según su naturaleza y características.

Lo buques pueden ser objeto de arrendamiento a casco desnudo, mientras se hallan en construcción. El art. 191 LNM permite entregar el buque arrendado y sus pertrechos en las condiciones especificadas en el contrato, y, en lo no previsto, en las adecuadas para el uso pactado. Asimismo, el art. 192.1 LNM declara que, salvo pacto en contrario el arrendador entregará el buque en estado de navegabilidad y tendrá a su cargo las reparaciones que se deriven de vicio propio del buque el arrendador. De lo que se puede interpretar que este tipo de contrato tiene encaje legal en la actual legislación, quedando a la libre disposición de las partes, y se regula por los preceptos legales indicados. En este caso, ambos contratos, el de arrendamiento y el de construcción van unidos y, en cierto sentido, combinan sus respectivas obligaciones, garantías, etcétera. Pero además del denominado arrendamiento "a casco desnudo", existe otra modalidad contractual de arrendamiento de buque, denominada "Time Charter by demise" o "arrendamiento de buque armado y equipado", que incluye no sólo el casco desnudo del buque, sino los contratos de capitán y tripulación, que viene a quedar sucesivamente bajo el control pleno del arrendatario, y cuyos salarios serán pagados por este último. Como se ha dicho, es el contrato que se presume, en el citado art. 192.1, salvo pacto en contrario. A decir verdad, ninguna de estas dos modalidades de arrendamiento de buques se presenta en forma pura, sino que la mayoría de los arrendamientos de buques se refieren a mucho más que al mero casco del mismo. Por tanto la expresión "a casco desnudo" es, con frecuencia, falsa, incluso aunque el contrato no llegue a ser un "time charter", ya sea "by" o "without demise". De hecho, en el arrendamiento de buques bajo la modalidad de "casco desnudo" o "sin armar ni equipar" se permite, asimismo, al arrendatario emplear tripulaciones propias, formadas por tripulantes de su confianza.

Con todo, aquí nos interesa más la modalidad de "arrendamiento de buque armado y equipado" o "Time Charter by demise". Como ya se ha anticipado, esta modalidad contractual supone para el arrendatario la adquisición del total control sobre el buque, así en el plano comercial, como en el plano náutico, de modo que dicho arrendatario se convierte, por derecho propio, en naviero, pero si centrásemos nuestra atención en este dato, ciertamente no apreciaríamos la diferencia entre el arrendamiento de buque armado y equipado, y el arrendamiento "a casco desnudo", de modo que la diferencia entre ambos no puede encontrarse en sus efectos subjetivo-profesionales que son comunes (tanto en uno como en otro caso, el arrendatario deviene en naviero), sino que es preciso atender a otras circunstancias, entre ellas nos quedaremos con la tripulación.

Pues bien, a este respecto cabe incidir en que es obvio que los miembros de la tripulación pasarán a ser dependientes del arrendatario, dejando de estar al servicio del arrendador; cosa que sucede, también, en el arrendamiento "a casco desnudo", pero con una importantísima diferencia; y es que mientras en éste el fletador recluta a la tripulación, lo cual tiene algo de adquisición originaria, por el contrario, cuando se trata del arrendamiento de buque armado y equipado, hay algo así como una adquisición derivativa del control sobre la tripulación, ya que este control ha de ser proporcionado o, cuando menos, ha de provenir del fletante-arrendador.

Lo anterior, a su vez, nos lleva a preguntarnos cómo se habrá de producir un efecto jurídico de semejante trascendencia, como el sometimiento de la tripulación a las órdenes del arrendatario. En principio, este efecto puede producirse de dos modos o a través de dos cauces jurídicos, que, al parecer, diferirían entre sí en función de la necesidad, o no, de que haya de mediar el acuerdo entre el fletante-arrendador y los miembros de la tripulación, antaño empleados suyos, a saber:

a) O bien a través de una subrogación empresarial, prevista en el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores de 2015, a cuyo tenor, el cambio de titularidad de

una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

Así las cosas, puesto que lo que hay es una subrogación legal, parece que podríamos coincidir con cierto sector de la doctrina, que sostiene que por efecto del contrato de arrendamiento de buque armado y equipado tiene lugar un fenómeno jurídico de sucesión en la posición de principal de los miembros de la tripulación, por parte del arrendatario, que se produce por disposición de la Ley. Sin embargo, otros autores mantienen un criterio opuesto, de acuerdo con el cual la mera transmisión del buque no originaría, por sí sola, el cambio de la titularidad empresarial, con respecto al personal embarcado, de forma que, para que el arrendador cumpliera su obligación de entregar un buque armado y equipado, habría de respetar lo dispuesto en la Ordenanza de Trabajo de la Marina Mercante (disposición ya derogada pero a la que algunos vienen reconociendo cierta vigencia marítimo-laboral a modo de uso o costumbre), donde se confería a los miembros de la tripulación cuatro opciones:

- la posibilidad de que el tripulante, si así lo desea, continúe en el buque arrendado, lo que supone que pasará a integrarse en la nueva empresa de navegación;

- La posibilidad de que el tripulante, si así lo desea, continúe en el buque arrendado, pero sólo de forma transitoria, hasta el momento en que se produzca una vacante en la empresa antigua;

- La posibilidad de que el tripulante, si así lo desea, cubra una vacante de inferior categoría en la empresa cedente;

- La posibilidad de permanecer en la empresa cedente, pero en situación de excedencia forzosa.

b) O bien con acuerdo entre el empresario arrendador y los miembros de la tripulación, cuyo acuerdo, a su vez, puede tener lugar en dos formas: por el cauce de la novación subjetiva, o a través de una cesión de contrato.

**e. PRIVILEGIOS ESTABLECIDOS INTERNACIONALMENTE  
A FAVOR DE LA TRIPULACIÓN EN ORDEN AL COBRO DE SUS  
SALARIOS**

Las sumas, en ocasiones enormes, en que se desenvuelve el tráfico marítimo han hecho que se arbitren desde el punto de vista internacional una serie de garantías para las obligaciones que nacen de dicho tráfico. Entre ellas, cabe destacar, en el orden internacional, el régimen de los créditos marítimos privilegiados tiene su regulación en el Convenio internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993, que en su artículo 4.1 establece el orden de prelación de los mismos, enumerando, en primer lugar, los créditos por los sueldos y otras cantidades debidos al capitán, los oficiales y demás miembros de la dotación del buque en virtud de su enrolamiento a bordo del buque, incluidos los gastos de repatriación y las cuotas de la seguridad social pagaderas en su nombre.

**f. RÉGIMEN JURÍDICO-LABORAL DE LA TRIPULACIÓN  
DEL BUQUE O TRABAJADORES DEL MAR VIGENTE EN ESPAÑA**

La relación de trabajo en la mar se encuadra como relación laboral común, aunque no por ello su regulación deja de tener sus particularidades, como son los aspectos relativos a jornada y otros que seguidamente se verán.

Entre las muchas especialidades que tiene la regulación del trabajo en la mar, cabe destacar la exigencia de unos determinados requisitos previos o condiciones de ingreso, a saber:

a) Pertenecer a la inscripción marítima, acreditada mediante el documento de identidad de la gente del mar, más conocido como la libreta de inscripción marítima, que acredita la identidad del tripulante con las adecuadas autorizaciones y visados de la autoridad marina, refleja su historial profesional, así como las anotaciones correspondientes a los títulos o certificados de competencia y reconocimientos médicos.

b) Estar en posesión del título profesional correspondiente o del certificado de competencia exigible según la legislación vigente.

c) Estar en posesión de un certificado médico que acredite su aptitud física suficiente para trabajar a bordo de embarcaciones de pesca, y que no se padece enfermedad que pueda verse agravada con el servicio de la mar.

Por lo que respecta a la jornada laboral y descansos, los trabajadores o tripulantes, no podrán realizar una jornada total diaria superior a doce horas,

incluidas, en su caso, las horas extraordinarias, tanto si el buque se halla en puerto como en la mar, salvo en los siguientes supuestos:

a) En los casos de fuerza mayor en que sea necesario para garantizar la seguridad inmediata del buque o de las personas o la carga a bordo, o para socorrer a otros buques o personas que corran peligro en alta mar.

b) Cuando se trate de proveer al buque de víveres, combustible o material lubricante en casos de apremiante necesidad, de la descarga urgente por deterioro de la mercancía transportada o de la atención debida por maniobras de entrada y salida a puerto, atraque, desatraque y fondeo.

Salvo en los supuestos de fuerza mayor en que sea necesario para garantizar la seguridad inmediata del buque o de las personas o la carga a bordo, o para socorrer a otros buques o personas que corran peligro en alta mar, en los que la jornada se podrá prolongar por el tiempo que resulte necesario, la jornada total resultante no podrá exceder en ningún caso de catorce horas por cada período de veinticuatro horas, ni de setenta y dos horas por cada período de siete días.

Las horas de exceso que se realicen sobre la jornada ordinaria se compensarán por tiempos equivalentes de descanso retribuido, o abonarán en la cuantía que se fije.

En las embarcaciones dedicadas a la pesca, podrá acordarse entre empresas y tripulantes el establecimiento de un concierto o forma supletoria para la liquidación de las horas extraordinarias, a salvo siempre de lo pactado en convenio colectivo.

El descanso entre jornadas es distinto según el tipo de embarcación:

a) En las embarcaciones dedicadas a la pesca, el descanso entre jornadas se adecuará a las siguientes normas:

- Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo de seis horas.

- Respetando lo establecido en el párrafo anterior, en los convenios colectivos se podrá acordar la distribución de las horas de descanso en un máximo de dos períodos. En este supuesto, el intervalo entre dos períodos consecutivos de descanso no excederá de catorce horas.

b) En la marina mercante, el descanso entre jornadas se adecuará a las siguientes normas:

- Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo de ocho horas. Este descanso será de doce horas cuando el buque se halle en puerto, considerando como tal el tiempo en que el personal permanezca en tierra o a bordo por su propia voluntad, excepto en caso de necesidad de realización de operaciones de carga y descarga durante escalas de corta duración o de trabajos para la seguridad y mantenimiento del buque en que podrá reducirse a un mínimo, salvo fuerza mayor, de ocho horas.

- Al organizarse los turnos de guardia en la mar, deberá tenerse presente que los mismos no podrán tener una duración superior a cuatro horas y que a cada guardia sucederá un descanso de ocho horas ininterrumpidas.

- En los convenios colectivos se podrá acordar la distribución de las horas de descanso en un máximo de dos períodos, uno de los cuales deberá ser de, al menos,

seis horas ininterrumpidas. En este supuesto, el intervalo entre dos períodos consecutivos de descanso no excederá de catorce horas. Esta posibilidad no será en ningún caso de aplicación al personal sometido a guardias de mar, para el que se estará siempre a lo dispuesto en el párrafo anterior.

Las diferencias entre los descansos entre jornadas que acabamos de ver y las doce horas establecidas con carácter general se compensarán computando el descanso semanal de día y medio, en períodos de hasta cuatro semanas.

El descanso semanal de día y medio, que podrá computarse en la forma que acabamos de mencionar, se disfrutará teniendo en cuenta las siguientes normas:

a) El descanso será obligatorio para la totalidad del personal, incluido el capitán o quien ejerza el mando de la nave no sometido al régimen de jornada.

b) Si al finalizar cada período de embarque no se hubieran disfrutado la totalidad de los días de descanso que correspondan, se acumularán para ser disfrutados cuando el buque tenga que efectuar una permanencia prolongada en puerto, por reparación u otras causas, o para su disfrute unido al período de vacaciones, de acuerdo con lo que se pacte en convenio colectivo.

c) No obstante y siempre que se garantice en todo caso el disfrute de un día de descanso semanal en los términos previstos en los apartados anteriores, si así se acordará en convenio colectivo, los interesados podrán optar por la compensación en metálico, como horas extraordinarias, de hasta un máximo de la mitad de los restantes días de descanso no disfrutados. Del mismo modo se compensarán aquellos días de descanso no disfrutados cuya acumulación en la forma prevista en el párrafo anterior pudiera originar graves perjuicios no dimanantes de escasez de plantilla.



En materia de Seguridad Social, y no obstante encontrarnos ante un régimen especial, el Régimen especial de los trabajadores del mar, lo cierto es que las diferencias en relación con el régimen general de la Seguridad Social son muy pocas y existe una tendencia unificadora que hace que cada vez sean menos.

Las personas incluidas en el Régimen especial de los trabajadores del mar, son sujetos obligados a cotizar, en el de trabajadores por cuenta ajena el empresario y el trabajador, respecto del de trabajadores por cuenta propia será el mismo trabajador por cuenta propia.

A los efectos de cotización, los trabajadores y las empresas se dividen en los siguientes grupos:

a) Grupo I: comprende a los trabajadores por cuenta ajena retribuidos a salario y a los retribuidos a la parte, que presten servicios en embarcaciones dedicadas al transporte marítimo o trabajen en embarcaciones pesqueras de más de 150 toneladas de registro bruto y a sus empresas. Además de los citados anteriormente, aquellos que opten, de acuerdo con sus empresarios, por cotizar en la misma cuantía y forma que los retribuidos a salario.

b) Grupo II-A: comprende a los trabajadores por cuenta ajena, retribuidos a la parte, que presten servicios en embarcaciones pesqueras comprendidas entre 50,01 y 150 toneladas de registro bruto y a sus empresas.

c) Grupo II-B: comprende a los trabajadores por cuenta ajena, retribuidos a la parte, que presten sus servicios en embarcaciones pesqueras comprendidas entre 10,01 y 50 toneladas de registro bruto y a sus empresas.

d) Grupo III: comprende a los trabajadores por cuenta ajena, retribuidos a la parte, que presten servicio en embarcaciones de hasta 10 toneladas de registro bruto y a sus empresas. También comprende a los trabajadores por cuenta propia a autónomos, incluidos los armadores de pequeñas embarcaciones, siempre que realicen su trabajo a bordo como técnicos o tripulantes, el número total de éstos, incluido el armador, no exceda de cinco y la embarcación no exceda de 10 toneladas de registro bruto.

La obligación de cotizar nace desde el mismo momento del inicio de la prestación del trabajo, incluido el periodo de prueba y se extingue, respecto de los trabajadores por cuenta ajena, por la finalización del trabajo en la empresa o, en su caso, por el cese en la actividad del trabajador por cuenta propia.

En este Régimen especial, las cuotas a ingresar vienen determinadas por las bases de cotización. La base de cotización está constituida por las remuneraciones efectivamente percibidas por el trabajador, con algunas peculiaridades respecto a su cálculo, en función del Grupo al que pertenezca el trabajador:

- El Grupo I: En iguales condiciones que el Régimen General.
- En los Grupos II y III, la cotización para todas las contingencias y situaciones protegidas en este Régimen especial de los trabajadores del mar incluidos en los grupos segundo y tercero, se efectuará sobre las remuneraciones que se determinen anualmente mediante Orden del Ministerio de Trabajo e Inmigración, a propuesta del Instituto Social de la Marina, oídas las organizaciones representativas del sector. Tal determinación se efectuará por provincias, modalidades de pesca y categorías profesionales, sobre la base de los valores medios de remuneración percibida en el año precedente.

Las bases que se determinen serán únicas, sin que se tomen en consideración los topes mínimos y máximos previstos para las restantes actividades. No obstante, dichas bases no podrán ser inferiores a las bases mínimas que se establezcan, para las distintas categorías profesionales.

A la base de cotización por contingencias comunes se le aplican los siguientes coeficientes correctores:

- Grupo II A:  $\frac{2}{3}$ .
- Grupo II B:  $\frac{1}{2}$ .
- Grupo III:  $\frac{1}{3}$ .

A la base de cotización por desempleo se le aplica igualmente los mismos coeficientes correctores que los establecidos para contingencias comunes.

En materia de recaudación de cuotas, el Instituto Social de la Marina es el Organismo colaborador con la Tesorería General de la Seguridad Social en el desempeño de la función recaudatoria dentro del sector marítimo-pesquero, con especial referencia al control de las cotizaciones a efectos del despacho de embarcaciones por la autoridad competente.

En este sentido, son sujetos responsables del ingreso de las cuotas:

- a) El empresario, es el responsable del ingreso de su propia aportación y de la de sus trabajadores.
- b) El trabajador por cuenta propia, es el responsable de sus cotizaciones.

Por último, señalar en este campo de los trabajadores del mar, la existencia de ayudas sociales destinadas a atender las situaciones que no originen prestación reglamentaria de la Seguridad Social, pudiendo ser beneficiarios de dichas ayudas:

a) Los trabajadores del mar.

b) El cónyuge o parientes por consanguinidad, afinidad o por adopción hasta el segundo grado inclusive que convivan con los anteriores y a su cargo (salvo que la no convivencia, en el caso de hijos, derive de sentencia judicial de separación o divorcio).

c) El que, sin ser su cónyuge, mantenga análoga relación de afectividad y conviva con los trabajadores del mar y a su cargo, durante al menos un año de convivencia ininterrumpida.

## **5. JORNADA LABORAL EN EL INTERIOR DE LAS MINAS**

En los trabajos de interior en minas, la duración de la jornada será de treinta y cinco horas de trabajo efectivo semanal, sin perjuicio de que en la negociación colectiva puedan establecerse módulos para la determinación de la jornada distintos del semanal. Tal jornada máxima empezará a computarse desde la entrada de los primeros trabajadores en el pozo o galería y concluirá con la llegada a bocamina de los primeros que salgan, salvo que a través de la negociación colectiva se estableciere otro sistema de cómputo (Art. 25 Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre).

### Cómputo de la jornada máxima

La jornada máxima empezará a computarse desde la entrada de los primeros trabajadores en el pozo o galería y concluirá con la llegada a bocamina de los primeros que salgan, salvo que a través de la negociación colectiva se estableciere otro sistema de cómputo.

### Descanso entre jornadas

El cómputo del descanso intermedio en jornadas continuadas se ceñirá a lo siguiente (art. 34.4, ET):

1. Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un período de descanso durante la misma de duración no inferior a 15 minutos.
2. El período de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por Convenio Colectivo o contrato de trabajo.
3. En el caso de los trabajadores menores de 18 años, el período de descanso tendrá una duración mínima de 30 minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media.

### Jornada de trabajo subterránea

La jornada de trabajo subterránea se verá reducida a seis horas diarias cuando concurren circunstancias de especial penosidad (condiciones anormales de temperatura o humedad, esfuerzo, etc.).

En las labores de interior en que el personal haya de realizar el trabajo completamente mojado desde el principio de la jornada, ésta será de cinco horas como máximo. Si la situación comenzase con posterioridad a las dos horas del inicio de la jornada, la duración de ésta no excederá de seis horas.

El trabajador que habitualmente no preste sus servicios en el interior de las minas acomodará su jornada diaria a la de interior cuando trabaje en labores subterráneas.

Si por razones organizativas un trabajador de interior fuese destinado ocasionalmente a realizar trabajos en el exterior deberá serle respetada la jornada y las percepciones económicas de su puesto anterior.

#### Descanso semanal

Los trabajadores que presten servicios en puestos de trabajo subterráneo, así como aquellos trabajadores de exterior cuya actividad sólo pueda producirse simultáneamente a la de los primeros, tendrán derecho a un descanso semanal de dos días.

Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo (art. 37.1, ET).

La duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos.

#### Horas extraordinarias

La realización de horas extraordinarias sólo podrá darse por alguno de los siguientes supuestos:

1. Reparación o prevención de siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes.
2. Riesgo grave de pérdida o deterioro importante de materias primas.
3. Por circunstancias de carácter estructural derivadas de la naturaleza de la actividad en los términos que en Convenio Colectivo se definan.

### **6. JORNADA LABORAL EN EL TRANSPORTE POR CARRETERA**

El Real Decreto 128/2013, de 22 de febrero, regula el tiempo de trabajo de los trabajadores autónomos que realizan actividades móviles de transporte por carretera. Para los transportistas por cuenta ajena, la regulación normativa, en relación a su jornada, se establece en el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (modificado específicamente para el sector por el Real Decreto 902/2007, de 6 de julio)

## Tiempo de trabajo en los transportes por carretera.

1.- Serán de aplicación en el transporte por carretera las disposiciones comunes contenidas en el Art. 8, Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, con las particularidades que se contemplan en este artículo y en los siguientes.

2.- Las disposiciones del Art. 8, Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre tiempos de trabajo efectivo y de presencia serán de aplicación en el transporte por carretera a los trabajadores móviles, entendiéndose por éstos a cualquier trabajador que forma parte del personal que se desplaza y que está al servicio de una empresa que efectúa servicios de transporte.

A tal efecto, serán trabajadores móviles en el transporte por carretera los conductores, ayudantes, cobradores y demás personal auxiliar de viaje en el vehículo que realice trabajos en relación con el mismo, sus pasajeros o su carga, tanto en las empresas del sector de transporte por carretera, ya sean urbanos o interurbanos y de viajeros o mercancías, como en las integradas en otros sectores que realicen tales actividades de transporte o alguna de las auxiliares anteriormente citadas (Art. 10 ,RD 1561/1995, de 21 de septiembre).

3.- Sin perjuicio del tiempo de trabajo efectivo o el tiempo de presencia del trabajador en su entorno laboral, se entienden comprendidos dentro del tiempo de trabajo efectivo los períodos durante los que el trabajador móvil no puede disponer libremente de su tiempo y tiene que permanecer en el lugar de trabajo dispuesto a realizar su trabajo normal, realizando las tareas relacionadas con el servicio, incluidos, en particular, los períodos de espera de carga y descarga cuando no se conozca de antemano su duración previsible.



4.- Se entienden comprendidos dentro del tiempo de presencia, los períodos distintos de las pausas y de los descansos, durante los que el trabajador móvil no lleva a cabo ninguna actividad de conducción u otros trabajos y no está obligado a permanecer en su lugar de trabajo, pero tiene que estar disponible para responder a posibles instrucciones que le ordenen emprender o reanudar la conducción o realizar otros trabajos.

En particular, siempre que concurren las circunstancias anteriores y, conforme a lo señalado, no constituyan una pausa o un descanso, serán considerados tiempo de presencia los siguientes períodos:

- a) Los períodos durante los cuales el trabajador acompañe a un vehículo transportado en transbordador o tren.
- b) Los períodos de espera en fronteras o los causados por las prohibiciones de circular. El trabajador móvil deberá conocer de antemano los períodos señalados en los párrafos a) y b) y su previsible duración. A tal fin, salvo que en los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal se acuerden otros términos y condiciones, el empresario comunicará al trabajador por cualquier medio admitido en derecho la existencia y duración previsible de los indicados períodos con anterioridad a la partida. En caso contrario, esos períodos serán considerados como de tiempo de trabajo efectivo.
- c) Las dos primeras horas de cada período de espera de carga o de descarga. La tercera hora y siguientes se considerarán tiempo de trabajo efectivo, salvo que se conozca de antemano su duración previsible en las condiciones pactadas en los convenios colectivos de ámbito estatal o, en su defecto, de ámbito inferior.

d) Los períodos de tiempo en los que un trabajador móvil que conduce en equipo permanezca sentado o acostado en una litera durante la circulación en el vehículo.

5.- Los períodos de tiempo de presencia indicados en el apartado 4 se computarán para determinar el límite de horas semanales que se establece en el apdo. 3, Art. 8, Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre.

No obstante, el período de un mes que se toma como referencia en el indicado apdo. 3, Art. 8 Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, podrá ampliarse hasta un máximo de dos meses mediante convenio colectivo sectorial de ámbito estatal, siempre que dicha ampliación se fundamente en la existencia de razones objetivas o técnicas o de organización del trabajo, tales como el carácter internacional de los servicios de transporte.

6.- Los trabajadores móviles deberán ser informados por los empresarios de la normativa legal, reglamentaria o convencional, de los posibles acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, así como de las demás reglas aplicables en la empresa que afecten a la regulación de su tiempo de trabajo. A tal efecto, deberán tener a disposición de los mismos un ejemplar de la indicada regulación.

Límites del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles.

1.- Sin perjuicio del respeto a la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo prevista en el Art. 34 ,Estatuto de los Trabajadores y a los períodos mínimos de descanso diario y semanal, previstos en este real decreto con el fin de proteger la salud y la seguridad de los trabajadores móviles y la seguridad vial, cuando mediante convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los

trabajadores, se hubiera establecido la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, la duración del tiempo de trabajo efectivo de los trabajadores móviles no podrá superar las cuarenta y ocho horas semanales de promedio en cómputo cuatrimestral ni exceder en ningún caso de las sesenta horas semanales.

El período de referencia de cuatro meses establecido en el párrafo anterior podrá ser ampliado hasta un máximo de seis meses mediante convenio colectivo sectorial de ámbito estatal, siempre que dicha ampliación se fundamente en la existencia de razones objetivas o técnicas o de organización del trabajo.

2.- Cuando, sin tener la calificación de trabajador nocturno conforme a lo previsto en el 36.1, Estatuto de los Trabajadores, un trabajador realice trabajo nocturno, su jornada de trabajo diaria no podrá exceder de diez horas por cada período de veinticuatro.

En ningún caso la retribución específica del trabajo nocturno, determinada conforme a lo previsto en el 36.2, Estatuto de los Trabajadores, podrá poner en peligro la seguridad vial.

3.- En el tiempo de trabajo de los trabajadores móviles se incluirán todas las horas trabajadas para uno o más empresarios en el período considerado. A tal efecto el empresario solicitará por escrito al trabajador el cómputo de tiempo de trabajo efectuado para otros empresarios. El trabajador facilitará estos datos por escrito.

Sin perjuicio de lo que se establezca en la negociación colectiva, en los contratos de trabajo podrá determinarse la forma de cumplimiento de las obligaciones previstas en este apartado.

4.- Sin perjuicio de los límites de conducción y descansos en los transportes por carretera (Art. 11 RD 1561/1995, de 21 de septiembre), los trabajadores móviles interrumpirán con un período de descanso la jornada continuada que exceda de seis horas consecutivas. La pausa será de duración no inferior a treinta minutos. Cuando el tiempo total de trabajo sea superior a nueve horas diarias, la pausa será, como mínimo, de cuarenta y cinco minutos.

Las fracciones en que, en su caso, se dividan estos períodos no podrán tener una duración inferior a quince minutos, salvo en aquellas rutas de transporte regular de viajeros cuyo recorrido no exceda de cincuenta kilómetros.

5.- El empresario será responsable de llevar un registro del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles. Este registro se conservará, al menos, durante tres años después de que finalice el período considerado. El empresario estará obligado a facilitar a los trabajadores móviles que así lo soliciten una copia del registro de las horas trabajadas.

#### Límites del tiempo de conducción en los transportes por carretera.

Los períodos máximos de conducción diarios y semanales y los descansos mínimos entre jornadas y semanal de los conductores de transportes interurbanos deberán respetar los límites establecidos en el Reglamento (CE) n.º 561/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) n.º 3821/85 y (CE) n.º 2135/98 del Consejo y se deroga el Reglamento (CEE) 3820/85 del Consejo.»

Sentencia sobre multa impuesta por irregularidades detectadas en los discos del tacógrafo y documentación correspondiente en: TS, Sala de lo Social, de 30/11/2011, Rec. 887/2011

Extremos relativos al trabajador autónomo económicamente dependiente o transportista autónomo ordinario. Jurisprudencia y Trabajador autónomo económicamente dependiente o transportista autónomo ordinario.

El elemento determinante de ese régimen jurídico diferenciado es el de dependencia económica, que se valora en los concretos términos elegidos por nuestro legislador; precisamente por ello, el régimen diferencial dispuesto se contrae, esencialmente, a la regulación del régimen contractual entre el Régimen general del trabajador autónomo económicamente dependiente y ese cliente principal, sin que se extienda a las relaciones que aquél tenga con otros clientes. Opción legislativa que ha establecido determinados requisitos añadidos para que se pueda estimar que estamos ante un Régimen general del trabajador autónomo económicamente dependiente: a) no ha de tener trabajadores por cuenta ajena a su cargo ni ha de contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes; b) no ha de ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente; c) ha de disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean económicamente relevantes; d) ha de desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente; e) ha de percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo el riesgo y ventura de la misma (Apdo. 2, Art. 11 LETA), si bien este último requisito no se exige en el caso de los agentes comerciales (DA19 LETA) Requisitos añadidos que, salvo el primero de

ellos, no opera con quienes prestan el servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante precio con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten.

## **7. JORNADA LABORAL EN EL TRANSPORTE FERROVIARIO**

La legislación española a través de los arts. 8, 9 y 13 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, aplicables con carácter general al sector de transportes y el Real Decreto 1579/2008, de 26 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, y se regulan determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector del transporte ferroviario y la europea a través de la Directiva 2005/47/CE del Consejo, de 18 de julio de 2005, relativa al acuerdo entre la Comunidad de Ferrocarriles Europeos (CER) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) sobre determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario, tratan aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el transporte ferroviario.

Conceptos:

Servicios de interoperabilidad transfronteriza: Los servicios transfronterizos para los cuales se exigen a las empresas ferroviarias al menos dos certificados de seguridad, con arreglo a los requisitos establecidos en el Reglamento sobre seguridad en la

circulación de la Red Ferroviaria de Interés General (Real Decreto 810/2007, de 22 de junio).

Trabajador móvil que realiza servicios de interoperabilidad transfronteriza: Todo trabajador miembro de la tripulación de un tren que realiza servicios de interoperabilidad transfronteriza durante más de una hora de su jornada diaria.

Conductor o maquinista: Todo trabajador que conduce un vehículo de tracción.

Tiempo de conducción: La duración de una actividad programada durante la cual el maquinista es responsable de la conducción de un vehículo de tracción, con la exclusión del tiempo previsto para la puesta en servicio y para la puesta fuera de servicio del vehículo. Incluye las interrupciones programadas en las que el maquinista permanece como responsable de la conducción del vehículo de tracción.

1.- El descanso diario en el domicilio tendrá una duración mínima de doce horas consecutivas dentro de cada período de 24 horas.

Esta duración se podrá reducir a nueve horas una vez cada siete días. En tal caso la diferencia hasta las doce horas de descanso diario se compensará añadiendo las horas que correspondan al siguiente descanso diario en el domicilio.

No se podrá fijar un descanso diario reducido entre dos descansos diarios fuera del domicilio.

2.- El descanso diario fuera del domicilio tendrá una duración mínima de 8 horas consecutivas dentro de cada período de veinticuatro horas.

Este descanso irá siempre seguido de un descanso diario en el domicilio. No obstante, mediante la negociación colectiva podrá acordarse un segundo descanso consecutivo fuera del domicilio así como la forma de compensar la diferencia entre las ocho horas y las doce horas del descanso diario.

Los trabajadores móviles dispondrán para el descanso fuera del domicilio de lugares que reúnan las condiciones necesarias de seguridad y salud y permitan el descanso en condiciones adecuadas de comodidad.

3.- Todo trabajador móvil incluido en este campo de aplicación deberá disfrutar de un período de descanso mínimo semanal ininterrumpido conforme a lo previsto en el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores, garantizándose al trabajador móvil cada año 104 períodos de descanso semanal de 24 horas de duración; de ellos, como mínimo, 12 serán descansos dobles de 48 horas, que comprenderán el sábado y el domingo, y otros 12 serán descansos dobles, sin garantía de que estén incluidos en ellos un sábado o un domingo. A la duración de estos períodos de descanso semanal se sumará el descanso diario en el domicilio por una duración mínima de 12 horas consecutivas dentro de cada período de 24 horas.

Respetando lo anterior así como lo previsto en el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores, hasta un máximo de ocho períodos de descanso semanal podrá formar parte de las vacaciones anuales. Se estará, en su caso, a lo acordado en la negociación colectiva en cuanto a disfrute del descanso semanal y las vacaciones.

4.- Con independencia de lo previsto en la disposición adicional 12ª del Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Sector Ferroviario, la duración del tiempo de conducción no podrá ser superior a 9 horas diarias en el trabajo diurno ni a 8 en el trabajo en período nocturno. La duración



máxima del tiempo de conducción en cada período de dos semanas no podrá exceder de 80 horas.

5.- Si la duración del tiempo de trabajo de un conductor que no circule acompañado de un segundo maquinista excede de ocho horas, se establecerá un período de descanso durante la jornada o pausa de cuarenta y cinco minutos de duración. Si el tiempo de trabajo fuera superior a las seis horas pero no excediera de las ocho, la pausa durante la jornada será de al menos treinta minutos.

La pausa se disfrutará en un momento de la jornada adecuado para que el maquinista pueda recuperarse y en caso de retraso de los trenes se adaptará a la jornada a realizar. En cualquier caso una parte de la pausa de, al menos, treinta minutos, deberá concederse entre la tercera y la sexta hora de trabajo.

En el caso de que haya un segundo maquinista, las condiciones de la pausa o descanso durante la jornada serán las previstas en la legislación laboral común.

6.- Si la duración del tiempo de trabajo del personal de acompañamiento excede de seis horas se establecerá una pausa de treinta minutos durante el mismo.

7.- Toda empresa ferroviaria que realice servicios de interoperabilidad transfronteriza deberá disponer de un registro en el que se recojan las horas diarias de trabajo y de descanso de los trabajadores móviles con el fin de asegurar el cumplimiento de esta disposición. La empresa deberá conservar este registro, al menos, durante tres años y lo tendrá a disposición de los trabajadores y de la autoridad laboral así como los elementos que justifiquen las horas reales de trabajo.

Las condiciones de trabajo reguladas anteriormente para este sector no serán de aplicación respecto:

- Al tráfico de viajeros transfronterizo local y regional.
- Al tráfico de mercancías transfronterizo que no supere los quince kilómetros más allá de la frontera.
- Al transporte nacional, respecto a los trenes de relaciones transfronterizas, cuyo inicio y finalización tenga lugar en la infraestructura ferroviaria española aunque utilicen la infraestructura de otro Estado sin efectuar paradas.

## **8. JORNADA LABORAL EN EL TRANSPORTE AEREO COMERCIAL**

El transporte aéreo comercial está sujeto a estrictas normas de seguridad que regulan, entre otros ámbitos, la composición de la tripulación de vuelo, su cualificación y entrenamiento, así como las limitaciones de tiempo de vuelo y actividad y los tiempos de descanso.

El Reglamento (CEE) n.º 3922/91 del Consejo, de 16 de diciembre de 1991, relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil (en adelante, el Reglamento), establece en el ámbito comunitario un régimen armonizado en materia de seguridad de la aviación civil sobre aspectos relacionados con la operación y mantenimiento de las aeronaves, así como respecto a las personas y organizaciones implicadas en dichas tareas. Dentro de nuestro

ordenamiento jurídico interno el Real Decreto 220/2001, de 2 de marzo, por el que se determinan los requisitos exigibles para la realización de las operaciones de transporte aéreo comercial por aviones civiles, Real Decreto 1952/2009, de 18 de diciembre, por el que se adoptan requisitos relativos a las limitaciones del tiempo de vuelo y actividad y requisitos de descanso de las tripulaciones de servicio en aviones que realicen transporte aéreo comercial, en consonancia con los artículos 14 y 14 bis del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, establecen las condiciones en que podrá ampliarse el tiempo de vuelo máximo cuando la actividad de vuelo se ve interrumpida por descansos parciales (períodos extendidos de actividad de vuelo por descanso parcial); el descanso adicional que deberá garantizarse a la tripulación para compensar la fatiga producida por los efectos de las diferencias horarias; las condiciones en que podrán reducirse los tiempos de descanso ordinario previos al inicio de la actividad de vuelo; las condiciones y límites para ampliar el período de actividad de vuelo, como consecuencia del descanso realizado en el propio vuelo; los períodos de descanso en los que la segunda noche local podrá comenzar a las veinte horas, con las limitaciones contempladas en este real decreto; y por último, se regula la imaginaria en el hotel y en la casa.

Lo dispuesto a continuación se aplica a los aviones civiles utilizados con fines de transporte aéreo comercial por los operadores cuyo centro de actividad principal o cuyo domicilio social esté situado en España. Quedan excluidos de este ámbito de aplicación:

- a) Los aviones que se utilicen en servicios militares, de aduana y de policía.
- b) Los vuelos de lanzamiento de paracaidistas y los vuelos de extinción de incendios, así como los vuelos asociados de posicionamiento o regreso, en los que las personas que vayan a bordo son las que irían normalmente en un vuelo de lanzamiento de paracaidistas o de extinción de incendios.

c) Los vuelos que se desarrollen inmediatamente antes, durante o inmediatamente después de una actividad de trabajo aéreo, siempre que estos vuelos guarden relación con esa actividad y lleven a bordo, excluidos los miembros de la tripulación, un máximo de seis personas indispensables para el desarrollo de la actividad de trabajo aéreo.

#### Limitaciones de tiempo de vuelo y actividad y requisitos de descanso

##### Horas de presentación al servicio.

Las horas de presentación al servicio que establezca el operador conforme a lo previsto en el OPS 1.1105, punto 1.2, del anexo III del Reglamento, asegurarán la siguiente antelación mínima respecto de la hora programada de despegue

:

a) Aviones de menos de cien asientos: Cuarenta y cinco minutos antes de la hora programada de despegue.

b) Aviones de cien asientos o más y con un sector inicial igual o menor de tres horas bloque: Cuarenta y cinco minutos antes de la hora programada de despegue.

c) Aviones de cien asientos o más y con un sector inicial superior a tres horas bloque: Sesenta minutos antes de la hora programada de despegue, excepto lo indicado en las letras d) y e).

d) Operaciones de largo alcance con aviones bimotores (ETOPS): Setenta y cinco minutos antes de la hora programada de despegue.

e) Aviones de cien asientos o más en vuelos de traslado sin pasajeros: Cuarenta y cinco minutos antes de la hora programada de despegue. Ver sentencia n° TS, Sala de lo Social, de 23/06/2009

Extensión de los períodos de actividad de vuelo por descansos parciales en tierra.

1.- En el supuesto de que el período de actividad de vuelo se vea interrumpido por un descanso parcial de la tripulación en un alojamiento adecuado, el período de actividad de vuelo podrá extenderse por un tiempo máximo equivalente al cincuenta por ciento del tiempo de descanso parcial en un alojamiento adecuado siempre que, además, se cumplan las siguientes condiciones:

a) Para que sea considerado descanso parcial a los efectos de este artículo, la tripulación dispondrá de un mínimo de tres horas en un alojamiento adecuado. Si el sector de vuelo anterior o posterior al descanso parcial, finaliza o se inicia, respectivamente, dentro de la fase del ritmo circadiano de mínimo rendimiento (WOCL), para ser considerado como descanso parcial, la tripulación dispondrá de un mínimo de seis horas en un alojamiento adecuado.

b) La extensión máxima del período de actividad de vuelo por descanso parcial será de cuatro horas.

c) Si el sector de vuelo anterior al descanso parcial finaliza o el sector posterior se inicia dentro de la fase del ritmo circadiano de mínimo rendimiento (WOCL), sólo se podrán realizar un máximo de dos aterrizajes tras el período de descanso parcial, incluyendo los posicionamientos.

d) La extensión del período de actividad de vuelo por descanso parcial estará limitada a un máximo de tres extensiones cada siete días, salvo que: Los

períodos de actividad de vuelo extendidos por descanso parcial no incluyan más de dos sectores; el tiempo de vuelo en un período de siete días no supere las veintiocho horas; y el descanso parcial no afecte a la fase del ritmo circadiano de mínimo rendimiento (WOCL).

2.- No se podrá extender el período de actividad de vuelo por descanso parcial, cuando durante dicho período de actividad de vuelo se crucen cuatro o más husos horarios o cuando el período de actividad de vuelo ha sido extendido por descanso en vuelo.

3.- Si el período de actividad de vuelo ha sido extendido por descanso parcial, el descanso posterior no puede ser reducido.

Descanso adicional por efecto de las diferencias horarias.

1.- Respecto al descanso mínimo de los miembros de la tripulación, el operador fijará un tiempo de descanso adicional cuando la diferencia de husos horarios entre los lugares de comienzo y finalización de un período de actividad sea igual o superior a cuatro.

2.- Un miembro de la tripulación de servicio no podrá realizar más de cinco rotaciones en un período de veintiocho días consecutivos o en un mes. A los efectos de este artículo se entiende por rotación el conjunto de períodos de actividad que comienzan y finalizan en la base, o en un lugar con una diferencia horaria de no más de una hora con la base, e incluyen, al menos, un vuelo en el que la diferencia de husos horarios entre los lugares de despegue y aterrizaje es igual o superior a cuatro.

3.- El descanso adicional regulado en este artículo se realizará, con posterioridad a la rotación, en la base o en un lugar con una diferencia horaria de no más de una hora con la base.

4.- El descanso adicional previsto en este artículo se sumará al descanso que corresponde a la actividad en que se origina y, en todo caso, incluirá dos noches locales. La suma de ambos descansos se ajustará a los siguientes valores:

- a) Cuando el tiempo transcurrido entre la salida y llegada a la base sea menor o igual a sesenta horas, se dispondrá de un descanso mínimo consistente en el mayor de los siguientes tiempos: treinta y seis horas o el correspondiente a multiplicar por cuatro la máxima diferencia de husos durante la rotación.
- b) Cuando el tiempo transcurrido entre la salida y llegada a la base sea superior a sesenta horas, se dispondrá de un descanso mínimo consistente en el mayor de los siguientes tiempos: treinta y seis horas o el correspondiente a multiplicar por seis la máxima diferencia de husos durante la rotación.
- c) En el caso de que durante la rotación se haya extendido el período de actividad de vuelo por descanso en vuelo, el descanso definido en los puntos a) y b) anteriores no será en ningún caso inferior a cuarenta y ocho horas.

5.- Se deberá disfrutar al menos de catorce horas libres de actividad antes de un período de actividad de vuelo, en el que la diferencia de husos horarios entre los lugares de despegue y aterrizaje sea igual o superior a cuatro.

6.- Los tiempos de descanso establecidos en el apartado 4 podrán reducirse, siempre que: a) con anterioridad al período de actividad de vuelo que finaliza en la base se haya disfrutado de un descanso que incluya tres noches locales, b) la actividad de

vuelo subsiguiente no supere las once horas, y c) el descanso posterior a esta actividad de vuelo incluya, igualmente, tres noches locales.

7.- Cuando, a continuación de una rotación hacia el oeste, se realice una rotación hacia el este, así como en el caso contrario, el descanso entre ambas rotaciones incluirá al menos tres noches locales. El descanso entre ambas rotaciones se podrá reducir incluyendo sólo dos noches locales, si el descanso posterior a ambas rotaciones incluye cuatro noches locales.

#### Reducción de los tiempos de descanso.

1.- Los tiempos de descanso podrán reducirse en un máximo de tres horas siempre que resten, al menos, diez horas de descanso, cuando éste tenga lugar fuera de base, o doce horas de descanso, cuando éste tenga lugar en la base, y siempre que:

- a) El período de descanso reducido permita un mínimo de nueve horas en un alojamiento adecuado.
- b) El período de actividad de vuelo posterior al descanso reducido disminuya por el mismo tiempo en que se haya visto reducido el descanso.
- c) El período de descanso posterior al que ha sido reducido se incremente en el mismo tiempo en que se haya visto reducido el descanso precedente.

2.- No se podrá programar a un tripulante la reducción del tiempo de descanso más de tres veces en un período de noventa días consecutivos, sin perjuicio de los descansos reducidos sobrevenidos por circunstancias imprevistas.



Se entiende por circunstancias imprevistas aquellas que se den con posterioridad al inicio de la actividad de vuelo del tripulante, no se hayan podido prever con anterioridad a su presentación y estén fuera del control del operador.

3.- No se podrá reducir el descanso cuando:

- a) La actividad precedente o posterior incluya una extensión del período de actividad de vuelo por descanso en vuelo.
- b) En el período de actividad de vuelo anterior o posterior se crucen cuatro o más husos horarios.

Segunda noche local.

La segunda noche local podrá comenzar a las veinte horas, como máximo en dos ocasiones durante un período de cincuenta y seis días, siempre que el período de descanso semanal tenga una duración de al menos cuarenta horas.

Extensión de los períodos de actividad de vuelo por descansos en vuelo para tripulaciones de vuelo.

1.- La extensión de los períodos de actividad de vuelo como consecuencia del incremento de la tripulación de vuelo deberá ajustarse a los requisitos que se establecen en el Real Decreto 1952/2009, de 18 de diciembre, por el que se adoptan requisitos relativos a las limitaciones del tiempo de vuelo y actividad y requisitos de descanso de las tripulaciones de servicio en aviones que realicen transporte aéreo comercial.

A estos efectos, se entenderá como tripulación doblada el aumento de la tripulación de forma que cada miembro de la tripulación de vuelo pueda ser relevado de sus funciones, al menos, durante la mitad del tiempo total de vuelo correspondiente a dicho período de actividad de vuelo.

Si el aumento de tripulación no permite el relevo de funciones durante el tiempo previsto en el párrafo anterior, se entenderá como tripulación reforzada.

2.- El período de actividad de vuelo se podrá extender por descanso en vuelo hasta un máximo del tiempo que resulte de la suma del período básico de vuelo más la extensión prevista en el anexo, parte B del Real Decreto 1952/2009, de 18 de diciembre, que resulte de aplicación en función del lugar de descanso en vuelo y de la existencia de tripulación doblada o reforzada.

En ningún caso podrán superarse los tiempos máximos del período de actividad de vuelo extendido por descanso.

El número de aterrizajes estará limitado a un máximo de tres quedando excluidos los sectores de posicionamiento.

3.- En el caso de que el período de actividad de vuelo incluya tres sectores, los valores de período de actividad de vuelo extendido por descanso en vuelo, se reducirán treinta minutos, excepto que se hayan incrementado cada uno de los descansos anterior y posterior a dicha actividad de vuelo, en el tiempo correspondiente a la diferencia entre el período de actividad de vuelo extendido y trece horas (período máximo de actividad de vuelo básico).

4.- El período de actividad de vuelo extendido obtenido conforme a lo establecido en los apartados 2 y 3, podrá incrementarse en una hora, sin que se superen los máximos establecidos en el apartado 2, siempre que se den las siguientes condiciones:

- a) Los descansos anterior y posterior al período de actividad de vuelo extendido tengan una duración mínima de veinte horas cada uno.
- b) Los descansos anterior y posterior al período de actividad de vuelo extendido sumen un mínimo de sesenta horas.
- c) El lugar de descanso permita disponer de un respaldo con una inclinación sobre la vertical de cuarenta y cinco grados o superior, y disponga de apoyo para los pies.

5.- Para poder extender el período de actividad en vuelo por descanso en vuelo cuando el lugar de descanso deberán darse las siguientes condiciones:

- a) Que todos los miembros de la tripulación de vuelo hayan pasado, al menos, las tres noches locales anteriores en un lugar con una diferencia horaria igual o inferior a una hora respecto de la del lugar de inicio del período de actividad de vuelo cuando éste se inicia en la base.
- b) Que los descansos anterior y posterior a la actividad de vuelo extendido, que correspondan, se incrementen en tres horas, cada uno.

- c) Que ningún miembro de la tripulación de vuelo realice más de dos períodos de actividad de vuelo extendido conforme a lo previsto en este apartado en un período de cinco días consecutivos.
- d) Que el lugar de descanso para la tripulación de vuelo reúna las mejores condiciones posibles, a cuyo efecto se habilitarán como área de descanso por cada tripulante de vuelo adicional, como mínimo, tres asientos consecutivos.

Extensión de los períodos de actividad de vuelo por descansos en vuelo para tripulaciones de cabina de pasajeros.

1.- A efectos de determinar los requisitos relativos al tiempo de descanso mínimo en vuelo de los miembros de la tripulación de cabina conforme el período de actividad de vuelo para la tripulación de cabina de pasajeros podrá extenderse hasta los máximos siguientes, siempre que se respete el período de descanso mínimo previsto en cada caso:

- a) Un máximo de dieciocho horas y treinta minutos siempre que cada tripulante descansa una tercera parte del tiempo de duración del trayecto total, sustrayendo del tiempo total de vuelo una hora por cada sector.
- b) Un máximo de dieciséis horas y treinta minutos siempre que cada tripulante descansa una cuarta parte del tiempo de duración del trayecto total, sustrayendo del tiempo total de vuelo una hora de cada sector.
- c) Un máximo de quince horas siempre que cada tripulante quede relevado de todo servicio durante una hora.

2.- El lugar de descanso habilitado para poder extender la actividad de vuelo por descanso en vuelo será un asiento de la cabina de pasajeros, pudiendo el operador sustituirlo por otro lugar con al menos las mismas condiciones de confortabilidad para el descanso.

3.- En caso de extensión del período de actividad, el número de aterrizajes estará limitado a un máximo de tres quedando excluidos los sectores de posicionamiento.

4.- En ningún caso, el período de actividad de vuelo extendido por descanso en vuelo será superior al período de actividad de vuelo extendido que corresponda a la tripulación de cabina de vuelo.

Anexo Real Decreto 1952/2009, de 18 de diciembre

Extensión de períodos de actividad de vuelo para tripulaciones de vuelo por descansos en vuelo

- Parte A. Lugar de descanso

1. El período de actividad de vuelo podrá extenderse en función del lugar en el que se realice el descanso en vuelo. A estos efectos, se diferencia entre los siguientes tipos de lugar de descanso:

a) Si el lugar de descanso permite disponer de un respaldo con una inclinación sobre la vertical de setenta grados o superior.

b) Si el lugar de descanso permite disponer de un respaldo con una inclinación sobre la vertical de cuarenta y cinco grados o superior.

c) Si el lugar de descanso es un asiento reclinable que no cumple con ninguno de los requisitos anteriores.

2. En caso de que el lugar habilitado para el descanso sea una butaca correspondiente a la cabina de pasajeros del avión, no podrán ser utilizados por pasajeros los asientos adyacentes al lugar de descanso, hasta el pasillo.

## **9. JORNADA LABORAL DE LOS CONTROLADORES CIVILES DE TRÁNSITO AEREO**

El Real Decreto 1001/2010, de 5 de agosto, establece las normas de seguridad operacional aplicables a los tiempos de actividad y descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo, según lo previsto en el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, estas normas de seguridad operacional son compatibles con la legislación laboral, que será de aplicación en lo regulado expresamente en él, y conforme a la cual se garantizan los derechos laborales de los controladores aéreos, incluida la salud y seguridad en el trabajo.

Para la correcta explicación de los requisitos en materia de descansos de este colectivo debemos prestar atención a los siguientes conceptos, definidos en la propia ley:

a) Actividad operacional: tiempo durante el cual un controlador de tránsito aéreo ejerce de manera efectiva las atribuciones de la anotación de unidad de su licencia en una posición operacional.

b) Actividad aeronáutica: tiempo en el que el controlador de tránsito aéreo realiza una actividad operacional, incluyendo además los descansos parciales, el periodo de imaginaria computable (art. 13, RD 1001/2010, de 5 de agosto) y el tiempo dedicado a la formación de unidad gestionando tráfico aéreo real. Para el cómputo de la actividad aeronáutica mensual, se considerarán meses de 30 días o 720 horas consecutivas.

c) Descanso parcial: tiempo exento actividad operacional que computa como actividad aeronáutica.

d) Descanso: período ininterrumpido y definido de tiempo durante el cual un controlador de tránsito aéreo queda relevado de toda actividad y de la prestación de imaginaria. Para el cómputo de los descansos mensuales, se considerarán meses de 30 días naturales o 720 horas consecutivas.

h) Imaginaria: guardias localizadas o periodo durante el cual y de forma previamente organizada, el controlador de tránsito aéreo está a disposición del prestador de servicios de tránsito aéreo y durante el cual puede ser requerido para prestar servicio de control de tránsito aéreo.

i) Período de actividad: duración de la actividad aeronáutica u operacional, según sea el caso, que debe realizar el controlador de tránsito aéreo conforme a la organización diseñada por el proveedor designado para la provisión de servicios de control de tránsito aéreo.

Limitaciones de tiempos de actividad aeronáutica y requisitos de descanso

Período de actividad aeronáutica diaria, mensual y anual.

1.- La duración máxima de un período continuo de actividad aeronáutica es de 10 horas, debiendo garantizarse un descanso mínimo de 12 horas entre la finalización de un período de actividad aeronáutica y el inicio del siguiente.

2.- La actividad aeronáutica mensual no superará las 200 horas.

3.- La actividad aeronáutica anual no excederá de 1.670 horas, sin perjuicio de la posibilidad de ser incrementada con horas extraordinarias hasta un máximo de 80 horas anuales (art. 35, ET)

Períodos consecutivos de actividad aeronáutica y descansos.

1.- La duración de los períodos consecutivos de actividad aeronáutica no podrá exceder de 50 horas. Tampoco podrán realizarse más de 6 períodos consecutivos de actividad aeronáutica con independencia de la duración diaria de cada período de actividad aeronáutica.

Al finalizar los períodos de actividad aeronáutica previstos en el párrafo anterior, se deberá garantizar al controlador de tránsito aéreo un descanso mínimo de 60 horas, que podrán reducirse siempre que se respete, como mínimo, lo previsto en el apartado siguiente.

2.- El descanso mensual mínimo será de 180 horas distribuidas, al menos, en tres períodos de descanso de una duración mínima, cada uno de ellos, no inferior a 54 horas.

3.- Cuando el proveedor de servicios de control de tránsito aéreo programe menos de 6 períodos consecutivos de actividad aeronáutica, siempre que la duración



total de la actividad aeronáutica durante ellos sea inferior a 50 horas, el descanso mensual mínimo será el indicado en el apartado anterior. No obstante, podrá reducirse la duración mínima de alguno de los periodos de descanso a 48 horas.

#### Períodos de actividad operacional y descansos parciales.

La duración máxima de un período de actividad operacional continuo no excederá de 2 horas, debiendo garantizarse a su finalización un descanso parcial mínimo de 30 minutos, salvo lo previsto para unidades con períodos de baja densidad de tráfico y torres monoposición (art. 8, R 1001/2010, de 5 de agosto).

No obstante, el proveedor designado para la prestación de servicios de control de tránsito aéreo podrá decidir que el descanso parcial previsto en el párrafo anterior se fraccione en el transcurso de dicho período operacional de 2 horas, siempre que garantice que la suma de los descansos parciales fraccionados alcance la duración mínima de 30 minutos.

#### Unidades con períodos de baja densidad de tráfico y torres monoposición.

1.- En las unidades que presenten períodos de baja carga de trabajo y la actividad del tráfico aéreo al que se presta servicio sea discontinua el proveedor designado para la prestación de servicios de control de tránsito aéreo podrá ampliar la duración del período de actividad operacional continuo hasta un máximo de 4 horas.

En la ampliación de la duración del período de actividad operacional continua deberá asegurarse al controlador de tránsito aéreo un descanso o descansos parciales equivalentes al establecido para los períodos de actividad operacional y descansos

parciales, ampliándolo de forma proporcional al tiempo en que se haya ampliado el período de actividad operacional.

Con antelación suficiente a la ampliación de la duración del período de actividad operacional continuo, el proveedor designado para la prestación de servicios de control de tránsito aéreo, deberá remitir a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea un informe en el que justifique la ampliación atendiendo a las demandas de tráfico, a las posiciones operacionales y a cualquier otra circunstancia relevante a efectos de dicha ampliación.

2.- En las torres de control cuya carga de trabajo permita que sean atendidas por una sola posición operacional, el periodo de actividad aeronáutica continua podrá ampliarse hasta un máximo de 12 horas.

En el caso de que se produzca esta ampliación, se garantizará que el controlador de tránsito aéreo disfruta de un descanso parcial durante el periodo diario de actividad aeronáutica de, al menos, 1 hora y 30 minutos que podrá ser distribuido libremente por el proveedor designado para la prestación de servicios de control de tránsito aéreo. En este supuesto no se aplicará la duración máxima del período de actividad operacional continuo de 2 horas.

El proveedor designado para la prestación de servicios de control de tránsito aéreo, deberá establecer la coordinación con los servicios de control de aproximación que resulte necesaria para garantizar el descanso parcial previsto en el párrafo anterior.

Relevos.

1.- Para asegurar traspaso de funciones ordenado en el relevo de los controladores al inicio y finalización de un período de actividad aeronáutica, el proveedor designado para la prestación de servicios de control de tránsito aéreo podrá

ampliar la duración máxima del periodo continuo de actividad aeronáutica por el tiempo que se requiera para hacer la transferencia, hasta un máximo de 15 minutos.

El periodo de tiempo dedicado a hacer el traspaso de funciones computará como actividad operacional para el controlador que finalice su actividad.

Para el controlador de tránsito aéreo que inicie su período de actividad, esta ampliación no computará a efectos de duración máxima del período de actividad aeronáutica, aunque sí será computable como tiempo de trabajo efectivo.

2.- La duración mínima de cada uno de los períodos de descanso podrá reducirse hasta un máximo de 30 minutos a los exclusivos efectos previstos en el apartado anterior, debiendo garantizarse, en todo caso, el número de horas de descanso mensual.

Período de actividad aeronáutica nocturna.

1. Se considera actividad aeronáutica nocturna, aquélla que transcurre, total o parcialmente, entre la 01:30 horas y las 05:29 horas.

2. La duración máxima del periodo continuo de actividad aeronáutica nocturna es de 9 horas 30 minutos, debiendo concluir como muy tarde a las 07:30 horas.

Cuando finalice un período de actividad aeronáutica nocturna deberá garantizarse un descanso mínimo de 48 horas antes del siguiente período de actividad diurna, salvo que el proveedor designado para la prestación de servicios de control tránsito aéreo programe dos períodos consecutivos de actividad aeronáutica nocturna, en cuyo caso deberá respetarse lo dispuesto en el apartado 3.

3. Sólo podrán realizarse dos períodos consecutivos de actividad aeronáutica nocturna, debiendo garantizarse a su finalización un período mínimo de descanso de 54 horas.

#### Período de actividad aeronáutica de madrugada.

1.- Se considera actividad aeronáutica de madrugada la que comienza entre las 05:30 horas y las 06:29 horas.

2.- La duración máxima del periodo continuo de actividad aeronáutica de madrugada será de 8 horas.

3.- En un período consecutivo de 6 días ó 144 horas, sólo podrán realizarse dos períodos de actividad aeronáutica de madrugada.

Tampoco podrán realizarse más de dos períodos consecutivos de actividad aeronáutica de madrugada, cuando ambos comiencen antes de las 06:00 horas.

4.- Cada período de actividad aeronáutica de madrugada que comience antes de las 06:00 horas, se considerará como dos períodos de actividad aeronáutica matinal a efectos de las limitaciones de no realizar más de cinco períodos de actividad aeronáutica matinal consecutivos (art. 12.2, RD 1001/2010, de 5 de agosto).

5.- En las unidades en las que, para reforzar el descanso, el proveedor designado para la prestación de servicios de control de tránsito aéreo haya reducido a 1 hora 30

minutos la duración máxima del período de actividad operacional continuo deberán cumplirse las siguientes limitaciones de los períodos de actividad operacional:

a) En la actividad aeronáutica de madrugada que comience antes de las 06:00 horas, todos los periodos de actividad operacional estarán limitados a 1 hora 30 minutos en cualquier posición operacional, esté designada como de descanso reforzado o no.

b) En la actividad aeronáutica de madrugada que comience a las 06:00 horas o después de dicha hora, en cualquier posición operacional, esté designada como de descanso reforzado o no, la primera actividad operacional estará limitada a 1 hora 30 minutos.

Período de actividad aeronáutica matinal.

1.- Se considera actividad aeronáutica matinal la que comienza entre las 06:30 horas y las 07:59 horas. La duración máxima del periodo continuo de actividad aeronáutica matinal será de 8 horas 30 minutos.

2.- No se podrán realizar más de cinco períodos de actividad aeronáutica matinal consecutivos. Para el cálculo de este límite se contabilizarán los períodos de actividad aeronáutica de madrugada, computándose como dobles cada período de actividad aeronáutica de madrugada que comience antes de las 06:00 horas.

Imaginaria (guardias localizadas o periodo durante el cual y de forma previamente organizada, el controlador de tránsito aéreo está a disposición del prestador de servicios de tránsito aéreo y durante el cual puede ser requerido para prestar servicio de control de tránsito aéreo)

1.- La duración máxima de un período de imaginaria es de 20 horas. El tiempo de imaginaria en el lugar del trabajo computará doble a efectos de la limitación prevista en el párrafo anterior.

2.- El periodo de imaginaria no computará como actividad aeronáutica si se realiza fuera del lugar de trabajo. La imaginaria realizada en el lugar de trabajo computará como actividad aeronáutica aun cuando el controlador no sea convocado para la realización de actividad operacional. En este último supuesto, a la actividad operacional que realice el controlador de tránsito aéreo, además de las limitaciones, ampliaciones y descansos que le resulten aplicables conforme a lo establecido en los artículos anteriores, le será de aplicación el límite previsto en el apartado primero.

3.- En un período consecutivo de 6 días o 144 horas no podrán realizarse más de dos imaginarias.

4.- Tras un servicio de imaginaria nocturna en la que el controlador no haya sido convocado a su centro de trabajo o cuando realice la imaginaria nocturna en el centro de trabajo, se le garantizará un descanso de, al menos, hasta el mediodía del día siguiente al del servicio nocturno cubierto por dicha imaginaria.

5.- El proveedor designado para la prestación de servicios de control de tránsito aéreo evitará, en la medida de lo posible, que en una imaginaria el controlador de tránsito aéreo sea convocado en más de una ocasión al lugar de trabajo.

Modificación de los períodos de actividad aeronáutica y descansos por circunstancias imprevistas.

1.- Cuando sea preciso para dar respuesta a circunstancias imprevistas, temporales y de corta duración, tales como dificultades en la unidad o demandas de tráfico inhabituales no previsibles, el proveedor designado para la prestación de servicios de control de tránsito aéreo podrá modificar temporalmente los periodos de actividad aeronáutica hasta un máximo de 2 horas 30 minutos. En estos casos el descanso antes del siguiente periodo de actividad se incrementará en cuatro horas.

2.- Tan pronto como sea posible el proveedor designado para la prestación de servicios de control de tránsito aéreo comunicará a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea la modificación realizada y, en todo caso, en un plazo no superior a 72 horas desde que se acordó la modificación de los períodos de actividad aeronáutica.

3.- La comunicación a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea deberá contener información detallada sobre los siguientes extremos:

- a) Las razones que justifican la necesidad de la medida y otras alternativas valoradas, así como las causas que desaconsejan la adopción de éstas últimas.
- b) Los tiempos de actividad aeronáutica y los descansos, así como los límites de la actividad operacional continua y los descansos parciales, previstos o acordados, según sea el caso.
- c) La duración de la medida.

4.- La ampliación injustificada de los períodos de actividad aeronáutica se considera incumplimiento de lo dispuesto en este real decreto pudiendo dar lugar a las responsabilidades administrativas que resulten procedentes.

Modificación de los períodos de actividad aeronáutica para atender demandas extraordinarias de tráfico aéreo.

1.- Cuando sea preciso para dar respuesta a circunstancias extraordinarias previsibles de carácter temporal, el proveedor designado para la prestación de servicios de control de tránsito aéreo podrá modificar temporalmente los periodos de actividad aeronáutica y los descansos previstos en el capítulo anterior, previa autorización por la Agencia Estatal de Seguridad Aérea.

2.- En la solicitud de autorización, el proveedor designado para la prestación de servicios de control de tránsito aéreo deberá identificar:

- a) Las circunstancias extraordinarias que justifican la modificación y su duración.
- b) La programación de los tiempos de actividad aeronáutica y los descansos, así como los límites de la actividad operacional continua y los descansos parciales.
- c) Las medidas alternativas consideradas y las razones que las desaconsejan. La Agencia Estatal de Seguridad Aérea, con antelación suficiente para permitir la aplicación de la programación, autorizará la modificación cuando quede acreditada la concurrencia de las circunstancias extraordinarias de carácter temporal y la dificultad o desproporción de adoptar otras medidas alternativas, siempre que la programación respete los límites a las modificaciones de los períodos de actividad (art. 18, RD 1001/2010, de 5 de agosto).



Se entenderá concedida la autorización para modificar temporalmente los períodos de actividad aeronáutica y los descansos, cuando la Agencia Estatal de Seguridad Aérea no haya dictado su resolución cinco días hábiles antes de la fecha de aplicación de la programación para la que se solicita autorización.

3.-En el ejercicio de esta facultad, la Agencia Estatal de Seguridad Aérea deberá tener en cuenta:

- a) La cantidad, tipo y la complejidad del tráfico reciente y las previsiones de tráfico manejadas en la unidad y la posición de que se trate.
- b) Las horas de funcionamiento publicadas de la unidad.
- c) El patrón de cambios en la operación en el momento de cualquier cambio que se trate.
- d) La cualificación y la disponibilidad de personal de apoyo y de supervisión.
- e) Los problemas excepcionales de personal temporal.
- f) El equipo en uso en la unidad.
- g) Los problemas excepcionales de equipamiento temporal.
- h) El tipo de puesto en la unidad.
- i) Los factores que pueden compensar, o beneficios que puedan derivarse de cualquier modificación.

j) Otras cuestiones que la Agencia Estatal de Seguridad Aérea considere pertinentes o que hayan sido puestas en evidencia por el proveedor designado para la prestación de servicios de control de tránsito aéreo.

Límites a las modificaciones de los períodos de actividad.

Las modificaciones de los períodos de actividad y descansos que se produzcan deben respetar, en todo caso:

a) El límite de la actividad aeronáutica mensual de las 200 horas, la actividad aeronáutica anual no excederá de 1.670 horas, sin perjuicio de la posibilidad de ser incrementada con horas extraordinarias hasta un máximo de 80 horas anuales.

b) Un período mínimo de descanso de 180 horas mensuales, en su caso, computadas en un período de 2 meses.

Tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia de los controladores de tráfico aéreo.

Únicamente se considerará tiempo de trabajo efectivo de los controladores civiles de tránsito aéreo aquél en el que el trabajador se encuentre a disposición del proveedor designado para la prestación de servicios de control de tránsito aéreo y realizando una actividad aeronáutica, así como, la formación práctica de trabajo usando simuladores y las evaluaciones correspondientes, y otros trabajos auxiliares relacionados con su actividad aeronáutica (arts. 8 y 14 bis, RD 1561/1995, de 21 de septiembre).

Se considerarán tiempos de presencia, no computables a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, ni para el límite máximo de las horas extraordinarias, los tiempos de imaginaria fuera del lugar de trabajo, los reconocimientos médicos necesarios para obtener o mantener la licencia de controlador de tránsito aéreo, la formación continuada distinta de la formación práctica de trabajo prevista en el párrafo anterior u otras similares.

Para los controladores de tránsito aéreo el tiempo de trabajo nocturno es aquélla que transcurre, total o parcialmente, entre la 01:30 horas y las 05:29 horas. La duración máxima del periodo continuo de actividad aeronáutica nocturna es de 9 horas 30 minutos, debiendo concluir como muy tarde a las 07:30 horas (art.10, RD 1001/2010, de 5 de agosto).

## **10. LA JORNADA LABORAL EN EL CONTRATO DE FORMACIÓN**

La actividad formativa del contrato para la formación y el aprendizaje será la necesaria para la obtención de un título de formación profesional de grado medio o superior o de un certificado de profesionalidad o, en su caso, certificación académica o acreditación parcial acumulable, debiendo ser programada de acuerdo a los reales decretos que regulan cada certificado de profesionalidad o cada ciclo formativo.

La Orden ESS/1249/2015, de 19 de junio, ha establecido que cuando no exista título de formación profesional o certificado de profesionalidad relacionados con el trabajo efectivo a realizar, o centros formativos disponibles para su impartición, en los contratos celebrados hasta el 31 de diciembre de 2015 (hasta ahora el plazo era hasta el 30 de junio de 2015), la actividad formativa inherente a estos contratos estará constituida por los contenidos mínimos orientativos establecidos en el fichero de

especialidades formativas, accesible para su consulta en las páginas web del Servicio Público de Empleo Estatal [www.sepe.es](http://www.sepe.es) y en las de los Servicios Públicos de Empleo correspondientes de las Comunidades Autónomas, para las ocupaciones o especialidades relativas a la actividad laboral contemplada en el contrato. Si no existiera, estará constituida por los contenidos formativos determinados por las empresas o comunicados por estas al Servicio Público de Empleo Estatal, a los efectos de su validación en el marco del Sistema Nacional de Empleo.

El trabajador deberá recibir la formación inherente al contrato para la formación y el aprendizaje directamente en un centro formativo de la red a que se refiere la D. A. 5 Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, previamente reconocido para ello por el Sistema Nacional de Empleo. No obstante, también podrá recibir dicha formación en la propia empresa cuando la misma dispusiera de las instalaciones y el personal adecuados a los efectos de la acreditación de la competencia o cualificación profesional a que se refiere el apartado e) del 11.2 ET, sin perjuicio de la necesidad, en su caso, de la realización de periodos de formación complementarios en los centros de la red mencionada.

La actividad laboral desempeñada por el trabajador en la empresa deberá estar relacionada con las actividades formativas. La impartición de esta formación deberá justificarse a la finalización del contrato.

El tiempo de trabajo efectivo, que habrá de ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas, no podrá ser superior al 75 por 100 durante el primer año, o al 85 por 100, durante el segundo y tercer año, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo, o, en su defecto, a la jornada máxima legal.

## Jornada laboral en el contrato para la formación y el aprendizaje

El tiempo de trabajo efectivo, que habrá de ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas, no podrá ser superior al 75 por 100 durante el primer año, o al 85 por 100, durante el segundo y tercer año, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo, o, en su defecto, a la jornada máxima legal.

### Tiempo de trabajo efectivo

El contrato para la formación y el aprendizaje se celebrará a tiempo completo, destinándose una parte de ese tiempo al desempeño de una actividad laboral retribuida y otra parte al desarrollo de una actividad formativa relacionada con el puesto de trabajo que ocupa la persona trabajadora (Art. 8, Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre).

El tiempo dedicado a la actividad formativa, como se ha citado, no podrá ser inferior al 25 por 100 durante el primer año, o al 15 por 100 durante el segundo y tercer año, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal (Art. 3, Orden ESS/2518/2013, de 26 de diciembre).

Para el cálculo del tiempo dedicado a la actividad formativa se tomará como referencia la jornada anual, no computándose en ella los días de vacaciones.

Los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes (Apdo. 3, Art. 35 ET). Tampoco podrán realizar trabajos nocturnos ni trabajo a turnos.

En los supuestos en que la jornada diaria de trabajo incluya tanto tiempo de trabajo efectivo como actividad formativa, los desplazamientos necesarios para asistir al centro de formación computarán como tiempo de trabajo efectivo no retribuido.

Cuando las partes acuerden concentrar las actividades formativas en determinados períodos de tiempo durante la vigencia del contrato, deberán hacerlo constar expresamente en el acuerdo para la actividad formativa.

#### Trabajo efectivo/Obligaciones del empresario

El Estatuto de los Trabajadores establece literalmente que “[...] El trabajo efectivo que preste el trabajador en la empresa deberá estar relacionado con las tareas propias del nivel ocupacional, oficio o puesto de trabajo objeto del contrato [...]” (letra f) apdo. 2, Art. 11, ET). De conformidad con lo anterior el Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, el empresario también se encuentra obligado a proporcionar al trabajador la formación y el trabajo efectivo adecuado al objeto del contrato, debiendo impartir o concertar la Formalización y finalidad del contrato para la formación y el aprendizaje y conceder al trabajador los permisos necesarios para recibir dicha formación.

El empresario deberá igualmente tutelar el desarrollo del proceso formativo, ya sea asumiendo personalmente dicha función cuando desarrolle su actividad profesional en la empresa, ya sea designando como tutor a un trabajador de ésta, siempre que en ambos casos la persona que ejerza la función de tutoría posea la cualificación o experiencia profesional adecuada.

## **11. TRABAJADORES AUTÓNOMOS**

Se entiende por trabajador autónomo o por cuenta propia, aquel que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas, sea o no titular de empresa individual o familiar.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el interesado concurre la condición de trabajador por cuenta propia, o autónomo si el mismo ostenta la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo.

El régimen de autónomos está regulado en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, en cuanto a su régimen jurídico, así como en el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, en cuanto a su régimen de Seguridad Social.

El régimen jurídico del trabajador autónomo se aplica a los siguientes colectivos:

a) Las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.

b) Los familiares de las personas definidas en el apartado anterior hasta el segundo grado que convivan con él y que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena.

c) Los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias.

d) Los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común.

e) Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquella conforme a la Ley General de la Seguridad Social.

f) Los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

g) Cualquier otra persona que cumpla con los requisitos del primero de estos apartados.

El Estatuto del trabajador autónomo mencionado anteriormente, regula su régimen jurídico, los derechos y deberes de este colectivo, la forma y duración de los contratos, la protección en materia de prevención de riesgos laborales, la protección a menores, así como garantías económicas, sus derechos colectivos y de asociación, la protección social, y el fomento y promoción del trabajo autónomo.



Igualmente, el Estatuto regula la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente definiéndolo como aquel que realiza una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que depende económicamente por percibir de él al menos el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

Además, el trabajador autónomo económicamente dependiente debe reunir las siguientes condiciones:

- a) No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena.
- b) No contratar ni subcontratar parte o toda la actividad con terceros.
- c) No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los demás trabajadores que presten servicios laborales por cuenta del cliente.
- d) Disponer de infraestructura productiva y material propios cuando sean relevantes económicamente.
- e) Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pueda recibir de su cliente.
- f) Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad y asumiendo el riesgo y ventura de aquélla.

La relación jurídica entre el trabajador autónomo económicamente dependiente y el cliente del que depende queda regulada en el propio Estatuto en los siguientes términos:

La relación se formalizará mediante un contrato escrito, siendo obligatorio su registro público, entendiéndose pactado por tiempo indefinido, en caso de no haberse fijado una duración determinada. Mediante acuerdos de interés profesional se podrán regular condiciones específicas de la contratación.

El autónomo tendrá derecho a una interrupción de su actividad mínima de 18 días hábiles anuales, debiendo fijarse el régimen de descanso semanal y de jornada de la actividad.

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato por incumplimiento contractual de la otra, con el derecho de quien resuelve a exigir una indemnización por daños y perjuicios a la parte incumplidora. Igualmente, el trabajador autónomo económicamente dependiente podrá exigir la indemnización anterior al cliente, en caso de resolución del contrato por voluntad de éste, sin causa justificada. En caso de desistimiento del autónomo, el cliente podrá ser indemnizado, si se produce un perjuicio importante para su actividad.

Los órganos jurisdiccionales del orden social serán los competentes para conocer las pretensiones derivadas del contrato celebrado entre un trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente.

## **12. REGULACIÓN DE LA JORNADA LABORAL EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO**

La duración de la jornada de trabajo, el descanso mínimo semanal, las fiestas y las vacaciones anuales en las Cooperativas de Trabajo Asociado, se regularán en los Estatutos de la Cooperativa, el Reglamento de régimen interno o, en su defecto, la Asamblea, respetando una serie de mínimos

### **Jornada laboral en las Cooperativas de Trabajo Asociado**

La duración de la jornada de trabajo, el descanso mínimo semanal, las fiestas y las vacaciones anuales, se regularán en los Estatutos, el Reglamento de régimen interno o, en su defecto, la Asamblea, respetando, como mínimo, los siguientes extremos:

a) Doce horas de descanso entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente.

b) Los menores de 18 años no podrán realizar más de 40 horas de trabajo efectivo a la semana.

c) Las vacaciones anuales y, al menos, las fiestas mencionadas con anterioridad serán retribuidas a efectos de anticipo societario.

d) Los menores de 18 años y los mayores de 60 disfrutarán de unas vacaciones anuales mínimas de un mes.

e) Se respetarán, al menos, como fiestas, salvo en los supuestos excepcionales que lo impida la naturaleza de la actividad que desarrolle la cooperativa.

1. Natividad del Señor.

2. Año Nuevo.

3. 1 de mayo.
4. 12 de octubre.

El socio trabajador, previo aviso y justificación, tendrá derecho a ausentarse del trabajo por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente (salvo ampliación en los Estatutos, el Reglamento de régimen interno o la Asamblea General):

- a) 15 días naturales.....En caso de matrimonio.
- b) 2 días.....Nacimiento de hijo. Enfermedad grave. Fallecimiento de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (cuando el socio trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días).
- c) Un día.....Traslado del domicilio habitual.
- d) Por el tiempo indispensable.....Para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal. Para realizar funciones de representación en el movimiento cooperativo.

#### Suspensión y excedencias

En las cooperativas de trabajo asociado, se suspenderá temporalmente la obligación y el derecho del socio trabajador a prestar su trabajo (con la correspondiente pérdida de derechos y obligaciones), por los siguientes supuestos:

1. Incapacidad temporal del socio trabajador.
2. Maternidad o paternidad del socio trabajador.
3. Adopción o acogimiento de menores de cinco años.
4. Privación de libertad del socio trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria.

5. Excedencia forzosa, por designación o elección para un cargo público o en el movimiento cooperativo, que imposibilite la asistencia al trabajo del socio trabajador.
6. Causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o derivadas de fuerza mayor.
7. Por razones disciplinarias.

### **13. TIEMPO DE TRABAJO DEL PERSONAL CIVIL EN ESTABLECIMIENTOS MILITARES**

El tiempo de trabajo del personal civil no funcionario en los establecimientos de la Administración Militar y organismos autónomos de ella dependientes se regula en el art. 33, del Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio

#### **Jornada laboral**

La jornada laboral normal del personal civil no funcionario, en todos los establecimientos de la Administración Militar y organismos autónomos de ella dependientes, será de cuarenta y dos horas semanales.

El horario de trabajo que, a propuesta de las direcciones de servicios y previo informe de su correspondiente Sección Laboral, pueda ser aprobado por la Subsecretaría de Defensa, por debajo de la jornada establecida en el número anterior, se considerará como temporalmente adaptado a necesidades actuales del servicio, y no creará derecho en cuanto a su mantenimiento cuando aquellas necesidades aconsejen el restablecimiento de la jornada de cuarenta y dos horas.

No se podrá realizar diariamente más de nueve horas ordinarias de trabajo efectivo. En todo caso, entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente, mediarán como mínimo doce horas.

Quedan excluidos del régimen de jornada laboral normal los trabajadores que por razón de su especialidad tengan en la esfera laboral civil un régimen de jornada distinta de aquella.

El tiempo de trabajo se computará de modo, que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria, el trabajador se encuentre en su puesto.

Se considerará como jornada laboral normal la de aquellos trabajadores cuya función normal o en turno relativo consistan en preparar el comienzo del trabajo de los demás o realizar alguna tarea relacionada con el final de la jornada, aunque su presencia en el establecimiento por tales motivos haya de anticiparse o prolongarse respecto de la de los demás, por el tiempo estrictamente preciso para tales misiones. Sentencia nº TSJ Galicia, de 10/03/2000, Rec. 38.

Horas extraordinarias.

Cada hora de trabajo que se realice sobre la duración máxima de la jornada legalmente prevista se abonará con el incremento del 75 por 100 sobre el salario que corresponda a cada hora ordinaria.

El número de horas extraordinarias no podrá ser superior a dos al día, quince al mes, y cien al año, salvo lo previsto en el número tres de este artículo.

No se tendrá en cuenta, a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de las horas extraordinarias

autorizadas, el exceso de las trabajadas para atenciones urgentes relacionadas con la Defensa, así como para prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su abono como si se tratase de horas extraordinarias.

La prestación de trabajo en horas extraordinarias salvo exigencias derivadas de necesidades del servicio será voluntaria dentro de los límites señalados en el número dos.

Los establecimientos para disponer el trabajo en horas extraordinarias habrán de obtener la necesaria autorización superior que habrá de ser previamente informada por la correspondiente Sección Laboral.

La realización de horas extraordinarias se registrarán día a día y se totalizarán semanalmente, entregando copia del resumen semanal al trabajador.

Descanso semanal y fiestas.

Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido, que como regla general, comprenderá la tarde del sábado o en su caso, la mañana del lunes, y el día completo del domingo. Todo ello sin perjuicio de que por disposición legal se regule otro régimen de descanso laboral para actividades concretas.

Las fiestas laborales que tendrán carácter retribuido y no recuperable, no podrán exceder de catorce al año, de las cuales dos serán locales. En cualquier caso, se respetarán como fiestas de ámbito nacional las de la Natividad del Señor, año nuevo y uno de mayo, como fiesta del trabajo.

## Permisos.

El trabajador, previo aviso y justificación, podrá faltar al trabajo con derecho a remuneración en los casos, y por el tiempo, siguientes:

- Quince días naturales por razón de matrimonio.
- Dos días en los casos de nacimiento de hijo o enfermedad grave o fallecimiento de familiares dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con alguno de los citados motivos haya de efectuar un desplazamiento de más de cien kilómetros, el permiso se ampliará hasta cuatro días.
- Un día por traslado del domicilio habitual.
- Por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público, ciudadano o personal. Cuando el citado cumplimiento suponga la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del 20 por 100 de las horas laborales en un período de tres meses la Dirección del establecimiento oída la correspondiente Sección Laboral, podrá pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia forzosa regulada por el artículo cuarenta y ocho.
- Para realizar funciones de representación del personal, en los términos que legalmente se establezcan.

Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menos de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad.

Quien por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo algún menor de seis años o a un disminuido físico o psíquico que no desempeñe otra actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la



disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquella.

#### Vacaciones.

El personal tendrá derecho a una vacación anual retribuida, que será de treinta días naturales, o la parte proporcional en el caso de servicios inferiores al año para el fijo, y de dos días por cada mes o fracción de servicio para el que no tenga aquel carácter. Dicho período, siempre que lo permitan las necesidades del servicio, podrá dividirse en dos partes, a petición del trabajador, ninguna de ellas inferior a siete días.

Siempre que las necesidades del servicio lo permitan, las vacaciones se concederán preferentemente en verano, procurando atender las peticiones del personal, si bien las direcciones de los establecimientos podrán señalar un mismo período para el descanso anual.

Si el número de trabajadores y la coincidencia en cuanto a sus peticiones en un período concreto así lo aconseje, la Dirección del establecimiento formará un calendario para la rotación de los trabajadores en distintos turnos, teniendo en cuenta sus solicitudes, circunstancias familiares y antigüedad, dentro de las respectivas categorías.

Los trabajadores con responsabilidades familiares tendrán preferencia a que las suyas coincidan con las vacaciones escolares.

El calendario de vacaciones se fijará en cada establecimiento de modo que cada trabajador conozca las fechas que le correspondan, al menos, con dos meses de antelación a la del comienzo de aquellas.

#### **14. JORNADA DE TRABAJO, PERMISOS Y VACACIONES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

Las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos.

La jornada de trabajo podrá ser, a tiempo completo o a tiempo parcial.

Permisos de los funcionarios públicos.

Las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes:

a) Por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, tres días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma localidad, y cinco días hábiles cuando sea en distinta localidad.

Cuando se trate del fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, el permiso será de dos días hábiles cuando se produzca en la misma localidad y de cuatro días hábiles cuando sea en distinta localidad.

b) Por traslado de domicilio sin cambio de residencia, un día.

c) Para realizar funciones sindicales o de representación del personal, en los términos que se determine.

d) Para concurrir a exámenes finales y demás pruebas definitivas de aptitud, durante los días de su celebración.

e) En vigor desde el 18 de agosto de 2015: Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto por las funcionarias embarazadas y, en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.

f) Por lactancia de un hijo menor de doce meses tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada o, en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen.

Igualmente la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente.

Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.

g) Por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la funcionaria o el funcionario tendrá derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas diarias percibiendo las retribuciones íntegras.

Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de sus retribuciones.

h) Por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda.

Tendrá el mismo derecho el funcionario que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida.

i) Por ser preciso atender el cuidado de un familiar de primer grado, el funcionario tendrá derecho a solicitar una reducción de hasta el cincuenta % de la jornada laboral, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes.

Si hubiera más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se podrá prorratear entre los mismos, respetando en todo caso, el plazo máximo de un mes.

j) Por tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral.

k) Por asuntos particulares, seis días (con efectos de 12 de septiembre de 2015).

l) Por matrimonio, quince días.

Prestación por cuidado de menores con cáncer o enfermedad grave: Con efectos de 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, el funcionario tendrá derecho a una

reducción de la jornada de trabajo de al menos la mitad de la duración de aquélla, percibiendo las retribuciones íntegras, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del hijo menor de edad, por naturaleza o adopción, o en los supuestos de acogimiento preadoptivo o permanente del menor, afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años.

Reglamentariamente, se establecerán las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.

Asimismo, cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, las circunstancias necesarias para tener derecho a este permiso o, en su caso, puedan tener la condición de beneficiarios de la prestación establecida para este fin en el Régimen de la Seguridad Social que les sea de aplicación, el derecho a su disfrute sólo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos (con efectos de 12 de septiembre de 2015).

Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género de los funcionarios públicos.

En todo caso se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas:

a) Permiso por parto: tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del hijo y, por cada hijo a partir del segundo, en los supuestos de parto múltiple. El permiso se distribuirá a opción de la funcionaria siempre que seis semanas sean inmediatamente

posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de permiso.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir disfrutando del permiso de maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal.

En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de discapacidad del hijo o de parto múltiple.

Este permiso podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan, y en los términos que reglamentariamente se determinen.

En los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, este permiso se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales.

Durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

b) Permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple: tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada hijo, a partir del segundo, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple.

El cómputo del plazo se contará a elección del funcionario, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de disfrute de este permiso.

En el caso de que ambos progenitores trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre en periodos ininterrumpidos.

En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de adopción o acogimiento múltiple y de discapacidad del menor adoptado o acogido.

Este permiso podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades de servicio lo permitan, y en los términos que reglamentariamente se determine.

Si fuera necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, en los casos de adopción o acogimiento internacional, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante este periodo exclusivamente las retribuciones básicas.

Con independencia del permiso de hasta dos meses previsto en el párrafo anterior y para el supuesto contemplado en dicho párrafo, el permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

Durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

Los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, previstos en este artículo serán los que así se establezcan en el Código Civil o en las Leyes civiles de las Comunidades Autónomas que los regulen, debiendo tener el acogimiento simple una duración no inferior a un año.

c) Permiso de paternidad por el nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo: tendrá una duración de quince días, a disfrutar por el padre o el otro progenitor a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

Este permiso es independiente del disfrute compartido de los permisos contemplados por parto y por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente.

En los casos previstos en los apartados a, b, y c el tiempo transcurrido durante el disfrute de estos permisos se computará como de servicio efectivo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos de la funcionaria y, en su caso, del otro progenitor funcionario, durante todo el periodo de duración del permiso, y, en su caso, durante los periodos posteriores al disfrute de este, si de acuerdo con la normativa



aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del periodo de disfrute del permiso.

Los funcionarios que hayan hecho uso del permiso por parto o maternidad, paternidad y adopción o acogimiento tendrán derecho, una vez finalizado el periodo de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo en términos y condiciones que no les resulten menos favorables al disfrute del permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.

d) Permiso por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria: las faltas de asistencia de las funcionarias víctimas de violencia de género, total o parcial, tendrán la consideración de justificadas por el tiempo y en las condiciones en que así lo determinen los servicios sociales de atención o de salud según proceda.

Asimismo, las funcionarias víctimas de violencia sobre la mujer, para hacer efectiva su protección o su derecho de asistencia social integral, tendrán derecho a la reducción de la jornada con disminución proporcional de la retribución, o la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que sean aplicables, en los términos que para estos supuestos establezca la Administración Pública competente en cada caso.

#### Vacaciones de los funcionarios públicos.

Los funcionarios públicos tendrán derecho a disfrutar, durante cada año natural, de unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles, o de los días que correspondan proporcionalmente si el tiempo de servicio durante el año fue menor.

No se considerarán como días hábiles los sábados, sin perjuicio de las adaptaciones que se establezcan para los horarios especiales.

Vacaciones adicionales por antigüedad en la Administración General del Estado.

Desde el 12/09/2015 en la Administración General del Estado, organismos y entidades vinculados o dependientes, en el supuesto de haber completado los años de antigüedad en la Administración que se indican, se tendrá derecho al disfrute de los siguientes días de vacaciones anuales (DA14 ,Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre):

- Quince años de servicio: Veintitrés días hábiles.
- Veinte años de servicio: Veinticuatro días hábiles.
- Veinticinco años de servicio: Veinticinco días hábiles.
- Treinta o más años de servicio: Veintiséis días hábiles

Empleados Públicos. Ausencias por enfermedad o accidente que no den lugar a incapacidad temporal

La DA38 Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, ha dispuesto que la ausencia al trabajo por causa de enfermedad o accidente que no dé lugar a una situación de incapacidad temporal, por parte del personal al que se refiere el Art. 9 ,Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, comportará la aplicación del mismo descuento en nómina previsto para la situación de incapacidad temporal en los términos y condiciones que establezcan respecto a su personal cada una de las Administraciones Públicas.

Añade esta disposición adicional que en el caso de la Administración del Estado, organismos y entidades de derecho público dependientes de la misma y órganos constitucionales, el descuento a que se refiere el apartado anterior no se aplicará cuando el número de días de ausencia por enfermedad o accidente en el año natural no supere la cifra que se establezca por Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y con los requisitos y condiciones determinados en la misma. La presente Orden da cumplimiento a esta previsión si bien referida únicamente al personal de la Administración del Estado, organismos y entidades de derecho público dependientes de la misma, quedando pendiente lo referido al personal de los órganos constitucionales debido a su regulación bajo legislación específica propia.

En virtud de lo anterior, la Orden HAP/2802/2012, de 28 de diciembre, por la que se desarrolla para la Administración del Estado y los organismos y entidades de derecho público dependientes de la misma, lo previsto en la DA38 ,Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 (en vigor desde el 1 de enero de 2013), en materia de ausencias por enfermedad o accidente que no den lugar a incapacidad temporal, regula el número de días de ausencia por enfermedad o accidente en el año natural a los que no resulta de aplicación el descuento en nómina previsto en la DA38 ,Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, así como fijar los requisitos y condiciones bajo los cuales se debe realizar dicho descuento.

2. El ámbito de aplicación de esta Orden se extiende al personal al servicio de la Administración del Estado y a los organismos y entidades de derecho público dependientes de la misma, cualquiera que sea su relación jurídica con la Administración y su régimen de Seguridad Social.

Descuento en nómina

1. Los días de ausencia al trabajo por parte del personal señalado, que superen el límite de días de ausencia al año, motivadas por enfermedad o accidente y que no den lugar a una situación de incapacidad temporal, comportarán la misma deducción de retribuciones del 50% prevista para los tres primeros días de ausencia por incapacidad temporal en el Art. 9, Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

2. Cuando se incumpla la obligación, derivada de las previsiones del régimen de Seguridad Social que resulte de aplicación, de presentar en plazo el correspondiente parte de baja, se aplicará lo previsto para las ausencias no justificadas al trabajo en la normativa reguladora de la deducción proporcional de haberes y en las normas reguladoras de la jornada y el horario de aplicación en cada ámbito.

3. La deducción de retribuciones se aplicará en los mismos términos y condiciones que se establecen en la Instrucción conjunta de las Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y de Presupuestos y Gastos de 15 de octubre de 2012, por la que se dispone dar cumplimiento a las previsiones del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en relación con la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración del Estado, siendo de aplicación los plazos y el cómputo de los mismos previstos en dicha Instrucción conjunta.

#### Días de ausencia sin deducción de retribuciones

El descuento en nómina regulado en el artículo anterior no será de aplicación a cuatro días de ausencias a lo largo del año natural, de las cuales sólo tres podrán tener lugar en días consecutivos, siempre que estén motivadas en enfermedad o accidente, y no den lugar a incapacidad temporal. Ello exigirá la justificación de la ausencia en los

términos establecidos en las normas reguladoras de la jornada y el horario de aplicación en cada ámbito.

Jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral.

Las Administraciones Públicas son competentes para establecer la ordenación del tiempo de trabajo del personal a su servicio, de acuerdo con el Art. 47 ,Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público.

Esta competencia debe ser ejercida respetando, a su vez, lo establecido en el apdo. 1 m) Art. 37 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, mismo texto legal que señala como materias objeto de negociación las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas y permisos.

La jornada general de trabajo en el Sector Público ha quedado establecida en la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, fijando que la misma no podrá ser inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

**XXV. ACCIDENTE DE TRABAJO FUERA DE LA JORNADA  
LABORAL. PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD**

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que ha sufrido el trabajador en el lugar del trabajo a pesar de no encontrarse durante su jornada.

STS de 09/05/2006. Un trabajador de una empresa de construcción, sufrió un accidente que le costó la vida, mientras se encontraba, en el lugar de trabajo, fuera de las horas de prestación efectiva del mismo. El accidente se produjo por derrumbamiento de uno de los muros de la casa que se encontraba en proceso de rehabilitación, en el cual trabajaba el finado. El horario de trabajo comprendía de las 8 a las 13:40 horas y de 15 a 17 hs, ocurriendo el accidente sobre las 14:00-15:00 horas, cuando el trabajador se hallaba comiendo en la obra, sin que la empresa lo hubiera dispuesto así.

El apdo. 5, Art. 34 Estatuto de los Trabajadores, establece que el “tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”, en el supuesto de estudio el accidente no sucedió en el espacio temporal citado por el ET sino en el tiempo de interrupción de la jornada que al no encontrarse en el supuesto de jornada diaria continuada (Art. 34 ET), de esta forma, “se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo” (apartado. 3, 156 LGSS), ya que, como establece en un caso idéntico al estudia el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2.006 (R. 2932/2004) sobrevino durante la jornada de trabajo, porque en supuestos como el presente es práctica generalizada que los trabajadores dedicados a la construcción realicen sus comidas de medio día en el propio centro de trabajo, por las dificultades que entraña la satisfacción de esta necesidad en su domicilio y el coste adicional que supondría comer en un establecimiento público.

## **XXVI. TRABAJO Y DESCANSO DESDE LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS LABORALES**

El descanso es consustancial con el trabajo. Uno no puede tener verdadero significado sin el otro, y para que ambos se desarrollen de manera eficaz habrá que encontrar el punto de equilibrio para complementarse de manera alternativa y armoniosa. Para mantener un nivel de atención considerable o bien realizar unos esfuerzos físicos continuados, por pequeños que éstos sean, es imprescindible introducir pausas a diferentes frecuencias y no siempre fácilmente predecibles, para recuperar los niveles óptimos de rendimiento esperados y no generar daños a la salud. Pero hay muchos tipos necesarios de descanso: las vacaciones anuales, el descanso semanal y el diario, esenciales para la vida personal o familiar y la recuperación de nuestra actividad biológica y laboral, y finalmente, las pausas durante la propia jornada de trabajo, que hacen posible que ésta pueda desarrollarse de manera saludable y eficiente.

El descanso podrá desarrollarse en condiciones satisfactorias y debidamente controladas siempre que se disponga del tiempo y la frecuencia necesaria, del espacio idóneo y de suficiente calidad en su contenido, o bien, será deficitario, repercutiendo negativamente en el trabajo y en la propia persona.

No obstante, el ser humano busca refugio para el descanso allí donde se encuentre, aunque no se le facilite debidamente. Recuerdo una interesante experiencia hace unos años en unos talleres gráficos de una empresa pública fuera de nuestro país, en donde la dirección general no había considerado necesario disponer de tiempo y lugares de descanso, pero los trabajadores habían construido con material fungible unos espacios de tranquilidad entre sus máquinas en confabulación con sus

mandos medios para tomarse cortas pausas fuera de las miradas de la alta dirección. Nos demuestra, con tantos otros ejemplos que podríamos citar, que la dignidad y la libertad del ser humano no pueden anularse.

La fatiga representa una disminución involuntaria de la resistencia y de la capacidad de trabajo y el trabajador responde a la misma de una manera consciente, aprovechando los medios disponibles, o bien inconscientemente, con pérdida de capacidades, desatención a sus menesteres y en último término con deterioro de su bienestar. Lamentablemente, muchísimo tiempo se pierde en las organizaciones por actuaciones no productivas y que tampoco sirven para un descanso efectivo y estimulante. La razón es múltiple, muchas veces se encuentra en: la falta de contenido enriquecedor del trabajo o la no identificación del trabajador con sus cometidos; otras, la no debida planificación del trabajo, no disponiendo los trabajadores de la autonomía necesaria para organizar sus tiempos de trabajo. Una evidencia de ello es que nuestro país destaca por una mayor presencia de los trabajadores en los centros de trabajo, con una menor productividad en relación al contexto europeo. Es destacable lo que podría denominarse la fatiga subjetiva, que en realidad no es debida a factores fisiológicos o ambientales. Tampoco es una fatiga psicológica propiamente dicha derivada del estrés en el trabajo o la carga mental. Es generada por la rutina o la falta de contenidos y de perspectivas en el trabajo. De buen seguro que tal fatiga no valorada, se acumula a los otros tipos de fatiga para generar notorias pérdidas de productividad.

Una buena planificación del tiempo de trabajo y de descanso comporta mayor eficiencia productiva y obviamente, menor fatiga, con un mejor control de la misma. Pero también la calidad espacial y ambiental del espacio de descanso es determinante para que éste pueda realizarse satisfactoriamente y con el tiempo mínimo necesario. No obstante, la prevención o minimización de la fatiga debe radicar en la concepción ergonómica del conjunto de tareas que configuran el puesto de trabajo, adaptando el



trabajo a la persona, a sus capacidades y a sus limitaciones. El diseño del puesto ergonómico debe contemplar aspectos como:

- Las medidas antropométricas de las personas, estructurales, esenciales para la elección del mobiliario, y funcionales, básicas en el diseño de los movimientos y alcances.

- Las necesidades y exigencias físicas y psicológicas del trabajo.

- Los conceptos técnicos de diseño ergonómico de su entorno y de los equipos de trabajo.

- Los requisitos mínimos de seguridad y salud en el trabajo.

- La normativa específica que pudiera afectarle.

Existe el tópico de creer que el descanso, aunque necesario, representa un tiempo improductivo en el trabajo, o sea, un tiempo perdido, y por ello, ni las pausas suelen ser debidamente consideradas, ni los espacios destinados a tal función lucen por su calidad, cuando existen. Ello es propio de una “mercantilización” del tiempo de trabajo que lleva a desvalorizar todo aquello que no se perciba como directamente productivo, sin cuidarse suficientemente el conjunto de actividades colaterales, organizativas y personales que conducen a la eficiencia, la creatividad y la productividad.

Lo mismo se podría afirmar del sueño diario, que es obviamente una necesidad biológica para recuperarse del cansancio diario, y que no es tiempo improductivo.

Nuestro cerebro sigue continuamente en activo, aunque con mucha menor actividad, dedicado a reordenar nuestros archivos diarios de memoria, eliminando lo innecesario, y realizar mientras tanto algunas que otras incursiones fantasiosas que en muy poca medida recordamos. Ahora bien, para que el cerebro pueda actuar de manera relajada durante el sueño y recuperarse de la fatiga diaria habrá de irse a dormir tranquilo y sin tensiones acumuladas que pudieran perturbarlo. De esta forma, despertamos con vitalidad y la grata sensación de haber descansado. Además, ¿quién no ha constatado muchas veces al levantarse que tiene ideas y respuestas a sus inquietudes mucho más claras que al acostarse? Señales todas ellas inequívocas de que el sueño ha sido productivo. En cambio, no dormir bien suele ser señal de estrés o tensiones acumuladas generadas en muchas ocasiones en el trabajo.

Igualmente a como sucede cuando estamos despiertos, dejar por un tiempo de trabajar en una determinada actividad para descansar o hacer otra actividad compatible con el descanso, no es perder el tiempo; es abrir nuevas posibilidades, que además de relajar o distraer, pueden también enriquecer la propia actividad laboral.

Además, el descanso en un entorno agradable y compartido facilita la conversación informal y el acercamiento amigable entre personas -algo también importante para la organización- que en el lugar de trabajo muchas veces no es tan fácil de producir por condicionantes del propio trabajo o por su limitado círculo de relaciones. El descanso en un ambiente cómodo, en un clima distendido y de confianza entre personas que tengan puntos de identidad, facilita la cooperación, el intercambio de ideas y la creatividad. Ahora bien, en función del tipo de trabajo se requiere de un tipo específico de descanso y de un lugar adecuado para su disfrute, aunque también es cierto que pueden haber lugares que compatibilicen el descanso con otras actividades, como recibir ciertas informaciones, mantener encuentros informales e incluso formales o alimentarse; siendo habitual conjugar el descanso con tales actividades, que son también necesarias. Desde luego, el descanso compartido

suele ser más satisfactorio y gratificante al enriquecerse por la comunicación y el fluir de ideas, siempre que ello se produzca en un ambiente afable.

El descanso debería poder realizarse cuando las personas lo necesiten en función del ritmo y las exigencias del propio trabajo. También es cierto que la organización y las personas deberían recibir enseñanzas y orientaciones previas para la promoción de su salud, a cargo de profesionales de la prevención, con la finalidad de que se tome conciencia de la importancia de la distribución de las pausas y su duración acorde a la actividad laboral. Por exigencias del proceso u otras razones, muchas veces injustificables, las personas no suelen disponer de tal libertad de elección.

En los trabajos que se requiere de esfuerzo físico, movimientos repetitivos, posiciones de trabajo continuadas y/o tensiones climáticas extremas, se puede estimar con mayor precisión la frecuencia mínima de los descansos necesarios y su duración, que cuando el trabajo demanda de esfuerzo intelectual. En este último caso, la planificación de los tiempos de descanso es más compleja, incluso puede resultar de difícil estimación, debiendo confiarse plenamente en el buen uso del tiempo que haga el personal, quien se presupone debería tener funciones y objetivos claramente definidos. Un trabajo creativo que demanda un alto nivel de concentración requiere disponer de libertad en la elección del momento de descanso, con pausas presumiblemente cortas pero de cierta frecuencia, sin interferir el natural desarrollo de los procesos. Una organización del trabajo fundamentada en las competencias de las personas y el autocontrol del trabajo con objetivos acordados, debería facilitar que las personas dispusieran de la autonomía y libertad necesarias para organizarse.

El tiempo de descanso debe ser utilizado compatibilizando las propias necesidades de sus usuarios y las exigencias del proceso productivo, no siendo admisible que la empresa lo administre a su manera, asignando otras actividades

laborales dentro del mismo, al menos sin acuerdo con el personal afectado y tener en cuenta la opinión de la representación sindical.

Aunque un lugar de trabajo confortable no tendría por qué precisar de un espacio diferente para descansar, la realidad demuestra que el cambio de lugar suele ser determinante para poder desconectar mentalmente por un tiempo de la labor que se está realizando y favorecer así el descanso. Es conveniente concebir espacios de uso colectivo que integren adecuadamente cierto tipo de descansos, sin tener que ser específicos para ello. En todo caso, la separación por un tiempo determinado de cualquier ambiente que tenga un entorno ambiental de cierta agresividad (ruido, temperaturas extremas, aislamiento, etc.) es obviamente necesaria.

Una actividad laboral con notorio esfuerzo físico demanda reposo o poder realizar algunos ejercicios de recuperación. Además, podrían permitirse algunas actividades de componente intelectual (música relajante, lectura, conversación, consultas y juegos informáticos, etc.). Por otra parte, una actividad mental intensa reclama un descanso en el que puede ser recomendable cierto ejercicio físico (paseo, ejercicios de gimnasia o relajación o incluso alguna práctica deportiva). Dado que en una empresa coexisten diferentes tipos de actividades, habría que considerar la posibilidad de ofertar diferentes tipos de espacios para el descanso, utilizables a voluntad de sus usuarios.

Algunos pueden pensar que mantener lugares de descanso de calidad es solo propio de grandes empresas, como las de las nuevas tecnologías, las cuales cuidan de mostrárnoslos por internet. Ello no es cierto; son muchísimas las pequeñas empresas que proyectan con dignidad los espacios de trabajo y de descanso porque realmente se interesan en que los trabajadores desarrollen sus actividades de manera saludable y por el bien de todos.

Los lugares de trabajo y de descanso, así como los destinados a otros menesteres, también necesarios, como los espacios de reunión, de formación, y los servicios higiénicos, incluidos los vestuarios, demuestran ante la mirada observadora de trabajadores, proveedores y clientes, el compromiso de la empresa por las personas. La imagen visual que transmite una organización muestra su cultura y su identidad corporativa, y ¿por qué ésta no habría de estar también presente en el espacio de descanso? Sería impensable pretender desarrollar una cultura de excelencia sin actuar de manera determinante sobre elementos tan visibles como los propios lugares de trabajo y todo su entorno físico.

El marco general que regula el tiempo de trabajo y de descanso en España es el Estatuto de los Trabajadores (ET, RD Leg. 1/1995 y sus modificaciones posteriores), que incorporó las directrices de la Directiva marco 2003/88 sobre ordenación del tiempo de trabajo. Su referencia a pausas retribuidas en la jornada de trabajo es muy limitada, aunque el hecho de que las considere como tiempo de trabajo, representa de por sí un reconocimiento explícito a su necesidad y su valor en el trabajo.

El art. 34 del ET relativo a la Jornada de Trabajo fija sus límites de duración máxima a 40 horas semanales como efectivo promedio en el cómputo anual, aunque abre la puerta a su concreción diaria y a su distribución irregular a lo largo del año a la negociación colectiva o al acuerdo con los representantes de los trabajadores, pero exige respetar los periodos mínimos de descanso establecidos en la Ley, que son de doce horas entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente, y de quince minutos cuando la jornada continuada diaria exceda de seis horas, considerándose como tiempo efectivo de trabajo. En el caso de trabajadores menores de 18 años tal tiempo de descanso será de treinta minutos cuando la jornada diaria continuada exceda de las cuatro horas y media. También el citado artículo establece que “El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que

llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla.” En lo relativo a Horas extraordinarias cuyo número máximo también está fijado, admite que hayan de ser abonadas a un valor nunca inferior al de las horas ordinarias o compensarlas por tiempos de descanso equivalentes de descanso retribuido.

En su Art. 36 relativo a trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo, establece que el primero no podrá exceder de ocho horas diarias de promedio, en un periodo de referencia de quince días. En vistas a atenuar el trabajo monótono y repetitivo en función del tipo de actividad y exigencias de seguridad y salud en el trabajo se habrán de considerar los periodos de descanso durante la jornada de trabajo. En su art. 37 se regula el descanso mínimo semanal y en el Art. 38, las vacaciones anuales.

Por otro lado, la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, LPRL, establece en su artículo 15, los principios de la acción preventiva entre los que cabe citar.

“Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud.

“Planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo”.

Hay que resaltar que toda la reglamentación derivada de la LPRL contempla niveles mínimos que deben asegurarse en los lugares y actividades laborales, pero también con la pretensión de adecuarse a cada sector, actividad o empresa a través de los convenios colectivos y la negociación. En la Bibliografía se muestra el conjunto

de reglamentaciones que indican aspectos relativos a las frecuencias y duración de los descansos en el trabajo.

## **XXVII. EL PACTO DE DEDICACIÓN EXCLUSIVA**

La legislación social permite que los trabajadores puedan prestar servicios en dos o más empresas. Las únicas limitaciones serán que no se realice competencia o concurrencia desleal a las empresas y no haber suscrito un pacto de exclusividad con alguna de ellas (Art. 21, Estatuto de los Trabajadores).

### **Pacto de dedicación exclusiva o plena dedicación**

En efecto el apdo. d) Art. 5 Estatuto de los Trabajadores señala como uno de los deberes básicos del trabajador «no concurrir en la actividad de la empresa en los términos fijados por esta Ley», determinación que hace el apdo. 1, Art. 21 ,ET al establecer que «no podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando estime concurrencia desleal»: entendiéndose por tal -según ha reiterado doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo (Sentencias de 26 de enero de 1988. 29 de marzo de 1990, entre otras). Por tanto, cuando no existe concurrencia desleal o no medie pacto expreso de plena dedicación, renace la libertad del trabajador para pluriemplearse en la actividad que estime conveniente -obviamente fuera de su jornada laboral – con forme al principio de libertad de trabajo y a derecho de libre elección de profesión u oficio consagrado en el Art. 35, Constitución Española y en el apdo. 1, Art. 4, Estatuto de los Trabajadores.

El pacto de exclusividad, o de plena dedicación, debe estar recogido expresamente en el contrato firmado entre la empresa y el trabajador. Su existencia

supone que el trabajador se compromete a no trabajar en otras empresas, aun incluso en otro sector empresarial distinto. A cambio, el trabajador recibirá una remuneración que compensará económicamente esa exclusividad.

El trabajador puede rescindir el pacto de exclusividad comunicándolo a la empresa, por escrito, con una antelación mínima de 30 días.

Esta rescisión supondría la pérdida de la compensación económica que el trabajador estuviera percibiendo.

La compensación económica debe ser efectivamente abonada a través de un complemento salarial que, expresamente, remunere el concepto de exclusividad por el importe libremente pactado por las partes.

Como se puede observar, este pacto no posee ningún tipo de limitación, como ocurría con la competencia desleal, en relación al ámbito geográfico o sectorial de la actividad. No es necesario que exista un conflicto de intereses, ni probar un perjuicio económico real o potencial para la empresa; y ello, porque este pacto de plena dedicación es voluntario y por tanto el trabajador no está obligado al mismo sino que lo firma de una manera libre y consciente.

#### Ausencia de pacto de dedicación exclusiva y pluriempleo

Cuando no existe pacto de plena dedicación o dedicación exclusiva, no puede entenderse que se proscriba el pluriempleo, sino que la prohibición se limita a la concurrencia desleal; es decir, a actividades que se desarrollen dentro del mismo plano en que efectúa las suyas la Empresa principal, por incidir sobre un mismo mercado y



sobre un mismo círculo potencial de clientes, realizándose aquéllas de manera desleal, con olvido de las exigencias de la buena fe, mediante el aprovechamiento de datos internos de la Empresa que son conocidos por su trabajo en ésta y que cuando se refieren a su sistema organizativo o de producción o versan sobre la relación de sus proveedores o clientes, pueden ocasionar un potencial perjuicio a aquélla, por alterar el juego de la libre competencia, a través de proporcionar una posición de ventaja para la segunda actividad; potencial perjuicio que, además, según la jurisprudencia, ha de presumirse como presunción «iuris tantum». STS 29/03/1990.

#### Formalización del pacto de dedicación exclusiva

El pacto se formalizará de forma escrita recogiendo en el documento los términos del mismo.

Se puede formalizar en cualquier momento. Bien en el momento de firmar el contrato o bien en cualquier momento posterior, incluyendo un anexo al mismo.

El pacto se formalizará de forma escrita recogiendo en el documento los términos del mismo. Podrá realizarse en cualquier momento. Bien en el momento de firmar el contrato o bien en cualquier momento posterior, incluyendo un anexo al mismo.

#### Compensación al trabajador por la dedicación exclusiva

Según se recoge en el reiterado, apdo. 3, Art. 21 Estatuto de los Trabajadores, el trabajador percibirá una compensación económica.

La forma de esta compensación se establecerá libremente por las partes. Lo normal es que el trabajador perciba una cantidad mensual en su nómina en concepto de esta compensación. No obstante también podría pagarse una cantidad a tanto alzado

Esta compensación es un complemento salarial de carácter personal y como tal, está obligado a cotizar y tributar.

#### Incumplimiento del pacto de exclusividad

Puede acarrear el despido disciplinario del trabajador junto con la solicitud por parte de la empresa de una indemnización por daños y perjuicios.

Es corriente que en la redacción del pacto se incluya una cláusula penal de aplicación en caso de incumplimiento del trabajador. A través de esta cláusula las partes prevén una indemnización de forma anticipada por si se diera un incumplimiento posterior por parte del trabajador.

#### Revocación del pacto de exclusividad

El apdo. 3, Art. 21 ET contempla esta posibilidad y permite al trabajador revocar este pacto preavisando por escrito a la empresa de su deseo de no continuar con el pacto con una antelación de treinta días (perdiendo la compensación económica y cualquier otro derecho que ambas partes hubieran pactado).

Respecto a la revocación por la parte empresarial el Estatuto de los trabajadores no prevé nada al respecto, por lo que esta posibilidad a de encuadrarse dentro del Art. 41 Estatuto de los Trabajadores referido a las modificaciones sustanciales del

contrato de trabajo. Y por tanto, a aplicar los requisitos y efectos que en él se contemplan.

## **XXVIII. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

### **1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JULIO DE 2017**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Por D. Norberto , en su condición de Secretario General de la Sección Sindical de la Unión General de Trabajadores (U.G.T.) en la empresa Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya, D. Santos, en su condición de delegado de la Sección Sindical de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO) en dicha empresa; y D. Jose Francisco, en su condición de Secretario General de la Sección Sindical de la Confederación General del Trabajo de Catalunya (C.G.T.) en dicha empresa se presentó demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que se: «se reconozca el derecho de los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo a que la retribución de su período vacacional adicionando a los conceptos retributivos que los mismos ya perciben de forma fija, mencionados en el hecho tercero de la demanda (Salario Mensual Convenio, Complemento Personal Revalorizable, Complemento salarial y Complemento de homogenización salarial), el promedio de los conceptos retributivos que se mencionan en el hecho cuarto de la demanda, calculado según las retribuciones percibidas por el trabajador en los 11 meses anteriores a la fecha de disfrute del período vacacional en cuestión.»

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a

las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 11 de mayo de 2016 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en la que consta el siguiente fallo: «Que debemos estimar y estimamos parcialmente la demanda de conflicto colectivo interpuesta por Norberto , en su condición de Secretario General de la Sección Sindical de la Unión General de Trabajadores (U.G.T.) en la empresa Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya, Santos, en su condición de delegado de la Sección Sindical de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO) en dicha empresa; y Jose Francisco, en su condición de Secretario General de la Sección Sindical de la Confederación General del Trabajo de Catalunya (C.G.T.) en dicha empresa, contra la empresa FERROCARRILS DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA y, en consecuencia, declarar el derecho de los trabajadores a los que ordinariamente se les abonen los complementos de Plus sábado, plus domingo y festivo y plus festivo especial , Plus nocturnidad, Plus de cambio de turno, Plus Descanso Área de Mantenimiento, Plus de 1/2 de descanso, Plus Destacamento y Plus Desplazamientos, Plus Retén laborables. Plus Retén accidente sábados, domingos y festivos. Plus Retén avería sábados, domingos y festivos. Plus Retén Mando, a que se incluya el promedio de los mismos en la remuneración del concepto de vacaciones anuales, calculados según las retribuciones percibidas por los trabajadores en los 11 meses anteriores a la fecha del disfrute del período Vacacional correspondiente, sin efectuar condena en costas.»

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- El presente procedimiento de conflicto colectivo afecta a los trabajadores pertenecientes a la plantilla de la empresa FERROCARRILS DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, con ámbito de actuación en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Catalunya, que asciende a unos 1500 trabajadores aproximadamente. SEGUNDO.- El convenio colectivo aplicable es el Convenio Colectivo de trabajo de la empresa Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya para los años 2005-2010 (BOPB 25-10-2006). Por resolución de 10 de noviembre de 2011 se dispone la inscripción y publicación del convenio Colectivo de trabajo de la

empresa Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya para el año 2011 (BOPB 2-12-2011). Por resolución de 17 de julio de 2012 se dispone la inscripción y publicación del acuerdo de prórroga del convenio Colectivo de trabajo de la empresa Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya para el año 2012 (BOPB 14-09-2012). Por resolución de 10 de octubre de 2013 se dispone la inscripción y publicación del Acuerdo de la Comisión Negociadora de prórroga de la ultraactividad del convenio Colectivo de trabajo de la empresa Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya (BOPB 2-12-2011). Por resolución de 17 de febrero de 2014 se dispone la inscripción y publicación del Acuerdo de la Comisión Negociadora de prórroga de la ultraactividad del convenio Colectivo de trabajo de la empresa Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya para el año 2013 hasta la firma de nuevo convenio que los sustituya (BOPB 31-3-2014). Se tiene por íntegramente reproducido el contenido de dicho convenio colectivo.

TERCERO.- En fecha 13-11-2003 se acordó por la representación de los trabajadores y de la dirección de la empresa un acuerdo por el que el personal con las condiciones laborales de los grupos 2 y 3 de contratación pudieran ser avisado para la cobertura de disponibilidades ( e incidencias para el grupo 3) de forma que según la hoja de alteraciones diarias, los relacionados como P.A.S. podían ser avisados hasta las 20 o 21 horas respectivamente del día anterior al que tengan el PAS para la cobertura del servicio del día siguiente. A partir de las 21 h, el agente del grupo 3 contactado y al que se le asigne servicio para el día siguiente, pasará a percibir además de la jornada que realice, el importe de 25 euros en concepto de dietas. La fecha de efectos del acuerdo era desde el 13-11-2003 (folio 123).

CUARTO.- En acta de 26 de marzo de 2003 de la comisión de seguimiento del convenio colectivo se regula el concepto de destacamento. Se hace constar en el Anexo I respecto al grupo 3 Adscripción. A línea y zona. Mensualmente se asignarán a turnos de trabajo dentro de su zona. En el caso de que no se puedan fijar estos turnos en la propia zona o bien habiéndolos marcado se hayan de desplazar fuera de su zona, se les abonará, en concepto de desplazamiento, lo que se establezca en el acta de acuerdo (folio 124).

QUINTO.- La demanda interpuesta tiene por objeto que se reconozca el derecho de los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo a que la retribución de su periodo vacacional adicionando a los conceptos retributivos que los mismos ya perciben de forma fija, mencionados en el hecho tercero de la demanda (Salario Mensual

Convenio, Complemento Personal Revalorizable, Complemento salarial y Complemento de homogenización salarial), el promedio de los conceptos retributivos que se mencionan en el hecho cuarto de la demanda, calculado según las retribuciones percibidas por el trabajador en los 11 meses anteriores a la fecha de disfrute del periodo vacacional en cuestión. SEXTO.- Previamente a la interposición de esta demanda de conflicto colectivo, se promovió acto de conciliación ante el Tribunal Laboral de Cataluña, reuniéndose las partes en fecha 1 de julio de 2015, que finalizó con resultado de SIN ACUERDO.»

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya (FGC), siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por las partes personadas, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de julio de 2017, en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Por la Sección Sindical de la UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (U.G.T.) en la empresa FERROCARRILS DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA; la Sección Sindical de la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS (CC.OO.) en dicha empresa; y por la Sección Sindical de la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO DE CATALUNYA (C.G.T.) en dicha empresa, se formuló demanda de Conflicto Colectivo contra la empresa FERROCARRILS DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, en la que interesaban se dictara sentencia por la que "se reconozca el derecho de los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo a que la retribución de su periodo vacacional adicionando a los conceptos retributivos que los mismos ya perciben de forma fija, mencionados en el hecho tercero de la demanda( Salario Mensual Convenio, Complemento Personal Revalorizable, Complemento salarial y Complemento de homogeneización salarial), el promedio de los conceptos retributivos que se mencionan en el hecho cuarto de la demanda, calculado según las

retribuciones percibidas por el trabajador en los 11 meses anteriores a la fecha de disfrute del periodo vacacional en cuestión".

En definitiva, la pretensión se concreta en considerar que los conceptos retributivos que deben integrar la remuneración de las vacaciones deben ser los siguientes: 1) Las dietas por movilidad del art. 22 b) del convenio colectivo y la dietas PAS; 2) Plus sábado, plus domingo y festivo y plus festivo especial del art. 24 del convenio colectivo; 3) Plus nocturnidad del art. 25 del convenio colectivo; 4) Plus de trabajo a turnos del art. 26 del convenio colectivo; 5) Plus de cambio de turno del art. 27 del convenio colectivo; 6) Plus Descanso Área de Mantenimiento del art. 28 del convenio colectivo; 7) Plus Brigada de Socorro del art. 29 del convenio colectivo; 8) Plus Modificación de Descansos del art. 30 del convenio colectivo; 9) Plus de æ descanso; 10) Plus destacamento; 11) Plus Retén laborales, Plus Retén accidente sábados, domingos y festivos. Plus Retén avería sábados, domingos y festivos. Plus Retén Mando. 12) Plus Desplazamientos.

2.- Por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 11 de mayo de 2016 (procedimiento 9/2016), se estima en parte la demanda, decidiendo "declarar el derecho de los trabajadores a los que ordinariamente se les abonen los complementos de Plus sábado, plus domingo y festivo y plus festivo especial, Plus nocturnidad, Plus de cambio de turno, Plus Descanso Área de Mantenimiento, Plus de æ de descanso; Plus Destacamento y Plus Desplazamientos, Plus Retén laborables. Plus retén accidente sábados, domingos y festivos. Plus Retén avería sábados, domingos y festivos. Plus Retén Mando, a que se incluya el promedio de los mismos en la remuneración del concepto de vacaciones anuales, calculados según las retribuciones percibidas por los trabajadores en los 11 meses anteriores a la fecha del disfrute del periodo vacacional correspondiente, sin efectuar condena en costas".

En definitiva, la referida sentencia reconoce el derecho de los trabajadores a que se les abonen durante el periodo vacacional, solo una parte de los doce conceptos postulados en el escrito de demanda.

SEGUNDO.- 1.- Disconforme con la referida sentencia, por la empresa FERROCARRILS DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, interpone el presente recurso de casación, articulando un motivo único de recurso, al amparo del artículo 207 e) de la LRJS , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, señalando como normas infringidas, los arts. 27 y 28 del Convenio Colectivo aplicable; art. 36 del Convenio colectivo aplicado para los años 1989-1990; y art. 107 de la Reglamentación de la Reglamentación Nacional.

Argumenta el recurrente que los "pluses" admitidos por la sentencia recurrida, constituyen retribuciones extraordinarias que no derivan de la prestación de servicios ordinaria por parte de los trabajadores.

Dichos preceptos establecen lo siguiente:

A.- "Artículo 27. Plus de cambio de turno.

Cuando la jefatura modifique temporalmente o accidentalmente el turno de trabajo habitual de mañana, tarde o noche de un agente por necesidades del servicio, se le abonará además del plus de nocturnidad en el supuesto que proceda, la cantidad de 6, 27 euros diarios en concepto de plus de cambio de turno. También la percibirán los agentes que estén adscritos a turno central o jornada partida, cuando el cambio sea a turno nocturno (...)"

B.- "Artículo 28. Descanso Área de Mantenimiento

En los turnos de trabajo del personal de oficio del Área de Mantenimiento, la duración de los cuales sea superior a 6 horas ininterrumpidas, se abonarán 30 minutos de descanso a precio del importe de la hora prorratea vigente en cada momento según el artículo 31 de este Convenio. Este importe será abonado por la empresa de no poder garantizar la celebración efectiva del descanso mínimo. En cualquier caso, los 30 minutos indicados se consideran, a efectos de cómputo, tiempo de trabajo efectivo, y el trabajador/a tendrá que estar a disposición de la empresa. (...)"

C.- En el acta de 26 de marzo de 2003 de la Comisión de seguimiento del convenio colectivo, se regula el concepto de destacamento, señalando en el anexo I respecto al grupo 3, que "Mensualmente se asignarán a turnos de trabajo dentro de su



zona. En el caso de que no se puedan fijar estos turnos en la propia zona o bien habiéndolos marcado se hayan de desplazar fuera de su zona, se les abonará en concepto de desplazamiento, lo que se establezca en el acta de acuerdo (folio 124)" (hecho probado cuarto).

D.- Por último, el "Plus Retén laborables, Plus Retén accidente sábados, domingos y festivos. Plus Retén avería sábados, domingos y festivos. Plus Retén Mando", se encuentra regulado en el art. 36 del convenio colectivo para los años 1989-1990, con naturaleza coyuntural, que aunque no vigente (circunstancia que no se cuestiona), tiene por objeto remunerar el trabajo ordinario del trabajador, y como tal ordinariamente se percibe.

2.- Como recuerda nuestra STS/IV de 30 de noviembre de 2015 (rco. 48/2015):

"El convenio 132 de la OIT, en su art. 7.1 dispone: Toda persona que tome vacaciones de conformidad con las disposiciones del presente Convenio percibirá, por el período entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado".

La reciente STS/IV de 21 de marzo de 2017 (rco. 80/2016), señala:

"Esta Sala ha tenido ocasión de actualizar y especificar su doctrina acerca del modo en que deben retribuirse las vacaciones, en especial cuando existe convenio colectivo que contempla diversas partidas, complementos o pluses. En tal sentido pueden verse, entre otras, las SSTS de 8 (2) junio 2016 (rec. 112 y 207/2015), 9 junio 2016 (rec. 235/2015), 15 junio 2016 (207/2016), 30 junio 2016 (rec. 47/2015) y 15 septiembre 2016 (258/2015).

(...) En la mencionada STS 30 junio 2016 (rec. 47/2015 ) se explica que " En cuanto al importe concreto de la retribución a percibir durante las vacaciones, aparte la remisión que el artículo 38 del ET hace a las normas del convenio colectivo de aplicación, convenio cuyo objeto propio, según los artículos 82 y 85 del ET , es regular la jornada laboral, los descansos y las retribuciones de los trabajadores, no

existe disposición concreta alguna, salvo la del artículo 7-1 del Convenio 132 de la OIT ".

(...) Partiendo de ahí, compendiamos y resumimos la doctrina del TJUE sobre esa materia, no sólo la del caso Lock, de la siguiente forma:

"Debe recordarse, en primer lugar, que según reiterada jurisprudencia, el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104, Directiva ésa que ha sido codificada por la Directiva 2003/88 (véase la sentencia KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, apartado 23 y la jurisprudencia citada).

Además, ese derecho está expresamente reconocido en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados.(//)Ahora bien, aunque el tenor del artículo 7 de la Directiva 2003/88 no da ninguna indicación explícita por lo que se refiere a la retribución a la que el trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que la expresión «vacaciones anuales retribuidas» que figura en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 significa que, mientras duren las «vacaciones anuales» en el sentido de esta Directiva, debe mantenerse la retribución y, en otras palabras, que el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho período de descanso.

En efecto, la Directiva 2003/88 considera que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho. La obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo..."

Sobre el método de cálculo de la retribución, [el TJUE] añade: "en principio la retribución de las vacaciones debe calcularse de manera que corresponda a la retribución normal del trabajador...".

Ahora bien, cuando la retribución percibida por el trabajador está compuesta por varios elementos, la determinación de esta retribución ordinaria, y, por tanto, del importe al que dicho trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, necesita un análisis específico.

En el marco de un análisis específico, en el sentido de la jurisprudencia citada, se ha estimado que los inconvenientes intrínsecamente vinculados a la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo y compensados por un importe pecuniario incluido en el cálculo de la retribución global del trabajador deben necesariamente formar parte del importe al que tiene derecho el trabajador durante sus vacaciones anuales.

El Tribunal de Justicia ha precisado que todos los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador deben mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas. De este modo, debían mantenerse, en su caso, los complementos relacionados con su calidad de superior jerárquico, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales.

Según esa misma jurisprudencia, los elementos de la retribución global del trabajador que tienen por único objeto cubrir los gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo no deben ser tenidos en cuenta para calcular el pago que se ha de abonar durante las vacaciones anuales."

(...) Parece razonable entender que aunque la fijación de esa retribución [«normal o media»] por parte de la negociación colectiva admita un comprensible grado de discrecionalidad, pues a ello indudablemente alude la expresión «calculada en la forma...» que el citado art. 7.1 del Convenio 132 utiliza, de todas las maneras la misma no puede alcanzar la distorsión del concepto -«normal o media»- hasta el punto de hacerlo irreconocible, puesto que se trata concepto jurídico indeterminado y como tal ofrece:

a).- Lo que se ha denominado «núcleo» -zona de certeza-, que parece debe integrarse, en su faceta «positiva» por los conceptos que integran la retribución «ordinaria» del trabajador individualizado, como por ejemplo, el salario base, los conceptos -complementos- debidos a «condiciones personales» del trabajador [antigüedad, titulación, idiomas...] y a circunstancias de la «actividad empresarial» [toxicidad; penosidad; peligrosidad...], que siempre son percibidos por los trabajadores individualmente considerados; y en su faceta «negativa», por términos generales, los conceptos retributivos extraordinarios [con carácter general y sin perjuicio de su excepción en singulares circunstancias, los bonus; determinados incentivos; horas extraordinarias...].

b).- El llamado «halo» -zona de duda-, que bien pudiera estar integrado por complementos atribuibles a circunstancias relativas al concreto «trabajo realizado» [esporádica nocturnidad; aislada turnicidad; las mismas horas extraordinarias, pero dotadas de una cierta reiteración ...], y cuya calificación -como retribución ordinaria o extraordinaria- dependerá de las circunstancias concurrentes [particularmente la habitualidad en su ejecución], y que es precisamente el punto en el que puede operar una cierta discrecionalidad de la negociación colectiva.

(...) Necesario casuismo.

El anterior planteamiento, por fuerza impone a los Tribunales un examen casuístico que en cada supuesto lleve a una conclusión que sea respetuosa con las prescripciones legales, nacionales y de la UE, pero a la vez satisfaga -y éste ha de ser el norte de la interpretación judicial- la finalidad de efectivo descanso que persigue la figura de vacaciones retribuidas.

(...) Aplicación.

Sobre las anteriores bases, por ejemplo, la STS 14 febrero 2017 (rec. 45(2016) concluye que los pluses salariales de "festivo", "nocturno", "Plus pista" y el llamado "Plus centro operaciones-control" integran la retribución debida en el período vacacional. Porque aquéllas cuatro tareas se desempeñaban de manera prácticamente habitual por los afectados, o que, al menos, no constituían funciones esporádicas,

extraordinarias o no habituales, esto es, que esos cuatro pluses parecen tratarse de algo similar a "complementos variables que corresponden a la jornada ordinaria (...)".

La STJUE 539/12, caso Lock, llega a la conclusión de que "el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a las disposiciones y a las prácticas nacionales en virtud de las cuales un trabajador cuya retribución está compuesta, por un lado, por un salario base y, por otro, por una comisión cuyo importe se fija en función de los contratos celebrados por el empresario gracias a las ventas obtenidas por ese trabajador, sólo tiene derecho, en concepto de vacaciones anuales retribuidas, a una retribución formada exclusivamente por su salario base".

Asimismo, señala la STS/IV de 26 de julio de 2010 que, ante la falta de determinación de los conceptos retributivos que han de abonarse en período vacacional, rige la regla general de que las vacaciones han de retribuirse "de acuerdo con la remuneración normal o media obtenida por el trabajador en la época de actividad, lo cual es acorde con su finalidad: garantizar el disfrute efectivo del derecho a vacaciones mediante la continuidad de la percepción de la renta del trabajo habitual".

Y que por tanto la retribución por vacaciones "ha de comprender todos los conceptos salariales en su promedio, no incluyéndose en ellos y siendo excepción los conceptos salariales de carácter extraordinarios establecidos para remunerar también actividades extraordinarias. Así, pues, para que un concepto salarial sea excluido de la retribución de las vacaciones no basta que este concepto sea debido a una circunstancia no habitual en el trabajo realizado, sino que es preciso que el trabajo mismo que se remunera sea también extraordinario".

Sentado lo anterior, teniendo en cuenta que, en principio la retribución por vacaciones debe calcularse de manera que corresponda a la retribución normal del trabajador, y que "cuando la retribución percibida por el trabajador está compuesta por varios elementos, la determinación de esta retribución ordinaria, y, por tanto, del importe al que dicho trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, necesita un análisis específico" (STJUE Williams y otros -C 2011/588-), queda por

determinar si los complementos o pluses controvertidos retribuyen un trabajo realmente extraordinario que hace que haya de excluirse de la retribución por vacaciones, o lo que es lo mismo, si los hubiera percibido el trabajador de no encontrarse en vacaciones y por lo tanto no pueden excluirse.

En el caso, el convenio colectivo no establece una regulación concreta y específica sobre los conceptos retributivos que deben integrar la remuneración de vacaciones, y ello nos lleva a examinar los complementos o pluses reclamados a que se refieren los preceptos denunciados antes transcritos:

El Plus de cambio de turno previsto en el art. 27 del convenio colectivo, es un concepto salarial que claramente no tiene por objeto retribuir un trabajo extraordinario, sino el propio trabajo ordinario, cuando se da la circunstancia de sustitución del turno habitual por el nuevo asignado de forma temporal o accidental.

El Plus Descanso Área de Mantenimiento previsto en el art. 28 del convenio colectivo, según su definición, constituye asimismo un concepto salarial, considerado como de tiempo efectivo de trabajo por el propio convenio y remunera los inconvenientes que puedan suponer al personal al que se refiere el no poder disfrutar del descanso mencionado en su jornada ordinaria de trabajo.

El Plus Destacamento (Acta de 26 de marzo de 2003) es un concepto salarial que remunera el cambio temporal de residencia del agente a una población determinada para atender asuntos ordinarios del servicio encomendado y la mayor penosidad que ello comporta.

Y el Plus Retén laborables, accidente sábados, domingos y festivos y Mando, es un concepto salarial regulado en el convenio colectivo para los años 1989-1990, que por su propia denominación, tiene también por objeto remunerar el trabajo ordinario del trabajador.

Nos encontramos pues, ante unos Pluses que el trabajador que ordinariamente los percibe, los hubiera percibido si hubiera trabajado en el periodo vacacional, por lo que su importe ha de incluirse en el cómputo de la remuneración referida a dicho periodo.

3.- La sentencia recurrida así lo ha interpretado razonablemente, aplicando la doctrina de esta Sala IV/TS y la del TJUE, que reproduce ampliamente -véase caso Lock- , sin que exista razón alguna para apartarse de la misma. En consecuencia, se estima ajustada a derecho la decisión combatida, lo cual comporta la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia recurrida, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal. Sin que proceda la imposición de costas conforme al art. 235 LRJS.

#### FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: Desestimamos el recurso de casación interpuesto por el letrado Don José Miguel Aniés Escudé, en nombre y representación de FERROCARRILS DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 11 de mayo de 2016 , en el procedimiento número 9/2016, seguido a instancia de la UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (U.G.T.) en la empresa FERROCARRILS DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA; la Sección Sindical de la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS (CC.OO.) en dicha empresa; y por la Sección Sindical de la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO DE CATALUNYA (C.G.T.) en dicha empresa, contra la empresa FERROCARRILS DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, sobre Conflicto Colectivo. Confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

### **2-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE JUNIO DE 1017**

#### ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Las representaciones de la Unión Sindical Obrera (USO) y Comisiones Obreras de Industria, interpusieron demandas de conflicto colectivo de

las que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare: 1) la nulidad de la decisión empresarial de programar acciones formativas (MF's) adicionales, en las jornadas de Disponibilidad de los Panelistas y los DCP's a Panel y 2) que los trabajadores en situación de disponibilidad no pueden ser llamados por la empresa para cubrir ausencias de trabajadores que están realizando formación, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración.

SEGUNDO.- Admitidas a trámite la demandas de conflicto colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 2 de junio de 2016 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos las demandas acumuladas de conflicto colectivo, promovidas por CC.OO. y por USO y absolvemos a Repsol Petróleo, S.A. de los pedimentos de las mismas».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- CCOO es un sindicato más representativo de ámbito estatal y acredita implantación en REPSOL PETRÓLEO, SA. - USO es un sindicato de ámbito estatal, implantado debidamente en la empresa antes dicha, que regula sus relaciones laborales por su X Convenio, publicado en el BOE de 11-06-2015, que fue suscrito por la empresa y por CCOO y STR.

2º.- La empresa demandada viene programando acciones de desarrollo de carreras profesionales, previo informe de la RLT, cuya finalidad última es la promoción profesional, que comportan un número relevante de horas formativas, que se imparten fuera de la jornada laboral y nunca requieren la intervención de trabajadores en situación de disponibilidad. En el año 2015 se dedicaron 87.000 horas a la formación antes dicha, equivalentes a 10.875 jornadas de trabajo.

3º.- REPSOL programa actividades de entrenamiento de Operadores de Panel sobre métodos de actuación ante operaciones críticas o situaciones de emergencia, así



como actividades de reciclaje Operadores con DCP consolidada a Panel (Operadores de Panel ocasionales) dentro de los cinco días "F" correspondientes a la formación ordinaria, cuya duración oscila entre 12 y 16 horas anuales. En ocasiones, sin que se haya determinado el número exacto, no es posible programar dichas actividades de reciclaje en las jornadas formativas, ya sea por el número de simuladores disponibles, o por la propia actividad en los centros de trabajo, en cuyo caso se llama a los trabajadores en régimen de disponibilidad para que cubran los puestos de trabajo de los compañeros que realizan dichas actividades de reciclaje.

4º.- En la Comisión de Garantía, celebrada el 23-02-2016, los sindicatos reprocharon a la empresa la práctica antes dicha, conforme al acta allí levantada, que se tiene por reproducida.

5º.- En la plataforma reivindicativa de CCOO se defiende que la formación de panelistas no constituye incidencia, que permita su cobertura por los trabajadores en régimen de disponibilidad.

6º.- El 26-04-2016 se intentó la mediación sin acuerdo ante el SIMA promovida por CCOO.

7º.- El 11-05-2016 se intentó sin acuerdo la mediación ante el SIMA, promovida, en este caso, por USO.»

QUINTO.- Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de la Unión Sindical Obrera (USO). Su Letrado, Sr. Castaño Holgado, en escrito de fecha 18 de julio de 2016, formalizó el correspondiente recurso, basándose en el siguiente motivo: ÚNICO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS por infracción de los arts. 35 y 37 CE. Art. 34 ET, art. 33 y Anexo 6 del X Convenio Colectivo de Repsol Petróleo, S.A. y arts. 3, 4, 1281 y ss. CC.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 29 de junio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO:

### PRIMERO.- Términos del debate casacional.

La cuestión litigiosa se centra en la interpretación del convenio colectivo propio de la empresa. En concreto, se trata de ver si determinadas actividades de entrenamiento pueden encomendarse al personal que se encuentra en situación de disponibilidad.

#### 1. Regulación aplicable.

Puesto que se debate sobre el alcance de determinadas previsiones del convenio colectivo y su conformidad con la conducta empresarial, resulta imprescindible comenzar atendiendo al tenor de aquéllas. El X Convenio Colectivo de Repsol Petróleo S.A. aparece publicado en BOE de 11 junio 2015 (Código de Convenio 90006751011991). Entresaquemos los pasajes que ahora interesan.

A) El artículo 10 ("Proceso productivo") dispone que el trabajo en los complejos industriales de Repsol Petróleo S.A., tiene la naturaleza de proceso continuo, ya que, debido a necesidades técnicas y organizativas, se realiza las 24 horas del día y durante los 365 días del año, aunque eventualmente puede pararse por razones de mantenimiento, fuerza mayor y otras.

B) El extenso artículo 22 regula lo que denomina "personal disponible", equivalente a las personas que no ocupando puesto de estructura, se encuentren en una de las dos siguientes situaciones: 1) Que como consecuencia del cambio de estructura no continúen realizando la función que venían desempeñando con anterioridad al mismo. 2) Que continúen realizando la misma función, con la única finalidad por parte de la Dirección de la Empresa de mantenerlos ocupados y que, por tanto, puedan dejar de desempeñar su trabajo en cualquier momento, sin que ello requiera la incorporación de otra persona a tal función, ni la realización de horas extraordinarias por otros trabajadores con carácter habitual, como consecuencia de las tareas desempeñadas normalmente por el disponible.

En el mismo precepto se dispone que la empresa podrá asignar este personal a cualquiera de los puestos vacantes en el Centro de Trabajo, del propio grupo profesional o de un grupo profesional equivalente. También se contempla la

asignación de actividades del propio grupo o grupo equivalente para: 1) Apoyar acciones de formación. 2) Reducir contrataciones del exterior. 3) Cubrir incidencias de larga duración. 4) Atender necesidades organizativas.

C) El artículo 33 regula la Jornada y horarios. Su apartado 2) aborda la "regulación del trabajo a tres turnos Rotativos" y se divide en trece apartados, el séptimo de los cuales versa sobre "cobertura del personal en situación de disponibilidad" y posee el siguiente contenido:

Las personas en situación de disponibilidad cubrirán todas las ausencias que se produzcan excepto las reflejadas en el punto siguiente.

Incidencias no cubiertas por el turno en situación de disponibilidad:

Las ausencias por riesgo para el embarazo y lactancia, maternidad (entendida como tal, tanto la disfrutada por la madre como por el padre) y lactancia natural.

- Las liberaciones sindicales.
- Las excedencias.
- Las liberaciones para proyectos ajenos a su propia planta.
- Las reducciones de jornada acumuladas en periodos.
- Las reducciones de jornada diarias con un porcentaje igual o superior al 30,82 % de la jornada anual pactada.
- Reconocimiento médico de empresa.
- La formación de DCP'S y de Desarrollo del turno. (Esta formación se efectuará fuera de jornada haciéndose constar así expresamente en las convocatorias que a tal fin se publiquen tal y como recoge el artículo 26 del presente convenio colectivo).
- Las vacaciones o descansos pendientes de disfrutar que hubieran podido generarse durante algunas de las ausencias anteriormente mencionadas, que deberán ser disfrutados por el empleado en su totalidad antes de su incorporación al turno.

Para lograr la máxima cobertura se establece:

- Los puestos Operador de Área podrán ser cubiertos por los Operadores de área con o sin DCP a panel

- Los puestos de Operador de Panel podrán ser cubiertos por Operadores de panel y Operadores de área con DCP a panel

- Los puestos de Ayudante Técnico de Laboratorio podrán ser cubiertos por AT y AT con DCP a TM.

- Los puestos de Técnico Medio de Laboratorio podrán ser cubiertos por TM y AT con DCP a TM.

Coberturas en panel: La primera incidencia se cubrirá con el personal disponible de panel. El disponible con DCP campo-panel cubrirá cuando no haya disponible en panel. Si durante esta circunstancia se produjeran incidencias en campo que implicaran la realización de 12 horas el disponible con DCP campo-panel dejaría de cubrir en panel y pasaría a cubrir la incidencia de campo. El mismo criterio se aplicará respecto de las áreas de laboratorio y seguridad.

## 2. Antecedentes y hechos relevantes.

A) Con fecha 29 de abril de 2016 el sindicato Comisiones Obreras de Industria (CCOO) formula demanda de conflicto colectivo, frente a Repsol Petróleo S.A. a propósito del alcance que posea el artículo 33 del convenio colectivo de la empresa (apartados 4 y 7). Expone el modo en que esas previsiones deben interpretarse y acaba instando la declaración de que "los trabajadores en situación de disponibilidad no pueden ser llamados por la empresa para cubrir ausencias de trabajadores que están realizando formación".

B) Con fecha 20 de mayo de 2016 la Unión Sindical Obrera (USO) presenta demanda de conflicto colectivo a fin de que se declare la nulidad de la decisión empresarial de programar acciones formativas (MF's) adicionales, en las jornadas de disponibilidad de los panelistas y los DCP's (Desarrollo de Carrera Profesional) a Panel.

C) Se ha demostrado que la empresa programa actividades de entrenamiento de Operadores de Panel sobre métodos de actuación ante operaciones críticas o

situaciones de emergencia, así como actividades de reciclaje Operadores con DCP consolidada a Panel (Operadores de Panel ocasionales) dentro de los cinco días "F" correspondientes a la formación ordinaria, cuya duración oscila entre 12 y 16 horas anuales.

Sin embargo, en ocasiones no es posible programar dichas actividades de reciclaje en las jornadas formativas, ya sea por el número de simuladores disponibles, o por la propia actividad en los centros de trabajo, en cuyo caso se llama a los trabajadores en régimen de disponibilidad para que cubran los puestos de trabajo de los compañeros que realizan dichas actividades de reciclaje.

D) Empresa y sindicatos vienen polemizando acerca de si es ajustada al convenio la programación de esas actividades de entrenamiento fuera de las jornadas formativas y la ulterior movilización de los trabajadores en situación de disponibilidad.

### 3. Sentencia recurrida.

Mediante su sentencia 100/2016, de 2 de junio, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional resuelve al conflicto, tras haber acumulado las dos demandas presentadas. Lo hace rechazando la pretensión de que los trabajadores en situación de disponibilidad no puedan ser llamados para así poder realizar ningún tipo de actividad formativa.

El Tribunal considera que dichos trabajadores pueden utilizarse para cubrir cualquier tipo de ausencia, salvo las listadas en el convenio, que solo excluyen actividades formativas que se impartan fuera de la jornada.

Por consiguiente, si el conflicto afecta a la cobertura de actividades de entrenamiento en métodos de actuación ante operaciones críticas o situaciones de emergencia, así como el reciclaje de Operadores con DCP consolidada a Panel (Operadores de Panel ocasionales), cuando no es posible impartirlas en los cinco días previstos para la formación por diversas incidencias, como la falta de simuladores para realizar dichos entrenamientos, no hay razón que impida el llamamiento de los trabajadores disponibles, que están en sus domicilios para cubrir, entre otras, funciones de apoyo a la formación.

#### 4. Recurso de casación.

El artículo 207.e) LRJS prescribe que el recurso de casación puede fundarse en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Al amparo de tal apertura, con fecha 19 de julio de 2016, el sindicato USO formaliza recurso de casación alegando, en único motivo, la infracción de lo dispuesto en los artículos 25 y 37 de la Constitución Española, 34 del Estatuto de los Trabajadores, 33 y anexo 6 del Convenio Colectivo aplicable, así como los artículos 3, 4 y 1281 del Código Civil, más la doctrina aplicable que cita.

Sostiene que los trabajadores en situación de disponibilidad solo deben ser requeridos para cubrir ausencias, sin que se pueda programar formación en sus días de disponibilidad pues no es lo que se pactó en el Convenio. Expone que la solución combatida confunde las 24 horas de disponibilidad con una bolsa de horas sobre las cuales puede disponer la empresa.

En su última parte reproduce las reglas sobre interpretación de los convenios y entiende que la posición asumida en la instancia contraviene claramente los preceptos que disciplinan esa tarea hermenéutica.

#### 5. Alegaciones e Informe.

A) Con fecha 14 de septiembre de 2016 el Abogado y representante de la empresa presenta escrito de impugnación al recurso. Advierte que debe estarse a la declaración de hechos probados de la instancia y sostiene que no se dan las infracciones denunciadas.

B) El Ministerio Fiscal avala la posición de la sentencia recurrida. Considera que la interpretación asumida es la querida por la regulación del Convenio. Las actividades de entrenamiento de los Operadores de Panel sobre métodos de actuación ante operaciones críticas o situaciones de emergencia, así como el reciclaje de Operadores con DCP consolidada a Panel, que se realizan dentro de su jornada de trabajo, no están incluidas entre las excepciones que prevé el controvertido artículo

33.2.7 del Convenio. En consecuencia, su escrito de 22 de diciembre de 2016 acaba interesando la desestimación del recurso.

## SEGUNDO.- Examen del recurso.

### 1. La tesis del recurso.

Recuerda el recurso cómo el 33 del Convenio referido a Jornada y horarios, al efectuar los cuadrantes del trabajo, establece que "en promedio anual se establecerán 211 jornadas, 187 días de trabajo (182 de desempeño efectivo del puesto en jornadas rotativas de mañana/tarde/noche y 24 jornadas de disponibilidad)". Estas 24 jornadas de disponibilidad están para cubrir ausencias pero no para realizar formación, y si no fuera así se hubieran distribuido las 211 jornadas de otra manera, de modo que la empresa no puede disponer de las horas de disponibilidad simplemente avisando con antelación prudencial.

### 2. Interpretación de los convenios colectivos.

A la hora de interpretar las previsiones del convenio colectivo aplicado en la empresa interesa recordar nuestra consolidada doctrina sobre cómo hacerlo. Aparece resumida en SSTs 15 septiembre 2009 (rec. 78/2000), 5 junio 2012 (rec. 71/2011) o 9 febrero 2015 (rec. 836/2014):

Dado su carácter mixto -norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa- su interpretación ha de atender tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos, esto es: los arts. 3, 4 y 1281 a 1289 CC, junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes, pues no hay que olvidar que el primer canon hermenéutico en la exégesis de los contratos -naturaleza atribuible al convenio colectivo- es «el sentido propio de sus palabras» [art. 3.1 CC], el «sentido literal de sus cláusulas» [art. 1281 CC] (STS 25/01/05 -rec. 24/03), que constituyen «la principal norma hermenéutica -palabras e intención de los contratantes-», de forma que cuando los términos de un contrato son claros y terminantes, no dejando lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas, sin necesidad de acudir a ninguna otra regla de interpretación.

Las normas de interpretación de los arts. 1282 y siguientes del CC tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación, de forma que cuando la literalidad de las cláusulas de un contrato sean claras, no son de aplicar otras diferentes que las correspondientes al sentido gramatical, o dicho de otro modo, el art. 1281 CC consta de dos párrafos, que persiguen la doble finalidad de evitar que se tergiverse lo que aparece claro, o que se admita, sin aclarar lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto las palabras empleadas, y en el segundo la intención evidente de los contratantes.

En materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los Órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos comitentes.

La interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual.

Como acaba de recordarse, nuestra jurisprudencia viene asignando un valor presuntivamente acertado a la interpretación que los órganos de instancia hayan asumido respecto del alcance del convenio colectivo. La inmediación y valoración conjunta de la prueba con que se dicta la sentencia por parte del iudex a quo se encuentran en la base de tal criterio. Las apreciaciones sobre el sentido y contenido de los pactos colectivos que efectúan los tribunales de instancia han de ser mantenidas salvo que resulten manifiestamente erróneas o contrarias a las disposiciones legales de los artículos 1281 y siguientes del Código Civil.

### 3. Consideraciones específicas.

A) El recurso no ha interesado la revisión de la crónica judicial, de manera que para su resolución debe partirse necesariamente de ella:



Que Repsol viene programando acciones de desarrollo de carreras profesionales, cuya finalidad última es la promoción profesional, que comportan un número relevante de horas formativas, que se imparten fuera de la jornada laboral y nunca requieren la intervención de trabajadores en situación de disponibilidad (HP Segundo).

Que en ocasiones no es posible programar dichas actividades de reciclaje en las jornadas formativas, ya sea por el número de simuladores disponibles, o por la propia actividad en los centros de trabajo, en cuyo caso se llama a los trabajadores en régimen de disponibilidad para que cubran los puestos de trabajo de los compañeros que realizan dichas actividades de reciclaje (HP Tercero).

Por tanto, presupuesto para la resolución de conflicto lo constituye la realidad de que (solo) cuando resulta necesario, los trabajadores que realizan actividades de reciclaje deben ser suplidos por trabajadores en situación de disponibilidad. Sin embargo, algunos pasajes del recurso de casación presuponen que sucede de otro modo. Esa suposición no podemos tomarla en cuenta a efectos de pronunciarnos sobre si existe una conducta empresarial prohibida por el convenio.

Cuando un escrito procesal (el recurso de casación, en este caso) presume que las cosas son diversas a como ha quedado acreditado en el procedimiento está haciendo supuesto de la cuestión, lo que constituye un erróneo planteamiento ya que parte de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida. Así lo hemos manifestado en múltiples ocasiones; por todas, SSTS 20 diciembre 2010 (rev. 2/2010) y STS 877/2016 de 20 octubre.

En consecuencia, el examen sobre eventuales infracciones cometidas por la sentencia recurrida hemos de abordarlo atendiendo a lo que, según su relato fáctico, viene sucediendo en Repsol.

B) Salvado lo anterior, en realidad, lo que se plantea abiertamente es el modo en que haya de interpretarse el convenio. De hecho, los preceptos de la Constitución y del Estatuto de los Trabajadores que el motivo único de recurso menciona como infringidos ni siquiera aparecen luego citados al hilo de la argumentación desarrollada, mucho menos examinados en su proyección sobre el tema, de modo que

tampoco podemos realizar reflexión alguna sobre el particular, dada la naturaleza extraordinaria de este recurso de casación.

C) Como hemos recordado y el propio recurso admite, en materia de interpretación de convenios colectivos nuestra doctrina viene insistiendo en el respeto al criterio del órgano que ha resuelto con inmediación, salvo que claramente luzca su error o la ilegalidad de lo postulado.

Nada de esto último sucede. Por más que el recurso proclama la ilegalidad y el error de la interpretación asumida por la Audiencia Nacional, lo que hace es reiterar los argumentos ya desplegados en la demanda y en el acto del juicio. Ni la literalidad del convenio conduce a la censura de la hermenéutica asumida por la sentencia recurrida, ni tampoco atisbamos en la interpretación sistemática de los extensos preceptos del convenio un resultado claramente opuesto a la misma.

D) El artículo 33.2.7 del X Convenio prescribe que las personas en situación de disponibilidad cubrirán todas las ausencias que se produzcan excepto las reflejadas en el punto siguiente. Entre las actividades excluidas de cobertura aparecen las formativas de desarrollo de carrera profesional (DCP) o desarrollo del turno, que se realizan fuera de jornada.

Pero la sentencia recurrida explica que las tareas controvertidas se realizan dentro de la jornada de trabajo y tienen por finalidad el entrenamiento de los Operadores de Panel sobre métodos de actuación ante operaciones críticas o situaciones de emergencia, así como el reciclaje de Operadores con DCP consolidada a Panel (Operadores de Panel ocasionales).

En suma: el supuesto sobre el que se debate no es subsumible entre aquellos excluidos de cobertura por quienes se encuentran en situación de disponibilidad.

E) Sobre esos presupuestos consideramos razonable y acertada la conclusión a que llega la sentencia recurrida: si las personas en situación de disponibilidad tienen que cubrir todas las ausencias, sin más limitación, en lo que afecta a las actividades formativas, que las propias de formación de DCP'S y de Desarrollo del turno, que se imparten fuera de la jornada, se hace evidente que, cuando las actividades de entrenamiento no puedan efectuarse dentro de los cinco días de formación previstos

en el art. 33.4 del convenio, que divide las 211 jornadas anuales en 187 días de trabajo (182 de desempeño efectivo del puesto en jornadas rotativas de mañana/tarde/noche y 5 de formación en jornadas de mañana o tarde) y 24 jornadas de disponibilidad, ya sea por insuficiencia de simuladores o por incidencias no previstas, podrán cubrirse por el personal en situación de disponibilidad. Estas personas están obligadas, entre otras actividades, a apoyar las acciones de formación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 22 del X Convenio.

#### TERCERO.- Resolución.

No habiendo acreditado los recurrentes la clara ilegalidad de la interpretación postulada, y delimitada en los términos expuestos la conducta que la empresa viene desarrollando respecto de movilización del personal en situación de disponibilidad, procede que respaldemos la solución acogida por la Sala de la Audiencia Nacional.

Al desestimar el recurso vamos a declarar a firmeza de la sentencia recurrida, con su fallo desestimatorio. La sentencia posee una admonición final, a la que el Ministerio Fiscal concede especial relevancia: la empresa debe programar adecuadamente las actividades de formación, para asegurar el cumplimiento del tiempo de trabajo efectivo, que divide los 187 días de trabajo en 182 de desempeño efectivo del puesto en jornadas rotativas de mañana/tarde/noche y 5 de formación en jornadas de mañana o tarde. Pero esa programación no puede ser perfecta, ni predeterminarse absolutamente, cuando se trata de reciclar a los trabajadores en métodos de actuación ante operaciones críticas o situaciones de emergencia, así como el reciclaje de Operadores con DCP consolidada a Panel (Operadores de Panel ocasionales) y no se dispone de todas las herramientas necesarias, siendo absolutamente razonable que se cubran sus puestos de trabajo por el personal disponible.

De conformidad con las previsiones del artículo 235 LRJS, la parte vencida en su recurso no ha de soportar las costas generadas por el mismo a la contraria, debiendo cada una asumir las propias.

#### FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Unión Sindical Obrera, representada y defendida por el Letrado Sr. Castaño Holgado. 2) Declarar la firmeza de la sentencia 100/2016 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 2 de junio, dictada en autos nº 127 y 155/2016 (acumulados), seguidos a instancia de la Unión Sindical Obrera (USO) y Comisiones Obreras de Industria, contra la empresa Repsol Petróleo, S.A., CC.OO., UGT, Sindicato de Trabajadores de Repsol (STR), Confederación Intersindical Galega (CIG), sobre conflicto colectivo. 3) No imponer las costas del recurso desestimado.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

### **3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JUNIO DE 2017**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

**PRIMERO.-** Por la Letrada D<sup>a</sup>. Carmen Castellano Caraballo, en nombre y representación de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC.OO., se presentó demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, contra Aeromélica Canaria, S.L., la Sección Sindical de CC.OO., la Sección Sindical de UGT, la Sección Sindical de USO, la Asociación Regional de Transporte de Enfermos por Ambulancia en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se

dicte sentencia por la que: "dicte sentencia por la que se declare que los días de libre disposición establecidos en el I Convenio Colectivo del sector del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Canaria, se deben computar como tiempo de trabajo efectivo a los efectos del cómputo anual de jornada de 1800 horas, sin que proceda la realización de jornada a efectos de recuperación de los mismos, condenando a la empresa demandada AEROMEDICA CANARIA S.L., a estar y pasar por tal declaración".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, tuvo lugar el acto del juicio, en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- El día 18 de diciembre de 2015, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que debemos desestimar y desestimamos la demanda de Conflicto Colectivo interpuesto por Doña Carmen Castellano Caraballo, en nombre y representación de la FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS, y absolvemos a AEROMÉDICA CANARIA, S.A. y a los SERVICIOS SINDICALES DE COMISIONES OBRERAS, U.G.T. y U.S.O., de las pretensiones formuladas de contrario".

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- Aeroméctica Canaria, S.L. es miembro de la Asociación Regional de Transporte de Enfermeros por Ambulancia (ARTEA). SEGUNDO. - Las relaciones de Aeroméctica Canaria, S.A. con su personal se rigen por el II Convenio Colectivo del Sector del Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de la Comunidad Canaria. TERCERO.- El II Convenio se firmó el 6 de noviembre de 2014, con vigencia del 1 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2015, por ARTEA, CCOO, UGT e IC, acordando las partes prorrogar las condiciones del I Convenio Colectivo con una serie de especialidades en cuanto a tablas salariales, vigencia, actualización de salarios, y estabilidad en los puestos de trabajo. CUARTO.- La Asociación Canaria de Empresarios de Ambulancias, ACEA, firmante del I Convenio y parte en la Comisión Negociadora, se negó a la firma del II Convenio al no

aceptarse sus propuestas, entre ellas la modificación del Capítulo VI - Permisos y Licencias "con la que perseguía hacer constar: "Los dos días anuales de libre disposición para el trabajador en cada año de vigencia del convenio serán de carácter no retribuido, es decir, pasando a ser una licencia no remunerada. QUINTO.- En Aeromédica Canaria, S.A. los días de libre disposición tienen carácter retribuido y quienes los disfrutaban han de recuperarlos al no computar como tiempo de trabajo efectivo. SEXTO.- Intentado Acuerdo ante el Tribunal Laboral Canario el acto, llevado a cabo el 22 de mayo de 2015, finalizó sin avenencia.

CUARTO.- Por la Letrada D<sup>a</sup>. Carmen Castellano Carballo, en nombre y representación de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC.OO. y por el Letrado D. José María Vela Fera, en nombre y representación de la Asociación Canaria de Empresarios de Ambulancias (ACEA), se formalizaron sendos recursos de casación contra la anterior sentencia, articulándolo el Letrado de la Federación citada en un único motivo: Único.- Amparado en el artículo 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS ), "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate", se denuncia la infracción del art. 37 del Estatuto de los Trabajadores(ET ) en relación con los arts. 22 y 30 del Convenio Colectivo del Sector de Transportes de Enfermos y Accidentados en Andalucía de la Comunidad Canaria. Se alega que tanto el I como el II Convenio en su artículo 30 establecen que el trabajador, con derecho a remuneración a razón de salario base, plus convenio y antigüedad, podrá ausentarse dos días anuales de libre disposición en cada año de vigencia del convenio por lo que incardinándose estos días en los permisos retribuidos, debe entenderse que no son recuperables, mencionando la STS de 16.10.2012 (RC 269/2011 ) dictada interpretando un precepto de redacción prácticamente idéntico del Convenio Colectivo de este sector en la Comunidad Autónoma Catalana. Por su parte el Letrado de la Asociación Canaria de Empresarios de Ambulancias (ACEA), S.A articula su recurso en el siguiente motivo: Único.- Al amparo del art. 207 d) LRJS se solicita que se elimine del HP Cuarto las razones por las que, según el Tribunal, la ACEA no firmó el II Convenio. Se alega que, estando de acuerdo con la sentencia, conforme a lo dispuesto en el art. 210 LRJS, solicita dicha modificación del HP

Cuarto al ser las razones de no firmar el II Convenio más complejas, como no aceptar la plancha que ofreció.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones de la Audiencia Nacional y admitidos los recursos de casación por esta Sala, se dio traslado al Ministerio Fiscal que emitió informe interesando la desestimación de ambos recursos, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y el día 26 de abril de 2017 fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC.OO., se promovió demanda de conflicto colectivo frente a Aeromélica Canaria, S.L., la Sección Sindical de CC.OO., la Sección Sindical de UGT, la Sección Sindical de USO, la Asociación Regional de Transporte de Enfermos por Ambulancia y la Asociación Canaria de Empresarios de Ambulancias en cuyo suplico solicitaba "que los días de libre disposición establecidos en el I Convenio Colectivo del Sector del Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de la Comunidad Canaria, se deben computar como tiempo de trabajo efectivo a los efectos del cómputo anual de jornada de 1800 horas, sin que proceda la realización de jornada a efectos de recuperación de los mismos".

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en las palmas de Gran Canaria desestimó la demanda, interponiendo recurso de casación frente a lo resuelto la parte actora al amparo del artículo 207 apartado e) de la L J S y la codemandada Asociación Canaria de Empresarios de Ambulancias (A C E A) del apartado d) de la citada norma procesal.

SEGUNDO.- Por razones de método deberá ser abordado en primer término el recurso que tiene por objeto la modificación del relato histórico siendo la finalidad de su único motivo la supresión en el cuarto de los hechos declarados probados la mención de las razones por las que la recurrente A C E A no firmó el II Convenio Colectivo.

Ampara su petición en la facultad otorgada por el artículo 210 de la L J S al recurrido de instar la modificación de los hechos declarados probados pero no la

instrumenta de modo adecuado al no citar documento que pueda servir de base en los mismos términos que exige el artículo 207 d) de la L J S sustituyendo dicha labor por el enunciado de sus propios razonamientos por lo que el motivo deberá ser desestimado.

TERCERO.- El objeto de la pretensión que se ejercita a través de las actuaciones es el de que se interprete el sistema de permisos retribuidos de tal forma que el contemplado en el artículo 30 a continuación del listado a) a g) del II Convenio Colectivo del Sector del Transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Canaria no suponga recuperar mediante sendas jornadas de ocho horas los días disfrutados. La normativa de referencia es del tenor literal siguiente:

«Artículo 22.- Jornada Laboral Ordinaria.

1.- La Jornada ordinaria de trabajo para el personal que no sea de movimiento será de cuarenta horas de trabajo a la semana, o la legal que en cada momento exista. La jornada de trabajo para el personal de movimiento será de cuarenta horas semanales y de 1.800 horas/año de trabajo efectivo, que se computará como ciento sesenta horas semanales de trabajo efectivo más cuarenta horas de presencia en el mismo período.

2.- Descripción de la jornada de trabajo del personal de movimiento (tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia).

Recibirá la consideración de tiempo de trabajo efectivo aquel en que el/la trabajador/ra. se encuentre a disposición del empresario o en el ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo, o medio de transporte, sus pasajeros o su carga.

Tendrá la consideración de tiempo de presencia aquel en que el/la trabajador/a se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares.

Artículo 30.- Permisos y Licencias.



El/a trabajador/a, previo aviso y justificación podría ausentarse del trabajo y con derecho a remuneración a razón de salario base, plus convenio y antigüedad, por alguno de los siguientes motivos y por el tiempo siguiente:

a) Dieciséis días naturales en caso de matrimonio y parejas de hecho inscritas en el registro público.

b) Un día por matrimonio de familiares hasta 2º grado incluidos los políticos con la limitación de matrimonios registrados en el Registro Civil, en el supuesto de que el matrimonio se celebrara fuera del domicilio del trabajador y se tuvieran que realizar desplazamientos superiores a 300 Km, se incrementará un día para la ida y otro para la vuelta.

c) Dos días hábiles por nacimiento de hijos, accidente o enfermedad grave, fallecimiento, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de parientes, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, se incrementará un día por cada 300 kilómetros dentro de la península, cuando el desplazamiento se realice fuera de la península se computará por desplazamiento y no por Km, siendo, por tanto, un día para la ida y otro para la vuelta, estos incrementos sólo se efectuarán para las licencias por nacimiento de hijos, enfermedad grave o fallecimiento.

d) Un día por traslado de domicilio habitual.

e) El tiempo necesario para concurrir a los cursos de formación y promoción que la establezca.

f) Cumplimiento de deberes públicos, por el tiempo indispensable, previa justificación.

g) Un día a los conductores para la renovación del permiso de conducir.

Dos días anuales de libre disposición para el trabajador en cada año de vigencia del convenio,

Todo lo expuesto anteriormente tendrá validez las parejas de hecho fehacientes e inscritas en el registro público correspondiente.

Licencias:

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 44 de este convenio, las empresas que tengan a su servicio trabajadores que realicen estudios oficiales debidamente homologados, vendrán obligadas a otorgar hasta cinco días de licencia sin retribución, necesaria para que puedan preparar y efectuar exámenes convocados por el centro de que se trate, previa justificación de los interesados de tener formalizada la matrícula.

Esta licencia no retribuida es aplicable a la obtención por parte del/de la trabajador/a del carné de conducir».

Según analiza la sentencia recurrida el estado de los antecedentes de la cuestión el planteamiento actual tiene su origen en la negativa de una patronal, A C E A, al cómputo dentro de la jornada de los días de libre disposición en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo para Cataluña, alterando así la práctica que hasta entonces se venía siguiendo, negándose también a la firma del II CONVENIO Colectivo y es a partir de la firma del II Convenio cuando C C O O promueve el conflicto sosteniendo que, a falta de previsión expresa sobre el carácter de los días de libre disposición, éstos han de entenderse no recuperables .

Manteniendo el II Convenio la misma técnica que el I Convenio, es decir sin mención expresa sobre el carácter de los días de libre disposición, es por lo que la demandante sostiene que su disfrute no puede ser compensado con días de trabajo equivalentes invocando en favor de su interpretación la STS. de 29 de mayo de 2007.

Alega la recurrente en su único motivo la infracción del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 22 y 30 del II Convenio Colectivo del Sector de Transportes de Enfermos y Accidentados en ambulancia de la Comunidad Canaria y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a los días de libre disposición y a su consideración como días tiempo de trabajo efectivo.

Para el sindicato demandante la literalidad del precepto, refiriéndose al artículo 30 del II Convenio, los dos días de libre disposición se incardinan entre los permisos retribuidos y es pacífico que los permisos retribuidos del artículo 30 no son recuperables. El permiso objeto de controversia vendría a ser en opinión de la parte actora una mejora por parte de los negociadores del convenio por lo que solo ellos

pueden decidir acerca de establecer el carácter retribuido o no del permiso y su carácter recuperable y una interpretación contraria constituiría una interpretación restrictiva de normas más favorables.

CUARTO. - Como acertadamente señala el Ministerio Fiscal en su informe existe una trayectoria jurisprudencial a propósito de la recuperabilidad de determinados días de permiso que la excluye en aquellos casos en los que figure en el convenio como no retribuido ( STS de 9/04/2013 (Rec 76/2013 ) , y por el contrario la consagra cuando no existe pérdida de retribución y no han sido deducidos del cómputo de la jornada SSTs de 29/05/2007 (Rec 113/2006 ) , 14/03/11 ( Rec 125/2010 , 26/09/2011 ( Rec 744/2011 ).

Razona la sentencia recurrida que:

«Tenemos por acreditado, por las razones que se expusieron, que estos dos días de permiso son retribuidos.

No se ofrece la razón por la que los días de libre disposición no forman parte del listado cerrado de permisos y licencias retribuidos, pese a gozar del mismo carácter, pero no existe duda de que las partes con esta distinción quisieron imprimir a los días de libre disposición un régimen diferenciado que exige su recuperación, y lo corrobora la práctica mantenida durante la vigencia del I Convenio.

Ni siquiera aplicando los criterios contenidos en las SSTs 16 octubre 2012 y 9 abril 2014 la pretensión podría prosperar, porque si bien existen discrepancias en cuanto a la "interpretación literal"- podría llevar a entender que los días de libre disposición son recuperables por ser días retribuidos (criterio seguido por la primera) o no recuperables por falta de precisión de su carácter en el Convenio (criterio de la segunda)-, la voluntad de las partes fue la de que los días se recuperasen para alcanzar la jornada anual.

Esta voluntad, que la promotora del conflicto pretende neutralizar refiriéndose en su demanda exclusivamente al I Convenio, como si la controversia se hubiera suscitado durante su vigencia, cuando no es así, debe prevalecer, como ocurre en las indicadas sentencias.»

El actual conflicto cuenta con un antecedente, el suscitado en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de Transporte de Enfermos y Accidentados de la Comunidad Autónoma de Cataluña y resuelto mediante la STS de 16-10-2012 (R. 269/2011), cuyo texto en parte reproduce la recurrida.

En dicha resolución se parte de una situación de hecho radicalmente opuesta a la actual pues los días de permiso por asuntos propios nunca han sido objeto de recuperación y desde el punto de vista normativo tampoco la regulación se asemeja en el convenio vigente en Cataluña. Así, el citado convenio contiene a los efectos de la comparación con el de las Islas Canarias dos preceptos, el 30 y el 31. En el primero, apartados a, b, c, d, e, f, g, h, i, se recoge las nueve modalidades de permisos y licencias, refiriendo que "el trabajador/a, previo aviso y justificación, podrá ausentarse con derecho a remuneración, por alguno de los siguientes motivos por el tiempo siguiente.

La sentencia contrapone el texto del artículo 30 en donde figura el permiso por asuntos propios integrado en la misma lista que los restantes, con el contenido del artículo 31, que regula los permisos no retribuidos y añade porque así resulta del hecho tercero de la sentencia que se admitió de forma pacífica y mayoritaria, desde la ampliación del permiso de libre disposición de dos días, "por previsión expresa del Convenio del año 2003" por parte de las empresas del sector, que el permiso retribuido no era recuperable y computaba por tanto por las 1.800 horas de jornada anual.

Por el contrario, consta en el relato histórico de la sentencia que ahora se recurre que en Aeromélica Canaria, S.A. "los días de libre disposición tienen carácter retribuido y quienes los disfrutan han de recuperarlos al no computar como tiempo de trabajo efectivo". Por otra parte y en relación no solo a Aeromélica Canaria, S.A. sino respecto del resto del sector no se cuenta con una declaración de hechos probados en los términos reflejados en la sentencia de 16-10-2012 (Rc. 269/2011 ).

Tampoco el marco normativo es idéntico ya que frente a la regulación antes descrita del convenio colectivo para Cataluña el texto convencional aplicable en las Islas Canarias contiene en el artículo 30 un enunciado de permisos o licencias

retribuidos cuyo carácter no recuperable es indiscutido, comprendido en un listado, puntos a) al g) que requieren previo aviso y justificación, fuera de cuyo listado se sitúa el permiso de libre disposición del que conocemos su carácter retribuido por constar como práctica acreditada, al igual que de su recuperación.

Dadas las diferencias tanto normativas como en el comportamiento de las partes interesadas no cabe considerar resuelta la cuestión que ahora se nos plantea a través de la STS de 10-10-2012 (Rec. 269/2011), por lo que a partir de la situación concreta, fáctica y normativa sometida a nuestra consideración la controversia deberá ser resuelta a la luz de la doctrina general sentada sobre el particular.

La STS de 29 de mayo de 2007 (Rec. 113/2006 ) llega a la conclusión de la recuperabilidad de los días por asuntos propios que carecen de una mención plenamente definida en el texto convencional que ampara su concesión a través del análisis del régimen al que se halla sometida la jornada anual, en los siguientes términos:

«TERCERO.- Los permisos por asuntos propio son, desde luego, tiempo de libre disposición del trabajador y no pueden considerarse trabajo efectivo. Son de libre disposición, porque sólo la voluntad del trabajador determina su disfrute, aunque por razones de organizativas obvias se prevé que las fechas de disfruten se "acuerden con los respectivos mandos". No es tiempo de trabajo efectivo, porque precisamente durante el permiso se interrumpe la obligación de prestar trabajo y además el trabajador, como dice el artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores, no se encuentra en su puesto de trabajo, ni cumplimiento sus funciones laborales. Pero estas conclusiones son irrelevantes a efectos problema que nos ocupa, porque tampoco es tiempo de trabajo efectivo el invertido en los restantes permisos y no se recuperan. El argumento decisivo a efectos de la recuperación es el de la contradicción entre la jornada convencional de 1766 horas del artículo 26 del convenio y el efecto de recuperación del permiso por asuntos propios. Las partes no han sido muy precisas a la hora de determinar el cómputo de las 1766 horas y concretamente no han establecido si para llegar a esa cifra se han deducido o no los días de permiso por asuntos propios. Pero la pretensión ejercitada se funda en que la empresa exige la recuperación de esos días y así se recoge también en el hecho

probado 3º de la sentencia recurrida que dice que: "en atención a que la empresa considera, que esos días no han sido efectivamente trabajados impone su recuperación a fin de alcanzar la jornada de 1766 horas anuales de trabajo efectivo". Pues bien, si los días han de recuperarse para cumplir la jornada, hay que llegar a la conclusión de que, pese al carácter previsible de su disfrute general, estos días no se han deducido a efectos de la fijación de la jornada máxima convencional. Pero llegados a este punto hay que resolver una eventual contradicción entre la aplicación de la jornada de 1766 horas y el efecto sobre ésta de los permisos por asuntos propios; contradicción que, como ya se ha dicho, determina que si el permiso se disfruta sin recuperación la jornada no sea con carácter general de 1.766 horas, sino la que resulta de restar a esta cifra las horas de permiso. Esta contradicción no se produciría si los permisos hubiesen sido deducidos de la jornada, con lo que no habría desfase ni recuperación. La aparente contradicción obliga a decidir si, a efectos de la recuperación, debe prevalecer la norma sobre la jornada o la norma sobre los permisos, pues éstos se regulan en el artículo 31 conjuntamente con los permisos aleatorios, y para ninguno de los dos tipos de los permisos está prevista la recuperación. Los criterios hermenéuticos de los artículos 1281 a 1289 del Código Civil llevan a afirmar la prevalencia de la regla sobre la jornada. En primer lugar, porque la aplicación de ésta en sus propios términos parece más adecuada a la intención de los contratantes (artículo 1281 del Código Civil), pues en caso de haber pretendido que los días de permiso por asuntos propios no fueran recuperables los contratantes habrían realizado las correspondientes deducciones en la jornada de forma que no fuese preciso recuperar esos días para cumplirla. Esta intención también se deduce de los actos posteriores de las partes del convenio (artículo 1282 del Código Civil), dados la posición adoptada por los sindicatos UGT y CCOO en el seno de la Comisión Paritaria y su actitud a lo largo de este conflicto. En segundo lugar, el criterio de la eficacia del artículo 1284 del Código Civil lleva a la misma conclusión, pues el mantenimiento de la regla sobre la jornada es compatible con la subsistencia de los permisos en régimen de recuperación, lo que no sucede en el caso contrario: la jornada de 1766 horas no se aplica si los permisos por asuntos propios no son recuperables. Por último, el criterio del respeto a la mayor reciprocidad de los intereses en conflicto - artículo 1289 del Código Civil - también actúa en la misma

dirección, pues la recuperación permite conciliar el interés de los trabajadores en obtener más días de libre disposición y el interés de la empresa en que con carácter general se cumpla la jornada pactada.

La conclusión que acaba de exponerse lleva también a la desestimación de la segunda pretensión de la parte sobre la compensación o retribución del tiempo de recuperación como horas extraordinarias, pues si estamos en el marco de una recuperación que se mueve dentro del límite de la jornada del convenio, es claro que no se da el supuesto necesario para las horas extraordinarias. Tampoco sería atendible esta pretensión, aunque se tratara de tiempo no recuperable, si no se hubiese excedido aquel límite».

Trasladando la anterior doctrina al supuesto que contemplamos, debemos acudir al artículo 22 del Convenio Colectivo de Transporte de Enfermos y Accidentados de la Comunidad Autónoma de Cataluña:

"Artículo 22.- Jornada Laboral Ordinaria.

1.- La Jornada ordinaria de trabajo para el personal que no sea de movimiento será de cuarenta horas de trabajo a la semana, o la legal que en cada momento exista. La jornada de trabajo para el personal de movimiento será de cuarenta horas semanales y de 1.800 horas/año de trabajo efectivo, que se computará como ciento sesenta horas semanales de trabajo efectivo más cuarenta horas de presencia en el mismo período.

2.- Descripción de la jornada de trabajo del personal de movimiento (tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia).

Recibirá la consideración de tiempo de trabajo efectivo aquel en que el/la trabajador/ra. se encuentre a disposición del empresario o en el ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo, o medio de transporte, sus pasajeros o su carga.

Tendrá la consideración de tiempo de presencia aquel en que el/la trabajador/a se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de

espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares. "

A la vista de su redacción no es posible hallar un elemento que permita atribuir a los días de permiso por asuntos propios la condición de tiempo de trabajo efectivo, lo que concuerda con la petición esgrimida en el suplico de que se declare esa naturaleza, ni se contempla medida alguna de ajuste que facilite apreciar la voluntad negociada de su integración en la jornada establecida de suerte que su disfrute no influya en detrimento de cumplir el número fijado de 1.800 horas. De existir semejantes previsiones no se albergaría duda alguna acerca del carácter no recuperable del permiso por asuntos propios, pero en ausencia de tales elementos de interpretación no cabe apartarse de la realizada por la sentencia de instancia.

En todo caso es doctrina reiterada que en la interpretación de acuerdos y convenios inclusive con rango estatutario deba prevalecer la interpretación del órgano de instancia con las salvedades que contempla, así a título de ejemplo entre otras, las SSTS de 22 de enero de 2013 (Rec./ 60/2012 y de 29 de octubre de 2013 (Rec 69/2013), reproducen el criterio mantenido en anteriores resoluciones razonando en los siguientes términos:

«Así en nuestra sentencia de 23 de septiembre de 2010 (Rec. 206/09), reproducida por la de 11 de noviembre de 2010 (Rec. 23/2010) dijimos: "Recordábamos en la STS de 15 de abril de 2010 (rec. 52/09 ) que el primer canon hermenéutico en la exégesis del convenio colectivo es el sentido propio de sus palabras -la literalidad de sus cláusulas- (arts. 3.1 y 1281 del Código Civil).- No obstante, "la interpretación de la normas contenidas en los convenios colectivos ha de combinar los criterios de orden lógico, finalístico, gramatical e histórico, junto con el principal de atender a la intención de los contratantes, pues la prevalencia del componente gramatical, en tanto que expresivo -en principio- de la voluntad de las partes, ha de ceder ante interpretaciones lógicas que pongan de manifiesto la discordancia entre la literalidad y la presumible voluntad de los pactantes" (así, STS de 27 de enero de 2009 -rec. 2407/2007 - que cita sentencias anteriores)".



"A su vez, en la Sentencia de 18 de Mayo de 2010 (rec. 171/09) argumentábamos: <<.....como reiteradamente ha señalado esta Sala del Tribunal Supremo -entre otras, STS de 27 de abril de 2001 (rec. 3538/2000), es doctrina constante de este Tribunal (sentencias de 12 de noviembre de 1993 , 3 de febrero y 21 de julio de 2000, con cita de igual doctrina de la Sala Primera) " que la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos es facultad privativa de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual ". A ello añade la sentencia de esta Sala de 20 de marzo de 1997 (recurso 3588/96), matiza "que en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes".»

No se aprecia en la interpretación controvertida rasgos de infracción de normas para la exégesis, falta de lógica o de racionalidad por lo que de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la desestimación del recurso, sin que haya lugar a la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 219 de la L J S.

#### FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: Desestimar los recursos de casación interpuestos por la Letrada D<sup>a</sup>. Carmen Castellano Caraballo, en nombre y representación de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC.OO. y por el Letrado D. José María Vela Fera, en nombre y representación de la Asociación Canaria de Empresarios de Ambulancias (ACEA), contra la sentencia de 18 de diciembre de 2015 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el procedimiento núm. 9/2015. Sin que haya lugar a la imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

#### **4-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MAYO DE 2017**

##### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha 16 de julio de 2014 el Juzgado de lo Social nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«Primero: La parte actora de este procedimiento, D. Heraclio, presta sus servicios como trabajador para fomento de construcciones y contratas, S. A. con antigüedad de 7-3-2006 y categoría profesional de peón.

Dicha relación de trabajo se sujeta al convenio colectivo de empresa de los servicios de recogida lateral, transporte a los lugares de tratamiento, eliminación de residuos sólidos urbanos y lavados de contenedores de carga lateral de la empresa de Fomento de Construcciones y Contratas, S. A., publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas de 14-7-2006.

De éste ahora se destaca:

##### **CAPÍTULO III - RETRIBUCIONES**

Art. 18º- Conceptos Retribuidos.

- . Salario Base
- . Complementos personales: Antigüedad.
- . Plus convenio.
- . Plus tóxico.
- . Plus nocturno.
- . Pagas extraordinarias.

-. Bolsa de vacaciones.

Lo importes a percibir por cada uno de los conceptos retributivos son los que figuran en la Tabla Salarial Anexa, sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes.

Art. 19°- Salario base.

El salario base, por el personal afecto por este convenio, es el que se especifica para actividad, nivel y categoría en la tabla salarial anexa. El salario base se devengará por día natural, y también se abonará en el periodo de las vacaciones anuales.

Art. 20°- Antigüedad.

El complemento de antigüedad consistirá en tres bienios del 5% y en sucesivos quinquenios del 7% del salario base de la categoría correspondiente. El importe de cada bienio o quinquenio, según el caso, se abonará desde el primer día del mes de su cumplimiento.

Art. 21°- Plus Tóxico.

Todo el personal afecto a la plantilla, percibirá este plus como complemento del puesto de trabajo, cuyo importe será del 20% sobre el salario base; si estas labores se efectúan únicamente durante un periodo superior a 60 minutos por Jornada, sin exceder de media Jornada, la bonificación se reducirá al 10%.

Este plus se abonará por día efectivamente trabajado.

Art. 22°- Plus de Convenio.

Todo el personal afectado por el presente convenio, percibirá la cantidad recogida en la Tabla Salarial anexo al presente Convenio por día efectivamente trabajado.

Art. 23°- Plus de Nocturnidad.

Todos los trabajadores que realizan jornadas entre las 21,00 y las 6,00 horas, percibirán el plus de nocturnidad consistente en un (25%) del salario base de su categoría y nivel, y se cobrará en proporción del tiempo/hora trabajada.

Art. 24°- Bolsa de Vacaciones.

Todo el personal afecto al presente convenio percibirá una bolsa de vacaciones, que cobrará antes de salir de vacaciones siempre que se realice la jornada máxima ordinaria de trabajo, reduciéndose proporcionalmente en caso de ausencias injustificadas.

La cuantía será la señalada en la Tabla Salarial anexa.

Art. 25°- Pagas Extraordinarias.

Los trabajadores/as afectados/as por el presente Convenio tendrán derecho a cuatro (4) pagas Extraordinarias denominadas Marzo, Verano, Septiembre y Navidad.

Todo ello atemperado a que el trabajador haya realizado la jornada máxima ordinaria de trabajo, reduciéndose, proporcionalmente en caso de ausencias injustificadas.

Los periodos de abono serán los siguientes:

Paga de Marzo: 15 de Marzo; periodo de devengo del 1 de Abril al 31 de Marzo.

Paga de Verano: 15 de Junio; periodo de devengo del 1 de Julio al 30 de Marzo.

Paga de Septiembre: 15 de Septiembre; periodo de devengo del 1 de Octubre al 30 de Septiembre.

Paga de Navidad: 15 de Diciembre; periodo de devengo del 1 de Enero al 31 de Diciembre.

Su importe será el fijado en la Tabla Anexa.

Art. 26°- Horas Extraordinarias.

Las horas extraordinarias se abonarán conforme a la siguiente fórmula:

HORA EXTRA: SALARIO TOTAL ANUAL X 1.75

JORNADA ANUAL PACTADA

## CAPÍTULO IV - JORNADA, VACACIONES, LICENCIAS Y EXCEDENCIAS.

### Art. 27º- Jornada de Trabajo.

La duración máxima de la jornada laboral de trabajo para todo el personal afectado por el presente convenio colectivo será 40 horas semanales, dicha jornada máxima, será de Lunes a Domingo.

En este acuerdo se redistribuye la Jornada laboral aumentando las vacaciones, así como el ajuste del tiempo de trabajo, alcanzando la fórmula establecida en el párrafo anterior

Los trabajadores tendrán derecho a treinta minutos diarios de descanso retribuidos y obligatorios cuya autorización para su disfrute vendrá dado por el capataz o superior jerárquico de éste con el objetivo de unificar el horario para la correcta prestación del servicio a realizar.

El horario de trabajo será según las necesidades del servicio y del cliente, no obstante, se llevarán a efecto de manera preferente los siguientes turnos:

\* Turno de mañana.- de 6:00 a 12:40 horas.

\* Turno de noche.- de 22:00 a 4:40 horas.

Igualmente, será la Empresa quien, bajo la discrecionalidad organizativa que garantiza y recoge el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores disponga del horario a realizar los días 24, 25 y 31 de Diciembre, así como el 1 y 6 de Enero.

Cuando por avería o por causas de fuerza mayor ajenas al trabajador fuese imposible el abandono del puesto de trabajo en la hora determinada como final de jornada, las horas de más serán compensadas en horas libres, en la misma proporción, siempre y cuando el trabajador haya realizado la jornada máxima ordinaria de trabajo según contrato, de no ser así, podrán éstas compensar el supuesto mentado.

La Jornada anual, será el resultado de los días naturales del año, menos los descansos reglamentarios, festivos no recuperables y vacaciones.

### Artículo 28.- Descansos

Todo el personal acogido a este convenio tendrá un día y medio de descanso semanal, mediante un sistema de rotación.

El trabajador que por necesidad del servicio tuviera que trabajar el día de descanso se le abonará éste como si fuera un festivo y, si el día libre coincide con el de un festivo y surgiera el caso anterior además de abonársele el día como festivo se le dará, además, un día libre.

#### Artículo 29.- Festivos

Se considerará como festividad, el 3 de Noviembre, día de San Martín de Porres, Patrón del Servicio de Limpieza, a partir del año 2008, éste incluido; No obstante, será la Empresa quien decida si procede a su abono o a su libranza.

#### Art. 30º- Vacaciones.

El personal sujeto a este convenio tendrá derecho al disfrute de un periodo de vacaciones anuales retribuidas de treinta días naturales.

Dicho periodo vacacional será retribuido como si el trabajador estuviera realizando trabajo efectivo; para el personal que trabaje de Lunes a Domingos, éstos, serán compensados con siete días de vacaciones más, contando, por lo tanto con treinta y siete días naturales de vacaciones.

Las vacaciones se disfrutarán por años naturales (Enero-Diciembre). El derecho a vacaciones no es susceptible de compensación económica.

No obstante, el personal que cese durante el transcurso del año tendrá derecho al abono del salario correspondiente a la parte de vacaciones devengadas y no disfrutadas, como concepto integrante de la liquidación por su baja en la empresa.

Se iniciarán siempre en días laborables y entre los meses de Enero a Diciembre. Para fraccionar el disfrute de las vacaciones en varios periodos, el trabajador deberá prestar su consentimiento de forma expresa. El trabajador conocerá el comienzo de sus vacaciones con una antelación mínima de dos meses.

El abono de la bolsa de Vacaciones se hará efectivo antes del disfrute correspondiente.

Art. 31º- Licencias y Permisos.

Los trabajadores afectados por el presente convenio colectivo, avisando con una antelación de 24 horas.

(Así, por conformidad de las partes y documento número 4 del ramo de prueba de la actora).

Segundo: Por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias se dictó el día 13-7-2010 sentencia después firme de la que ahora se reseña lo siguiente:

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO.- El conflicto colectivo afecta a la totalidad del personal que presta sus servicios para la empresa demandada en Las Palmas de Gran Canaria y que están adscritos al servicio de recogida lateral, transporte a los lugares de tratamiento, eliminación de residuos sólidos urbanos y lavado de contenedores de carga lateral, así como los servicio complementarios correspondientes del ayuntamiento de las Palmas, con una plantilla aproximada de 40 trabajadores.

SEGUNDO.- La actividad se denomina recogida lateral, transporte a los lugares de tratamiento, eliminación de residuos sólidos urbanos y lavado de contenedores de carga lateral, así como los servicio complementarios correspondientes del ayuntamiento de las Palmas, teniendo los trabajadores convenio de empresa con igual denominación, cuyo ámbito temporal se extiende desde el 1.04.05 al 31.12.08.

TERCERO.- El convenio de empresa (BOP 14.07.06) tiene como aplicación complementaria el convenio colectivo del sector de limpieza pública viaria, riego, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, tal y como se establece en su artículo uno.

CUARTO.- El artículo 28 del convenio colectivo establece lo siguiente: descansos:

"Todo el personal acogido a este convenio tendrá un día y medio de descanso semanal, mediante un sistema de rotación.

El trabajador que por necesidad del servicio tuviera que trabajar el día de descanso se le abonará éste como si fuera un festivo y, si el día libre coincide con el de un festivo y surgiera el caso anterior además de abonársele el día como festivo se le dará, además, 1 día libre."

Se da por reproducido el texto del convenio en su totalidad.

QUINTO.- Los horarios de trabajo, al amparo del artículo 27 del convenio de empresa, son los siguientes:

Turno fijo de día: De 6 a 12,40 horas.

Turno fijo de noche: De 22.00 horas a 4,40 horas.

SEXTO.- Los trabajadores prestan servicios siete días seguidos. Cada siete días les figura un día como de libranza en el cuadrante, y cada cinco semanas aparecen dos días como de libranza seguidos, en los términos que constan en los cuadrantes del servicio de carga lateral que solicitó la parte actora para su incorporación a los autos con carácter previo a la celebración del juicio y que se dan por reproducidos.

SÉPTIMO.- FCC, SA tiene adjudicado la gestión del servicio público de recogida de RSU y su utilización por los particulares en diferentes zonas del término municipal de Las Palmas de Gran Canaria, en los términos que se desprenden del pliego de cláusulas administrativas particulares para contratos de gestión de servicios públicos, mediante concurso, del ayuntamiento, por reproducido (doc. nº 3 demandada).

OCTAVO.- Se ha agotado la vía previa ante el Tribunal Laboral Canario.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por el actor D<sup>a</sup>. Raquel, como Secretaria General de la Federación de Servicios de UGT (FES-UGT), contra la empresa Fomento, Construcciones y Contratas, SA y en su virtud declaró el derecho de los trabajadores del turno fijo de noche, a que conforme a lo dispuesto en el artículo 28 del convenio colectivo, se respete por la empresa un día y medio de



descanso semanal, condenando a la demandada a estar y por pasar por la anterior declaración".

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

TERCERO.- Con amparo en el art 191 c) LPL, la parte actora, aduce inaplicación de los arts. 34.3 y 37.1 ET en conexión con el art 28 del Convenio Colectivo mencionado, el art 14 de la Constitución y el RD 1561/1995 de 21 de septiembre sobre Jornadas de Trabajo. Por su parte, la empresa alega con idéntico amparo vulneración del art 17,2 y 3 c) de la Directiva 2003/88/CE y jurisprudencia aplicable. Y como lo que se debate aquí es si los trabajadores disfrutaron realmente de su descanso semanal de día y medio, lo que es afirmado por la demandada y negado por la actora; procede analizar conjuntamente ambos alegatos.

El art 27 del Convenio Colectivo antedicho publicado en el BOP de Las Palmas de Gran Canaria número 88 de 14.07.2006, establece que la duración máxima de la jornada laboral de trabajo para todo el personal afectado por el convenio será de 40 horas semanales, de lunes a domingo. En horario de trabajo será de manera preferente:

- Turno de mañana: de 6.00 horas a 12,40 horas.
- Turno de noche: de 22 horas a 4.40 horas.

Y en su art 28 prevé para todo el personal un día y medio de descanso semanal, mediante un sistema de rotación. El trabajador que por necesidad del servicio tuviere que trabajar el día de descanso se le abonará este como si fuere festivo y si el libre coincide con el de un festivo y surgiere el caso anterior además de abonársele el día como festivo se le dará, además, un día libre. Es decir, la regulación convencional asegura a los trabajadores un descanso semanal de día y medio.

El Tribunal Supremo ha establecido ya doctrina sobre el particular en la sentencia de 25.09.2008 (Rec 109/2007) que sigue otra de 10.10.2005 (Rec 155/2004) y cuyo texto ha sido recogido en la sentencia impugnada. Sostiene el Alto

Tribunal que el descanso diario ha de ser de doce horas y el semanal, cuando sean sucesivos han de sumar 48 horas, dado que no son acumulativos y no pueden solaparse o confundirse.

En este caso, resulta que como recoge la Magistrada a quo en el Fundamento Jurídico 3º de su sentencia con valor de hecho probado, en ambos turnos, los trabajadores se reincorporan antes de transcurrir aquel periodo total de 48 horas que les asegure el efectivo descanso semanal de día y medio convencionalmente establecido. Consecuentemente ha de ser estimado el recurso interpuesto por la parte demandante, desestimando el formulado por la demandada y con revocación de la sentencia impugnada declarar el derecho de los trabajadores a disfrutar de día y medio de descanso semanal efectivo mediante un sistema rotatorio con estimación de la demanda.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS**

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup>. Raquel y Fomento de Construcciones y Contratas S.A., contra la sentencia dictada en fecha 30 de abril de 2009, por el Juzgado DE LO SOCIAL N. 6 de LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, y desestimando el formulado por Fomento de Construcciones y Contratas SA, debemos revocar como revocamos dicha sentencia en el sentido de declarar el derecho de los trabajadores a disfrutar de día y medio de descanso semanal efectivo mediante un sistema rotatorio, con estimación de la demanda.

(Así, por conformidad de las partes).

Tercero.- El actor libró los días 3, 11 y 19 de marzo de 2011; 5, 13, 22 y 29 de abril y 7 y 24 de mayo de 2011. (Así, por conformidad de las partes).

Cuarto.- El día 16-4-2012 (y mediante papeleta presentada por todos los actores el día treinta previo) se celebró el acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación con la empresa demandada, sobre reclamación de cantidad, acto que concluyó sin que las partes se avinieran».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando la demanda deducida por D. Heraclio contra FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., debo absolver y absuelvo a esta compañía de todas las pretensiones deducidas en la demanda».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Heraclio ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en Las Palmas de Gran Canaria, la cual dictó sentencia en fecha 18 de junio de 2015, en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

«Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por D. Heraclio contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Las Palmas de fecha 16-7-14 confirmando la misma».

TERCERO.- Por la representación de D. Heraclio se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en Las Palmas de Gran Canaria el 10 de septiembre de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) en fecha 18 de diciembre de 2014 (R. 290/2014).

CUARTO.- Con fecha 25 de abril de 2016 se admitió a trámite el presente recurso y no habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar la desestimación del presente recurso.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 16 de mayo de 2017, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La representación legal de D. Heraclio ha formulado el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias -sede de Las Palmas- de 18 de junio de 2015, recaída en el recurso de suplicación 400/2015 . Dicha sentencia había desestimado el recurso formulado por la misma demandante

contra la sentencia desestimatoria del Juzgado de lo Social nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria en reclamación de cantidad, concretamente de abono de plus festivo correspondiente a los días que el actor había supuestamente trabajado durante su descanso semanal.

La cuestión jurídica de fondo relativa a la retribución del trabajo durante el período de servicios que los trabajadores prestaban durante el período correspondiente a su descanso semanal ya había sido resuelto por una sentencia de la misma Sala de lo Social del TSJ de Canarias de fecha 13 de julio de 2010 que resolvió un conflicto colectivo. Teniendo ello en cuenta, las circunstancias relevantes, a efectos de la realización del oportuno juicio de contradicción, que concurren en el supuesto de la sentencia recurrida son, en síntesis, las siguientes: 1) el actor -ahora recurrente- prestaba servicios con categoría de peón para la mercantil Fomento de Construcciones y Contratas S.A.; 2) Regía, al tiempo de los hechos reclamados, el convenio colectivo de empresa de recogida lateral, transporte de residuos sólidos urbanos y lavados de contenedores de carga lateral de la empresa FCC, S.A. publicado en el BOP de Las Palmas de 14-7-2006; 3) El trabajador formuló demanda en reclamación de reclamación de cantidad como plus de festivo por excesos de jornada trabajados.

La sentencia recurrida, confirmatoria de la de instancia, tras desestimar la revisión de hechos propugnada por el actor en la que solicitaba que se incorporara al relato fáctico, entre otras cuestiones, una relación de días de libranza, desestimó el recurso al considerar que no se cumplían las condiciones previstas en el convenio colectivo para generar el derecho a la percepción del plus de festivo por no quedar acreditado que hubiere prestado servicio en días correspondientes a su descanso semanal.

2.- Invoca y aporta el recurrente como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de lo Social de fecha 18 de diciembre de 2014, recaída en el recurso 367/2012. Dicha sentencia contempla un supuesto en el que un trabajador de la misma empresa solicitó idéntica pretensión a la aquí contemplada, en el que resultaba de aplicación el mismo convenio colectivo y que acabó reconociendo el derecho del actor a la cantidad solicitada en concepto de plus festivo por haberse visto obligado a

trabajar en días de descanso, resultando, por tanto, de aplicación el citado complemento salarial.

SEGUNDO.- 1.- A pesar de la aparente similitud entre los supuestos examinados en las sentencias sometidas a juicio de comparación, tal como informa el Ministerio Fiscal, la contradicción no puede apreciarse básica y fundamentalmente porque entre las sentencias comparadas no existe doctrina diferente que precise ser unificada. En efecto, en ambas sentencias se acepta que, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia de conflicto colectivo a que anteriormente se ha hecho referencia, la porción de jornada de descanso semanal o diario en la que el trabajador presta servicios debe ser retribuida con el complemento salarial de días festivos. Ocurre, sin embargo, que las sentencias presentan una diferencia importante que explica y justifica que los fallos sean diferentes. Así mientras en la sentencia referencial consta acreditado que el trabajador prestó servicios en los días postulados en su demanda y, por tanto, estima el derecho a percibir por tal trabajo el complemento de días festivos, la sentencia recurrida no aprecia tal extremo fáctico lo que impide la estimación de la cantidad reclamada.

2.- Aunque en ambos supuestos el derecho cuestionado es el mismo y el convenio aplicable también, así como la empresa demandada, no hay que olvidar que el derecho en cuestión depende justamente de la concurrencia de determinadas condiciones fácticas que en un caso se han considerado acreditadas y en el otro no; lo que, como se avanzó, justifica plenamente que las sentencias examinadas hayan llegado a pronunciamientos diferentes.

3.- En consecuencia, el recurso no debió admitirse a trámite por falta de la exigible contradicción entre las sentencias recurrida y referencial lo que constituía causa de inadmisión que, en este trámite, se convierte en causa de desestimación, sin que la Sala deba efectuar pronunciamiento alguno sobre costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Heraclio, representado y asistido por el

letrado D. Enrique Lorenzo Pardo. 2.- Confirmar la sentencia dictada el 18 de junio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso de suplicación núm. 400/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 16 de julio de 2014, recaída en autos núm. 353/2012, seguidos a instancia de D. Heraclio, contra Fomento de Construcciones y Contratas, SA; y Fondo de Garantía Salarial, sobre Cantidad. 3.- No efectuar pronunciamiento alguno sobre costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

#### **5-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE ABRIL DE 2017**

##### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO. - Por la representación letrada la Confederación Intersindical Galega se presentó demanda de Conflicto Colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y en la que, tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación, se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que se declare: «Que las partes se avengan a reconocer y que se establezca un sistema de registro de jornada efectiva que realiza la plantilla de Abanca Corporación Bancaria, S.A., de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores , que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, registrando la jornada diaria efectiva, las horas extraordinarias que se puedan realizar, así como que se proceda a dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los trabajadores, en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el Convenio Colectivo» .

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO .- Con fecha 19 de febrero de 2016 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: «Estimamos la demanda formulada por D. Bernabé, actuando en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA, a la que se han adherido la Federación de Servicios de la UGT, Federación de Servicios CCOO, Federación de Sindicatos Independientes de Servicios Financieros (CSICA-FINE), Alternativa Sindical de Caixas de Ahorros (ASCA-CIC) contra la empresa ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A. en materia de CONFLICTO COLECTIVO y declaramos que ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A. debe establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla de la empresa, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, registrando la jornada diaria efectiva, y las horas extraordinarias que, en su caso se puedan realizar, así como que proceda a dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores , en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el Convenio Colectivo y condenamos a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración.»

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: « PRIMERO. - La Federación de Banca y Ahorro de la Confederación Intersindical Galega está integrada en la Confederación Intersindical Galega, sindicato más representativo a nivel autonómico, y además tiene implantación suficiente en Abanca Corporación Bancaria, S.A. por lo que forma parte de todas las mesas de negociación de carácter general entre empresa y sindicatos. (Hecho conforme) SEGUNDO.- El convenio de aplicación en la empresa es el Convenio Colectivo de Cajas y Entidades Financieras de Ahorro. Dicho convenio establece una jornada anual de 1.680 horas. (Hecho conforme). TERCERO.- El 9 de diciembre de 2014 la empresa procedió a la

apertura de un periodo de consultas para la modificación substancial de condiciones de trabajo e inaplicación de convenio colectivo. El 26 de diciembre de 2014 alcanzó un acuerdo con los sindicatos CCOO, UGT y CSICA, que mantiene en vigor jornadas singulares y horarios especiales establecidos por "acuerdo individual o colectivo" con carácter previo. (Hecho conforme, descriptor 3). CUARTO.- En dicho acuerdo del 26 de diciembre de 2014, se establece como horario general (punto 1.1):

-Todo el año, excepto del 15 de junio al 15 de septiembre y durante las dos últimas semanas de diciembre y la primera del mes de enero de cada año (tres semanas completas), de lunes a viernes, de 8 a 14:30, y los martes y jueves adicionalmente de 16:30 a 19 horas.

-Del 15 de junio al 15 de septiembre y durante las dos últimas semanas de diciembre y la primera del mes de enero de cada año (tres semanas completas de lunes a domingo), de lunes a viernes de 8 a 14:30 horas.

Contempla también ese artículo que "en el caso de oficinas con seis o más empleados y en servicios centrales, se podrán establecer rotaciones para que una parte de la plantilla preste sus servicios los lunes y miércoles por la tarde en sustitución de los martes y jueves. (Hecho conforme, descriptor 3). QUINTO .- En dicho acuerdo se establece (punto 1.2) la implantación de un horario flexible para una figura denominada gestores comerciales especializados, hasta para 200 personas: -Todo el año, excepto del 15 de junio al 15 de septiembre y durante las dos últimas semanas de diciembre y la primera del mes de enero de cada año (tres semanas completas), de lunes a jueves de 8 a 19 horas, con un periodo mínimo de interrupción de 1 hora y un límite de jornada de 9 horas, con la flexibilidad necesaria a la entrada y salida para no exceder la citada jornada diaria y anual, y los viernes de 8 a 14:30 horas. -Del 15 de junio al 15 de septiembre y durante las dos últimas semanas de diciembre y la primera del mes de enero de cada año (tres semanas completas), de lunes a viernes de 8 a 14:30 horas. (Hecho conforme, descriptor 3). SEXTO.- El punto 1.3 establece además que con independencia de los horarios establecidos para el personal, se establece un límite del 7,5% de oficinas que pueden abrir al público en horario de tarde. El resto de oficinas únicamente abrirán al público las tardes de jueves. (Hecho conforme, descriptor 3). SÉPTIMO.- Los citados horarios comenzaron a aplicarse el



12 de enero del 2015. (Hecho conforme). OCTAVO. - En lo que se refiere al control sobre el cumplimiento de estos horarios, o de las horas extraordinarias que pudieran hacerse, no existe ningún tipo de registro de jornada efectiva que realiza la plantilla. (Hecho conforme). NOVENO. - Abanca Corporación Bancaria S.A., no informa a los representantes de los trabajadores de las horas extraordinarias que se realizan. Tampoco comunica a los trabajadores y trabajadoras la jornada laboral realizada y el monto de las horas extraordinarias. DECIMO. - La inspectora Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Lugo, en fecha 24 de noviembre de 2015, procedió a extender acta de infracción a la empresa demandada, por incumplimiento de la normativa en materia de tiempo de trabajo, al haber constatado que la empresa no procede a registrar la jornada de los trabajadores, tal y como dispone el artículo 35.5 del ET. (Descriptor 24). En septiembre de 2014, la inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra procedió a formular requerimiento a la empresa demandada para que cumpliera los siguientes extremos: Registro diario de jornada, especialmente los días en que se celebren reuniones por la tarde (a fin de comprobar el cumplimiento del descanso entre jornadas). Si se sobrepasan, en total, trabajo de mañana y reuniones de tarde, las nueve horas, también se registrarán como horas extraordinarias. Se registrarán su compensación con tiempo de trabajo, en su caso. Se reflejarán en los recibos de salarios. A efectos de comprobación, de cada reunión se remitirá escrito a esta Inspección y al comité de empresa y a los delegados sindicales, en el que conste: día de la reunión y duración de la misma, y lista de asistentes; así como lugar desde el que se desplazan los asistentes y duración previsible del desplazamiento. Este escrito se aportará en los diez días siguientes a cada reunión, y durante todo el año 2008. En caso de compensación con tiempos de descanso se aportará también a esta inspección en el plazo de los diez días siguientes al descanso compensatorio (se indicará nombre, puesto de trabajo y centro de trabajo. (Descriptor 6). DECIMO-PRIMERO.- En fecha 12 de noviembre de 2015 se celebró el acto de conciliación ante el servicio interconfederal de mediación y arbitraje de Madrid que finalizó sin acuerdo. (Descriptor 8) Se han cumplido las previsiones legales. »

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la letrada D.<sup>a</sup> Ana Godino Reyes, en nombre y representación de la empresa ABANCA Corporación Bancaria, S.A., siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO .- Impugnado el recurso por las partes personadas ASCA (Alternativa Sindical de Caixas de Aforros), la Confederación Intersindical Galega (CIG), la Federación de Sindicatos Independientes de Servicios Financieros (CSICA) y la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CC.OO. Servicios) y, evacuado por el Ministerio Fiscal el traslado conferido , se emitió informe en el sentido de interesar la desestimación del recurso, e instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de abril de 2017, en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El 30 de diciembre de 2015 se presentó demanda de CONFLICTO COLECTIVO por la representación letrada de la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA -CIG-, ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional contra ABANCA, CORPORACIÓN BANCARIA SA, y como interesados FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE LA UGT, FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE CCOO, FEDERACIÓN DE SINDICATOS INDEPENDIENTES DE SERVICIOS FINANCIEROS -CSICA-FINE- y ALTERNATIVA SINDICAL DE CAIXAS DE AFORROS -ASCA-CIC-, interesando se dicte sentencia por la que: «Se declare que las partes se avengan a reconocer y que se establezca un sistema de registro de jornada efectiva que realiza la plantilla de Abanca Corporación Bancaria, S.A., de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores , que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, registrando la jornada diaria efectiva, las horas extraordinarias que se puedan realizar, así como que se proceda a dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los trabajadores, en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el Convenio Colectivo » .

SEGUNDO.- Por la mencionada Sala de lo Social se dictó sentencia el 19 de febrero de 2016, en el procedimiento número 383/2015, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: «Estimamos la demanda formulada por D. Bernabé, actuando en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA, a la que se han adherido la Federación de Servicios de la UGT, Federación de Servicios CCOO, Federación de Sindicatos Independientes de Servicios Financieros (CSICA-FINE), Alternativa Sindical de Caixas de Ahorros (ASCA-CIC) contra la empresa ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A. en materia de CONFLICTO COLECTIVO y declaramos que ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A. debe establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla de la empresa, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, registrando la jornada diaria efectiva, y las horas extraordinarias que, en su caso se puedan realizar, así como que proceda a dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores , en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el Convenio Colectivo y condenamos a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración.»

TERCERO.-1.- Por la representación letrada de ABANCA, CORPORACIÓN BANCARIA SA, se interpone el presente recurso de casación contra dicha sentencia, basándolo en un único motivo. Con amparo en el artículo 207 e) de la LRJS, denuncia la parte recurrente infracción, por interpretación errónea, de los artículos 35.5, en relación con el 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y de la Disposición Adicional tercera del RD 1561/1995, de 21 de septiembre.

2.- El recurso ha sido impugnado por la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA -CIG-, FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE CCOO, FEDERACIÓN DE SINDICATOS INDEPENDIENTES DE SERVICIOS FINANCIEROS -CSICA-FINE- y ALTERNATIVA SINDICAL DE CAIXAS DE AFORROS -ASCA-CIC-, proponiendo el Ministerio Fiscal la desestimación del recurso.

CUARTO.-1.- En el único motivo del recurso la parte alega infracción, por interpretación errónea, de los artículos 35.5, en relación con el 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y de la Disposición Adicional tercera del RD 1561/1995, de 21 de septiembre.

En esencia aduce que el apartado objeto de interpretación forma parte del artículo 35 ET que lleva por título "horas extraordinarias" y que, en toda su regulación, haciendo gala de coherencia con su título, no regula ninguna cuestión que no sea precisamente el régimen de realización y retribución de las horas extraordinarias. El apartado 1 las define, el 2 establece un límite numérico a su realización, el 3 excluye del concepto las horas necesarias para prevenir o reparar siniestros o daños extraordinarios y el 4 establece el carácter voluntario de su realización. El número 5 no es sino la continuación de esa regulación de las horas extraordinarias, y exige su registro y notificación a los trabajadores junto con el recibo justificativo del pago del salario. Por ello no cabe suponer que el artículo 35.3 ET establece la obligación empresarial de poner en marcha un sistema de registro diario de la jornada que realizan todos los trabajadores, al margen de que realicen horas extraordinarias o no.

2.- Cuestión similar a la ahora sometida a la consideración de la Sala ha sido resuelta por el Pleno de la misma, sentencia de 23 de marzo de 2017, casación 81/2016. En la citada sentencia se contiene el siguiente razonamiento:

«SEGUNDO.- Para resolver la cuestión planteada, conviene en primer lugar recordar e interpretar la norma en la que se funda la obligación impuesta a la recurrente por la sentencia impugnada, esto es el artículo 35 del ET que, bajo la rúbrica de horas extraordinarias, regula que se consideran horas extraordinarias, su retribución, número máximo que se pueden realizar, forma de computar su realización, descanso compensatorio, su realización voluntaria y excepciones a esa regla acaba disponiendo en su número 5: «A efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente.». Su interpretación con arreglo a diferentes normas de hermenéutica nos muestra:

Del tenor literal de esta disposición se deriva que la misma se refiere exclusivamente a las horas extras, cual se deriva de la determinación literal de su fin "a efectos del cómputo de horas extraordinarias" objeto que se cumple mediante el registro diario de la jornada realizada, sin que se deba olvidar que la expresión "la jornada... se registrará día a día" hace referencia a la necesidad de establecer un registro donde se anote, asiente o apunte, pues este es el sentido propio del término "registrará". Pero la obligación del empresario de anotar (registrar) se extiende sólo a las horas extraordinarias realizadas para lo que se apuntará el número de horas trabajadas cada día y se dará copia de esos apuntes al trabajador a final de mes, según que los pagos sean mensuales o tengan otra periodicidad.

Esta interpretación literal se acompasa con los antecedentes históricos y legislativos que nunca impusieron una obligación del tipo que nos ocupa, cual muestra la anterior redacción del ET en la materia y que en la Exposición de Motivos de las reformas del ET y del artículo 35-5 que nos ocupa no se haya dicho nada al respecto.

Igualmente, esa interpretación es acorde con una interpretación lógico sistemática del precepto estudiado. En efecto, obsérvese que el deber de registrar la jornada laboral se contempla al tiempo de regular el legislador las horas extraordinarias (título del estudiado artículo 35) y no la jornada laboral ordinaria, el tiempo de trabajo, lo que es relevante por cuanto el diferente encabezamiento de cada artículo indica que el legislador constriñe el deber empresarial que nos ocupa al registro diario de las horas extras, por cuanto de ser otra su intención habría incluido esa disposición en el artículo 34 que regula la jornada ordinaria, lo que habría obligado al registro diario de toda la jornada laboral, lo que no ha hecho y, sin embargo, impone la sentencia recurrida. Esta interpretación sistemática se ve avalada por lo dispuesto en el artículo 12-4-c) del ET, sobre la obligación de registrar día y día y totalizar mensualmente todas las horas realizadas cada mes por el trabajador con contrato parcial y con obligación del patrono de entregar al operario un resumen mensual de las horas que trabaja obligándole a guardar esos resúmenes cuatro años (periodo de tiempo superior al de la prescripción del art. 59 del ET), mandato innecesario si el legislador hubiese establecido la necesidad de registrar toda la

jornada diaria, mediante un sistema que permita comprobar el cumplimiento horario pactado. Así mismo, la necesidad de llevar un registro para el control del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles, de la marina mercante y de ferroviarios que establecen los artículos 10-bis-5 y 18-bis-2 del RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo, y su Adicional Séptima, nos muestran que cuando el legislador quiere un registro de toda la jornada laboral y el control horario lo dice expresamente, pues, si quisiera que ese mandato fuese general no lo habría reiterado para supuestos especiales, sino que lo habría implantado con carácter general en el art. 34 del ET.

Finalmente, dado el contexto en el que se ubica la norma debe entenderse que su finalidad es el control de la realización de horas extraordinarias, para evitar excesos con los que se sobrepasen los límites que establece, pero no implantar un control de la jornada ordinaria, registro al que no obliga en el art. 34 del ET y sí impone en los supuestos especiales que antes se citaron, lo que evidencia el espíritu de la norma que solo establece esa obligación en casos concretos. Frente a ello, no cabe decir que lo impone la realidad social del siglo en que vivimos, ni utilizar argumentos como el de que otros lo hacen, por cuanto no se conoce en qué condiciones, ni que la empresa si controla las ausencias por intranet, donde el empleado que falta debe registrar sus ausencias y justificarlas, porque, precisamente, por ese medio u otro puede registrar las horas de entrada y salida, así como el exceso de jornada, lo que le permitirá conocer las horas que trabaja, sin necesidad de que la empresa lleve un complicado registro general de la jornada diaria realizada por cada uno de sus empleados.

TERCERO.- Jurisprudencia sobre la materia.

La doctrina de la Sala sobre el artículo 35-5 del ET, acorde con la interpretación dada, se compendia en nuestra sentencia de 11 de diciembre de 2003 (R. 63/2003) que luego ha sido reiterada en nuestras sentencias de 25 de abril de 2006 (R. 147/2005) y de 18 de junio de 2013 (R. 99/2012), sentencias en las que se analiza la obligación de registro y comunicación de sus datos que establece el citado artículo 35-5. En la primera de ellas al respecto se dice:

... «En definitiva, ha de ser estimado este primer motivo del recurso, sin que ello afecte, naturalmente, a la obligación empresarial de cumplir lo estrictamente ordenado en la disposición adicional 3ª del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, en el sentido de "ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores", lo que supone que la comunicación habrá de realizarse en los supuestos de realización de horas extraordinarias, pues como ha afirmado la Sala de lo contencioso administrativo de este Tribunal Supremo (STS 5 de junio de 1989) dictada en materia sancionatoria por infracción del artículo 35.5 ET, "caen consiguientemente por su base las infracciones imputadas por no llevar el registro o control de aquellos y por no dar a los trabajadores copia del resumen semanal, innecesarias tanto aquella llevanza como esta entrega, por cuanto no se realizaban, ni eran por tanto retribuidas". ».

Esta doctrina es reiterada en nuestra sentencia de 25 de abril de 2006 que concreta el alcance de la obligación empresarial y forma de computar el número de horas extras realizadas, aunque luego se compensaran con descanso, a los representantes de los trabajadores. En igual sentido la sentencia de 18 de junio de 2013 se dice: «Esta Sala ha de partir, por tanto de que no se ha probado que, los trabajadores encuadrados en el GP 5 y GP-6 hayan superado la jornada anual pactada en el artículo 12.2 a) del Convenio Colectivo vigente, ni que hayan reclamado compensación alguna por haber superado la citada jornada, incumbiendo acreditar tales hechos a la parte actora, hoy recurrente, por lo que no habiéndolo logrado, se ha de concluir que la empresa demandada no ha infringido los preceptos cuya vulneración denuncia el recurrente, referentes al derecho de información de la Confederación General de Trabajo.». De estas sentencias se desprende que el artículo 35-5 sólo obliga, salvo pacto que amplíe ese deber, a llevar el registro de las horas extras realizadas y a comunicar a final de mes su número al trabajador y a la representación legal de los trabajadores el número de horas extras realizadas, caso de haberse efectuado.

La inexistencia de la obligación de llevar un registro para el control de la horas jornada ordinaria es reconocida por nuestra sentencia de 11 de febrero de 2003 en el

inciso final de su fundamento quinto, al hacer suya la doctrina sentada por la Sala III de este Tribunal en su sentencia de 5 de junio de 1989, donde se concluye que no hay que llevar registro de control de horas extras cuando no se realizan, ni se retribuyen su doctrina es reiterada en nuestra sentencia de 3 de octubre de 2006 (R. 146/2005) donde se dice: «De aquí que la primera postulación de la demanda, en cuanto interesa "el derecho de los trabajadores a la existencia de un sistema de marcaje horario que refleje la verdadera jornada realizada por los trabajadores" no se presente avalada por un sustrato fáctico y normativo que propicie su estimación, siendo notorio -como ya así se razona en la sentencia recurrida- que el sistema de control horario establecido en la Entidad recurrida se ajusta a las previsiones de lo acordado en el Pacto de 25 de octubre de 1991 y no entra en desacuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores , que sólo exige el registro diario de la jornada de cada trabajador a efectos del cómputo de horas extraordinarias, lo que no es el preciso objeto del presente litigio, aunque lo hubiera sido, ya, del que dio lugar al recurso de casación nº 147/2005 de esta Sala que fue resuelto por sentencia de 25 de abril de 2006. En otro aspecto enjuiciador, tampoco, puede decirse que incumpla la empresa el sistema de marcaje horario pactado entre ella y la representación sindical de los trabajadores en la misma.».

#### CUARTO.- Normativa de la Unión Europea.

La solución interpretativa dada se ajusta a lo dispuesto por la normativa comunitaria sobre la jornada laboral y la ordenación del tiempo de trabajo, normativa que en nuestro ordenamiento jurídico han implementado las normas antes examinadas.

En este sentido el artículo 6 de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, establece la necesidad de limitar la duración de la jornada máxima por medio de disposiciones legales, reglamentarias o convenios colectivos estableciendo un límite máximo de cuarenta y ocho horas a la semana, incluidas las horas extraordinarias, por cada periodo de siete días. Posteriormente en su artículo 18 establece: «1. a) Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva, a más tardar el 23 de noviembre de 1996, o se asegurarán, a



más tardar en dicha fecha, de que los interlocutores sociales establezcan las disposiciones necesarias mediante convenio. Los Estados miembros deberán adoptar todas las medidas necesarias para garantizar en todo momento los resultados impuestos por la presente Directiva.

b) i) No obstante, siempre que respete los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, un Estado miembro podrá no aplicar el artículo 6, a condición de que adopte las medidas necesarias para garantizar que:

- ningún empresario solicite a un trabajador que trabaje más de cuarenta y ocho horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en el punto 2 del artículo 16, salvo que haya obtenido el consentimiento del trabajador para efectuar dicho trabajo;

- ningún trabajador pueda sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento para efectuar dicho trabajo;

- el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo;

- los registros mencionados se pongan a disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir por razones de seguridad y/o de salud de los trabajadores, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal;

- el empresario facilite a las autoridades competentes, a petición de éstas, información sobre el consentimiento dado por los trabajadores para efectuar un trabajo que exceda de cuarenta y ocho horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en el punto 2 del artículo 16.

Antes de la finalización de un período de siete años a contar desde la fecha mencionada en la letra a), el Consejo, sobre la base de una propuesta de la Comisión, acompañada de un informe de evaluación, reexaminará las disposiciones del presente inciso i) y decidirá sobre el curso que deberá dárseles.

ii) Asimismo, y por lo que respecta a la aplicación del artículo 7, los Estados miembros podrán hacer uso de un período transitorio de tres años como máximo, a contar desde la fecha mencionada en la letra a), siempre que durante dicho período transitorio:

- los trabajadores disfruten de un período anual de tres semanas de vacaciones retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o por las prácticas nacionales y que- dicho período de tres semanas de vacaciones anuales retribuidas no pueda ser sustituido por una compensación financiera, salvo en caso de que concluya la relación laboral.».

Obsérvese que el apartado 1-b) i permite inaplicar la jornada máxima del art. 6, pero regula esos supuestos requiriendo que el trabajador preste su consentimiento, sobre el que se informará a la autoridad competente y obligando a que "el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que realicen un trabajo de este tipo", tenor literal del que se deriva que la obligación de llevar a registros actualizados sólo se impone en los casos que no se aplican las limitaciones del art. 6 sobre la duración de la jornada. Esta disposición es reiterada por el art. 22 de la Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003. Por contra, la normativa comunitaria si se impone la necesidad de llevar un registro de las horas de trabajo y de descanso en supuestos especiales. En este sentido el artículo 12 de la Directiva 2014/112/UE, sobre el transporte de navegación, la Directiva 2000/79, CE, sobre navegación aérea, la Directiva 1999/63, CE, sobre el trabajo en el mar, la Directiva 2002/15, CE, sobre el transporte en carretera y otras disposiciones similares sobre jornadas especiales que han sido traspuestas a nuestras disposiciones legales y reglamentarias.

En definitiva, la normativa examinada impone, al igual que la española, la necesidad de llevar un registro de las jornadas especiales, pero no de la ordinaria cuando no se sobrepase la jornada máxima.

QUINTO.- Conclusiones.

De lo razonado hasta aquí se deriva que el artículo 35-5 del ET no exige la llevanza de un registro de la jornada diaria efectiva de toda la plantilla para poder comprobar el cumplimiento de los horarios pactados, cual establece la sentencia recurrida.

Cierto que de "lege ferenda" convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias, pero de "lege data" esa obligación no existe por ahora y los Tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario, mediante una condena genérica, que obligará, necesariamente, a negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto, no se trata, simplemente, de registrar la entrada y salida, sino el desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, cuando se pacte.

Además, no se deben olvidar las normas reguladoras de la protección de datos, de creación de archivos de datos, y del control de estos que deberán ser tratados con respeto de lo dispuesto en la Ley 15/1999, de diciembre, y en el nuevo Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, norma que, aunque no será de aplicación hasta el 25 de mayo de 2018, deberá tenerse en cuenta para orientar la creación de registros de datos, dado que al efecto se requiere una norma legal o pactada que "establezca garantías adecuadas del respeto de los -15- derechos fundamentales y de los intereses del interesado" (artículo 9-2 del Reglamento citado) y es que la creación de este registro implica un aumento del control empresarial de la prestación de servicios y un tratamiento de los datos obtenidos, máxime en los supuestos de jornada flexible, de trabajo en la calle o en casa, que pueden suponer una injerencia indebida de la empresa en la intimidad y libertad del trabajador, así como en otros derechos fundamentales que tutela nuestra Constitución, especialmente en su artículo 18-4, máxime cuando la pretensión ejercitada y, el fallo que la estima van más allá del simple control de entrada y salida, por cuánto requiere almacenar datos que permitan comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, objetivo cuyo logro requiere, incluso, un

tratamiento anual de los datos recogidos para determinar el cumplimiento de la jornada anual.

Todos los razonamientos expuestos impiden llevar a cabo una interpretación extensiva del art. 35-5 del ET imponiendo obligaciones que limitan un derecho como el establecido en el artículo 28-3 del citado texto legal y el principio de libertad de empresa que deriva del artículo 38 de la Constitución y ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional como imprescindible para la buena marcha de la actividad productiva (S. 170/2013), sin que, por lo demás se deba olvidar que la introducción o modificación de sistemas de control por el empresario no constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (SSTS 19 de julio de 2016 (R.162/2015) y 25 de enero de 2017 (R. 47/2016).

La falta de llevanza, o incorrecta llevanza del registro, no se tipifica por la norma como infracción de forma evidente y terminante, lo que obliga a una interpretación restrictiva y no extensiva de una norma sancionadora como la contenida en el artículo 7-5 del RDL 5/2000, de 4 de agosto, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, norma cuya naturaleza sancionadora impide una interpretación extensiva del art. 35-5 del ET , pues es principio de derecho el de la interpretación restrictiva de las normas limitadoras de derechos y de las sancionadoras. Además, tampoco se tipifica como falta la no llevanza del registro que nos ocupa y no informar a los trabajadores sobre las horas realizadas en jornadas especiales o incumplir obligaciones meramente formales o documentales constituye, solamente, una falta leve, en los supuestos previstos en el art. 6, números 5 y 6 del Real Decreto Legislativo citado.

La solución dada no deja indefenso al trabajador a la hora de probar la realización de horas extraordinarias, pues a final de mes la empresa le notificará el número de horas extras realizadas, o su no realización, lo que le permitirá reclamar frente a esa comunicación y a la hora de probar las horas extraordinarias realizadas tendrá a su favor del artículo 217-6 de la LEC , norma que no permite presumir la realización de horas extras cuando no se lleva su registro, pero que juega en contra de quien no lo lleva cuando el trabajador prueba que si las realizó.»

2.-Aplicando el anterior razonamiento al asunto examinado, procede estimar el recurso formulado y casar y anular la sentencia recurrida, en el extremo relativo a la condena a la recurrente a establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, dejando subsistentes el resto de sus pronunciamientos, por no haber sido impugnados y ser acordes con la doctrina que aquí aplicamos. Sin costas.

**FALLO:**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

Estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación letrada de ABANCA, CORPORACIÓN BANCARIA SA, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 19 de febrero de 2016 , en el procedimiento número 383/2015, en actuaciones nº 301/2015, seguidas a instancia de la representación letrada de la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA - CIG-, contra ABANCA, CORPORACIÓN BANCARIA SA, y como interesados FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE LA UGT, FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE CCOO, FEDERACIÓN DE SINDICATOS INDEPENDIENTES DE SERVICIOS FINANCIEROS -CSICA-FINE- y ALTERNATIVA SINDICAL DE CAIXAS DE AFORROS -ASCA-CIC-, sobre CONFLICTO COLECTIVO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida en el extremo relativo a la condena a la recurrente a establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza su plantilla, dejando subsistentes el resto de sus pronunciamientos. Sin costas

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**6-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE MARZO DE 2017**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- El Sindicato independiente de Catalana Occidente, formuló demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional sobre conflicto colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare: - Primero: El derecho a la percepción de media dieta cuando los trabajadores de las empresas demandadas, por razones de su trabajo, deban comer o cenar fuera de su domicilio, si bien haya sido posible regresar a pernoctar al mismo.

- Segundo: el derecho al cobro de la media dieta, una vez se devengue, en la cuantía establecida en el Convenio Nacional sectorial, sin necesidad de justificar su importe.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

TERCERO.- Con fecha 18 de noviembre de 2015, se dictó sentencia por la Audiencia Nacional, cuya parte dispositiva dice: «FALLAMOS: Que DESESTIMANDO LAS EXCEPCIONES DE FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA PREVIA Y DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LA DEMANDA Y ESTIMANDO LA DEMANDA INTERPUESTA POR SICO, a la que se han adherido UGT Y CGT contra CATALANA OCCIDENTE S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS y GRUPO CATALANA OCCIDENTE TECNOLOGÍA Y SERVICIOS AGRUPACIÓN DE INTERÉS ECONÓMICO DECLARAMOS el derecho a la percepción de media dieta cuando los trabajadores de las empresas demandadas, por razones de su trabajo, deban comer o cenar fuera de su domicilio, si bien haya sido posible regresar a pernoctar al mismo, así como el derecho al cobro de la media dieta, una vez se devengue, en la cuantía establecida en el Convenio Nacional sectorial, sin necesidad de justificar su importe».

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- Las relaciones laborales entre las dos codemandadas, CATALANA OCCIDENTE S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS y GRUPO CATALANA OCCIDENTE TECNOLOGÍA Y SERVICIOS AGRUPACIÓN DE INTERÉS ECONÓMICO y sus empleados se rigen por el Convenio Colectivo único de Seguros Catalana Occidente, S.A. de Seguros y Reaseguros, de Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S.A. y de Grupo Catalana Occidente Tecnología y Servicios, A.I.E." Dicho Convenio colectivo, fue negociado entre los días 22 de octubre de 2012 y 11 de diciembre de 2013, siendo inscrito en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de trabajo mediante resolución de 18 de marzo de 2014 de la Dirección General de Empleo, del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 28 de marzo de 2014.- PACÍFICO

SEGUNDO. - El artículo 7 del citado Convenio colectivo establece una expresa remisión al Convenio Colectivo sectorial de ámbito estatal, como fuente normativa supletoria para lo no previsto en el articulado de aquél, regulándose en el art. 8 la Comisión Mixta y de seguimiento del convenio.

El art. 27 del Convenio interempresas regula la denominada "Compensación por comidas".

Dicha norma sectorial nacional es el "Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidente de trabajo" (B.O.E. 16/7/2013), que se refiere a la media dieta en su artículo 40, en lo que respecta a su cuantía, los Anexos III y IV del Convenio sectorial recogen su cuantificación para los años 2.012 y 2.013, el art. 41 de dicha norma regula la denominada "Compensación por Comidas en jornada partida"- CONVENIOS OBRANTES EN LOS DESCRIPTORES 4 Y 5.

TERCERO.- El día 17-3-2.014 se constituyó la denominada "Mesa de diálogo social" del Convenio Colectivo de Seguros Catalana Occidente, S.A. de Seguros y Reaseguros, de Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S.A. y de Grupo Catalana Occidente Tecnología y Servicios, A.I.E, con el contenido que obra

en el descriptor 28 que damos por reproducido. En dicha reunión y dentro del apartado "Homogeneización de normativa laboral", que entre otros conceptos contempla la "Normativa de gastos", expresó la representación patronal que "Actualmente solamente en SCO se admite el pago de dieta o dieta completa para atender a los gastos de comidas o pernoctación no justificados en el viaje, pero próximamente se eliminará la opción de gastos sin justificar, dejando únicamente la opción de gastos justificados para comidas con el límite del precio de media dieta. Esta modificación, además de pretender un mismo sistema de abono de gastos, en todas las sociedades evita la cotización a la Seguridad Social de este tipo de gastos (que sería obligatoria en el caso de no acreditarse su justificación), de acuerdo con la modificación introducida por el RD- Ley 16/2.013 de 20 de diciembre por la que se modifican los conceptos computables en la base de cotización."

CUARTO.- El día 3-6-2.014 la empresa empezó a aplicar la denominada norma interna 03102-R relativa a "Autorización y gastos de desplazamiento en Comisión de servicio y cursos de formación" que en su apartado 2.5 b) dispone : Importe del gasto.- únicamente serán abonados los gastos de manutención en situación de viaje Con justificante y según se indica a continuación: En el caso de los empleados realizaran una comida o cena, adjuntando su justificante podrá alcanzarse el límite de 19, 28 euros por cada comida o cena con pernocta, éste límite evolucionará igual que el establecido como media dieta en el Convenio del Sector de Seguros y que se incluye a título ilustrativo en esta NIN.

QUINTO.- El día 27-6-2.014 el sindicato actor efectuó consulta no vinculante ante la Comisión MIXTA DEL Convenio sectorial relativa a la interpretación del art. 40 del Convenio donde se expresa "La comisión Mixta considera oportuno confirmar que para la percepción de media dieta se precisa la realización efectiva de un consumo para "gastos de alguna comida principal del día", y que para percibirla se requiere algo más que "el mero hecho de realizar gestiones o desplazamientos fuera de la empresa."

SEXTO.- El importe de la media -dieta correspondiente al año 2.015 se ha fijado por la Comisión Paritaria del Convenio Sectorial, a los efectos del art. 40 del mismo en 19, 36 euros. -Descriptor 31- SÉPTIMO.- El día 12-6-2015 tuvo entrada en



el SIMA demanda de conciliación en conflicto colectiva, promovida por Juan Ramón en nombre y representación de SICO contra todas las sociedades y sindicatos que en el presente procedimiento han sido demandados en el que citando tanto el artículo 27 del convenio colectivo inter-empresas, así como el art. 40 y el Anexo III del Convenio sectorial expresa que entiende incorrecta la interpretación que del texto del Convenio efectúan las empresas demandadas- Documental aportada en el acto del juicio por UGT-.

OCTAVO.- El día 26-6-2015 en SIMA extiende y firma "ACTA DE DEACUERDO" expresándose que el objeto del intento de mediación versa sobre "incorrecta interpretación del art. 27 y Anexo III del Convenio de sector referente a dietas".

QUINTO .- Con fecha 13 de enero de 2016, se dictó auto por la Sala de lo social de la Audiencia Nacional , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «PARTE DISPOSITIVA: La Sala acuerda aclarar el error material que se ha producido en el Encabezamiento, Antecedente de Hecho Tercero y en el fallo de la sentencia de fecha 18-11-2015 de la manera siguiente: Dónde dice: "...y los miembros de la Comisión negociadora del Convenio Inter.-empresas, habiendo sido citados, UGT y CGT,.....".

Debe decir: "...y los miembros de la Comisión negociadora del Convenio Inter.-empresas, habiendo sido citados, UGT, CGT y CCOO.....".

Dónde dice: " el letrado de la UGT se adhirió a la demanda deducida, así como el letrado de CGT".

Debe decir: " el letrado de la UGT se adhirió a la demanda deducida, así como el letrado de CGT y de CCOO".

Dónde dice: "Que DESESTIMANDO LAS EXCEPCIONES DE FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA PREVIA Y DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LA DEMANDA Y ESTIMANDO LA DEMANDA INTERPUESTA POR SICO, a la que se han adherido UGT Y CGT contra....." Debe decir: "Que DESESTIMANDO LAS EXCEPCIONES DE FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA PREVIA Y DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LA DEMANDA Y

ESTIMANDO LA DEMANDA INTERPUESTA POR SICO, a la que se han adherido UGT, CGT y CCOO contra....." ».

SEXTO.- En el recurso de casación formalizado por Seguros Catalana Occidente, S.A. de Seguros y Reaseguros y Grupo Catalana Occidente, Tecnología y Servicios, A.I.E., se consigna el siguiente motivo: UNICO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción del art. 27 del Convenio Colectivo Único de Seguros Catalana Occidente , S.A. de Seguros y Reaseguros, de Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S.A. y de Grupo Catalana Occidente, Tecnología y Servicios, A.I.E. para los años 2013-206 (BOE del 28-3-2014) y por aplicación indebida del art. 40 del Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo para los años 2012-2015 (BOE DEL 16-7-2013).

SÉPTIMO.- Transcurrido el plazo concedido para la impugnación del recurso, se emitió informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar improcedente el recurso.

OCTAVO.- En Providencia de fecha 2 de febrero de 2017, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 28 de marzo de 2017, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El presente recurso de casación trae causa de la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que ha resuelto en sentido estimatorio una demanda de conflicto colectivo del Sindicato Independiente de Catalana Occidente (SICO) en solicitud de que se declare el derecho a la percepción de media dieta cuando los trabajadores de las empresas demandadas, por razones de su trabajo, deban comer o cenar fuera de su domicilio pero hayan podido pernoctar en el mismo, y que igualmente se declare el derecho a percibir la media dieta, una vez se devengue, en la cuantía establecida en el convenio nacional sectorial sin necesidad de justificar su importe.

Recurren en casación, y con un escrito conjunto, las dos entidades demandadas mediante un exclusivo motivo en el que se señala la infracción del art 27 del

convenio colectivo inter-empresas aplicable en 2013-2016 y, "subsidiariamente, por errónea interpretación de lo dispuesto en el indicado precepto y, en ambos casos, por aplicación indebida de lo dispuesto en el art 40 del convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidente de trabajo para los años 2012- 2015".

Impugnan, separadamente, SICO, CCOO, CGT y FES-UGT.

El Mº Fiscal propone la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- Arguye, en sustancia, la parte recurrente en referencia al mencionado art 27 convencional que "con su fallo, la Sala anula y deja sin efecto lo convenido entre las partes legitimadas, sustituyendo o suplantando el resultado de su actividad negociadora" y que, "subsidiariamente", la sentencia de instancia incurriría en una interpretación errónea de su contenido, porque dicho precepto "contiene en sí mismo una regulación completa sobre el abono de las comidas en situación de jornada partida" mediante las tres fórmulas alternativas que menciona y que son contempladas a título enunciativo y no limitativo pero prioritarias y excluyentes entre sí, de tal manera que lo previsto en el art 40 del convenio colectivo sectorial sólo será de aplicación por el mecanismo de supletoriedad que contempla el art 7 del convenio inter-empresas en aquellas situaciones que no queden comprendidas en el mencionado art 27 del convenio inter-empresas. Concluye que la fórmula de cierre de este último precepto, referente al pago de las comidas con carácter de suplido, impide que el abono de la media dieta sea sin necesidad de justificar su importe "porque necesariamente un suplido requiere de justificación", eliminándose, por otra parte, la posibilidad de hacer uso de las otras fórmulas de compensación de las comidas convencionalmente pactadas como el ticket restaurant o la entrega del servicio de comedor.

TERCERO.- La sentencia de instancia, transcribiendo literalmente en su quinto fundamento de derecho el art 27 de la norma convencional inter-empresas y los arts. 40 y 41 del convenio sectorial -que se dan por reproducidos-, concluye que "si bien la normativa sectorial sí distingue expresamente entre media dieta - que debe considerarse como ha señalado, haciendo uso de sus facultades de interpretación

auténtica del convenio, la Comisión Paritaria del mismo la que se devenga a consecuencia de un desplazamiento por razón del servicio que implique hacer una de las comidas principales del día fuera del domicilio, siempre y cuando el desplazamiento no implique pernocta en sitio distinto de dicho lugar- y compensación por comida por jornada partida, lo que no se distingue expresamente en el art. 27 de la norma interempresas -rubricado compensación por comidas-, lo cierto es que debemos considerar que dicho precepto se refiere únicamente a dicho concepto por las siguientes razones: una interpretación literal del su párrafo 1º nos lleva a la conclusión de que lo allí regulado no resulta de aplicación cuando se "perciba dieta", lo que debemos entender referido tanto a dieta como a media dieta; los propios actos de las demandadas inmediatamente posteriores - art 1282 CC - al pacto conducen a la misma conclusión, pues en un principio, en los casos que refiere el SICO en su demanda venía abonando sin más justificación que el desplazamiento media dieta; y, finalmente, una interpretación sistemática del precepto nos lleva a otra vez a idéntica conclusión pues el art. 47.9 A de la norma sectorial al que se remite ab initio el meritado art. 27 no regula otra cosa que la jornada partida y el derecho a percibir la compensación por comida en tal situación; d) no existiendo, pues, norma en el Convenio interempresas que regule la media dieta, debe estarse al Convenio sectorial, con arreglo al art. 7 del propio convenio Inter-empresas , y resulta que el art. 40 de la norma sectorial al regular la medida dieta establece, como sostiene el actor, importes mínimos para cuya percepción no debe justificarse importe alguno.

Con arreglo a lo razonado, estimamos que resulta contraria a Derecho la práctica empresarial impugnada, relativa a regular de forma unilateral y contraria a la normativa aplicable la percepción de la media dieta, no amparando dicha pretendida regulación ninguna de las razones esgrimidas en la Comunicación efectuada en la reunión en la que se constituyó la Mesa de diálogo social de 17-3-2.014 la que da cuenta el hecho probado tercero de la demanda".

Se trata, en definitiva, de determinar si la norma interna a que alude el cuarto de los hechos declarados probados es, o no, acorde con la normativa convencional, declarándose en dicho ordinal, de modo incuestionado, lo siguiente: " El día 3-6-2.014 la empresa empezó a aplicar la denominada norma interna 03102-R relativa a

"Autorización y gastos de desplazamiento en Comisión de servicio y cursos de formación" que en su apartado 2.5 b) dispone : Importe del gasto.- únicamente serán abonados los gastos de manutención en situación de viaje con justificante y según se indica a continuación: En el caso de los empleados realizaran una comida o cena, adjuntando su justificante podrá alcanzarse el límite de 19,28 euros por cada comida o cena con pernocta, éste límite evolucionará igual que el establecido como media dieta en el Convenio del Sector de Seguros y que se incluye a título ilustrativo en esta NIN..."- Descriptor 6-" .

Y se añade en su siguiente ordinal (quinto), igualmente incombatido: "El día 27-6-2014 el sindicato actor efectuó consulta no vinculante ante la Comisión Mixta del Convenio sectorial relativa a la interpretación del art. 40 del Convenio donde se expresa "La comisión Mixta considera oportuno confirmar que para la percepción de media dieta se precisa la realización efectiva de un consumo para "gastos de alguna comida principal del día" , y que para percibirla se requiere algo más que "el mero hecho de realizar gestiones o desplazamientos fuera de la empresa." - Descriptor 8-".

No cabe debatir, por tanto, si es, o no, admisible la media dieta, que se abonará, en estos casos, por la realización justificada (efectiva) de alguna comida principal del día, lo que se entiende por almuerzo o cena, con motivo de algún desplazamiento.

A partir de ahí, el tan repetido art 27 del convenio interempresarial lleva por título "compensación por comidas" y habla de que el concepto se abona en la cuantía establecida en el convenio sectorial 2012-2015 con carácter de " suplido " en las condiciones del art 47.9.A), "salvo que se perciba la entrega de servicio de comedor u otra forma de abono prevista en normativa interna como el «ticket restaurant», dietas o abono del gasto justificado".

El art 47, aunque no se precise suficientemente en el texto, es, por exclusión, el del convenio sectorial y se refiere a la jornada laboral y su distribución, disponiendo en su apartado 9 A), relativo a la jornada partida : "La distribución horaria de la jornada partida se realizará conforme a las siguientes pautas y criterios: a) Las horas de referencia para la entrada y salida del trabajo serán las 8 y las 17,30 horas,

respectivamente, con la posibilidad de aplicar una flexibilidad horaria a partir de la hora de entrada y de salida de hasta 60 minutos.

b) El tiempo de comida no podrá ser inferior a una hora ni superior a dos.

c) Siempre que el tiempo para comida se encuentre dentro de estos márgenes, se tendrá derecho a una compensación por comida en los términos fijados en el artículo 41 del presente Convenio (relativo al importe mínimo por comida) , por día trabajado en jornada partida, procediendo su entrega salvo que la empresa esté facilitando a su cargo servicio de restaurante o comedor en el centro de trabajo o sus cercanías inmediatas, o salvo que se hubieran pactado otras compensaciones equivalentes que, por su razón de ser o naturaleza, se hubieran originado para compensar este concepto por jornada partida.

La empresa podrá sustituir las fórmulas indirectas de prestación del servicio de comedor que pudieran concurrir por entrega dineraria del importe señalado anteriormente.

d) Atendiendo siempre a las características organizativas y funcionales de la Empresa, se tenderá a establecer la jornada continuada de 8 a 15 horas para el período estival (de 15 de junio a 15 de septiembre), así como la libranza de todos los sábados del año.

e) Se establece, con carácter general, la jornada continuada en horario de mañana para todos los viernes del año.

Se exceptúan, en todo caso, los «Supuestos especiales», que se regulan en el artículo 48 del presente Convenio (supuestos especiales), así como las «Peculiaridades de las MATEPSS» reguladas en el artículo 50 del mismo".

Consecuentemente con cuanto antecede, se ha de entender que, a los efectos debatidos, se par igualan jornada partida y las situaciones que dan lugar a la media dieta, porque haciéndose referencia a ésta en el art 40.2 del convenio colectivo sectorial, aunque el art 47 de ese convenio (sectorial) se refiere a la jornada y no a otra cosa, el art 27 del convenio interempresarial, relativo a la compensación por comidas, se remite a él y, en concreto, a la jornada partida mencionada en su apartado 9 A), no cabiendo, por tanto, una variación de la normativa convencional en los

términos y del modo que se han puesto en práctica por las empresas demandadas, tal y como razona la sentencia recurrida en el último párrafo de su quinto fundamento de derecho, debiendo prevalecer, por otra parte y según recuerda el M° Fiscal en su informe, la interpretación que al respecto efectúa el órgano jurisdiccional, tal y como reiteradamente tenemos declarados en sentencias tales como las de 18 de mayo de 2010 (r. 171/2009) y 22 de enero de 2013 (r. 60/2012), a menos que dicha interpretación no sea racional ni lógica o evidencie la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual, nada de lo cual acontece en este caso, donde, por el contrario, la práctica empresarial anterior había sido la que se postula en demanda, según se infiere del incombato hecho tercero de la resolución combatida, por lo que en este punto el motivo no puede prosperar.

Ello sentado y por lo que se refiere al segundo extremo de demanda, el término "suplido", ha de entenderse, según su propia definición, como " anticipo que se hace por cuenta y cargo de otra persona, con ocasión de mandato o trabajos profesionales", de manera que si se menciona en el texto convencional, cabe entender que lo es con ese alcance, es decir, como anticipo del gasto que se pueda efectuar al respecto al objeto de que no haya de desembolsarlo previamente el trabajador/a con lo que de quebranto le pueda suponer, apareciendo en el mencionado hecho quinto de la sentencia recurrida que la Comisión Mixta del convenio sectorial se pronunció respecto de la consulta no vinculante que efectuó el 27 de junio de 2014 el sindicato demandante en el sentido de que "para la percepción de la media dieta se precisa la realización efectiva de un consumo "para gastos de alguna comida principal del día".

Sobre el particular, la sentencia de instancia se limita a señalar, en relación con "los propios actos de las demandadas inmediatamente posteriores al pacto" (reiterado quinto fundamento de derecho), que "en un principio, en los casos que refiere el SICO en su demanda, venía(n) abonando sin más justificación que el desplazamiento, media dieta", pero lo cierto es que, aunque así fuera, en este extremo y a diferencia del anterior, no es, en principio, la parte demandada la que impone la justificación del gasto correspondiente sino que es la norma convencional la que lo exige con el término referido ("suplido") al decir en su reiterado art 27 "con carácter general, se

abona este concepto en la cuantía regulada en el Convenio Sectorial 2012-2015, con carácter de suplido, en las condiciones establecidas en el artículo 47.9.A)".

Ahora bien: este último precepto (47.9.A del convenio sectorial), a su vez, se remite al art 41 del mismo convenio, que al hablar de la compensación por comida por jornada partida, señala que "la compensación por comida regulada en el artículo 47 del Convenio por jornada partida, equivaldrá como mínimo a los importes que a continuación se indican para los años de vigencia del Convenio: Año 2012 importe que figura en el anexo III para tal concepto; año 2013 10,50 €; año 2014 10,60 € y año 2015 10,70 €. Hay, pues, un mínimo para la compensación empresarial por el gasto por comida y ése es el que se abona con carácter de "suplido", por lo que en esas condiciones, no se ha de justificar, de manera que finalmente ha de mantenerse también en este extremo lo resuelto.

En función de cuanto antecede y como postula el Ministerio Fiscal, el recurso ha de decaer.

#### FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: Desestimar el recurso de casación interpuesto por SEGUROS CATALANA OCCIDENTE, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS Y GRUPO CATALANA OCCIDENTE, TECNOLOGÍA Y SERVICIOS, A.I.E, contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 18 de noviembre de 2015, en actuaciones seguidas por el SINDICATO INDEPENDIENTE DE CATALANA OCCIDENTE (SICO), contra dichos recurrentes, SECCIONES SINDICALES EN CATALANA OCCIDENTE SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS (S.C.O.), SECCIONES SINDICALES EN GRUPO CATALANA OCCIDENTE TECNOLOGÍA Y SERVICIOS, AGRUPACIÓN DE INTERÉS ECONÓMICO (G.C.O.S.T., A.I.E.) y MIEMBROS DE LA MESA NEGOCIADORA DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE A LAS EMPRESAS DEMANDADAS EN REPRESENTACIÓN DE LAS EMPRESAS Y SECCIONES SINDICALES CODEMANDADAS, sobre CONFLICTO COLECTIVO. Sin costas.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

## **7-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 de marzo de 2017**

### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Por la representación de la Unión Sindical de Controladores Aéreos (USCA) se planteó demanda de Conflicto Colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dictara sentencia por la que se «declare que los permisos retribuidos regulados en el art. 56 del II Convenio Colectivo deben interpretarse y aplicarse de forma acorde con lo dispuesto en el referido precepto y, en consecuencia, se reconozca el derecho al disfrute de los mismos ateniéndose a su estricta literalidad, acordándose la revocación de aquellas normas o reglas unilateralmente establecidas por la Empresa que constituyan una limitación o restricción de tal derecho con expreso pronunciamiento sobre la ilegalidad consiguiente revocación de los criterios de la demandada consistentes en:

.- la negación de la-posibilidad de iniciar el disfrute de los permisos del art. 56 en los términos previstos en su apartado 3, esto es, EN TODO CASO, dentro del plazo improrrogable de diez días naturales.

.- la exigencia de que "se mantenga el hecho causante" para la utilización de los permisos del art. 56.1.3 y

.- la denegación del permiso para el cumplimiento de un deber inexcusable (art. 56.1.10) en caso de que el trabajador actúe en calidad de demandante y/o cuándo dicho permiso se corresponda con un proceso seguido ante la jurisdicción social».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en

Acta. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 4 de noviembre de 2015 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: «Que DESESTIMANDO LA EXCEPCIÓN DE INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO Y ESTIMANDO parcialmente LA DEMANDA INTERPUESTA POR la USCA contra ENAIRE DECLARAMOS que la posibilidad de aplazar diez días el inicio del permiso que se contempla en el art. 56.3 del II Convenio colectivo de los Controladores de la Navegación Aérea se extiende a los permisos regulados en los sub-apartados 2,3 y 7 del art. 56.1, que para el disfrute de los permiso del sub- apartado 3 del art. 56.1 no es necesario justificar la concurrencia del hecho causante durante todo el tiempo de vigencia del permiso; y finalmente, que la asistencia a juicio en calidad demandante o ante la jurisdicción social, está amparada por el permiso retribuido para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal del subapartado 1.10 del art. 56 del referido Convenio, desestimando el resto de peticiones efectuadas.».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

« 1º.- El presente conflicto colectivo afecta a la totalidad de los Controladores de la Circulación Aérea que prestan sus servicios para el Ente Público demandado ENAIRE. -Las partes se hallan sujetas al ámbito de aplicación del II Convenio Colectivo entre el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea y el colectivo de Controladores de la Circulación Aérea aprobado por Resolución de 7 de marzo de 2011 de la Dirección General de Trabajo (BOE 58 de 09.03.2011), el cual trae causa del laudo de fecha 27 de febrero de 2.011, siendo partes en tal arbitraje las empresas Aeropuertos españoles y navegación Aérea y la USCA.

2º.- Dicho Convenio referido en el anterior hecho regula en su artículo 56 los permisos retribuidos de la forma siguiente: Artículo 56. Permisos retribuidos.

1. Con el fin de conciliar la vida laboral, personal y familiar del CTA, con justificación adecuada en su caso, se establecen los permisos retribuidos por el tiempo y causas que a continuación se detallan:

1.1 Quince días naturales en caso de matrimonio o formalización de parejas de hecho inscritas en el registro correspondiente, que se iniciará, a solicitud del CTA afectado, en el período comprendido entre los cinco días anteriores a la fecha de la boda y los cinco posteriores a la misma, a no ser que este permiso coincida con algún período de vacaciones asignadas, en cuyo caso se disfrutará inmediatamente a continuación de dicho período de vacaciones.

1.2 Por fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho y parientes hasta Segundo grado de consanguinidad o afinidad, tres días, ampliables a cinco días de servicio si el trabajador tuviese necesidad de desplazarse fuera de su residencia.

1.3 Por accidente, enfermedad grave, intervención quirúrgica, u hospitalización del cónyuge, pareja de hecho y parientes hasta Segundo grado de consanguinidad o afinidad, tres días, ampliables a cinco días si el trabajador tuviese necesidad de desplazarse fuera de su residencia. También se tendrá derecho a tres días de permiso en caso de que el cónyuge, la pareja de hecho y los parientes hasta Segundo grado de consanguinidad o afinidad que convivan con el solicitante, requieran cuidados indispensables.

1.4 Por nacimiento, acogida o adopción, cuatro días naturales, ampliables hasta diez en caso de intervención quirúrgica, a partir de la fecha de nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

1.5 Se permitirá acumular el período de vacaciones al permiso paterno, lactancia o maternidad que corresponda, incluso cuando haya expirado el año natural.

1.6 Por fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho o pareja de convivencia, dentro de las seis primeras semanas de vida del hijo del CTA, hasta que se cumpla dicho plazo.

1.7 Un día por traslado del domicilio habitual dentro del mismo municipio o dos si es a diferente localidad. No obstante, no se considerará traslado a diferente localidad una distancia que no supere treinta kilómetros del anterior domicilio.

1.8 Para concurrir a exámenes finales, liberatorios y demás pruebas definitivas de aptitud y/o evaluación en Centros oficiales de formación, los días de su

celebración, no pudiendo exceder en su conjunto de diez días al año para personal en jornada normal y ochenta horas para el personal sujeto a régimen de jornada a turnos.

1.9 Para el personal con jornada ordinaria, los días 24 y 31 de diciembre.

1.10 Por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, cuya asistencia deberá acreditarse documentalmente. Siempre que se corresponda con un deber inexcusable de carácter público y personal, el trabajador puede hacer uso de este permiso, con independencia de que lo realice en su calidad de demandante, demandado o testigo de cualquiera de las partes de un juicio; requiriéndose en todo caso, el previo aviso y justificación adecuada. Si las horas recogidas en el párrafo anterior superasen la quinta parte de las horas laborales del cómputo trimestral, AENA podrá pasar al CTA afectado a la situación de excedencia forzosa.

1.11 Un día natural en caso de sufragio activo para elecciones públicas de carácter oficial, siempre que el día del sufragio el CTA tuviera programado servicio. Considerando que AENA no puede verse obligada a suspender la continuidad de la prestación del servicio de control por este motivo, se pacta expresamente la movilidad de dicho día libre, realizando los CTA las votaciones por correo si fuera necesario o dentro del período del horario establecido por el colegio electoral, con posterioridad a la finalización de la jornada laboral o bien con anterioridad al inicio de su jornada laboral, según se trate de turno de Mañana o Tarde, respectivamente. AENA pactará con los CTA la fecha de disfrute de dicho día libre.

2. Sin perjuicio de lo anterior, con carácter general, a efectos de la concesión de permisos, se liberará al CTA afectado de todos los servicios que coincidan en su totalidad o en parte, con el día de permiso otorgado.

3. Con carácter general, los permisos recogidos en este Artículo se disfrutarán a partir del momento del hecho causante; pudiéndose iniciar, en todo caso, su disfrute dentro del plazo improrrogable de diez días naturales....".

3º.- Los criterios que sigue la empresa para la concesión de los permisos a que se ha hecho referencia en el hecho anterior se encuentran contenidos en el cuadro que obra al descriptor 18 y que damos por reproducido. En dicho cuadro se refiere que

solo procede el desplazamiento de los diez días en los casos del permiso del permiso previsto en el art. 56.1.3 si durante el disfrute se mantiene el hecho causante, no procediendo en el resto de los permisos regulados en el art. 56.1 y que no procede el permiso para cumplimiento de deber inexcusable de carácter público y personal cuando se actúe en calidad de demandante, ni cabiendo en el orden jurisdiccional social. La empresa ha seguido tales pautas interpretativas a la hora de resolver las solicitudes de permisos efectuadas por los trabajadores, en las siguientes fechas: 21-11-2.011- denegación de permiso para asistir a juicio-; 6- 3-2.012- denegación de permiso por fallecimiento de familiar dentro del segundo grado por no coincidir fecha de inicio del mismo con el deceso-; 9-4- 2.014 -denegación de permiso por hospitalización de madre por no justificarse la hospitalización durante todo la la duración del permiso; 23-4-2.014 -denegación de permiso por intervención quirúrgica por estimarse que no es posible el desplazamiento del mismo en los diez días siguientes-; 3-10-2.014 - mismo criterio relativo a hecho causante de la hospitalización-; 16-3-2.015- igual que el anterior-; 18-9-2.015- otra vez igual que el anterior- 16-10-2.015 -igual que los anteriores-.

4º.- El día 7 de julio de 2.014 por parte de USCA planteo consulta ante la CIVCA del II Convenio colectivo, relativa al disfrute de los permisos retribuidos del art. 56 de dicho Convenio, solicitando se facilitasen por la empresa los criterios de interpretación y directrices de concesión de los Permisos Retribuidos previstos en el II Convenio Colectivo que, al parecer ha establecido AENA de forma unilateral, para que una vez constada la existencia de dichos criterios, por la CIVCA se acuerde una interpretación y aplicación del régimen de permisos retribuidos acorde con lo dispuesto en el Convenio y, en consecuencia, se aplique el mismo ateniéndose a su estricta literalidad, acordándose la revocación de aquellas normas o reglas unilateralmente establecidas por la Empresa que constituyan una limitación o restricción de tal derecho.

5º.- En el acta de la reunión de la CIVCA del día 18 de diciembre de 2.014, cuyo contenido obra al descriptor 24 que se da por reproducido, con relación al escrito de fecha 7-7-2.014, por parte de ENAIRE se expresó: " si bien el artículo 56.3 del II CCP establece que con carácter general los permisos retribuidos se disfrutarán a

partir del momento del hecho causante pudiéndose iniciar, en todo caso, su disfrute dentro del plazo improrrogable de diez días naturales, es preciso diferenciar aquellos permisos cuya naturaleza permite que ello así sucede con las particularidades que a continuación se expondrán, de aquellos otros cuya causa que lo genera y el contenido del propio permiso hacen que necesariamente se hayan de disfrutarse en un momento determinado, careciendo de virtualidad material la cláusula establecida en el mencionado apartado tercero del artículo 56 del II CCP. Verdaderamente estos últimos son supuestos de permisos cuyo disfrute se ha de producir en el momento que determina el propio texto convencional. Por su parte y en cuanto a aquellos a los que podría resultar de aplicación la prerrogativa de iniciar el disfrute del permiso dentro del improrrogable plazo de 10 días desde el momento del hecho causante, entiende la empresa que sólo sería aplicable al supuesto contemplado en el punto 1.2 (fallecimiento) y 1.3 (accidente, enfermedad grave, intervención quirúrgica u hospitalización) del artículo 56.1, reconociéndose por la empresa dicha posibilidad en el primero de los indicados y respecto al segundo siempre que se mantenga el hecho causante o circunstancia que o bien antecediendo al mismo y persistiendo o que derivada a continuación haga preciso y necesario el disfrute del permiso. Por consiguiente si el controlador decide el inicio del disfrute del permiso del citado punto 1.3 del artículo 56 en el plazo que señala el apartado 3 del mismo artículo (10 días a partir del momento del hecho causante) debe persistir el hecho causante o, en su caso, circunstancia derivada de aquel, que requiera de atención familiar por parte del controlador, lo que necesariamente se deberá acreditar. De otra forma, carecería de razón de ser el permiso retribuido que no es otro que la atención del CTA a su familiar enfermo, con independencia del modo que se lleve a efecto, y no el mero disfrute de días de asueto retribuidos mientras el familiar se encuentra recuperado o no precisa de la atención que le presta el solicitante del permiso.", sin que se emitiese pronunciamiento alguno por parte de la CIVCA.».

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de ENAIRE. La parte recurrida formuló impugnación a dicho recurso. Con fecha 5 de abril de 2016 se admitió el presente recurso.

SEXTO.- Admitido el recurso de casación por esta Sala, se dio traslado al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 29 de marzo de 2017, en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La sentencia recurrida estima en parte la demanda de conflicto colectivo y declara que «la posibilidad de aplazar diez días el inicio del permiso que se contempla en el art. 56.3 del II Convenio colectivo de los Controladores de la Navegación Aérea se extiende a los permisos regulados en los sub-apartados 2,3 y 7 del art. 56.1, que para el disfrute de los permisos del sub- apartado 3 del art. 56.1 no es necesario justificar la concurrencia del hecho causante durante todo el tiempo de vigencia del permiso; y finalmente, que la asistencia a juicio en calidad demandante o ante la jurisdicción social, está amparada por el permiso retribuido para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal del subapartado 1.10 del art. 56 del referido Convenio, desestimando el resto de peticiones efectuadas.». Contra ese fallo interpone el presente recurso el Abogado del Estado en nombre de la empresa demandada, recurso que se articula en torno a tres motivos.

#### SEGUNDO.- 1. Sobre la inadecuación del procedimiento.

El primero de los motivos del recurso alega, al amparo del artículo 207-b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), la inadecuación del proceso de conflicto colectivo seguido con base en el artículo 153-1 de la LJS y en la jurisprudencia que lo aplica. Concretamente alega la generalidad de la demanda y de su suplico, falta de precisión que provoca una situación de ambigüedad que no permite conocer los hechos que constituyen una infracción de las normas interpretadas, ni los derechos que limita la actuación empresarial con carácter general a sus empleados.

Para resolver esta cuestión debemos partir de la reiterada doctrina en esta materia que recuerdan nuestras sentencias de 29 de abril de 2014 (rec.- 242/13 ); 24 de septiembre de 2013 (rec.- 80/2012) y las que en ella se citan de 17 de junio de

2002, recurso de casación 1277/01, la de 15 de diciembre de 2004, recurso de casación 115/03, la de 12 de junio de 2007, CUD 5234/04 , 3 de marzo de 2016 (Rec. 59/2015) y 18 de octubre de 2016 (Rec. 57/2015). En todas ellas se examinan los requisitos de la modalidad procesal del conflicto colectivo, señalando la primera de las sentencias citadas lo siguiente: «el conflicto colectivo implica: a) la existencia de un conflicto actual; b) el carácter jurídico del mismo, diferenciándose así del conflicto de intereses; y c) su índole colectiva; con relación a este rasgo, el más nuclear y dificultoso, la Sala ateniéndose al Texto del art. 151 de la Ley de Procedimiento Laboral que previene que se tramitaran a través del proceso de conflicto colectivo "las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores", viene exigiendo dos requisitos, uno que llama subjetivo, que es la existencia de un grupo homogéneo definido por caracteres objetivos que lo configuran y otro objetivo, que consiste en la presencia de un interés general que reside en el grupo. Sentencias de 9 de mayo de 1991, de 24 de febrero, 26 de marzo, 29 de abril, 25 de junio y 10 de diciembre de 1992 y 30 de junio de 1993, doctrina que se ha mantenido de modo constante. Pues bien, la configuración del grupo, como es obvio, no constituye una unidad aislada de los individuos que en última instancia lo integran, y a los que como tales trabajadores individuales en definitiva afecta el conflicto colectivo y que pueden en su momento hacer valer el derecho que eventualmente se reconozca y declare en el mismo. Pero existe una clara diferencia entre el grupo como tal y los trabajadores individuales que en última instancia lo componen, y es ella que el grupo está configurado por rasgos y conceptos que a priori y no sujetos a prueba lo configuran, mientras que los trabajadores individuales forman parte o no del grupo en atención a circunstancias personales que en cada caso han de probarse».

La sentencia de 18 de enero de 2011, recurso 22/2010, ha examinado el concepto de interés general, precisando lo siguiente: «lo que constituye el objeto propio de la modalidad procesal de conflicto colectivo, conforme establece el art. 151.1 LPL en su interpretación jurisprudencial del concepto de "interés general", en el sentido de que consiste en "un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto, y por tanto no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros, y como



un interés que aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general", y añade que, tratándose de intereses colectivos individualizables, "el carácter del conflicto debe precisarse atendiendo al nivel de determinación de la pretensión ejercitada" (entre otras, SSTS/IV 19-mayo-1997 -rco 2173/1996-, 22-julio-2002 -rco 2/2002-, 5-diciembre-2003 -rco 15/2003), 20-enero-2004 -rco 91/2003-, 21-abril-2004 -rco 72/2003-, 25-septiembre-2006-rco 125/2005)».

2. La aplicación de la anterior doctrina al caso que nos ocupa obliga a desestimar el motivo examinado, por cuanto, esa falta de concreción de la actuación impugnada y de la norma infringida por ella no es cierta. En efecto, basta con leer el suplico de la demanda donde se pide que se dejen sin efecto los criterios interpretativos de la demandada que se enumeran de forma concreta y que se refieren a supuestos concretos que luego se recogen en el fallo, precisamente, para rechazar esas alegaciones de generalidad y ambigüedad en que se funda el motivo. Es más, en el ordinal tercero de los hechos declarados probados, se enumeran y describen los criterios interpretativos sentados por la empresa en materia de permisos y las pautas que, conforme a lo establecido en el documento que da por reproducido, sigue en su actuación. La falta de impugnación de este hecho probado que sirve de base al suplico de la demanda y al fallo de la sentencia recurrida corrobora la necesidad de desestimar esas alegaciones de falta de concreción de la materia objeto del conflicto y consiguientemente la excepción de inadecuación de procedimiento, por cuanto, el conflicto tiene su origen en la interpretación que la empresa hace del precepto del convenio que regula la concesión de determinados permisos y esa actuación empresarial es la impugnada, según la demanda.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso alega, al amparo del art. 207-c) de la LJS, de normas esenciales del procedimiento y en concreto de las que regulan la sentencia (art. 218-1 de la LEC) por la incongruencia interna de la misma que ha alterado los términos del debate, al desestimar la excepción de inadecuación de procedimiento y entrar a conocer de un debate no planteado, cual se reconoce en la sentencia en el último párrafo de su fundamento de derecho cuarto.

El motivo no puede prosperar por las mismas razones que se rechazó el anterior. En efecto, basta con leer el suplico de la demanda y compararlo con el fallo para comprobar que la incongruencia extra-petita que se alega no existe, porque la sentencia no altera los términos del debate, sino que resuelve sobre lo pedido. Y es que la generalidad de los términos con la que se inicia la redacción del suplico desaparece, cual ese dijo antes, cuando en él se enumeran los criterios interpretativos concretos de la demandada contra los que se acciona y cuya ilegalidad se pretende.

CUARTO.- 1. El último motivo del recurso alega, al amparo la infracción artículo 56 del Convenio Colectivo de ENAIRE por interpretación errónea de sus cláusulas.

Para resolver esta cuestión es necesario recordar lo dispuesto en el citado artículo 56 en la parte que aquí interesa «Artículo 56. Permisos retribuidos.

1. Con el fin de conciliar la vida laboral, personal y familiar del CTA, con justificación adecuada en su caso, se establecen los permisos retribuidos por el tiempo y causas que a continuación se detallan:

1.1 Quince días naturales en caso de matrimonio o formalización de parejas de hecho inscritas en el registro correspondiente, que se iniciará, a solicitud del CTA afectado, en el período comprendido entre los cinco días anteriores a la fecha de la boda y los cinco posteriores a la misma, a no ser que este permiso coincida con algún período de vacaciones asignadas, en cuyo caso se disfrutará inmediatamente a continuación de dicho período de vacaciones.

1.2 Por fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho y parientes hasta Segundo grado de consanguinidad o afinidad, tres días, ampliables a cinco días de servicio si el trabajador tuviese necesidad de desplazarse fuera de su residencia.

1.3 Por accidente, enfermedad grave, intervención quirúrgica, u hospitalización del cónyuge, pareja de hecho y parientes hasta Segundo grado de consanguinidad o afinidad, tres días, ampliables a cinco días si el trabajador tuviese necesidad de desplazarse fuera de su residencia. También se tendrá derecho a tres días de permiso en caso de que el cónyuge, la pareja de hecho y los parientes hasta Segundo grado de

consanguinidad o afinidad que convivan con el solicitante, requieran cuidados indispensables.

1.4 Por nacimiento, acogida o adopción, cuatro días naturales, ampliables hasta diez en caso de intervención quirúrgica, a partir de la fecha de nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

1.5 Se permitirá acumular el período de vacaciones al permiso paterno, lactancia o maternidad que corresponda, incluso cuando haya expirado el año natural.

1.6 Por fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho o pareja de convivencia, dentro de las seis primeras semanas de vida del hijo del CTA, hasta que se cumpla dicho plazo.

1.7 Un día por traslado del domicilio habitual dentro del mismo municipio o dos si esa diferente localidad. No obstante, no se considerará traslado a diferente localidad una distancia que no supere treinta kilómetros del anterior domicilio.

1.8 Para concurrir a exámenes finales, liberatorios y demás pruebas definitivas de aptitud y/o evaluación en Centros oficiales de formación, los días de su celebración, no pudiendo exceder en su conjunto de diez días al año para personal en jornada normal y ochenta horas para el personal sujeto a régimen de jornada a turnos.

1.9 Para el personal con jornada ordinaria, los días 24 y 31 de diciembre.

1.10 Por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, cuya asistencia deberá acreditarse documentalmente. Siempre que se corresponda con un deber inexcusable de carácter público y personal, el trabajador puede hacer uso de este permiso, con independencia de que lo realice en su calidad de demandante, demandado o testigo de cualquiera de las partes de un juicio; requiriéndose en todo caso, el previo aviso y justificación adecuada. Si las horas recogidas en el párrafo anterior superasen la quinta parte de las horas laborales del cómputo trimestral, AENA podrá pasar al CTA afectado a la situación de excedencia forzosa.

1.11 Un día natural en caso de sufragio activo para elecciones públicas de carácter oficial, siempre que el día del sufragio el CTA tuviera programado servicio. Considerando que AENA no puede verse obligada a suspender la continuidad de la prestación del servicio de control por este motivo, se pacta expresamente la movilidad de dicho día libre, realizando los CTA las votaciones por correo si fuera necesario o dentro del período del horario establecido por el colegio electoral, con posterioridad a la finalización de la jornada laboral o bien con anterioridad al inicio de su jornada laboral, según se trate de turno de Mañana o Tarde, respectivamente. AENA pactará con los CTA la fecha de disfrute de dicho día libre.

2. Sin perjuicio de lo anterior, con carácter general, a efectos de la concesión de permisos, se liberará al CTA afectado de todos los servicios que coincidan en su totalidad o en parte, con el día de permiso otorgado.

3. Con carácter general, los permisos recogidos en este Artículo se disfrutarán a partir del momento del hecho causante; pudiéndose iniciar, en todo caso, su disfrute dentro del plazo improrrogable de diez días naturales.

También, procede recordar la doctrina de esta Sala sobre la interpretación de los convenios colectivos y otros acuerdos laborales de la que se hacen eco nuestras sentencias de 23 de septiembre y 11 de noviembre de 2010 (Rec. 206/2009 y 23/2010), 22 de enero de 2013 (Rec. 60/2012), 22 de abril de 2013 (Rec. 50/2011), 19 de junio de 2013 (Rec. 102/2012) y 6 de noviembre de 2015 (Rec. 320/2014) diciendo: "Recordábamos en la STS de 15 de abril de 2010 (rec. 52/09) que el primer canon hermenéutico en la exégesis del convenio colectivo es el sentido propio de sus palabras -la literalidad de sus cláusulas- (arts. 3.1 y 1281 del Código Civil).- No obstante, "la interpretación de la normas contenidas en los convenios colectivos ha de combinar los criterios de orden lógico, finalístico, gramatical e histórico, junto con el principal de atender a la intención de los contratantes, pues la prevalencia del componente gramatical, en tanto que expresivo -en principio- de la voluntad de las partes, ha de ceder ante interpretaciones lógicas que pongan de manifiesto la discordancia entre la literalidad y la presumible voluntad de los pactantes" (así, STS de 27 de enero de 2009 -rec. 2407/2007 - que cita sentencias anteriores)".

"A su vez, en la Sentencia de 18 de Mayo de 2010 (rec. 171/09) argumentábamos: <<.....como reiteradamente ha señalado esta Sala del Tribunal Supremo -entre otras, STS de 27 de abril de 2001 (rec. 3538/2000), es doctrina constante de este Tribunal (sentencias de 12 de noviembre de 1993 , 3 de febrero y 21 de julio de 2000, con cita de igual doctrina de la Sala Primera) "que la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos es facultad privativa de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual". A ello añade la sentencia de esta Sala de 20 de marzo de 1997 (recurso 3588/96), matiza "que en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes".".

2. La aplicación de la anterior doctrina nos obliga a desestimar el recurso por ser acorde la interpretación que hace la sentencia recurrida con la literalidad de los términos del precepto interpretado y con una interpretación lógico-sistemática del mismo que no resulta contraria a la intención de las partes en los supuestos contemplados, como a continuación se verá.

La controversia la centra el recurso en la posibilidad de iniciar el disfrute del permiso dentro de los diez días siguientes en los supuestos de los apartados 2, 3 y 7 del número 1 del art. 56 del Convenio y en la necesidad de que el hecho causante concurra todos los días que dura el permiso.

Sobre la fecha de inicio del disfrute del permiso, las dudas interpretativas las resuelve el nº 3 del interpretado art. 56 que, tras establecer una regla general sobre el inicio de los permisos añade que los mismos se pueden iniciar, "en todo caso", dentro de los diez días naturales siguientes a la producción del hecho causante de los mismos. La expresión "en todo caso" es indicativa de la intención de las partes de mejorar lo establecido en el art. 37-3 del ET no sólo en cuanto a la duración del permiso, sino, también, en la fijación del día de inicio del mismo, pues de no ser esa

la intención de las partes, principal norma de hermeneútica interpretativa que establece el artículo 1281 del Código Civil, sobra este apartado 3 del art. 56 y añadir a la norma general una especial que, realmente, convierte en general la expresión "en todo caso", declaración indicativa de la inexistencia del límite temporal inicial que la recurrente pretende.

Por las mismas razones deben rechazarse las alegaciones relativas a la necesidad de que la causa del permiso del mismo 1-3 del artículo 56 del Convenio subsista durante todo el tiempo de su disfrute en los casos del art. 56-1-3 del Convenio Colectivo que nos ocupa. En efecto, como el nº 3 del citado artículo 56 no establece esa exigencia, resulta de aplicación la doctrina sentada en esta Sala en sus sentencias de 21 de septiembre de 2010 (Rec. 84/2009) y 5 de marzo de 2012 (Rec. 57/2011) que en supuestos parecidos declaró que el derecho no se extinguía con el alta hospitalaria, solución aplicable en el caso que nos ocupa, como con acierto sostiene la sentencia recurrida, máxime cuando la literalidad del artículo 56-1-3 nos muestra que la concesión del permiso no requiere la hospitalización, al igual que sucede en los supuestos del artículo 37-3 del ET. El propio apartado 1-3 del artículo 56 que se analiza nos muestra no sólo que al permiso se tiene derecho en supuestos que no requieren hospitalización por accidente, enfermedad grave o intervención quirúrgica, sino, también como dice el último inciso de ese apartado, cuando los parientes que cita "requieran cuidados indispensables", cual normalmente sucede con quienes acaban de salir de un hospital y dejan de recibir asistencia hospitalaria, supuesto comprendido, incluso, en el de prestar cuidados indispensables a parientes no hospitalizados.

Las anteriores consideraciones obligan a considerar acertada la solución interpretativa que da la sentencia de instancia añadiendo que es perfectamente posible cambiar el domicilio un día y acondicionar el nuevo otro día, pues lo que permite la norma, cuya regla general sólo se aplica a los supuestos especiales como el permiso para cumplir deberes públicos inexcusables, sobre el que no plantea cuestión de fondo alguna el recurso, ya que, simplemente, alega el incumplimiento de los trámites formales y procedimentales que se debieron observar con motivo de allanarse a esa pretensión, defectos formales que debió alegar formulando otro motivo por

quebrantamiento de esas formalidades, al amparo del art. 207-c) de la LJS, y no alegando la infracción del artículo 56 del Convenio Colectivo, lo que es relevante porque no se alega la infracción de los términos en que se produjo el allanamiento.

QUINTO.- Las precedentes argumentaciones obligan, cual ha informado el Ministerio Fiscal a desestimar el recurso. Sin costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación legal de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (ENARE), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 4 de noviembre de 2015, en actuaciones nº 250/2015 seguidas en virtud de demanda a instancia de Unión Sindical de Controladores Aéreos contra Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea.
2. Declarar la firmeza de la sentencia recurrida. 3. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

## **8-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE MARZO DE 2017**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación de la Federación de Servicios de CC.OO. se presentó demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que se: «DECLARE nula, inhábil e ineficaz la decisión empresarial de no compensar

a los trabajadores de tiempo completo los domingos y festivos voluntariamente trabajados, reconociendo su DERECHO, en virtud del acuerdo del 9/7/2012 firmado con el Comité de empresa a ser compensados los domingos y festivos trabajados con el sábado siguiente al festivo o domingo trabajados, haciendo estar y pasar por dicha declaración».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 15 de febrero de 2016 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por PULL AND BEAR ESPAÑA, S.A, y estimando la demanda interpuesta por la Federación de Servicios del Sindicato de CCOO, declaramos el derecho de los trabajadores que prestan servicios en jornada a tiempo completo y que trabajen voluntariamente en domingos o festivos, a librar el sábado siguiente a dichos días trabajados, de igual modo que lo hacen los trabajadores a tiempo parcial, por lo que debemos condenar y condenamos a la empresa referida a estar y pasar por esta declaración, y a realizar lo conducente para su total eficacia».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «1º. - El día 9 de julio de 2012 la demandada PULL AND BEAR ESPAÑA, S.A y el comité de empresa celebraron reunión, en la que aquella comunicó a la representación legal de los trabajadores que a partir del 15 de julio se iba a proceder a la apertura de todas las tiendas de la Comunidad de Madrid durante los 365 días del año, medida a la que el Sindicato CCOO mostró rotunda oposición por las causas que señala el acta extendida a tal fin. No obstante, se dice en dicho documento, "en aras a regular y no perjudicar las condiciones de los trabajadores y trabajadoras que sean afectados por esta decisión de la empresa, CCOO de forma cautelar y mientras se ve con los Servicios Jurídicos la posibilidad de adoptar Acciones Legales ACUERDA: Que lo festivos y domingos sean VOLUNTARIOS al establecer el convenio colectivo la jornada regular de lunes a sábado. La empresa manifiesta que se mantendrá esa



voluntariedad. “En un siguiente punto, por el Sindicato referido se expone "que todos los trabajadores que trabajen voluntariamente en domingos y festivos LIBREN el sábado siguiente al festivo o domingo trabajado sea cual sea su jornada". Y continúa: "La empresa comunica que mantienen la voluntad de que mientras la organización de las tiendas lo permita las libranzas intentarán que sean los sábados. La empresa valorará la opción de pasar el día de libranza al sábado siguiente".

2°. - El 22 de enero de 2013 la demandada y la representación legal de los trabajadores se reunieron nuevamente para tratar los puntos que figuran en el orden del día, figurando en el cuarto "evaluación de la apertura de los 356 días", en relación con el cual el comité de empresa indica que: "1.- Es viable la devolución de domingos y festivos en el sábado posterior de la realización del festivo, incluso en las tiendas de mayor afluencia y volumen de trabajo.

2°.- Esta devolución está siendo posible incluso sin el número de contratación del que se nos informó.

3°- No se respeta la voluntariedad de los domingos y en los casos de los tiempos completos, responsables y encargados, se impone por plantilla los que deben trabajar sin la posibilidad del cambio. 4°- Se les ha retirado la libranza de un sábado al mes, que se venía realizando por costumbre, o no se les permite la devolución del festivo realizado en el sábado posterior, siendo esto posible. Este comité se remite al acuerdo firmado en la reunión celebrada en julio del año 2012 en la que se estableció la voluntariedad de los domingos y festivos. Recordamos que este acuerdo afecta a la totalidad de los trabajadores con independencia de su jornada, puesto que de otra manera estos se verían discriminados. La empresa comunica que no va a devolver los festivos trabajados de los 40 en sábados por motivos organizativos de cada centro de trabajo. El comité manifiesta su disconformidad ya que en el acta de esa reunión se negociaban las condiciones de todos los trabajadores, no sólo los parciales, en la medida de lo posible".

3°.- Los trabajadores que prestan servicios a tiempo completo realizan jornada de 8 horas diarias durante cinco días, librando dos días y un sábado al mes. La jornada de los trabajadores a tiempo parcial es de seis horas diarias, y desde que se

implantó la prestación de servicios en domingos y festivos, estos libran el sábado inmediatamente siguiente al domingo o festivo que han trabajado, no así quienes lo hacen a tiempo completo.

4º.- En la empresa demandada se aplica el Convenio Colectivo de Sector Comercio Textil, con ámbito territorial en la Comunidad de Madrid.

5º. - El presente conflicto colectivo afecta a todos los centros de trabajo de PULL AND BEAR, S.A de la Comunidad de Madrid.

6º.- Se celebró el acto de conciliación previo con resultado de intentado y sin efecto».

QUINTO.- En el recurso de casación formalizado por la representación de Pull & Bear España, S.A. se consignan los siguientes motivos: Primero .- Al amparo de lo previsto en el artículo 207 b), incompetencia o inadecuación de procedimiento, o subsidiariamente e) de la LRJS, infracción de las normas del ordenamiento jurídico, por vulneración de los artículos 2, 9.1 y 9.5 en relación con lo establecido en los artículos 2 y 153 de la LRJS y 25 a) del RD-Ley de 4 de marzo de 1977.

Segundo.- Al amparo de lo previsto en el artículo 207 e) de la LRJS, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico por vulneración de los artículos 1.281 y 1.283 del Código Civil.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar que se declare la procedencia del presente recurso.

Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente D. Rosa María Viroles Piñol se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 8 de marzo de 2017. En dicho acto, la Magistrada Ponente señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Sebastián Moralo Gallego.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. - Por la representación de la empresa Pull & Bear España S.A se interpone recurso de casación frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 15 de febrero de 2016 (proc. 849/2015), que declaró "el derecho de los trabajadores que prestan servicios en jornada a tiempo completo y que trabajen voluntariamente en domingos o festivos, a librar el sábado siguiente a dichos días trabajados, de igual modo que lo hacen los trabajadores a tiempo parcial", estimando la demanda de conflicto colectivo formulada por la Federación de Servicios del Sindicato CCOO en la que solicitaban que se reconociere el derecho de los trabajadores a tiempo completo, "en virtud del acuerdo del 9/7/2012 firmado con el Comité de empresa a ser compensados los domingos y festivos trabajados con el sábado siguiente".

2. - Al amparo del art. 207 LRJS, en su letra b) por incompetencia o inadecuación de procedimiento, o subsidiariamente de la letra e), se formula el primero motivo del recurso que denuncia infracción de los arts.

2 , 9.1 y 9.5, en relación con lo establecido en los arts. 2 y 153 de la LRJS y del art. 25 a) del Real Decreto Ley de 4 de marzo de 1977.

En un segundo motivo del recurso se denuncia infracción de los arts.1281 y 1283 del CC, pero como admite la propia recurrente, de forma complementaria a lo alegado en el motivo anterior respecto a la inexistencia de un acuerdo con el comité de empresa sobre la cuestión objeto del litigio, por lo que lo resolveremos conjuntamente al incidir sobre esa misma pretensión.

Dentro del primer motivo se plantean en realidad dos cuestiones distintas que merecen una respuesta diferenciada y que vamos a abordar separadamente.

De una parte se dice que el procedimiento de conflicto colectivo es inadecuado porque no estaríamos ante una verdadera controversia jurídica, sino ante un conflicto de intereses; y de otra, que la decisión empresarial consistente en reconocer esa modalidad de libranza a los trabajadores a tiempo parcial no supone una vulneración del derecho a la igualdad de trato de los trabajadores a tiempo completo, por cuanto prestan servicios en condiciones de horario y jornada diferentes y disponen de su propio régimen de descanso, lo que justificaría el desigual tratamiento.

SEGUNDO. 1. - Lo que la recurrente argumenta en primer lugar, es que la pretensión ejercitada en la demanda se corresponde en realidad con un conflicto de intereses, que no con un verdadero conflicto jurídico que pudiese plantearse a través del procedimiento de conflicto colectivo, porque no es cierto que se hubiere llegado a firmar ningún acuerdo con el comité de empresa del que se desprenda el derecho de los trabajadores a tiempo completo a librar el sábado siguiente al domingo o festivo en que hubieren trabajado.

Sostiene a tal efecto el recurso que el petitum de la demanda y consiguiente pretensión de la parte actora se sustenta en el "acuerdo del 9 de julio de 2012", como literalmente se indica, que se corresponde con una reunión celebrada entre la empresa y la representación de los trabajadores en la que no se alcanzó ningún pacto en tal sentido, con lo que no puede atribuirse a su contenido la naturaleza jurídica de un acuerdo fruto de la negociación colectiva y de carácter vinculante.

2.- Tiene razón la empresa cuando afirma que en dicha reunión no se llegó a alcanzar ningún tipo de acuerdo respecto al modo de libranza del personal a tiempo completo.

La reunión tuvo lugar tras la implantación del nuevo régimen de aperturas de las tiendas los 365 días del año a partir del 15 de julio de 2012, y su objeto no era otro que negociar los efectos que esa decisión supondría en la jornada y horarios de los trabajadores.

Pero basta la lectura del indiscutido contenido del acta de la misma que refleja el hecho probado primero, para constatar que simplemente recoge los posicionamientos de una y otra parte sobre la cuestión en litigio, sin que en modo alguno contemple un concierto de voluntades al que pudiese atribuirse la naturaleza jurídica de un pacto con el que se reconozca el derecho de los trabajadores a tiempo completo a librar el sábado siguiente al trabajado en festivos.

Se indica literalmente en el acta: " Desde CCOO en Pull and Bear Madrid entendemos "que no existen motivos ni económicos ni organizativos que justifiquen las modificaciones". Ya que sus únicas consecuencias serán más precariedad y menos conciliación de vida laboral y personal. No obstante en aras a regular y no perjudicar

las condiciones de los trabajadores y trabajadoras que sean afectados por esta decisión de la empresa, CCOO de forma cautelar y mientras se ve con los Servicios Jurídicos la posibilidad de adoptar Acciones Legales ACUERDA: Que los festivos y domingos sean VOLUNTARIOS al establecer el convenio colectivo la jornada regular de lunes a sábado".

En lo que no es sino una manifestación unilateral de la postura del comité de empresa, sin que la utilización del término "ACUERDA" suponga un concierto de voluntades con la empresa, sino tan solo la expresión de lo peticionado por la representación legal de los trabajadores.

Recoge el acta la respuesta de la empresa a esa petición bajo la siguiente fórmula "La empresa manifiesta que se mantendrá esa voluntariedad." A continuación, y como se indica en los hechos probados, " En un siguiente punto, por el Sindicato referido se expone "que todos los trabajadores que trabajen voluntariamente en domingos y festivos LIBREN el sábado siguiente al festivo o domingo trabajado sea cual sea su jornada".

Petición a la que la recurrente responde: " La empresa comunica que mantienen la voluntad de que mientras la organización de las tiendas lo permita las libranzas intentarán que sean los sábados. La empresa valorará la opción de pasar el día de libranza al sábado siguiente".

3. - Estas manifestaciones de una y otra parte no suponen en modo alguno la concurrencia de un acuerdo de voluntades, sino la expresión de las pretensiones de cada una de ellas que constituyen el objeto de la negociación colectiva abierta para intentar llegar a un pacto sobre la cuestión en litigio con resultado infructuoso.

Como dispone el artículo 1261 del Código Civil " No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º) Consentimiento de los contratantes. 2º) Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º) Causa de la obligación que se establezca"; y en el mismo sentido, el artículo 1262 CC: "El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato".

Es fácil constatar que lo reflejado en el acta de esa reunión únicamente comporta el acuerdo sobre una cuestión muy concreta y específica, cual es la voluntariedad de trabajar en domingos y festivos, que la empresa acepta de forma expresa.

Sin que por el contrario se hubiere llegado a conseguir un concierto de voluntades sobre aquel otro punto que constituye el objeto de la pretensión ejercitada en la demanda de conflicto colectivo, esto es, que los trabajadores a tiempo completo que voluntariamente trabajen en domingo o festivo tengan derecho a librar el sábado siguiente al festivo o domingo trabajado.

Sobre esta cuestión lo único que hace la empresa es manifestar su intención de valorar "la opción de pasar el día de libranza al sábado siguiente", sin añadir ninguna otra expresión de la que pudiere derivarse una aceptación de la petición formulada por el comité de empresa en tal sentido.

Ni la literalidad de lo reflejado en el acta de la reunión, ni la aplicación de ninguno de los criterios hermenéuticos de los arts. 1281 y siguientes del Código Civil, conducen al resultado de entender existente un acuerdo fruto del concierto de voluntades del que se derive el derecho de los trabajadores a tiempo completo a librar el sábado siguiente al festivo trabajado.

4.- Lo anteriormente razonado no supone rectificar la interpretación que pudiere haber realizado del Tribunal de instancia del acta que refleja el contenido de aquella reunión, sino, por el contrario, la ratificación el mismo criterio aplicado por la sentencia recurrida, que en el tercero de sus fundamentos jurídicos ha llegado acertadamente a ese mismo resultado de negar la existencia de un acuerdo, cuando señala que el sindicato demandante planteó la propuesta de librar el sábado siguiente al trabajado y de forma expresa concluye que esta "proposición que no fue aceptada por la empresa, limitándose a valorar la opción ofrecida por el Sindicato en este específico aspecto." Resulta con ello evidente que la propia resolución recurrida no admite la existencia de un pacto sobre la cuestión objeto del litigio en el punto concreto referido al derecho a librar al sábado siguiente del trabajo en festivos, lo que

en fase de casación no admite discusión al no haber recurrido el sindicato demandante en favor de la tesis contraria.

5. - Pero aun así, y contra lo que sostiene el recurso, esto no comporta la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo.

Siendo cierto que no se llegó a ningún acuerdo- más allá de la voluntariedad del trabajo en domingo y festivos-, no lo es menos que desde entonces se viene produciendo una práctica empresarial consistente en permitir que los trabajadores a tiempo parcial libren el sábado siguiente a trabajar en festivos, que por el contrario niega a los que prestan servicios a tiempo completo.

Ante la indiscutida existencia de esa práctica empresarial se formula la demanda, en la que se interesa la extensión de esa misma decisión a los trabajadores a tiempo completos.

Tal y como ha concluido la sentencia, es por ello adecuado el cauce del procedimiento de conflicto colectivo que al amparo de lo dispuesto en el art. 153 .1º LRJS permite plantear este tipo de pretensiones cuando versen sobre la interpretación de un pacto, acuerdo o convenio colectivo, pero también cuando estén referidas a una decisión o práctica empresarial de carácter colectivo que afecte a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, como es el caso de autos.

6.- Bien es verdad que la demanda parte del presupuesto de entender existente un acuerdo que habría sido incumplido por la empresa - hasta el punto de que llega a incluir esa circunstancia en el propio petitum como fundamento de la acción ejercitada- , pero no lo es menos que también alude a la supuesta existencia de un trato discriminatorio, desigual e injustificado entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, en detrimento de estos últimos.

Desde esta perspectiva jurídica deberemos concluir que el procedimiento de conflicto colectivo es el cauce procesal adecuado para el ejercicio de la pretensión contenida en la demanda, puesto que no se trata de un mero conflicto de intereses con el que se pretenda extraer un resultado no alcanzado en la negociación colectiva y ajeno a las consecuencias derivadas de los preceptos legales de aplicación frente a la práctica empresarial en litigio, sino de un verdadero conflicto jurídico sobre el

alcance y efectos de las normas legales que los demandantes consideran aplicables, cualquiera que sea finalmente la respuesta que su pretensión merezca.

TERCERO.- 1.- Recordemos que no se discute que el trabajo en festivo sea voluntario, ni tampoco que la empresa pudiese estar incumpliendo el régimen de jornada y descanso aplicable a los trabajadores a tiempo completo, sino que el objeto de la demanda es que se declare el derecho de los trabajadores a tiempo completo a librar el sábado siguiente al domingo o festivo en que hubieren prestado servicios, tal y como así lo hacen los contratados a tiempo parcial.

Una vez descartada la existencia de un pacto de cuya interpretación pudiese desprenderse lo peticionado en la demanda, deberemos analizar si ese mismo derecho en favor de los trabajadores a tiempo completo resulta de la decisión empresarial de reconocerlo a los trabajadores que prestan servicios a tiempo parcial, en la medida en que pueda suponer una desigualdad de trato entre ambos colectivos de trabajadores que vulnere el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Cuestión que la sentencia recurrida aborda en el sexto de sus fundamentos de derecho y resuelve finalmente en favor de la tesis de la empresa, para negar que con su actuación haya vulnerado el derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución.

Razona lo siguiente: " ha de significarse seguidamente que la decisión de la empresa que se impugna no vulnera el art. 14 de la Constitución porque, propiamente, en el presente caso no entra en juego ninguna de las circunstancias señaladas en esta norma. Como apunta el Ministerio Fiscal, en el caso de que en el supuesto que se enjuicia se constate diferencia de trato, la cuestión ha de enmarcarse en el plano de la legalidad ordinaria, pues guarda conexión con un determinado aspecto de la organización del trabajo que si bien queda sin justificar por ausencia de prueba, según ya se ha indicado, no presenta indicio alguno de discriminación en los términos postulados en demanda y en el precepto constitucional referido. Debemos de recordar que, como señala la STC 34/1984 (EDJ 1984/34) "la exclusión de un principio absoluto de igualdad en el marco de las relaciones laborales entre sujetos privados «no es otra cosa que el resultado de la eficacia del principio de autonomía de la voluntad, que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por



virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, no desaparece, dejando un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales".

Y sigue diciendo que "en la medida en que la diferencia salarial no posea un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad".

No es necesario hacer un especial esfuerzo dialéctico para constatar que este razonamiento supone desestimar las alegaciones de la demanda en las que se sostiene que la actuación de la empresa supone una vulneración del derecho a la igualdad de trato entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, en perjuicio - curiosamente-, de estos últimos.

Y puesto que el sindicato demandante no ha recurrido en casación, no podemos ahora revisar ese pronunciamiento para no incurrir en reformatio in peius.

2 .- Ahora bien, aun cuando la sentencia concluye que la empresa no ha infringido el derecho a la igualdad que consagra art. 14 de la Constitución , y pese a que anteriormente había negado la existencia de un acuerdo que obligase a la empresa a conceder a los trabajadores a tiempo completo el derecho a librar el sábado siguiente a trabajar en festivo, acoge sin embargo la acción de conflicto colectivo con el argumento que expresa en el quinto de sus fundamentos de derecho, con base a un razonamiento que resulta manifiestamente contradictorio con lo que luego expone en el siguiente fundamento jurídico que hemos reseñado anteriormente.

Se apoya para ello en el hecho de que la responsable de recursos humanos de la empresa manifestó que el descanso en el sábado siguiente al festivo solo era aplicable a los trabajadores a tiempo parcial por razones organizativas, sin exponer las circunstancias que pudieran justificar el que no se haya aplicado ese mismo criterio a los trabajadores a tiempo completo.

Tras lo que concluye que deberían de haberse ofrecido mayores explicaciones por parte de la empresa: "para que haya posibilidad de verificar si hay base

legalmente fundada que justifique esta diferencia de trato entre ambos tipos de trabajadores. Cuando se aduce que concurren causas o circunstancias organizativas como base y fundamento de un distinto trato en el sistema de descansos para quienes trabajen en domingo o festivo según lo hagan a tiempo completo o a tiempo parcial, han de proporcionarse los datos y referencias detalladas en cuya virtud se ha adoptado una decisión de semejante signo, y no es dudoso que a la empresa le viene impuesto asumir la carga probatoria en tal sentido, pues así se lo impone el art. 217.3 de la LEC”.

A lo que añade finalmente, que " si no se argumenta ni razona la base de la causa por la que se ha puesto en práctica el modo de compensación del trabajo en domingo o festivo, siendo insuficiente la explicación que se da al respecto, se impone dejar sin efecto la medida, dado que el acervo probatorio aportado al proceso en nada esclarece la cuestión. De un lado, el convenio colectivo aplicable no es medio de prueba que pueda resolver el conflicto, al tratarse de problemática que no viene regulada en dicha norma, y, por otra parte, tampoco los documentos unidos a los autos sirven para poder deducir la realidad de las razones organizativas alegadas como fundamento de la distinción de trato; finalmente, la declaración testifical se limita a dejar constancia del mero enunciado de la causa, sin más precisiones".

3. - No podemos compartir ese razonamiento, que en realidad supone aplicar - sin llegar a decirlo- las reglas sobre distribución de la carga de la prueba que los arts. 96.1º y 181.2º LRJS reservan para los supuestos de vulneración de derechos fundamentales, pese a que la propia sentencia niega de forma expresa como ya hemos puesto de manifiesto, que la empresa haya incurrido en infracción del derecho a la igualdad de trato, y sin que ni tan siquiera identifique cuales puedan ser esos supuestos indicios vulneradores del derecho a la igualdad que debieren obligar a la empresa a ofrecer mayores justificaciones de las razones por las que aplica un régimen de descanso diferente a los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, en perjuicio de estos últimos, más allá de constatar esa diferencia.

Recordemos en este punto la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia que recoge la reciente STC núm. 71/2016 de 14 abril en la que se reitera que " el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con

abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello ... También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos» (SSTC 200/2001, de 4 de octubre (RTC 2001, 200), FJ 4, y 88/2005, de 18 de abril (RTC 2005, 88), FJ 5, entre otras)".

En el mismo sentido la STC núm. 5/2007 de 15 enero, cuando dice que: " no toda desigualdad de trato supone una infracción de dicho precepto constitucional sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable. El principio de igualdad exige, pues, que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional (por todas, entre las más recientes y recogiendo precedente doctrina, SSTC 154/2006, de 22 de mayo [RTC 2006, 154], F. 4; y 214/2006, de 3 de julio [RTC 2006, 214], F. 2)".

Tras lo que esa misma sentencia señala "que el art. 14 CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida, pues, en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad (SSTC 34/1984, de 9 de marzo [RTC 1984, 34], F. 2; ó 34/2004, de 8 de marzo [RTC 2004, 34], F. 3, entre otras)." De igual manera que establece la STC 34/1984, de 8 de marzo, en la

que se sustenta la recurrida para negar la vulneración del derecho a la igualdad de trato, cuando nos dice que: " el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional".

4.- El diferente tratamiento que la empresa concede en el caso de autos a los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo van en detrimento de estos últimos, lo que es muy relevante destacar por las connotaciones de discriminación indirecta en razón de sexo prohibida por el art. 14 de la Constitución que puedan asociarse a la contratación a tiempo parcial, al ser una institución que afecta predominantemente al sexo femenino, por estar estadísticamente acreditada la realidad sociológica que demuestra que implica una proporción mayor de mujeres que de hombres, (STC 253/2004 de 22 de diciembre; STS de 23-2-2009, rec.

1299/2008, y las que en ella se citan de 10/7/ 2007; 16/10/2007; 11 /6 / 2008).

Lo anterior supone que no estamos ante un supuesto en el que concurran posibles causas de discriminación en la actuación de la empresa.

Distinto podría ser en el caso contrario, esto es, si la actuación de la empresa incidiera de forma negativa en el colectivo de trabajadores a tiempo parcial, lo que podría dar pie a considerar probada la concurrencia de indicios de discriminación indirecta por razón de sexo.

Dicho eso, estamos en el territorio jurídico del derecho a la igualdad de trato entre ambas clases de trabajadores, que no puede conducir al resultado pretendido en la demanda y alcanzado en la sentencia recurrida, porque resultan manifiestas las diferencias existentes entre ambos colectivos que impiden considerar cualquier posible identidad que pueda servir como referente en la comparación entre uno y otro en materia de jornada y descanso laboral, lo que justifica suficientemente el diverso tratamiento aplicado por la empresa en esta materia, cuando la característica distintiva más relevante de la modalidad contractual de cada uno de ellos reside precisamente en la desigual jornada de trabajo para la que han sido contratados, con la consecuente desigualdad en su régimen de trabajo y descanso.

La contratación a tiempo parcial se justifica en la necesidad que tiene la empresa de cubrir unas específicas y singulares exigencias productivas y organizativas para completar las jornadas de quienes prestan servicios a tiempo completo, y en esta misma circunstancia va de suyo que se les deba aplicar un régimen de descanso diferente.

Como en el presente supuesto se indica en los hechos probados, los trabajadores a tiempo completo disponen de su propio régimen de descanso, en el que realizan una jornada de 8 horas diarias durante cinco días y libran dos días y un sábado al mes, mientras que los trabajadores a tiempo parcial no se rigen por esas mismas reglas.

No podría por lo tanto calificarse en ningún caso de arbitraria la actuación de la empresa cuando aplica a cada uno de estos colectivos un diferente tratamiento en la organización de los descansos generados por el trabajo voluntario en festivos, gestionando conforme a sus facultades de dirección y organización empresarial el calendario de unos y otros en la forma en la que considera más adecuada para ajustar las diferentes jornadas de trabajo a sus necesidades productivas, cuando no hay ninguna norma legal o pactada que imponga un tratamiento igualitario de una situación contractual que es en sí misma desigual en materia de jornada y descansos, justamente, por la causa que sirve de base y es consustancial a la contratación de los trabajadores a tiempo parcial.

Admitir lo contrario es tanto como exigir a la empresa que justifique desde esa perspectiva jurídica las causas organizativas de todas y cada una de sus decisiones por el mero hecho de que afecten a colectivos distintos de sus trabajadores, incluso cuando no concurrieren indicios de vulneración de derechos fundamentales, ni se trate tampoco de introducir modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo preexistentes.

Si no se ha establecido mediante pacto o convenio colectivo, tampoco hay razón legal para que los trabajadores a tiempo completo puedan reclamar, a modo de espiguelo, que se les hagan extensivas aquellas condiciones de trabajo que aisladamente consideradas estimen más beneficiosas de entre todas las que aplique la

empresa a quienes prestan servicios a tiempo parcial, cuyo régimen de jornada y descanso será necesariamente diferente por la propia naturaleza de su modalidad contractual, lo que puede dar lugar a que algunas de sus particulares condiciones laborales en esta materia resulten en cierta manera mejores si se valoran separadamente del resto y no en función del conjunto del marco global de los diferentes derechos y obligaciones que en cuestiones de jornada y descanso resulta de aplicación a ese colectivo.

CUARTO.- Lo anteriormente razonado, y de conformidad con el Ministerio Fiscal, conlleva la estimación del recurso de la empresa. Sin que haya lugar a la imposición de costas a tener de lo preceptuado en el art. 235 LRJS.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de PULL & BEAR ESPAÑA S.A., contra la sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de febrero de 2016 , en el procedimiento 849/2015, seguido en virtud de demanda de conflicto colectivo formulada contra la recurrente por la representación de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS de CCOO, casar y anular dicha resolución, y desestimar en su integridad la demanda y absolver a la empresa de las pretensiones ejercitadas en su contra. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada Excm.a Sra. Doña Rosa María Viroles Piñol, de conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 205 de la LEC, respecto de la sentencia dictada en el recurso de casación 83/2016, para sostener la posición mantenida en la deliberación acogíendome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 260.1 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, en síntesis, y como se desarrollará en la consideración "cuarta",

en el hecho que no se trate en plano de igualdad a los trabajadores a tiempo completo respecto a los contratados a tiempo parcial en similares circunstancias a efectos de compensación de los domingos y festivos voluntariamente trabajados.

Baso el presente voto particular en las siguientes consideraciones jurídicas:  
PRIMERA.- Por la representación de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS, se presenta demanda de Conflicto Colectivo, frente a la empresa PULL & BEAR SA., en la que se interesa se declare "nula, inhábil e ineficaz la decisión empresarial de no compensar a los trabajadores de tiempo completo los domingos y festivos voluntariamente trabajados, reconociendo sus derecho, en virtud del acuerdo del 9/7/2012 firmado con el Comité de empresa a ser compensados los domingos y festivos trabajados con el sábado siguiente al festivo o domingo trabajados". Entienden los demandantes que no existe causa objetiva ni razonable que justifique el trato diferenciado que la empresa proporciona a los trabajadores a tiempo completo respecto a los trabajadores a tiempo parcial.

SEGUNDA.- La sentencia objeto del presente recurso de casación, es la dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 15 de febrero de 2016 (proc. 849/2015 ), cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Desestimamos la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por PULL AND BEAR ESPAÑA, SA, y estimando la demanda interpuesta por la Federación de Servicios del Sindicato de CCOO, declaramos el derecho de los trabajadores que prestan servicios en jornada a tiempo completo y que trabajen voluntariamente en domingos y festivos, a librar el sábado siguiente a dichos días trabajados, de igual modo que lo hacen los trabajadores a tiempo parcial", condenando a la empresa a estar y pasar por tal declaración. La Sala de instancia funda su resolución en la inexistencia de base legalmente fundada que justifique la diferencia de trato entre los dos colectivos de trabajadores, y ante la inexistencia de razonamiento por parte de la empresa sobre la causa por la que se ha puesto en práctica el modo de compensación y la diferencia de trato resultante.

TERCERA.- 1.- Contra la referida sentencia interpone recurso de casación la empresa PULL & BEAR ESPAÑA SA, articulando dos motivos de recurso: 1.- El primer motivo de recurso se formula al amparo del art. 207 b) de la LRJS por

incompetencia o inadecuación de procedimiento; o subsidiariamente del art. 207 e) de la LRJS por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, por vulneración de los arts. 2 , 9.1 y 9.5 en relación con lo establecido en los arts. 2 y 153 de la LRJS y 25 a) del RD-L. de 4 de marzo de 1977.

Entiende la recurrente que estamos ante un conflicto económico o de intereses, y no jurídico, por lo que no es competente la jurisdicción social para el conocimiento del mismo, ni adecuado el procedimiento.

Como recuerda esta Sala en la STS. de 4-noviembre-2010 (rco. 64/2010 ), con referencia a la STS de 9 de noviembre de 2009: "Entre las numerosas ocasiones en las que esta Sala se ha ocupado del tema relativo a la adecuación o inadecuación del proceso de conflicto colectivo, regulado en los arts. 151 y siguientes de la LPL, podemos citar por todas - como dos de las más recientes- nuestras Sentencias de 5 de noviembre de 2008 (rec. 178/07) y de 7 de abril de 2009 (rec. 56/08), en cuyo fundamento jurídico 2º se razona en los siguientes términos: Aunque coincidentes en la doctrina que sientan, son diversas las fórmulas empleadas por la Sala para caracterizar el procedimiento de Conflicto Colectivo. Así, en ocasiones se ha dicho que tal proceso especial implica: (1º) la existencia de un conflicto actual; (2º) el carácter jurídico del mismo, diferenciándose así del conflicto de intereses; y (3º) su índole colectiva, entendiendo por tal no la mera pluralidad de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto dotado de homogeneidad que representa de un interés general (en este sentido, las SSTS 25/06/92 -rco 1706/91-; 17/06/97-rco 4333/96-; 24/04/02-rco 1166/01-; 05/07/02 -rco 1277/01-; 17/07/02 -rco 1299/01-; y 12/06/07-rcud 5234/04). Con expresión más reiterada, también se afirma que el Conflicto Colectivo se define por la conjunción de dos elementos: 1) Uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, «entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad». 2) Otro elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como «indivisible, correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros», o como «un interés que, aunque



pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general» (recientemente, SSTs 16/05/07 -rcud 36/06 -; 21/06/07 -rco 126/06 -; 12/07/07 -rco 150/06 -; 07/11/07 -rco 32/07 -; 19/02/08 -rco 46/07 -; 10/06/08 -rco 139/05 -; 27/06/08 -rco 107/06 -; y 17/07/08 -rco 152/07). Y con definición menos usual, pero no menos expresiva, se indica que es «generalmente admitida, por la doctrina y la jurisprudencia, la exigencia, en el proceso de conflicto colectivo, de tres elementos: interés debatido -de carácter colectivo, general e indivisible-; subjetivo -afección indiferenciada de trabajadores-; y finalístico -admisión de los conflictos jurídico o de interpretación y exclusión de los de intereses o de innovación-» ( SSTs 24/02/92 -rco 1074/91 -; y 07/02/06 -rco 23/05).- Asimismo, esta Sala es constante al afirmar que el hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante o de una práctica o decisión de empresa que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores. Y ello es así porque «al igual que en los conflictos individuales puede haber un momento colectivo (inicial) que se identifica con la interpretación de una regla general, en los conflictos colectivos divisibles hay también un momento (posterior) individual o plural en la medida en que la interpretación general ha de afectar necesariamente a los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del conflicto, como muestra claramente el art. 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 » (reproduciendo la STS 25/06/92 -rco 1706/91 -, prescindiendo de muchas otras, las recientes sentencias de 22/03/07 -rco 114/05 -; 21/06/07 -rco 126/06 -; 12/07/07 -rco 150/06 -; 27/06/08 -rco 107/06 -; y 17/07/08 -rco 152/07).

(...) Pero igualmente, bajo la denominación de conflicto colectivo, muchas veces se introducen otras cuestiones que el legislador quiso dejar fuera de este procedimiento, como son los conflictos de intereses, por lo que, si el conflicto colectivo se caracteriza, en base a esos dos aspectos subjetivo y objetivo dibujados, cuando se trata de diferenciarlo con el conflicto de intereses, de acuerdo con lo que

dispone el artículo 151 del TRLPL , deberemos introducir otro elemento clarificador, el aspecto finalista (STS de 9 de noviembre de 2009 y 26 de mayo de 2009), o dicho de otra manera, deberemos tener en cuenta cual es el fin perseguido, de tal forma que mientras que el conflicto colectivo alude a la existencia de una controversia que puede ser solventada aplicando una norma, el conflicto de intereses o económico no puede ser solventado en base a la aplicación de una norma sino que se debe resolver a través de la voluntad negociadora de las partes, que no puede ser suplantada en ningún caso por ningún Juez ni Tribunal.

En el presente caso, y de acuerdo con la solución del voto mayoritario aunque precisando los razonamientos, nos encontramos ante un conflicto colectivo jurídico, y no de intereses o económico, que se contrae a que se reconozca a los trabajadores que prestan servicios en jornada a tiempo completo y que trabajen voluntariamente en domingos y festivos, el derecho a librar el sábado siguiente a dichos días trabajados, de igual modo y en plano de igualdad a como lo hacen los trabajadores a tiempo parcial, cuyo conocimiento es competencia de la jurisdicción social. Se trata en el mismo, y, esto es esencial a los efectos de determinar a quién corresponde el ejercicio de la función jurisdiccional, de examinar y decidir sobre una pretensión formulada por el Sindicato demandante relativa a un grupo genérico de trabajadores y promovida "dentro de la rama social del derecho", para lo cual es competente, conforme al art. 1 LRJS, la jurisdicción del orden social, tanto en los conflictos individuales como colectivos.

Y este conflicto jurídico, ha de tramitarse, como se ha hecho, conforme a las normas establecidas para el proceso de conflicto colectivo regulado en el art. 153 y sgs. de la LRJS , al versar sobre la interpretación o aplicación de normas. Y contrariamente a cuanto señala el recurrente, ha de rechazarse que nos encontremos ante un conflicto económico o de intereses, pues no persigue la modificación o dar contenido a norma preexistente, sino el alcance o incidencia de un acuerdo colectivo, para todo lo cual es competente la jurisdicción social conforme a lo dispuesto en el art. 9.5 LOPJ y 1, 2 y 153 LRJS.

Dentro de este primer motivo de recurso, denuncia el recurrente la aplicación indebida del principio de igualdad, por cuanto nos encontramos ante dos colectivos

de trabajadores (a tiempo completo y a tiempo parcial), cuya realidad es completamente distinta. Es aquí donde radica mi discrepancia respecto al voto mayoritario.

El voto mayoritario, aceptando el parecer de la empresa de que la pretensión vertida en la demanda, se sustenta en el "acuerdo del 9 de julio de 2012", que se corresponde con una reunión celebrada entre la empresa y la representación de los trabajadores, señala que no hubo acuerdo ni pacto alguno. Ello deviene aquí y ahora intrascendente, cuando seguidamente a esa denominación que se hace de "reunión", la Sala acepta -con independencia de la terminología que se utilice- que lo allí tratado se viene aplicando por la empresa, señalándose en un pasaje de la sentencia que "es fácil constatar que lo reflejado en el acta de esa reunión únicamente comporta el acuerdo sobre una cuestión muy concreta y específica, cual es la voluntariedad de trabajar en domingos y festivos, que la empresa acepta de forma expresa", circunstancia que no se cuestiona, pero lo que aquí interesa es que se acepta la existencia de un "acuerdo", aceptándose por otro lado, que desde su fecha "se viene produciendo una práctica empresarial consistente en permitir que los trabajadores a tiempo parcial libren el sábado siguiente a trabajar en festivos, que por el contrario niega a los que prestan servicios a tiempo completo" Tal circunstancia debidamente acreditada, evidencia un trato discriminatorio, desigual e injustificado entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo en detrimento de estos últimos.

No obstante ello, la sentencia en su voto mayoritario, entiende que no se vulnera el derecho a la igualdad del art. 14 CE , y que las reglas sobre distribución de la carga de la prueba se reservan para los supuestos de vulneración de derechos fundamentales; afirmación en la que discrepo por entender que nos encontramos ante una vulneración del derecho a la igualdad, que como tal comporta la vulneración de un derecho fundamental, por lo que acreditados los indicios de tal vulneración, correspondía a la empresa aportar la justificación a tal actuar, lo cual no ha efectuado. Ciertamente es que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual, ni toda desigualdad supone una infracción del mandato constitucional.

Aun partiendo de la realidad diferente de la contratación a tiempo completo y la contratación a tiempo parcial, ha de llegarse a la conclusión de instancia, pues no

se aporta razón alguna objetiva ni dato que justifique la diferencia de trato de los trabajadores a tiempo completo respecto de aquellos a tiempo parcial en relación a las libranzas, al igual que tampoco se aporta justificación alguna de la realidad de las alegadas razones organizativas, por lo que la decisión empresarial de no aplicar el acuerdo cuestionado a los trabajadores que prestan sus servicios a tiempo completo, resulta contraria al principio de igualdad.

La sentencia en su voto mayoritario, argumenta la inexistencia de discriminación o de trato desigual, en la inexistencia de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, asociando la contratación a tiempo parcial predominantemente con el sexo femenino. Es obvio que tal cuestión no es objeto de recurso ni de debate, por lo que tampoco lo ha de ser en la resolución del mismo, que ha de centrarse y limitarse a la cuestión planteada. 2.- El segundo motivo de recurso, se formula al amparo del art. 207 e) de la LRJS, "por infracción de las normas del ordenamiento jurídico por vulneración de los artículos 1281 y 1283 del CC". Como recuerda la STS/IV de 18 de enero de 2014 (recurso de casación 123/2013), ".....en orden a la interpretación de los convenios colectivos esta Sala tiene declarado, entre otras en las SSTS/IV 5-abril-2010 (rco 119/2009), 15-junio-2010 (rcud 179/2009), 17-junio-2010 (rcud 97/2009) y 11-noviembre-2010 (rco 239/2009) que: "a) el carácter mixto del Convenio Colectivo -norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa- determina que su interpretación ha de atender tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos, esto es, los arts. 3, 4 y 1281 a 1289 CC (así, recientemente, SSTS 03/12/08 -rco 180/07; 26/11/08 -rco 139/07; 21/07/09 -rco 48/08; 21/12/09 -rco 11/09; y 02/12/09 -rco 66/09); b) la interpretación de un Convenio Colectivo ha de combinar los criterios de orden lógico, gramatical e histórico (así, SSTS 16/01/08 -rco 59/07; 27/06/08 -rco 107/06; 26/11/08 -rco 95/06; y 21/12/09 -rco 11/09), junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes (por ejemplo, SSTS 26/11/08 - rco 95/06 ; 26/11/08 -rco 139/07; y 27/01/09 -rcud 2407/07); y c) las normas de interpretación de los arts. 1282 y siguientes del CC tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación, de forma que cuando la literalidad de las cláusulas de un contrato sean claras, no son de aplicar

otras diferentes que las correspondientes al sentido gramatical; o dicho de otro modo, el art. 1281 CC consta de dos párrafos, que persiguen la doble finalidad de evitar que se tergiverse lo que aparece claro, o que se admita, sin aclarar lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto las palabras empleadas, y en el segundo la intención evidente de los contratantes (aparte de otras muchas, SSTs 16/01/08 -rc 59/07; 26/11/08 -rc 95/06; 26/11/08 -rc 139/07; 03/12/08 -rc 180/07; 21/07/09 -rc 48/08; 21/12/09 -rc 11/09; 02/12/09 -rc 66/09); y, B) Igualmente, viene reiterando esta Sala -sentencia de 16 de septiembre de 2013 (recurso de casación 75/2012), con cita de las sentencias de 15 de septiembre de 2009 (recurso casación 78/2008), 25 de septiembre de 2008 (rec. casación 109/2007) y 27 de noviembre de 2008 (rec. casación 99/2007) que "es doctrina constante de esta Sala la de que "la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual". Así se han pronunciado las sentencias de 12 de noviembre de 1993, 3 de febrero del 2000, 27 de abril del 2001 y 16 de diciembre del 2002. Debiéndose destacar así mismo que las sentencias de 20 de marzo de 1997 y 16 de diciembre del 2002 han precisado que "en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los Órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos comitentes "; y, En aplicación de esta doctrina al caso enjuiciado, esta Sala comparte por razonable la interpretación de la Sala de instancia, en relación al acuerdo de julio de 2012, pues efectivamente, no se ha aportado razón alguna objetiva que justifique un trato diferente entre los colectivos de trabajadores (a tiempo completo y a tiempo parcial) en relación a las libranzas de domingos y festivos objeto de controversia, por lo que de mantenerse tal interpretación, y en su consecuencia desestimar el motivo de recurso. Por todo ello, se imponía la desestimación del recurso, visto el informe del Ministerio Fiscal, y la confirmación de la sentencia recurrida.

**9-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE MARZO DE  
2017**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Por la representación de la Federación de Servicios de la Unión General de trabajadores (Fes- UGT), la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO Servicios), la Federación de Sindicatos Independientes de Servicios Financieros (CSICA), la Asociación de Cuadros y Profesionales de Bankia (ACCAM- BANKIA), el Sindicat Autonom de Treballadors DŽ Estalvi (SATE), la Federación de Sindicatos de Banca, Bolsa, Ahorro, Entidades de Crédito, Seguros y Oficinas y Despachos de la Confederación General del Trabajo (FESIBAC-CGT), y ACB- Bankia se planteó demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación terminaron por suplicar se dictara sentencia por la que se declare «La obligación de que la empresa Bankia, - establezca un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación, - así como que proceda a dar traslado, a la representación legal de los trabajadores, de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el artículo 32.5 del Convenio Sectorial de Ahorro.».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 4 de diciembre de 2015 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: «En la demanda de conflicto colectivo, promovida por la FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FeS UGT); la FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS (CCOO); la FEDERACIÓN DE SINDICATOS INDEPENDIENTES DE SERVICIOS FINANCIEROS (CSICA); la ASOCIACIÓN DE CUADROS Y PROFESIONALES DE BANKIA (ACCAM-BANKIA); el SINDICAT AUTONOM DE TREBALLADORS D'ESTALVI (SATE); la FEDERACIÓN DE SINDICATOS DE BANCA, BOLSA, AHORRO, ENTIDADES DE CRÉDITO, SEGUROS Y OFICINAS Y DESPACHOS DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT) y ACB BANKIA, desestimamos la excepción de falta de acción, alegada por BANKIA, SA. Estimamos la demanda y condenamos a BANKIA, SA a establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación, así como que proceda a dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el artículo 32.5 del Convenio Sectorial de Ahorro ».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

« 1º.- UGT y CCOO ostentan la condición de sindicatos más representativos a nivel estatal y acreditan implantación suficiente en la empresa demandada. - CSICA; ACCAM-BANKIA; SATE; CGT y ACB-BANKIA acreditan también implantación suficiente en la empresa.

2º.- BANKIA regula sus relaciones laborales por el convenio colectivo de Cajas de Ahorro, publicado en el BOE de 29-03-2012, que se encuentra actualmente en situación de ultractividad.

3º.- El 26-11-2012 CCOO; UGT; ACCAM; SATE; CSICA y CGT alcanzaron acuerdo, que obra en autos y se tiene por reproducido, con CAJA MADRID;

BANCAJA; CAJA INSULAR DE AHORROS DE CANARIAS, CAJA DE ÁVILA; CAIXA LAIETANA; CAJA SEGOVIA y CAJA RIOJA, integradas en BANKIA, en el que regularon, entre otras materias, el régimen horario, en el que se convino un horario general; 6 horarios singulares de oficinas, con algunas cláusulas comunes; horario singular en la Dirección de Negocios Mayoristas; horario singular en la Dirección Financiera y de Riesgos; horario singular en la Dirección de Operaciones y Procesos; horario singular en la Dirección de Sistemas, junto con algunas reglas aplicables a estos últimos horarios singulares.

4º.- La empresa demandada no tiene un sistema de registro de la jornada diaria. - No obstante, registra el control de ausencias, de manera que los trabajadores, que no cumplen su jornada por alguna razón, están obligados a registrarlo en la Intranet de la empresa.

5º.- Los representantes de los trabajadores han solicitado de la dirección el establecimiento de sistemas de registro de jornada. - UGT lo reclamó el 15-06-2015, respondiéndose por la empresa que ya existía un control de ausencias.

6º.- El 15-06-2015 la Inspección de Trabajo de Sevilla emitió informe, que obra en autos y se tiene por reproducido, sobre denuncia, promovida por CCOO, referida al intento de implantar horario flexible en la empresa, sin que se levantará acta de infracción alguna. - No obstante, el Inspector de Trabajo informó que en actuación previa, ya extendió acta de infracción por falta de llevanza de registro diario individual de jornada y requirió a las partes para su implantación con el debido consenso. El 19-10-2015 la Inspección de Trabajo de Granada emitió informe, porque constató que en la empresa no había registro diario de jornada, lo cual le impidió constatar la denuncia sobre si se realizaban o no horas extraordinarias, iniciando, a continuación, el correspondiente expediente sancionador como consecuencia de la falta de registro diario de jornada. El 28-10-2015 la Inspección de Trabajo de Sevilla requirió a la empresa demandada para que promoviera un registro diario de jornada, por cuanto su inexistencia le impidió constatar si se producían o no prolongaciones de jornada en la empresa demandada. El 12-11-2015 se produce un nuevo requerimiento a la empresa y se recoge también en el Libro de Visitas por carecer de registro diario de jornada.



7º.- La empresa demandada no notifica a los representantes de los trabajadores la información mensual sobre horas extraordinarias, por cuanto no existen resúmenes de horas extraordinarias en la misma.

8º.- El 14-07-2015 se intentó sin acuerdo la mediación ante el SIMA. Se han cumplido las previsiones legales».

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de Bankia, S.A. La parte recurrida formuló impugnación a dicho recurso. Con fecha 17 de junio de 2016 se admitió el presente recurso.

SEXTO.- Admitido el recurso de casación por esta Sala, se dio traslado al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de interesar la desestimación del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 22 de febrero actual, acto que fué suspendido por providencia de 22 de febrero de 2017, señalándose para nueva votación y fallo por la Sala en Pleno el día 15 de marzo de 2017, en el que se llevó a efecto.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La sentencia recurrida, dictada en proceso de conflicto colectivo por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, estima la demanda y condena a la entidad bancaria demandada a: «establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación, así como que proceda a dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el artículo 32.5 del Convenio Sectorial de Ahorro».

Contra ese pronunciamiento se interpone el presente recurso cuyo único motivo alega la infracción del artículo 35-5 del ET en relación con el 20-3 del mismo texto legal y con la Disposición Adicional Tercera del R.D. 1561/1995, de 21 de septiembre y con el artículo 3-1 del Código Civil.

Entiende el recurso que la sentencia le impone obligaciones que van más allá de lo dispuesto en el art. 35 del ET, donde se regula la realización de horas extras y el establecimiento de un registro en el que se anoten las que se realizan día a día, pero sin imponer la necesidad de establecer un registro de la jornada diaria efectiva, ni que el mismo permita comprobar (controlar) el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, al margen de la realización de horas extraordinarias, solución contraria a lo dispuesto en el art. 20- 3 del ET que faculta al empresario a tomar las medidas que estime oportunas para vigilar y controlar el cumplimiento por sus empleados de sus obligaciones laborales.

SEGUNDO.- Para resolver la cuestión planteada, conviene en primer lugar recordar e interpretar la norma en la que se funda la obligación impuesta a la recurrente por la sentencia impugnada, esto es el artículo 35 del ET que, bajo la rúbrica de horas extraordinarias, regula que se consideran horas extraordinarias, su retribución, número máximo que se pueden realizar, forma de computar su realización, descanso compensatorio, su realización voluntaria y excepciones a esa regla acaba disponiendo en su número 5: «A efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente.». Su interpretación con arreglo a diferentes normas de hermenéutica nos muestra:

Del tenor literal de esta disposición se deriva que la misma se refiere exclusivamente a las horas extras, cual se deriva de la determinación literal de su fin "a efectos del cómputo de horas extraordinarias" objeto que se cumple mediante el registro diario de la jornada realizada, sin que se deba olvidar que la expresión "la jornada... se registrará día a día" hace referencia a la necesidad de establecer un registro donde se anote, asiente o apunte, pues este es el sentido propio del término "registrará". Pero la obligación del empresario de anotar (registrar) se extiende sólo a las horas extraordinarias realizadas para lo que se apuntará el número de horas trabajadas cada día y se dará copia de esos apuntes al trabajador a final de mes, según que los pagos sean mensuales o tengan otra periodicidad.

Esta interpretación literal se acompasa con los antecedentes históricos y legislativos que nunca impusieron una obligación del tipo que nos ocupa, cual muestra la anterior redacción del ET en la materia y que en la Exposición de Motivos de las reformas del ET y del artículo 35-5 que nos ocupa no se haya dicho nada al respecto.

Igualmente, esa interpretación es acorde con una interpretación lógico sistemática del precepto estudiado. En efecto, obsérvese que el deber de registrar la jornada laboral se contempla al tiempo de regular el legislador las horas extraordinarias (título del estudiado artículo 35) y no la jornada laboral ordinaria, el tiempo de trabajo, lo que es relevante por cuanto el diferente encabezamiento de cada artículo indica que el legislador constriñe el deber empresarial que nos ocupa al registro diario de las horas extras, por cuanto de ser otra su intención habría incluido esa disposición en el artículo 34 que regula la jornada ordinaria, lo que habría obligado al registro diario de toda la jornada laboral, lo que no ha hecho y, sin embargo, impone la sentencia recurrida. Esta interpretación sistemática se ve avalada por lo dispuesto en el artículo 12-4-c) del ET, sobre la obligación de registrar día y día y totalizar mensualmente todas las horas realizadas cada mes por el trabajador con contrato parcial y con obligación del patrono de entregar al operario un resumen mensual de las horas que trabaja obligándole a guardar esos resúmenes cuatro años (periodo de tiempo superior al de la prescripción del art. 59 del ET), mandato innecesario si el legislador hubiese establecido la necesidad de registrar toda la jornada diaria, mediante un sistema que permita comprobar el cumplimiento horario pactado. Así mismo, la necesidad de llevar un registro para el control del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles, de la marina mercante y de ferroviarios que establecen los artículos 10-bis-5 y 18-bis-2 del RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo, y su Adicional Séptima, nos muestran que cuando el legislador quiere un registro de toda la jornada laboral y el control horario lo dice expresamente, pues, si quisiera que ese mandato fuese general no lo habría reiterado para supuestos especiales, sino que lo habría implantado con carácter general en el art. 34 del ET.

Finalmente, dado el contexto en el que se ubica la norma debe entenderse que su finalidad es el control de la realización de horas extraordinarias, para evitar

excesos con los que se sobrepasen los límites que establece, pero no implantar un control de la jornada ordinaria, registro al que no obliga en el art. 34 del ET y sí impone en los supuestos especiales que antes se citaron, lo que evidencia el espíritu de la norma que solo establece esa obligación en casos concretos. Frente a ello, no cabe decir que lo impone la realidad social del siglo en que vivimos, ni utilizar argumentos como el de que otros lo hacen, por cuanto no se conoce en qué condiciones, ni que la empresa si controla las ausencias por intranet, donde el empleado que falta debe registrar sus ausencias y justificarlas, porque, precisamente, por ese medio u otro puede registrar las horas de entrada y salida, así como el exceso de jornada, lo que le permitirá conocer las horas que trabaja, sin necesidad de que la empresa lleve un complicado registro general de la jornada diaria realizada por cada uno de sus empleados.

#### TERCERO.- Jurisprudencia sobre la materia.

La doctrina de la Sala sobre el artículo 35-5 del ET, acorde con la interpretación dada, se compendia en nuestra sentencia de 11 de diciembre de 2003 (R. 63/2003) que luego ha sido reiterada en nuestras sentencias de 25 de abril de 2006 (R. 147/2005) y de 18 de junio de 2013 (R. 99/2012), sentencias en las que se analiza la obligación de registro y comunicación de sus datos que establece el citado artículo 35-5. En la primera de ellas al respecto se dice:

... «En definitiva, ha de ser estimado este primer motivo del recurso, sin que ello afecte, naturalmente, a la obligación empresarial de cumplir lo estrictamente ordenado en la disposición adicional 3ª del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, en el sentido de "ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores", lo que supone que la comunicación habrá de realizarse en los supuestos de realización de horas extraordinarias, pues como ha afirmado la Sala de lo contencioso administrativo de este Tribunal Supremo (STS 5 de junio de 1989) dictada en materia sancionatoria por infracción del artículo 35.5 ET, "caen consiguientemente por su base las infracciones imputadas por no llevar el registro o control de aquellos y por no dar a los

trabajadores copia del resumen semanal, innecesarias tanto aquella llevanza como esta entrega, por cuanto no se realizaban, ni eran por tanto retribuidas". ».

Esta doctrina es reiterada en nuestra sentencia de 25 de abril de 2006 que concreta el alcance de la obligación empresarial y forma de computar el número de horas extras realizadas, aunque luego se compensaran con descanso, a los representantes de los trabajadores. En igual sentido la sentencia de 18 de junio de 2013 se dice: «Esta Sala ha de partir, por tanto de que no se ha probado que, los trabajadores encuadrados en el GP 5 y GP-6 hayan superado la jornada anual pactada en el artículo 12.2 a) del Convenio Colectivo vigente, ni que hayan reclamado compensación alguna por haber superado la citada jornada, incumbiendo acreditar tales hechos a la parte actora, hoy recurrente, por lo que no habiéndolo logrado, se ha de concluir que la empresa demandada no ha infringido los preceptos cuya vulneración denuncia el recurrente, referentes al derecho de información de la Confederación General de Trabajo.».

De estas sentencias se desprende que el artículo 35-5 sólo obliga, salvo pacto que amplíe ese deber, a llevar el registro de las horas extras realizadas y a comunicar a final de mes su número al trabajador y a la representación legal de los trabajadores el número de horas extras realizadas, caso de haberse efectuado.

La inexistencia de la obligación de llevar un registro para el control de la horas jornada ordinaria es reconocida por nuestra sentencia de 11 de febrero de 2003 en el inciso final de su fundamento quinto, al hacer suya la doctrina sentada por la Sala III de este Tribunal en su sentencia de 5 de junio de 1989 , donde se concluye que no hay que llevar registro de control de horas extras cuando no se realizan, ni se retribuyen su doctrina es reiterada en nuestra sentencia de 3 de octubre de 2006 (R. 146/2005 ) donde se dice: «De aquí que la primera postulación de la demanda, en cuanto interesa " el derecho de los trabajadores a la existencia de un sistema de marcaje horario que refleje la verdadera jornada realizada por los trabajadores" no se presente avalada por un sustrato fáctico y normativo que propicie su estimación, siendo notorio -como ya así se razona en la sentencia recurrida- que el sistema de control horario establecido en la Entidad recurrida se ajusta a las previsiones de lo acordado en el Pacto de 25 de octubre de 1991 y no entra en desacuerdo con los previsto en el artículo 35.5 del

Estatuto de los Trabajadores , que sólo exige el registro diario de la jornada de cada trabajador a efectos del cómputo de horas extraordinarias, lo que no es el preciso objeto del presente litigio, aunque lo hubiera sido, ya, del que dio lugar al recurso de casación nº 147/2005 de esta Sala que fue resuelto por sentencia de 25 de abril de 2006. En otro aspecto enjuiciador, tampoco, puede decirse que incumpla la empresa el sistema de marcaje horario pactado entre ella y la representación sindical de los trabajadores en la misma.».

#### CUARTO.- Normativa de la Unión Europea.

La solución interpretativa dada se ajusta a lo dispuesto por la normativa comunitaria sobre la jornada laboral y la ordenación del tiempo de trabajo, normativa que en nuestro ordenamiento jurídico han implementado las normas antes examinadas.

En este sentido el artículo 6 de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, establece la necesidad de limitar la duración de la jornada máxima por medio de disposiciones legales, reglamentarias o convenios colectivos estableciendo un límite máximo de cuarenta y ocho horas a la semana, incluidas las horas extraordinarias, por cada periodo de siete días. Posteriormente en su artículo 18 establece: «1. a) Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva, a más tardar el 23 de noviembre de 1996, o se asegurarán, a más tardar en dicha fecha, de que los interlocutores sociales establezcan las disposiciones necesarias mediante convenio. Los Estados miembros deberán adoptar todas las medidas necesarias para garantizar en todo momento los resultados impuestos por la presente Directiva.

b) i) No obstante, siempre que respete los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, un Estado miembro podrá no aplicar el artículo 6, a condición de que adopte las medidas necesarias para garantizar que:

- ningún empresario solicite a un trabajador que trabaje más de cuarenta y ocho horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del

período de referencia que se menciona en el punto 2 del artículo 16, salvo que haya obtenido el consentimiento del trabajador para efectuar dicho trabajo;

- ningún trabajador pueda sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento para efectuar dicho trabajo;

- el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo;

- los registros mencionados se pongan a disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir por razones de seguridad y/o de salud de los trabajadores, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal;

- el empresario facilite a las autoridades competentes, a petición de éstas, información sobre el consentimiento dado por los trabajadores para efectuar un trabajo que exceda de cuarenta y ocho horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en el punto 2 del artículo 16.

Antes de la finalización de un período de siete años a contar desde la fecha mencionada en la letra a), el Consejo, sobre la base de una propuesta de la Comisión, acompañada de un informe de evaluación, reexaminará las disposiciones del presente inciso i) y decidirá sobre el curso que deberá dárseles.

ii) Asimismo, y por lo que respecta a la aplicación del artículo 7, los Estados miembros podrán hacer uso de un período transitorio de tres años como máximo, a contar desde la fecha mencionada en la letra a), siempre que durante dicho período transitorio:

- los trabajadores disfruten de un período anual de tres semanas de vacaciones retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o por las prácticas nacionales y que

- dicho período de tres semanas de vacaciones anuales retribuidas no pueda ser sustituido por una compensación financiera, salvo en caso de que concluya la relación laboral.».

Obsérvese que el apartado 1-b)i permite inaplicar la jornada máxima del art. 6, pero regula esos supuestos requiriendo que el trabajador preste su consentimiento, sobre el que se informará a la autoridad competente y obligando a que "el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que realicen un trabajo de este tipo", tenor literal del que se deriva que la obligación de llevar a registros actualizados sólo se impone en los casos que no se aplican las limitaciones del art. 6 sobre la duración de la jornada. Esta disposición es reiterada por el art. 22 de la Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003.

Por contra, la normativa comunitaria si se impone la necesidad de llevar un registro de las horas de trabajo y de descanso en supuestos especiales. En este sentido el artículo 12 de la Directiva 2014/112/UE, sobre el transporte de navegación, la Directiva 2000/79, CE, sobre navegación aérea, la Directiva 1999/63, CE, sobre el trabajo en el mar, la Directiva 2002/15, CE, sobre el transporte en carretera y otras disposiciones similares sobre jornadas especiales que han sido traspuestas a nuestras disposiciones legales y reglamentarias.

En definitiva, la normativa examinada impone, al igual que la española, la necesidad de llevar un registro de las jornadas especiales, pero no de la ordinaria cuando no se sobrepase la jornada máxima.

#### QUINTO.- Conclusiones.

De lo razonado hasta aquí se deriva que el artículo 35-5 del ET no exige la llevanza de un registro de la jornada diaria efectiva de toda la plantilla para poder comprobar el cumplimiento de los horarios pactados, cual establece la sentencia recurrida.

Cierto que de "lege ferenda" convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias, pero de "lege data" esa obligación no existe por



ahora y los Tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario, mediante una condena genérica, que obligará, necesariamente, a negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto, no se trata, simplemente, de registrar la entrada y salida, sino el desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, cuando se pacte.

Además, no se deben olvidar las normas reguladoras de la protección de datos, de creación de archivos de datos, y del control de estos que deberán ser tratados con respeto de lo dispuesto en la Ley 15/1999, de diciembre, y en el nuevo Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, norma que, aunque no será de aplicación hasta el 25 de mayo de 2018, deberá tenerse en cuenta para orientar la creación de registros de datos, dado que al efecto se requiere una norma legal o pactada que "establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado" (artículo 9-2 del Reglamento citado) y es que la creación de este registro implica un aumento del control empresarial de la prestación de servicios y un tratamiento de los datos obtenidos, máxime en los supuestos de jornada flexible, de trabajo en la calle o en casa, que pueden suponer una injerencia indebida de la empresa en la intimidad y libertad del trabajador, así como en otros derechos fundamentales que tutela nuestra Constitución, especialmente en su artículo 18-4, máxime cuando la pretensión ejercitada y, el fallo que la estima van más allá del simple control de entrada y salida, por cuánto requiere almacenar datos que permitan comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, objetivo cuyo logro requiere, incluso, un tratamiento anual de los datos recogidos para determinar el cumplimiento de la jornada anual.

Todos los razonamientos expuestos impiden llevar a cabo una interpretación extensiva del art. 35-5 del ET imponiendo obligaciones que limitan un derecho como el establecido en el artículo 28-3 del citado texto legal y el principio de libertad de empresa que deriva del artículo 38 de la Constitución y ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional como imprescindible para la buena marcha de la actividad

productiva (S. 170/2013), sin que, por lo demás se deba olvidar que la introducción o modificación de sistemas de control por el empresario no constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo SSTS 19 de julio de 2016 (R. 162/2015) y 25 de enero de 2017 (R. 47/2016).

La falta de llevanza, o incorrecta llevanza del registro, no se tipifica por la norma como infracción de forma evidente y terminante, lo que obliga a una interpretación restrictiva y no extensiva de una norma sancionadora como la contenida en el artículo 7-5 del RDL 5/2000, de 4 de agosto, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social , norma cuya naturaleza sancionadora impide una interpretación extensiva del art. 35-5 del ET, pues es principio de derecho el de la interpretación restrictiva de las normas limitadoras de derechos y de las sancionadoras. Además, tampoco se tipifica como falta la no llevanza del registro que nos ocupa y no informar a los trabajadores sobre las horas realizadas en jornadas especiales o incumplir obligaciones meramente formales o documentales constituye, solamente, una falta leve, en los supuestos previstos en el art. 6, números 5 y 6 del Real Decreto Legislativo citado.

La solución dada no deja indefenso al trabajador a la hora de probar la realización de horas extraordinarias, pues a final de mes la empresa le notificará el número de horas extras realizadas, o su no realización, lo que le permitirá reclamar frente a esa comunicación y a la hora de probar las horas extraordinarias realizadas tendrá a su favor del artículo 217-6 de la LEC, norma que no permite presumir la realización de horas extras cuando no se lleva su registro, pero que juega en contra de quien no lo lleva cuando el trabajador prueba que si las realizó.

SEXTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan, oído el Ministerio Fiscal, a estimar el recurso y a casar y anular la sentencia recurrida en el particular relativo a la condena a la recurrente a establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza su plantilla, dejando subsistentes el resto de sus pronunciamientos, al haberse impugnado y ser acordes con la doctrina que aquí aplicamos. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

**FALLO:**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación legal de Bankia, S.A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 4 de diciembre de 2015, en actuaciones nº 301/2015.
2. Casar y anular la sentencia recurrida en el particular relativo a la condena a la recurrente a establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza su plantilla, dejando subsistentes el resto de sus pronunciamientos por no haber sido impugnados.
3. Decretar la devolución del depósito constituido para recurrir. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**VOTO PARTICULAR:**

QUE, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL Art. 260.2 DE LA LEY ORGANICA, FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahun Y AL QUE SE ADHIERE LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACION Nº 81/2016. De conformidad con lo establecido en el artículo 260. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación número 81/2016 para sostener la posición que mantuve en la deliberación, acogéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC. Con la mayor consideración y respeto discrepo de los razonamientos y el fallo de la mayoría de la Sala a dicha solución y entiendo que, en todo caso, el recurso debió ser desestimado. La postura que sostengo se fundamenta en la interpretación que se hace del art. 35.5 del Estatuto de los trabajadores (ET), de la que discrepo. Este Voto Particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas: PRIMERO.- 1. Entiende la mayoría de la Sala que el citado art. 35.3 ET no exige la llevanza de un

registro de la jornada diaria efectiva de la plantilla y que sólo obliga a efectuar el registro de las horas extraordinarias. Sostuve en la deliberación que la obligación de registrar las horas extraordinarias se vacía de contenido si no se efectúa un seguimiento o control de la jornada realizada por el trabajador, pues el concepto de hora extraordinaria solo surge cuando se produce la superación de la jornada ordinaria y, por ello, no cabe argumentar que el cumplimiento de la obligación legal para la empresa se satisface cuando ésta registra las horas extraordinarias, ya que la calificación como tales solo será posible "ex post", esto es, tras haberse efectuado un determinado número de horas, al día, a la semana, al mes o al año. Decae así la posibilidad de interpretar de manera tan estricta y literalmente el precepto - interpretación a la que se acoge el texto de la sentencia que no comparto-. 2. La cuestión del control del tiempo de trabajo merece dos menciones en el texto del Estatuto de los trabajadores: una en el art. 12.4 c) ET (incorporado por el RDL 16/2013), en relación con el contrato a tiempo parcial; la segunda, en el art. 35.5 ET, en relación con las horas extraordinarias. En ambos supuestos el legislador necesita introducir esa cautela precisamente porque en ambos casos nos apartamos de prestaciones de servicios sujetas al límite de la jornada ordinaria pactada. Por ello, lo que resulta necesario siempre es conocer la jornada que se está prestando a fin de delimitar en qué punto de cumplimiento - por defecto o por exceso- de aquella jornada ordinaria pactada se está y, en consecuencia, si se ha superado o no la jornada parcial, el número de horas complementarias o los límites de la jornada ordinaria para conceptuar el exceso como horas extraordinarias. No en vano el art. 7.5 LISOS califica como infracción «la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, (...) horas extraordinarias, horas complementarias...». 3. Entiendo que a la luz de la regulación indicada no cabe negar la obligación empresarial de llevar algún tipo de registro, pues solo tras su llevanza, cabrá determinar si cada uno de los trabajadores en concreto ha superado o no la jornada ordinaria pactada. Bien puede ocurrir que se supere la jornada diaria pero que ello no implique la calificación del exceso como horas extraordinarias, dado que la definición de estas vendrá determinada por la superación de la jornada semanal en cómputo anual (art. 34.1 ET), por lo que el único medio para conocer la superación será la anotación de la jornada efectivamente realizada. Las dificultades técnicas que

podieran derivarse de la obsolescencia de la redacción del precepto no permiten negar cual es el verdadero espíritu del legislador. La norma exige el control aun cuando no establezca la fórmula que pudiera ser más adecuada para cada actividad o sector de actividad, siempre que la misma resulte fiable y se gestione de modo objetivo. 4. La cuestión suscitada va más allá del tema de los medios de prueba a disposición del trabajador para acreditar la realización de horas extraordinarias en caso de discrepancias sobre su realización y abono. El control no sólo permite hacer el seguimiento sobre la compensación de las horas extras con tiempo de descanso, y permite cumplir con lo dispuesto en la Disp. Ad. 3ª del RD 1561/1995 (STS/4ª de 25 abril 2006, rec. 147/2005), que expresamente se refiere al mismo, sino que incide en las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social, con el efecto negativo tanto para los derechos del trabajador como para las arcas del sistema. En suma, el recurso debió ser desestimado, como también proponía el Ministerio Fiscal con argumentación muy próxima a lo que acabo de exponer. En Madrid a 23 de marzo de 2017 Voto Particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D Antonio V. Sempere Navarro a la sentencia dictada en el recurso de casación nº 81/2016. De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , formulo Voto Particular discrepante a la sentencia dictada en el recurso de casación número 81/2016 para sostener la tesis que sostuve en la deliberación, acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC. Tal y como defendí durante la deliberación, considero que el debate se ha deslizado desde lo funcional hacia lo orgánico, además de polarizarse indebidamente en torno al alcance de un concretísimo precepto. La demanda debía haberse estimado pero por razones y fundamentos diversos a los acogidos en instancia, pacificándose el conflicto suscitado mediante una sentencia que acogiera lo sustancial de la petición sindical, pero sin las consecuencias a que aboca la sentencia recurrida. Dado ese carácter (concurrente con buena parte de la argumentación de la mayoría, discrepante con su conclusión), el presente Voto Particular no solo acepta los Antecedentes que alberga la sentencia del Pleno sino también cuantas consideraciones jurídicas sustentan la decisión salvo, precisamente, las que pugnan con cuanto seguidamente, de la forma más breve que he sido capaz, expongo. PRIMERO.- Términos del debate.

1. La pretensión articulada. Mediante su demanda de 22 de octubre de 2015, los

sindicatos accionantes articulan una doble petición: 1º) Que la empresa (Bankia) establezca un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación, 2º) Que proceda a dar traslado, a la representación legal de los trabajadores, de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el artículo 32.5 del Convenio Sectorial de Ahorro . Esa es, literalmente, la petición que formulan (página 15 de la demanda). Sin embargo, al explicar detalladamente lo que se debate, el expositivo ("hecho") décimo alberga formulación algo diversa, omitiendo la referencia a la condición diaria de la jornada. 2. El criterio de la sentencia de instancia. En lo que ahora interesa, la SAN 207/2015, de 4 de diciembre, estima la demanda y realiza una doble condena, de modo que Bankia debe:

- Establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación.

- Dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el artículo 32.5 del Convenio Sectorial de Ahorro. Considera la Sala de instancia que el registro de jornada diaria, con la entrega consiguiente de los resúmenes diarios de jornada a cada trabajador, es el presupuesto constitutivo para controlar los excesos de jornada, ya que dichos resúmenes no pueden contener las horas extraordinarias realizadas diariamente, que solo concurren cuando se supera la jornada ordinaria en cómputo anual, para lo cual el único medio de comprobación es precisamente el registro diario de jornada, siendo inadmisibles negar el cumplimiento de dichas obligaciones, porque no se realizan horas extraordinarias puesto que, si se admitiera dicho criterio, la finalidad del art. 35.5 ET, que es asegurar prueba documental sobre las horas extraordinarias a los trabajadores, quedaría totalmente vacía de contenido. 3. El criterio de nuestra

sentencia. La muy argumentada sentencia de que discrepo estima el recurso de la empresa y acoge lo sustancial de la tesis patrocinada por Bankia: el art. 35 ET regula la realización de horas extras y el establecimiento de un registro en el que se anoten las que se realizan día a día, pero sin imponer la necesidad de establecer un registro de la jornada diaria efectiva, ni que el mismo permita comprobar (controlar) el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, al margen de la realización de horas extraordinarias, solución contraria a lo dispuesto en el art. 20.3 del ET que faculta al empresario a tomar las medidas que estime oportunas para vigilar y controlar el cumplimiento por sus empleados de sus obligaciones laborales. A esa conclusión aboca la interpretación literal, histórica, sistemática y topográfica del artículo 35.5 ET. Se relaciona, de manera certera, lo previsto en ese precepto con lo dispuesto respecto del contrato de trabajo a tiempo parcial y diversas previsiones reglamentarias (RD 1561/1995), así como Jurisprudencia de la propia Sala Cuarta acerca del artículo 35.5 ET, además de las previsiones euro comunitarias sobre ordenación del tiempo de trabajo y la protección de datos. Está presente asimismo la concordancia con los preceptos de la LISOS ("tampoco se tipifica como falta la no llevanza del registro que nos ocupa y no informar a los trabajadores sobre las horas realizadas en jornadas especiales o incumplir obligaciones meramente formales o documentales constituye, solamente, una falta leve, en los supuestos previstos en el art. 6, números 5 y 6 del Real Decreto Legislativo citado"). SEGUNDO.- Argumentos de este voto. 1. Errónea centralidad del artículo 35.5 ET. A) El éxito o fracaso de la pretensión principal articulada por la demanda no debiera haberse anudado a lo previsto en el artículo 35.5 ET, como han hecho tanto la sentencia de instancia cuanto el recurso de la empresa y nuestra propia resolución. Los argumentos que desarrolla la sentencia de la que discrepo son acertados si lo que se pretende es concluir afirmando que el artículo 35.5 ET no obliga a que toda empresa posea y lleve un Registro sobre la jornada diaria realizada por cada trabajador, con independencia de que desarrolle su actividad incluyendo horas extraordinarias. En ese sentido es comprensible que se salga al paso de la interpretación acuñada por la Sala de instancia. B) Sin embargo, el conflicto colectivo suscitado no está pretendiendo una interpretación del artículo 35.5 ET sino una condena a la empresa (art. 157.1.d LRJS): que se le obligue a establecer " un sistema de registro". Vale la pena recordar

que ni siquiera la demanda de conflicto colectivo está obligada a indicar la fundamentación jurídica en que se basa (arts. 157.1 y 80 LRJS 9, por más que sea muy conveniente que así lo haga. Pero el mencionar en su pretensión el artículo 35.5 ET no equivale a que solo se postule determinada interpretación del precepto. En realidad, lo que se pide es el resultado a que se llegaría si el artículo 35.5 ET significase lo que demandantes y Audiencia Nacional entienden. C) La respuesta a la petición formulada por los sindicatos no debiera haberse agotado en el examen sobre el alcance del artículo 35.5 ET. Aunque del mismo no derive la obligación ni de crear un registro, ni de registrar la jornada diaria en sitio alguno, recordemos que lo solicitado es que el empleador establezca un sistema de registro de la jornada diaria efectiva, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados. En esencia, creo que esa petición merece respuesta a partir de fundamentos jurídicos diversos al art. 35.5 ET en su actual redacción y ubicación. 2. Previsiones legales relevantes y adicionales al art. 35.5 ET. A) La empresa viene obligada a respetar la integridad física de sus empleados y a cumplir con las normas sobre seguridad y salud laborales (arts. 4.2. d y 19 ET). Es el empleador quien debe realizar la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores (art. 14.2 LPRL). Una de las vertientes claramente relacionadas con la seguridad y salud de los trabajadores es la relativa a la ordenación del tiempo de trabajo y a la observancia de los límites existentes (en tal sentido, basta recordar que la Directiva 2033/88/CE, de 4 de noviembre está basada en tal título competencial). La misma conexión aparece en el propio texto constitucional, cuando prescribe que los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas (art. 40.2 CE). B) Sobre el empleador pesa la obligación de que se respeten los descansos legal o convencionalmente establecidos. Por eso se tipifica como infracción grave la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores (art. 7.5 LISOS). Las previsiones



invocadas incluyen la posibilidad de que haya jornadas fijadas en unidades cronológicas distintas al día natural; el propio convenio aplicado en el caso de Bankia contempla la jornada anual. C) Sin ánimo exhaustivo, recordemos asimismo que la empresa está obligada a satisfacer al trabajador la remuneración pactada o legalmente establecida (art. 4.2.f ET) y que la misma está en función de la jornada desempeñada, incluyendo la posibilidad de horas extraordinarias. 3. Necesidad de fiscalizar el cumplimiento de la actividad desarrollada. A) De los títulos anteriores (remuneración adecuada, prevención de riesgos, control sobre el tiempo de trabajo) deriva una clara conclusión para nuestro caso: la empresa viene obligada a controlar, comprobar o fiscalizar el desarrollo de la actividad laboral de sus empleados cuando los mismos están sujetos a control horario. B) La Ley no establece un método para que la empresa cumpla con esa obligación, que a la vez es un derecho, pero sí le exige que no se preste más actividad de la permitida, que remunere conforme a lo trabajado y que opere con arreglo a las magnitudes de tiempo convencionalmente fijadas. A través de la negociación colectiva, de los pactos colectivos, de los usos de empresa, o de la propia decisión adoptada por el empleador es posible optar por uno u otro método de comprobación, fiscalización o control. El carácter flexible en el modo de llevar a cabo ese control sobre el tiempo de trabajo casa bien con la heterogénea realidad empresarial. Poco tiene que ver la empresa minúscula donde su titular (persona física) está al frente con la gran corporación multicéntrica; distinta es la actividad agrícola y la industrial, la muy tecnificada y la arcaica; etc. De igual modo, nada tiene que ver el centro de trabajo donde existe un horario rígido y uniforme a lo largo de cinco días con la empresa que permite el horario libre y la realización de jornadas según demanda; etc. C) Todas estas reflexiones deben trasladarse al concreto conflicto que ahora resolvemos. Existiendo múltiples centros de trabajo, un convenio colectivo que contempla la jornada en cómputo anual y un elevado grado de tecnificación, debiera hacerse accedido a la pretensión de los trabajadores pero: a) Sin derivar su éxito del artículo 35.5 ET); b) Sin anudar al sistema de control las consecuencias propias del registro de horas extras; c) Dejando abierta la opción por la modalidad o "sistema de registro", sin que esa obligación desemboque en la necesidad de que haya un Registro física y formalmente constituido como tal. 4. Otras consideraciones. A) El Hecho Probado Sexto da cuenta de que la Inspección de

Trabajo ha levantado diversas Actas de infracción a Bankia como consecuencia "falta de llevanza" del registro diario de jornada. Quizá ese dato haya contribuido al sesgo que se ha advertido inicialmente: se pasa de debatir sobre la obligación empresarial de fiscalizar la jornada (desde la diaria hasta la anual) a la de documentar formalmente en un Registro lo que va sucediendo. Es claro que puede existir un Registro y paralelo incumplimiento del deber empresarial de fiscalizar lo que realmente sucede y viceversa. Dado el actual tenor de las normas generales (no existiendo precepto heterónimo específico para el sector productivo a que pertenece Bankia) debiera haberse incidido en el deber que pesa sobre la empresa al amparo de normas diversas al artículo 35.5 ET. B) Para conocer la existencia de horas extraordinarias cuando la jornada se computa en términos anuales es evidente que resulta imprescindible establecer la magnitud del tiempo trabajado por cada persona durante el periodo de referencia. Sea en su tarjeta magnética de asistencia, sea en el sistema central de controles horarios, sea mediante hojas volantes no manipulables, sea mediante el propio teléfono móvil del trabajador o a través de su ordenador, etc., lo seguro es que un mecanismo de totalización del tiempo de actividad productiva, que sea fiable y accesible al propio interesado ha de existir. C) Cuando se formaliza la demanda de conflicto colectivo, el artículo 12.4.h) ET prescribe que "La jornada de los trabajadores a tiempo parcial se registrará día a día y se totalizará mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto las ordinarias como las complementarias". Como bien indica la sentencia de que discrepo, esa norma presupone que el art. 35.5 ET no conduce a similar resultado cuando prescribe que " A efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente". Ahora bien, la implantación de un método específico de control para el trabajo a tiempo parcial (registro diario, totalización mensual, entrega de copia al trabajador) no implica que en todos los demás casos ya no exista sistema de control alguno. Por las expuestas razones, siempre resulta necesario conocer la jornada que se está prestando a fin de delimitar en qué punto de cumplimiento -por defecto o por exceso- de aquella jornada ordinaria pactada se está y, en consecuencia, si se ha superado o no la jornada parcial, el

número de horas complementarias o los límites de la jornada ordinaria para conceptuar el exceso como horas extraordinarias. No en vano el art. 7.5 LISOS califica como infracción "la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, (...) horas extraordinarias, horas complementarias..."

D) En fin, que las Directivas de la UE sobre ordenación de tiempo de trabajo no exijan la implantación de un registro, dado el carácter mínimo y mejorable de sus previsiones (art. 23 Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre) en modo alguno obstaculiza la conclusión a que se accede. De igual modo, el obligado respeto a las normas sobre tratamiento de los datos del trabajador está previsto y exigido por el propio Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo que, sobre desplegar su vigencia varios años después de interponerse la demanda, permite modalizaciones en materia laboral y no pretende exonerar a la empresa del cumplimiento de sus obligaciones, sino conciliarlas con esa cautela.

E) De cuanto antecede deriva la obligación empresarial de llevar algún tipo de control, comprobación o fiscalización de la actividad desplegada por cada empleado. Solo de ese modo es posible determinar si cada uno de los trabajadores en concreto ha superado o no la jornada ordinaria pactada, remunerarlos en concordancia y respetar su salud laboral. Bien puede ocurrir que se supere la jornada diaria pero que ello no implique la calificación del exceso como horas extraordinarias, dado que la definición de estas vendrá determinada por la superación de la jornada semanal en cómputo anual (art. 34.1 ET) o de ésta misma (art. 35.1 ET en concordancia con el art. 34.2 ET), por lo que el único medio para conocer la superación será la anotación de la jornada efectivamente realizada. La redacción y alcance del artículo 35.5 ET (asumiendo la tesis patrocinada por la mayoría de la Sala) no permiten ignorar el resultado de la interpretación sistemática de nuestro ordenamiento: debe existir control aun cuando no exista una única fórmula prescrita al efecto. De ese modo resulta posible optar por la más adecuada para cada sector de actividad o centro de trabajo, siempre que la misma resulte fiable y se gestione de modo objetivo.

F) La cuestión suscitada va más allá del tema de los medios de prueba a disposición del trabajador para acreditar la realización de horas extraordinarias en caso de discrepancias sobre su realización y abono. El control de referencia no sólo permite hacer el seguimiento sobre la compensación de las horas extras con tiempo de descanso, y permite cumplir con lo

dispuesto en la Disp. Ad. 3ª del RD 1561/1995 (STS/4ª de 25 abril 2006, rec. 147/2005), que expresamente se refiere al mismo, sino que incide en las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social, con el efecto negativo tanto para los derechos del trabajador como para las arcas del sistema. G) El artículo 64.7 ET prescribe que los representantes legales de los trabajadores poseen la competencia "de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral", así como "de vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa". No parece necesaria argumentación adicional para comprender que el acceso a la información sobre el tiempo realmente trabajado (sin perjuicio del sigilo con que debe ser tratada) constituye un presupuesto para que pueda llevarse a cabo tan importante cometido, con independencia de las previsiones específicas existente en materia de horas extras, de trabajo a tiempo parcial o de otros sectores de actividad. TERCERO.- Conclusión. No es el artículo 35.5 ET, sino toda una serie de preceptos concordantes, la base a partir de la cual surge la necesidad de que Bankia, una empresa de grandes dimensiones, fuertemente tecnificada, y con una rica regulación convencional del tiempo de trabajo, lleve a cabo un control sobre el tiempo de trabajo efectivamente desempeñado por cada una de las personas que integran la plantilla. Por todo lo anterior, con las importantes advertencias sobre las razones que conducen a ello, la sentencia debió ser sustancialmente confirmada. La modalidad procesal de conflicto colectivo y el respeto al principio de congruencia procesal debieran haber desembocado en una confirmación matizada de la sentencia de instancia, y no en su anulación. Madrid, 23 de marzo de 2017 VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julia, a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala en el Recurso de Casación ordinaria 81/2016, y al que se adhiere la Magistrada Excma. Sra. Dª. Rosa María Viroles Piñol. De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación ordinaria 81/2016, en el que expreso, con el máximo respeto, mi discrepancia respecto del criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala, en cuanto a la fundamentación jurídica y fallo de la sentencia, sosteniendo la posición que mantuve en la deliberación. Considero que, previa desestimación del recurso interpuesto por la demandada BANKIA, S.A., procedía confirmar la sentencia dictada por la Sala de lo

Social de la Audiencia Nacional. El presente voto particular se funda en las siguientes consideraciones: PRIMERA.-1. Con carácter previo, conviene señalar, que comparto todas las argumentaciones formuladas por la Magistrada D<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahun en su voto particular a la sentencia mayoritaria, para concluir en que el recurso debió ser desestimado, remitiéndome a su exposición que hago mía. Asimismo, comparto las argumentaciones expuestas en los apartados 2, 3 y 4 del "SEGUNDO.- Argumentos de este voto.", formulado por el Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro, concluyendo en que la sentencia de instancia debió ser sustancialmente confirmada. No obstante, creo preciso efectuar algunos argumentos adicionales, dado el tenor de los razonamientos que se contienen en la sentencia mayoritaria. 2. La cuestión controvertida versa sobre la interpretación que deba darse al artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores, del que derivan - según la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida las dos siguientes obligaciones para la empresa demandada: a) Establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación; y, b) Dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995 y en el artículo 32.5 del Convenio Sectorial de Ahorro . Justifica sustancialmente la sentencia recurrida, la interpretación que da a dicho precepto, en que "conviene subrayar que la previsión contenida en el art. 35.5. ET, como recuerda la STS 11-12-2003 y reitera STS 25-04-2006, rec. 147/2005, " tiene por objeto procurar al trabajador un medio de prueba documental, que facilite la acreditación, de otra parte siempre difícil, de la realización de horas extraordinarias, cuya probanza le incumbe. De este medio obligacional de patentización de las horas extraordinarias deriva que sea el trabajador el primer y principal destinatario de la obligación empresarial de elaborar "a efectos del cómputo de horas extraordinarias la jornada de cada trabajador entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente". - Queda claro, por tanto, que en el resumen no se contiene el número de horas extraordinarias realizado diariamente, sino la jornada realizada diariamente. Así pues, si la razón de ser de este precepto es procurar al trabajador un

medio de prueba documental para acreditar la realización de horas extraordinarias, parece evidente que el registro de la jornada diaria es la herramienta, promovida por el legislador, para asegurar efectivamente el control de las horas extraordinarias. - Si no fuera así, si el registro diario de la jornada solo fuera obligatorio cuando se realicen horas extraordinarias, provocaríamos un círculo vicioso, que vaciaría de contenido la institución y sus fines, puesto que el presupuesto, para que las horas extraordinarias tengan dicha consideración, es que se realicen sobre la duración máxima de la jornada de trabajo, que en BANKIA es de 1680 horas en cómputo anual, de conformidad con lo dispuesto en el art. 31.1 del convenio colectivo de Cajas de Ahorro, siendo esta la razón por la que, sin el registro diario de la jornada, sea imposible controlar la realización de horas extraordinarias". Para refutar esta apreciación de la instancia, la sentencia mayoritaria acude al tenor literal del precepto, que dice se acompasa con los antecedentes históricos y legislativos, así como con una interpretación lógico sistemática del mismo, desdeñando la "realidad social", citando jurisprudencia sobre la materia y normativa de la Unión Europea, para concluir en que se trata de una cuestión de "lege ferenda" y no de "lege data", en que no se puede olvidar el nuevo Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, que todo ello impide llevar a cabo una interpretación extensiva del artículo 35.5 del ET , y que la falta de llevanza, o incorrecta llevanza del registro, no se tipifica por la norma como infracción de forma evidente y terminante, lo que obliga a una interpretación restrictiva y no extensiva de una norma sancionadora como la contenida en el artículo 7-5 del RDL 5/2000, de 4 de agosto, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social . SEGUNDA.- 1. Pues bien, mi discrepancia es total con estas opiniones de la posición mayoritaria, que paso a analizar en el mismo orden establecido en la sentencia, efectuando las siguientes consideraciones: A) Sobre la interpretación del artículo 35.5 del ET. (Fundamento jurídico segundo de la sentencia). En este fundamento, se hace referencia a la interpretación literal de este precepto, señalando, que "del tenor literal de esta disposición se deriva que la misma se refiere exclusivamente a las horas extras, cual se deriva de la determinación literal de su fin", para a continuación decir que "Esta interpretación literal se acompasa con los antecedentes históricos y legislativos que nunca impusieron una obligación del tipo que nos ocupa, cual muestra la anterior

redacción del ET en la materia y que en la Exposición de Motivos de las reformas del ET y del artículo 35-5 que nos ocupa no se haya dicho nada al respecto", sin que se cite texto alguno. Lo cierto es, sin embargo, que la redacción original contenida en el ET, versión de la Ley 8/1980 de 10 de marzo, era la de que "la realización de horas extraordinarias se registrará día a día y se totalizarán semanalmente, entregando copia del resumen semanal al trabajador en el parte correspondiente". Sin embargo, este precepto se modificó y en la nueva redacción -vigente- dada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, al repetido artículo 35 del ET, se establece en su apartado 5 que "a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente". Es decir que mientras en la redacción original lo que se registraban eran las horas extraordinarias, en la redacción actual lo que se registra es la jornada. La primera consecuencia es que en la redacción original si no se realizaban horas extraordinarias no se podían registrar, no se podía llevar registro alguno, mientras que según la redacción actual siempre es posible el registro porque el objeto del mismo es la jornada no las horas extraordinarias, aunque la finalidad última sea el conocimiento del adecuado cómputo de estas últimas. La finalidad, en mi opinión, del cambio normativo, obedecía, precisamente, a que no se pudiera eludir la obligación de registrar las horas extraordinarias simplemente negando su existencia. A continuación, la posición mayoritaria señala que la "igualmente esta interpretación -la literal- es acorde con una interpretación lógico sistemática del precepto estudiado", que viene "avalada -dice- por lo dispuesto en el artículo 12-4-c) del ET , sobre la obligación de registrar día y día y totalizar mensualmente todas las horas realizadas cada mes por el trabajador con contrato parcial y con obligación del patrono de entregar al operario un resumen mensual de las horas que trabaja obligándole a guardar esos resúmenes cuatro años (periodo de tiempo superior al de la prescripción del art. 59 del ET), mandato innecesario si el legislador hubiese establecido la necesidad de registrar toda la jornada diaria, mediante un sistema que permita comprobar el cumplimiento horario pactado. Así mismo, la necesidad de llevar un registro para el control del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles, de la marina mercante y de ferroviarios que establecen los artículos 10-bis-5 y 18-bis-2 del RD

1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo, y su Adicional Séptima, nos muestran que cuando el legislador quiere un registro de toda la jornada laboral y el control horario lo dice expresamente, pues, si quisiera que ese mandato fuese general no lo habría reiterado para supuestos especiales, sino que lo habría implantado con carácter general en el art. 34 del ET". Pues bien, sobre este argumento que -al entender de la opinión mayoritaria-alteraría la sistemática del precepto, conviene señalar, que efectivamente tras la reforma operada en el ET por el Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, el artículo 12.4.c ) del mismo establece que "la jornada de los trabajadores a tiempo parcial se registrará día a día y se totalizará mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto las ordinarias como las complementarias a que se refiere el apartado 5.El empresario deberá conservar los resúmenes mensuales de los registros de jornada durante un periodo mínimo de cuatro años. En caso de incumplimiento de las referidas obligaciones de registro, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios." Es claro, a tenor de dicho redactado, que la regulación expresa y específica del registro de jornada en los contratos a tiempo parcial está plenamente justificada esencialmente por dos razones. En primer lugar, porque el precepto establece legalmente una presunción iuris tantum en caso de incumplimiento de las obligaciones registrales, la de considerar el contrato celebrado a jornada completa; presunción ésta, que dada las consecuencias, en especial para la empresa, desde la perspectiva de sus obligaciones salariales y de Seguridad Social, era necesario establecerla expresamente. Por el contrario, el incumplimiento de la obligación común de registro de jornada del artículo 35.5 del ET no produce efecto alguno de esta naturaleza. En segundo lugar, porque -como ha puesto de manifiesto la doctrina- la flexibilidad con que se dota al trabajo a tiempo parcial a través de la prolongación de la jornada mediante los dos tipos de horas complementarias, las pactadas y las voluntarias, aconsejaban, sin duda, dejar constancia de que el registro de la jornada debía incluir expresamente a las horas complementarias de manera diferenciada de las horas ordinarias. También se citan otros tres supuestos de registro para el control del tiempo de trabajo para: a) trabajadores móviles; b) trabajadores de la marina mercante y, c) trabajadores ferroviarios. Y en efecto, en el Real Decreto



1561/1995, de 21 de septiembre, que regula las jornadas especiales de trabajo, en sucesivas reformas del mismo ocasionadas por la necesaria trasposición de Directivas de la Unión Europea, en sus artículos 10.bis.5 , 18.bis 2 y disposición adicional séptima, hace referencia a registros con respecto a los trabajadores móviles en el transporte por carretera, al trabajo en la marina mercante y a los servicios de interoperabilidad transfronteriza en el transporte ferroviario, respectivamente como consecuencia de la obligada trasposición de Directivas para determinadas categorías de trabajadores. En su consecuencia, en definitiva -y contrariamente a lo que sostiene la opinión mayoritaria con relación a que dado el contexto en el que se ubica la norma y el espíritu de la misma evidencia que la obligación sólo lo es para casos concretos, y que "frente a ello no cabe decir que lo impone la realidad social del silo en que vivimos"- todo lo expuesto conduce a que el registro de jornada a que alude el artículo 35.5 del ET guarda coherencia con la regulación de otros preceptos sobre registro de jornada en determinados supuestos, pues mientras el primero lo podemos calificar de necesario para todos los trabajadores y obligatorio para las empresas, los otros cuatro supuestos tienen una justificación bien por el establecimiento de una presunción legal y particularidades de su contenido en el caso del contrato a tiempo parcial, bien porque sean la consecuencia de la obligada trasposición de Directivas para determinadas categorías de trabajadores. Y en cuanto a la "realidad social" del tiempo en que ha de ser aplicada la norma -como elemento de interpretación del artículo 3.1 del Código Civil - su prevalencia en el presente caso con respecto a los demás elementos interpretativos se impone -en mi opinión- precisamente habida cuenta del tiempo transcurrido, más de 22 años desde el redactado del precepto por la Ley 11/1994; B) Respecto a la Jurisprudencia sobre la materia (fundamento jurídico tercero). En este fundamento se citan por la posición mayoritaria diversas sentencias de esta Sala en apoyo de la interpretación que sostiene. Sin embargo, la lectura de las mismas ni mucho menos lleva a la rotundidad con que se expresa la sentencia mayoritaria en el sentido de que "De estas sentencias se desprende que el artículo 35-5 sólo obliga, salvo pacto que amplíe ese deber, a llevar el registro de las horas extras realizadas y a comunicar a final de mes su número al trabajador y a la representación legal de los trabajadores el número de horas extras realizadas, caso de haberse efectuado". Adviértase, precisamente, que dos de ellas -concretamente la de 11-12-

2003 y, en especial, la de 25-04-2006 (rec. 147/2005)- llevan a la Sala de instancia a formar su convicción sobre el registro de la jornada diaria, remitiéndome al comentario que, con respecto a dicha sentencia se efectúa en el punto cuarto de la consideración jurídica segunda del ya citado voto particular de la Magistrada D<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahun y en el Segundo apartado F) del también mencionado voto particular del Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro; C) Sobre la Normativa de la Unión Europea (fundamento jurídico cuarto). En este fundamento la mayoría de la Sala alude a que "La solución interpretativa dada se ajusta a lo dispuesto por la normativa comunitaria sobre la jornada laboral y la ordenación del tiempo de trabajo, normativa que en nuestro ordenamiento jurídico han implementado las normas antes examinadas", citando diversos preceptos de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, con cita asimismo de otras Directivos para supuestos especiales -a los que antes ya he hecho referencia- para insistir en que "En definitiva, la normativa examinada impone, al igual que la española, la necesidad de llevar un registro de las jornadas especiales, pero no de la ordinaria cuando no se sobrepase la jornada máxima". Al respecto, y además de lo expuesto en mi consideración anterior, hago mío el contenido del Segundo, apartado D) del voto particular del Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro, cuando señala que "En fin, que las Directivas de la UE sobre ordenación de tiempo de trabajo no exijan la implantación de un registro, dado el carácter mínimo y mejorable de sus previsiones (art. 23 Directiva 2033/88/CE, de 4 de noviembre) en modo alguno obstaculiza la conclusión a que se accede" y, D) Respecto a las Conclusiones de la sentencia mayoritaria (fundamento jurídico quinto). En este fundamento, se dice "que de "lege ferenda" convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias, pero de "lege data" esa obligación no existe por ahora y los Tribunales no pueden suplir al legislador". Pues bien, discrepo totalmente de esta opinión. No cabe duda alguna de que en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que acontece en los países del "Common Law", son las Cortes Generales, como representantes del Pueblo Español - artículo 66 de la Constitución - las que tienen reservada la facultad de crear Derecho, y en su consecuencia, como se dice bien, los Tribunales no tienen la función de asumir funciones legislativas. Ahora bien, no es

ello lo que estimo puede -y en mi opinión, debió- llevar a cabo la Sala frente a la pretensión de la recurrente que impugna la decisión de la instancia- en interpretación del artículo 35,5 del Estatuto de los Trabajadores . En efecto, lo que propugno, es una decisión que confirme la interpretación y aplicación de la norma controvertida efectuada por la Sala de instancia, teniendo en cuenta para ello la especial naturaleza y trascendencia del derecho reclamado y la realidad social a día de hoy, formulando un criterio jurisprudencial, que no entrañaría la elaboración de una norma en sentido propio y pleno, pero sí podría contener un desarrollo singularmente autorizado y digno, con su reiteración de adquirir cierta trascendencia normativa, como se lee en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, y con él, el artículo 6.1 del mismo, que sin incluir a la Jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, le asigna la misión de complementar el ordenamiento jurídico. Como ya decía una ya antigua -pero sin duda actual- sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1933 , "la jurisprudencia debe tener como propósito y finalidad directriz, no solo satisfacer la "necesidad de estabilidad y fijeza" de las relaciones sociales (que tanto o más que ella, es función propia de la ley), sino además y principalmente, asegurar la "plasticidad y movilidad" de la norma, para que el derecho sea, no cosa muerta y rígida, sino materia fluida y flexible, sujeta a renovación como la vida misma." Estimo, que la labor del Tribunal Supremo al enjuiciar un caso, no puede llevarse a cabo eludiendo el contexto social en el que se desarrolla la norma cuya interpretación y aplicación se interesa. Flaco favor se hace a la función jurisdiccional y de elaboración de doctrina jurisprudencial que legitime esta Sala de lo Social, si la interpretación se circunscribe a la literalidad del precepto, obviando dicho contexto, con remisión a una hipotética y futura actuación del Legislador. En efecto, es público y notorio, que existe una problemática y un debate social sobre el gran número de horas extraordinarias no abonadas que se vienen efectuando, y la necesidad de su control, como lo ponen de manifiesto los Planes de Control de la Inspección de Trabajo y Seguridad social, y las Instrucciones sobre intensificación del Control en materia de Tiempo de Trabajo y de Horas extraordinarias. Una actitud "abstencionista" de la posición mayoritaria -reacia a una interpretación evolutiva del artículo 35.5 ET en línea con lo resuelto por la sentencia

de instancia-, tal como propugna la mayoría, no parece que se conecte bien con la política del Estado al respecto. Por otra parte, se hace referencia en las "Conclusiones" de la sentencia mayoritaria al obligado respeto a las normas sobre tratamiento de los datos del trabajador previsto y exigido por el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo, con cita del artículo 9.2 del mismo, pero abstracción hecha de que, como se dice en el apartado D) párrafo segundo del voto particular del Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro, sobre desplegar su vigencia varios años después de interponerse la demanda, dicho Reglamento permite modalizaciones en materia laboral y no pretende exonerar a la empresa del cumplimiento de sus obligaciones, sino conciliarlas con esa cautela, tampoco se indica de los diez subapartados de dicho precepto, a cual pudiera afectar el "registro de la jornada", para considerarlo como dato "sensible" cuyo tratamiento se prohíbe; prohibición que, en cualquier caso, dependería de los elementos que pudiesen ser utilizados para el registro, y no de éste, en sí mismo. También en sus "Conclusiones" la posición mayoritaria refiere que "Todos los razonamientos expuestos impiden llevar a cabo una interpretación extensiva del art. 35-5 del ET imponiendo obligaciones que limitan un derecho como el establecido en el artículo 28-3 del citado texto legal y el principio de libertad de empresa que deriva del artículo 38 de la Constitución y ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional como imprescindible para la buena marcha de la actividad productiva (S. 170/2013)". Sin embargo, además de que en esta sentencia el TC efectúa otras afirmaciones como las de que «el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada", parece que se olvida que el principio de libertad de empresa está limitado por otros principios constitucionales, entre otros, el derecho al trabajo en su sentido más amplio (artículo 35 CE), y el derecho a la salud laboral ( artículo 40 CE ), ninguno de los cuales merece la atención de la posición mayoritaria. Finalmente, se argumenta, de una parte, que la falta de llevanza, o incorrecta llevanza del registro, no se tipifica por la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, como infracción de forma evidente y terminante y, de otra parte, que la solución dada no deja indefenso al trabajador a la hora de probar la realización de horas

extraordinarias, pues a final de mes la empresa le notificará el número de horas extras realizadas, o su no realización, lo que le permitirá reclamar frente a esa comunicación y a la hora de probar las horas extraordinarias realizadas tendrá a su favor del artículo 217-6 de la LEC. Argumentos, ambos, que en mi opinión carecen de relevancia para justificar la estimación del recurso. El primero, porque claramente no estamos aquí en el campo del derecho sancionador y no podemos -ni debemos- entrar en el examen de la tipificación como falta leve o grave de una conducta empresarial; y en cuanto al segundo argumento, porque la cuestión objeto de controversia, es decir, el "registro de la jornada diaria", resulta evidente que tiene mucho mayor alcance que el que le otorga la mayoría de la Sala al circunscribirlo a una mera cuestión de prueba de las horas extraordinarias, pues dejando aparte el aspecto recaudador para la seguridad social, el tiempo de trabajo tiene, para los trabajadores, varias e importantes implicaciones, entre otras, la protección de la seguridad y salud laboral; la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; y la introducción de políticas en materia de tiempo de trabajo que fomenten o tiendan al pleno empleo, que sí justifican el registro de la jornada. TERCERA.- 1. Todo cuanto se deja expresado produce la consecuencia de que, en mi opinión, el pronunciamiento que debiera de haber efectuado la sentencia recaída en estas actuaciones, era el de desestimar el recurso de casación ordinaria interpuesto por la demandada BANKIA, S.A., confirmando el fallo estimatorio de la sentencia de instancia. El tiempo de trabajo es sin duda una condición de trabajo de gran relevancia social y económica donde se ven implicados diversos intereses de empresarios y trabajadores, lo que debería haber conllevado a esta Sala, ante la realidad social de una crisis generalizada que afecta a grandes sectores de nuestra sociedad, a confirmar la interpretación evolutiva del artículo 35.5 del ET, lamentando que ello no sea así considerado por la mayoría de la Sala, lo que estimo resta relevancia y legitimidad a su doctrina. Madrid, a 23 de marzo de 2017 PUBLICACIÓN.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

**10-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE MARZO DE**  
**2017**

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- La Federación Estatal de Servicios para la Movilidad y el Consumo de la Unión General de Trabajadores, formuló demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional sobre conflicto colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare:

1º: El derecho de todos los trabajadores de la Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) a que durante el período de vacaciones, se les retribuya con la media de los percibidos por cada trabajador de que se trate por las claves y conceptos siguientes:

Clave 039, Complemento Brigada de Incidencias.

Clave 055, Reemplazo a cargo superior.

Clave 113, Gratificación por actividad docente.

Clave 153, Compensación descanso refrigerio trabajado.

Clave 247, Plus Movimiento de Estaciones.

Clave 295, Complemento atención incidencias MMII.

Clave 322, Toma y Deje.

Clave 335. Complemento Conducción Restringsida.

Clave 342, Gratificación Conducción personal IIFF

Clave 347, Gratificación Conducción personal V y O

Clave 367, Gratificación por polivalencias.

Clave 576, Indemnización Jornada Partida.

2º: El derecho de todos los trabajadores de la Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias procedentes de la Entidad Pública

Empresarial Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha (FEVE) a que durante el período de vacaciones, se les retribuya con la media de los percibidos por cada trabajador de que se trate por las claves y conceptos siguientes:

Clave R08, Guardia Infraestructura Vía y Obras.

Clave R09, Guardia Infraestructura Servicio Eléctrico.

Clave R10, Guardia Inspector Pral. de Movimiento.

Clave U97, Incidencias.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

TERCERO.- Con fecha 10 de noviembre de 2015, se dictó sentencia por la Audiencia Nacional , cuya parte dispositiva dice: «FALLAMOS: Estimamos la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por ADIF ALTA VELOCIDAD y la excepción de litispendencia alegada por la letrada de ADIF, en lo que se refiere a la inclusión de la retribución de vacaciones de los conceptos de toma y deje del servicio y al complemento de jornada partida, en lo relativo a las excepciones planteadas de cosa juzgada e inadecuación de procedimiento y en cuanto al fondo del asunto. Desestimamos las excepciones de inadecuación de procedimiento y de cosa juzgada en relación a la clave 039, complemento brigada de incidencias y clave 295, complemento atención incidencias MMII, alegadas por la letrada de ADIF. Estimamos, en parte, la demanda formulada por D. JOSÉ VAQUERO TURÍÑO, en representación de la FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS PARA LA MOVILIDAD Y EL CONSUMO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, contra la Entidad Pública Empresarial ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS.- (ADIF), Entidad Pública Empresarial ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS ALTA VELOCIDAD.- (ADIF ALTA VELOCIDAD), COMITÉ GENERAL DE EMPRESA DE ADIF, FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS, SECTOR FEDERAL FERROVIARIO DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO SFF-CGT, SINDICATO

FERROVIARIO, S.F. SINDICATO CIRCULACIÓN FERROVIARIO, S.C.F., sobre CONFLICTO COLECTIVO, reconocemos el derecho de los trabajadores de la Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias a que durante el período de vacaciones, se les retribuya con la media de las cantidades percibidas por cada trabajador de que se trate por las claves y conceptos siguientes: Las claves: 113 para los profesores en prácticas; 247, plus movimiento de estaciones; 342, gratificación conducción personal IIFF; 347, gratificación conducción personal V y O , y la clave 367, gratificación por polivalencias, condenamos a ADIF a estar y pasar por esta declaración y absolvemos a la empresa demandada de las demás pretensiones frente a la misma deducidas en demanda».

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- El presente conflicto colectivo afecta a todos los trabajadores de La Entidad Pública Empresarial ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS.- (ADIF), demandada.

SEGUNDO.- Las relaciones laborales de ADIF con sus trabajadores, se rigen por el II Convenio Colectivo de ADIF, así como por todos los anteriores cuyas materias no hayan sido expresamente modificadas o suprimidas, y especialmente por la Normativa Laboral del X Convenio Colectivo de RENFE.- La Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles (RENFE), por aplicación de lo dispuesto en la Ley 39/2003 del Sector Ferroviario redujo su objeto social y varió su denominación pasando a llamarse la actual Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF). La Disposición adicional primera de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, establece que la entidad pública empresarial RENFE pasa a denominarse Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) y asume las funciones asignadas al administrador de infraestructuras ferroviarias en dicha Ley. El Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) se constituye como una entidad pública empresarial, que se rige por lo establecido en la Ley del Sector Ferroviario, en la propia Ley 6/1997, de 14 de abril, en las normas de desarrollo de ambas, en su Estatuto aprobado por el Real Decreto 2395/2004, de 30 diciembre y en la legislación presupuestaria y demás normas que le sean de



aplicación. La Disposición adicional tercera de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, crea la entidad pública empresarial RENFE-Operadora, cuyo objeto es la prestación de servicios de transporte ferroviario, tanto de mercancías como de Viajeros, y de otros servicios o actividades complementarias o vinculadas al transporte ferroviario, en los términos establecidos por la propia Ley del Sector Ferroviario y su normativa de desarrollo, y el núm. 14 de la misma disposición adicional tercera señala que "A efectos de lo previsto en el artículo 44 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, se entenderá que existe sucesión de empresas entre la entidad pública empresarial Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles y la entidad pública empresarial RENFE-Operadora. Los trabajadores de la entidad pública empresarial Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles se integrarán en la entidad pública empresarial RENFE- Operadora en función de las actividades y los servicios que presten en aquélla correspondientes a la entidad pública empresarial RENFE-Operadora, de acuerdo con lo establecido en esta ley". La disposición adicional segunda del Real Decreto 2395/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprobó el Estatuto de ADIF, es sustancialmente coincidente con el texto de la disposición adicional primera de la Ley 39/03 . El artículo 42 de la Ley últimamente citada que define el transporte ferroviario, a los efectos de dicha norma , como el realizado por empresas ferroviarias empleando vehículos adecuados que circulen por la Red Ferroviaria de Interés General, y al artículo 3 del Real Decreto 2395/2004 , al definir las competencias y funciones del Administrador de Infraestructura Ferroviarias , no incluye entre ellas las que se refieren al transporte ferroviario.- Por su parte el Estatuto de la entidad pública empresarial RENFE-Operadora, aprobado por el RD 2396/2004, de 30 de diciembre RDL 2004/184355 , después de proclamar el artículo 1 el carácter de organismo público, y reconocerle en el artículo 2 personalidad jurídica propia y diferenciada de la del Estado, delimita en el artículo 3 su objeto a la prestación de servicios de transporte ferroviario, tanto de viajeros como de mercancías, que incluirá el mantenimiento de material rodante, y otros servicios o actividades complementarias o vinculadas al transporte ferroviario, en los términos establecidos en la Ley del Sector Ferroviario y en las normas que la desarrollen. (Descriptores 41 y 42).

En el I Convenio Colectivo del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF ) (BOE 17/06/2008) - prorrogado durante 2009 por Acuerdo publicado en el BOE de 07/04/2009 - se contiene una Cláusula 13.<sup>a</sup>, que dispone que "la normativa laboral de ADIF está constituida por la vigente a 1 de enero de 2005, y aquellos acuerdos, con carácter normativo, alcanzados entre la Dirección de la Empresa y la Representación de los Trabajadores desde la citada fecha"; y una Cláusula 22.<sup>a</sup> "disposición derogatoria", ordenando que "en todas las materias que no hayan sido objeto de modificación en este Convenio Colectivo, seguirán siendo de aplicación las regulaciones y aspectos normativos declarados vigentes en el XV Convenio Colectivo de Renfe. El presente Convenio Colectivo deroga expresamente toda la regulación y los preceptos que se opongan a la que se efectúa en el mismo, por lo que a su entrada en vigor tan sólo seguirán vigentes aquellos preceptos del XV Convenio Colectivo que no se opongan a la normación colectiva y a la regulación contenida en él". En la cláusula 21<sup>a</sup> del I convenio colectivo de ADIF (BOE de 17 de junio de 2008) se incorpora el Acuerdo de 27 de junio de 2005, para la implantación y desarrollo de la actividad de conducción restringida en el ámbito de la Dirección Ejecutiva de Terminales de Mercancías. En el apartado cuarto del Acuerdo se recoge: "a los efectos de compensar a los brigadas de maniobras que aumenten su carga de trabajo como consecuencia de la implantación de la actividad de conducción restringida, se abonará la cantidad de 7 € en concepto de incremento de productividad, al personal que trabaje en maniobras que realicen dicha actividad, de acuerdo con las siguientes condiciones: el importe de 7€ es por brigada de maniobra, con independencia del número de trabajadores que la formen. Su reparto, si procede, se realizará a partes iguales entre sus integrantes. Se percibirá por día de trabajo efectivo; se abonará en vacaciones, calculada por el promedio percibido en los días de trabajo efectivo en los tres meses anteriores, o los meses precisos para completar 20 días de trabajo. Su abono será incompatible con la percepción en la misma jornada de la clave 433, prima de conducción restringida." (Descriptor 31). En la cláusula 5<sup>a</sup> del II convenio colectivo de ADIF (BOE 16 de enero de 2013) se recoge la aplicación de toda la normativa laboral de ADIF vigente a la fecha de entrada en vigor del presente convenio colectivo. (Descriptor 32). Por Acuerdo de la dirección de la empresa y el Comité general de empresa de fecha 31 de marzo de 2008, que se eleva al II convenio

colectivo de ADIF (BOE de 7 de marzo de 2013), en relación al complemento de puesto de atención a incidencias para el grupo profesional de mandos intermedios y cuadros de mantenimiento de estructura- clave 295-se establece: "los mandos intermedios y cuadros en puestos que tengan a su cargo equipos operativos que atienden la brigada de incidencias, y que realicen habitualmente la atención de averías incidencias fuera de su jornada habitual de trabajo, debiendo acudir a su reparación si fuera necesario, percibirán un complemento de puesto denominado complemento de brigada de disponibilidad, si expresamente manifiestan su adscripción a dicha funcionalidad." (Descriptor 33).

TERCERO.- Con fecha treinta y uno de diciembre de dos mil doce, se publica en el BOE relación de los trabajadores de la extinta FEVE de los que algunos pasan a RENFE OPERADORA y otros a ADIF, (Orden Ministerial FOM 2814/2013). En el apartado Décimo de la citada orden se dice lo siguiente: "Aquellas obligaciones de carácter laboral, nacidas con anterioridad a la supresión de FEVE, que no puedan ser asignadas claramente a alguna de las dos entidades en las que se produce la subrogación, serán asumidas por la entidad pública empresarial ADIF, sin perjuicio de que, por parte de la entidad pública empresarial RENFE- Operadora, se deba realizar solidariamente la correspondiente contraprestación". En el mismo BOE se publica la Orden Ministerial FOM 2818/2012, cuyo tercer apartado dice lo siguiente: "A partir del 1 de enero de 2013, ADIF se subroga en la posición de la extinta FEVE en sus relaciones con las Administraciones Públicas, Juzgados, Tribunales y terceros, por todas aquellas obligaciones y derechos que puedan surgir a partir del 31 de diciembre de 2012, como consecuencia de litigios civiles, administrativos, penales y laborales, que se deban a hechos acaecidos con anterioridad a dicha fecha y que por su origen no sean directamente asignables a ninguna de las dos entidades." El Real Decreto ley 22/2012, publicado también el mismo día extingue FEVE con efectos del 31 de diciembre de 2012. Los trabajadores de la extinta FEVE que pasan a ADIF, (Orden Ministerial FOM 2814/2013), se rigen por el XIX Convenio Colectivo de Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha de fecha 31 de diciembre de 2012. (Hecho conforme). El artículo 7 del convenio establece que es de aplicación toda la normativa laboral de FEVE vigente a la fecha de entrada en vigor del presente

Convenio, el XVIII Convenio colectivo, incluida su disposición final segunda así como los acuerdos de las Comisiones Paritarias y Normativas alcanzadas durante la vigencia del XVIII Convenio Colectivo . (Descriptor 65).

CUARTO.- ADIF, retribuye las vacaciones anuales de los trabajadores con los conceptos salariales indicados en el artículo 245 del X convenio colectivo de Renfe (BOE 26 de agosto de 1993) que son: el sueldo, cuatrienios y fracción de estos, gratificaciones por mando o función, título, taquigrafía e idiomas, gratificación fija de profesor y monitor, el complemento personal de antigüedad y, además, los pluses de nocturnidad y penosidad y las primas e incentivos calculados por el promedio obtenido en los días de trabajo efectivo del agente en los tres meses anteriores. Durante los períodos de vacaciones de los trabajadores, no abona los siguientes conceptos: clave 039: complemento brigada de incidencias, clave 153: compensación descanso refrigerio trabajado, clave 247: plus movimiento de estaciones, clave 295: complemento atención incidencias MM II, clave 322: toma y deje, clave 342 gratificación conducción personal IIFF, clave 347: gratificación conducción personal V y O, clave 367: gratificación por polivalencias, clave 576: indemnización jornada partida. (Hecho conforme).

QUINTO.- Esta reconocido en el convenio y la empresa demandada abona durante el periodo de vacaciones, las claves 335 "complemento conducción restringida"; 055: "reemplazo a cargo superior" y de la clave 113: "gratificación por actividad docente" en parte, en lo referido al Personal docente de la Dirección de Formación y Selección cuando no se encuentre dentro de la Estructura de Apoyo. (Descriptores 42 a 44).

SEXTO.- Los trabajadores procedentes de la Entidad Pública Empresarial, Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha, durante los períodos de vacaciones, perciben los conceptos establecidos en la normativa de aplicación. El artículo 75 de la normativa laboral de FEVE elevado al XVI convenio colectivo de FEVE (BOE nº 153, de 27 de junio de 2000), establece: "plus vacaciones variables. Éste plus se abonará durante las vacaciones anuales de los trabajadores. Se tendrá en cuenta el promedio obtenido, durante los días de trabajo efectivo realizados por el trabajador en los tres últimos meses anteriores, de los siguientes conceptos variables: prima

festivos, plus de nocturnidad (artículo 72), plus de expendición, sueldo específico puesto de trabajo, prima taller (variable), plus de recaudación en ruta, complemento de suplencias, plus pernoctación conducción y trenes, plus pernoctación personal de movimiento, plus bloqueo por ocupación (guarda Barreras, obrero primero y obrero especializado), plus disponibilidad (jefe de distrito y capataz vía y obras), plus servicio eléctrico/vía y obras, prima conducción vía y obras y servicio eléctrico, diferencia de cargo, plus de toxicidad-peligrosidad, así como cualquier otro concepto salarial aplicable. (Descriptor 46). ADIF no abona durante las vacaciones los siguientes conceptos: clave R08: guardia infraestructura Vía y Obras, clave R 09: guardia infraestructura Servicio Eléctrico, clave R 10 guardia inspector principal de movimiento y clave U 97: incidencias.

SÉPTIMO .- Conforme al art. 209 del X Convenio Colectivo de RENFE , se conceden tiempos de toma y deje a los agentes; entre otros, Jefes de Estación, a los Factores de Circulación y Operadores, que presten servicios en estaciones de gran tráfico cuando hayan de anticipar o retrasar su salida del trabajo con relación al horario normal cuyas horas "realizadas antes o después de la jornada normal se valorarán de igual forma que las extraordinarias, pero no estarán sujetas al tope máximo que para éstas se establece" (art. 210). (Descriptor 28).

OCTAVO.- La gratificación por actividad docente se abona al personal de dirección que hace actividad docente habitualmente cuyo complemento se abona en vacaciones por aplicación de lo dispuesto en el artículo 436 del convenio colectivo. Cuando se le paga puntualmente por horas, este concepto no se incluye en la retribución durante el período de vacaciones. (Hecho conforme).

NOVENO.- El complemento de bocadillo se retribuye por día trabajado. Por sentencia de la SAN de 2-7-2014, dictada en el proc. de conflicto colectivo nº 114/2014, en relación a la "compensación descanso diario bocadillo trabajado" y "complemento de puesto por compensación refrigerio" (tabla sexta). Se declara que los períodos de descanso por refrigerio, que no pueden disfrutarse, tienen naturaleza propia de horas extraordinarias, si dicho período no puede descansarse, incrementa la jornada de los trabajadores que no disfrutan el descanso y el período no descansado, al aumentar necesariamente la jornada ordinaria de trabajo, debe considerarse como

horas extraordinarias, se estima la demanda de conflicto colectivo, promovida por UGT, a la que se adhirieron CCOO, SCF y CGT, y se declara el derecho de los trabajadores de ADIF que no puedan disfrutar el descanso de veinte minutos diarios por las características de su actividad a percibir la correspondiente compensación en cuantía no inferior al valor de dicho periodo de tiempo, (veinte minutos diarios) conforme al valor de la valor ordinaria calculada según acuerdo de conciliación de 10 de septiembre de 2012 ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional autos 193/2012. (Hecho conforme, descriptor 35).

DÉCIMO.- El plus personal movimiento está excluido por convenio de la retribución de vacaciones. Las guardias personal FEVE infraestructuras vías y obras y servicios eléctricos se caracterizan por disponibilidad y voluntariedad y se abonan por día trabajado. (Hecho conforme).

DÉCIMO-PRIMERO.- Las guardias de inspectores principal movimiento se regulan en Acta 13 de la Comisión paritaria del XVIII convenio. Reuniones 27-06-07; y 3,4 y 5 de julio de 2007 (descriptor 48).

DÉCIMO-SEGUNDO.- El reemplazo a cargo superior (clave 055), se regula en la cláusula 33 del XIV convenio colectivo de Renfe (BOE 31 de agosto de 2003) relativa a la movilidad temporal funcional se establece: a partir de la firma del presente convenio colectivo, se acuerda modificar el antepenúltimo párrafo del apartado b) del punto 2 de la norma marco de movilidad, en el sentido de que en el periodo de vacaciones los trabajadores que hayan estado en situación de movilidad funcional temporalmente el mes inmediatamente anterior al inicio del periodo vacacional, percibirán la media obtenida por este concepto en los días de trabajo efectivo de los tres meses anteriores a que el en que inicien las vacaciones. (Descriptor 30).

DÉCIMO-TERCERO.- El 10-09-2012 se alcanzó Acuerdo ante esta Sala entre el comité general de empresa y ADIF en el procedimiento 193/2012 en los términos siguientes: "1. La Empresa, a la vista de las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictadas en recursos de casación en unificación de doctrina, relativos al valor de la hora extraordinaria en procedimientos instados por

trabajadores de ADIF, se compromete a abonar con efectos 1 de agosto de 2012 las horas extraordinarias, horas de presencia y horas de toma y deje realizadas por los trabajadores de la misma, a partir de esa fecha, de conformidad con lo señalado en el art. 35 del Estatuto de los Trabajadores, al valor de la hora ordinaria. El pago de las mismas se llevará a cabo en el mes siguiente al que se realicen. 2. La empresa se compromete a abonar las horas extraordinarias, de presencia y horas de toma y deje realizadas y no compensadas con descansos, por los trabajadores de ADIF, en el periodo de un año anterior a la fecha del acto de conciliación del conflicto colectivo planteado por el ADIF ante la Audiencia Nacional, en la forma establecida en el punto 1 de este Acuerdo. El pago de la diferencia entre lo abonado y el valor al que debían satisfacerse se llevará a cabo antes del uno de diciembre próximo." (Descriptor 34).

DÉCIMO-CUARTO.- Por sentencia de la SAN de 25/09/2015 dictada en el procedimiento nº 179/2015, de conflicto colectivo seguido por demanda del Sindicato de Circulación Ferroviario contra, ADIF, Comité general de empresa de ADIF, Federación estatal de servicios a la ciudadanía de CC.OO, Federación estatal de servicios para la movilidad y el consumo de la UGT, sector Federal ferroviario de la confederación general del trabajo SFF-CGT, sindicato ferroviario, se desestimaron las excepciones de inadecuación de procedimiento y de cosa juzgada invocadas por la letrada de la empresa y así mismo se desestimó la demanda en la que se solicitaba la condena a ADIF a reconocer el derecho de todos los trabajadores afectados por el conflicto a percibir durante sus vacaciones anuales las retribuciones de "toma y deje" del servicio y jornada partida, calculadas por el promedio obtenido en los días de trabajo efectivo de cada uno de los afectados en los tres meses anteriores al disfrute de las mismas. (Descriptor 36).

La referida resolución ha sido recurrida en casación por ADIF, el sindicato de circulación ferroviario y por la Federación de servicios a la ciudadanía de CC.OO, estando pendiente de la sentencia que se dicte por el TS.

DÉCIMO-QUINTO.- Por SSTs de 16 de diciembre de 2005 (rcud 4690/2004), 29/12/2005 (rec 764/2005), 14/3/2006 (rec. 998/2005), 25/4/2006 (rec. 16/2005), 23/12/2011 (rcud 1056/2011), 17/01/2012 (rcud 1234/11), 7/2/2012 (rcud 1309/2011), 15/2/2012 (rcud 492/2012), 29/2/2012 (rcud 2240/2011) y de 3/4/2012

(rec. 2661/11) se declara que el abono del tiempo de toma y deje no debe integrarse en la retribución de vacaciones, dado que no está incluido en el artículo 245 del convenio colectivo y además de no estar expresamente incluido tampoco procede día su cómputo para la retribución de vacaciones, atendiendo a su naturaleza, dado que el mismo no se corresponde con la jornada normal, sino que atiende a un exceso en la duración de esta y, por ello, no puede reputarse jornada ordinaria, que es la que conforme al artículo siete del convenio 132 de la OIT ha de tenerse en cuenta para la retribución de las vacaciones.

DÉCIMO-SEXTO.- Por SSTs de 22/9/95 (rec. 1348/1994) y 25/4/2006 (Rec 16/2005) se declara que en la retribución de vacaciones no se incluyen los complementos de jornada partida, los de toma y deje de servicio, ni los de brigadas de socorro de incidencias por tratarse de servicios prestados fuera del horario ordinario.

DÉCIMO-SÉPTIMO.- En fecha 12 de agosto de 2015 se celebró el intento de conciliación ante la Subdirección General de Relaciones Laborales del Ministerio de Empleo y Seguridad Social cuyo acto se tuvo por intentado sin avenencia».

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó auto en fecha 1 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "La Sala acuerda aclarar el error material que se ha producido en la sentencia de fecha el 10 de noviembre de 2015 en el Antecedente de Hecho Tercero y en el Fundamento de Derecho Segundo donde dice: COMITÉ GENERAL DE EMPRESA DE ADIF, FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS, SECTOR FEDERAL FERROVIARIO DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO SFF-CGT, no comparecieron al acto de juicio, pese a constar citados en legal forma...". Debe decir: COMITÉ GENERAL DE EMPRESA DE ADIF, SECTOR FEDERA FERROVIARIO DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO SSF-CGT, no comparecieron al acto de juicio, pese a constar citados en legal forma".

QUINTO.- En el recurso de casación formalizado por ADIF, se consignan los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción del art. 222 LEC en relación a los conceptos de



brigada de incidencias -clave salarial 039 y complemento de atención a incidencias de los mandos intermedios -clave salarial 295-. SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción de los arts. 245 y 168 de la Normativa Laboral, X Convenio colectivo de RENFE, vigente conforme la cláusula 5º del II Convenio Colectivo de Adif. TERCERO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción de los arts. 47 , 245 y 142 de la Normativa Laboral del X Convenio Colectivo de RENFE , vigente conforme la cláusula 5º del II Convenio Colectivo de Adif. CUARTO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción de los arts. 245 y 149 de la Normativa Laboral, X Convenio colectivo de RENFE, vigente conforme la cláusula 5º del II convenio Colectivo de Adif. QUINTO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción de los arts. 245 y 210 de la Normativa Laboral, X Convenio colectivo de RENFE, vigente conforme la cláusula 5º del II Convenio colectivo de Adif, en relación a la tabla salarial 11 del II Convenio Colectivo. SEXTO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción del art. 245 de la Normativa laboral, X Convenio Colectivo RENFE , del art. 436 del XI Convenio Colectivo de RENFE, vigentes conforme la cláusula 5º del II Convenio Colectivo de Adif, en relación a la tabla salarial 11 del II Convenio Colectivo.

En el recurso de casación formalizado por el Sector Estatal Ferroviario de la Federación de Servicios para la Movilidad y el Consumo de la Unión General de Trabajadores, se consignan los siguientes motivos: PRIMERO, SEGUNDO Y TERCERO.- Al amparo del art. 207.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por error en la apreciación de la prueba obrante en autos. CUARTO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción del art. 7 de la Directiva 2033/88/CE en relación con el art. 407 normativa laboral de RENFE. QUINTO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción del art. 7 de la Directiva 2033/88/CE en relación con los arts. 196 y 197 de la normativa laboral de RENFE. SEXTO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción del art. 7 de la Directiva 2033/88/CE en relación con el art. 17 del XVIII Convenio Colectivo de FEVE.

SÉPTIMO.- Al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por infracción del art. 7 de la Directiva 2033/88/CE en relación con el art. 25 del XVIII Convenio Colectivo de FEVE y art. 98.4 del XVI Convenio Colectivo de FEVE .

SEXTO.- Transcurrido el plazo concedido para impugnación del recurso, se emitió informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar que los recursos deben ser desestimados.

SÉPTIMO.- En Providencia de fecha 12 de diciembre de 2016, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el 31 de enero de 2017, fecha en que tuvo lugar. En dicho acto, el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Luelmo Millán señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro.

OCTAVO.- Se han cumplido en la tramitación del presente recurso las exigencias legales, salvo la relativa al plazo para dictar sentencia dada la complejidad y trascendencia del presente asunto.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

##### PRIMERO.- Antecedentes.

Accede a este grado jurisdiccional un conflicto colectivo referido al modo en que hayan de retribuirse las vacaciones a dos distintos colectivos de una misma empresa. Se trata de discusión netamente jurídica (como lo prueba que se impugne la crónica de instancia para intentar introducir en ella elementos normativos) y algo compleja (por la farragosidad de la regulación sectorial aplicada, por la existencia de recursos cruzados, por la copiosa jurisprudencia sobre la materia).

Todo ello aconseja un examen particularmente ordenado de las diversas cuestiones trasladadas a esta fase casacional.

##### 1. Demanda y sujetos colectivos intervinientes.

A) El 24 de agosto de 2015 presenta demanda el representante de la Federación Estatal de Servicios para la movilidad y el consumo de la Unión General de

Trabajadores (UGT) contra la entidad pública empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) y ADIF-Alta Velocidad, así como frente a otros sujetos colectivos.

Posteriormente, la Federación Estatal de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (CCOO), el Sindicato Ferroviario (SF) y el Sindicato de Circulación Ferroviario (SCF) se adhieren a la demanda.

B) La demanda reclama el derecho de todos los trabajadores de la Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) a que durante el período de vacaciones, se les retribuya con la media de lo percibido por cada trabajador de que se trate por las claves y conceptos siguientes:

Clave 039, Complemento Brigada de Incidencias.

Clave 055, Reemplazo a cargo superior.

Clave 113, Gratificación por actividad docente.

Clave 153, Compensación descanso refrigerio trabajado.

Clave 247, Plus Movimiento de Estaciones.

Clave 295, Complemento atención incidencias MMII.

Clave 322, Toma y Deje.

Clave 335. Complemento Conducción Restringida.

Clave 342, Gratificación Conducción personal IIFF

Clave 347, Gratificación Conducción personal V y O

Clave 367, Gratificación por polivalencias.

Clave 576, Indemnización Jornada Partida.

C) Asimismo se interesa el derecho de todos los trabajadores procedentes de la Entidad Pública Empresarial Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha (FEVE) a que durante el período de vacaciones, se les retribuya con la media de lo percibido por cada trabajador de que se trate por las claves y conceptos siguientes:

Clave R08, Guardia Infraestructura Vía y Obras.

Clave R09, Guardia Infraestructura Servicio Eléctrico.

Clave R10, Guardia Inspector Pral. de Movimiento.

Clave U97, Incidencias.

D) Ya en fase procesal, la entidad empleadora demandada opone varias excepciones frente a las dieciséis reclamaciones reseñadas:

Inadecuación de procedimiento.

Cosa juzgada respecto de los conceptos de toma y deje, jornada partida, brigada de incidencias, complemento puesto de atención a incidencias para el grupo profesional de mandos intermedios y cuadros de mantenimiento de estructura-clave 295.

Litispendencia respecto del concepto de toma y deje y jornada partida.

Excepción de pago en relación a tres conceptos: conducción restringida (clave 335), reemplazo categoría superior (clave 055) y gratificación por actividad docente (clave 113).

## 2. Sentencia recurrida.

La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 182/2015, de 10 de noviembre, aborda los diversos problemas (procesales y sustantivos) reseñados y decide:

Estima la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por ADIF Alta Velocidad.

Estima la excepción de litispendencia alegada por la letrada de ADIF, en lo que se refiere a la inclusión de la retribución de vacaciones de los conceptos de toma y deje del servicio y al complemento de jornada partida, en lo relativo a las excepciones planteadas de cosa juzgada e inadecuación de procedimiento y en cuanto al fondo del asunto.

Desestima la excepción de inadecuación de procedimiento.

Desestima la excepción de cosa juzgada en relación a la clave 039, complemento brigada de incidencias y clave 295, complemento atención incidencias MMII, alegadas por la letrada de ADIF.

Estima, en parte, la demanda y reconoce el derecho de los trabajadores a que durante el período de vacaciones, se les retribuya con la media de las cantidades percibidas por cada trabajador de que se trate por las claves y conceptos siguientes: 113 para los profesores en prácticas; 247, plus movimiento de estaciones; 342, gratificación conducción personal IIFF; 347, gratificación conducción personal V y O, y la clave 367, gratificación por polivalencias.

Condena a ADIF a estar y pasar por esta declaración y absuelve a la empresa demandada de las demás pretensiones frente a la misma deducidas en demanda.

### 3. Recursos de casación e Informe del Fiscal.

A) Mediante escrito de 25 de enero de 2016, debidamente representada, la empleadora condenada en instancia formaliza recurso de casación basado en seis motivos. Todos ellos se encauzan a través del artículo 207.e) LRJS. Conforme al mismo cabe la casación por Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

B) Por su lado, la UGT formaliza casación estructurada en siete motivos, los tres primeros denunciando error en la apreciación de la prueba.

C) Con fecha 14 de julio de 2016 el Ministerio Fiscal emite Informe razonado sobre los diversos motivos de recurso suscitados y se inclina por la desestimación de ambos recursos.

### 4. Estructura de nuestra sentencia.

A) Examinaremos la resolución de estos recursos cruzados del siguiente modo. En primer término han de abordarse las impugnaciones al relato de hechos probados, lo que comporta examinar los tres primeros motivos del recurso de UGT (Fundamento Segundo).

B) Despejado el panorama sobre valoración de la prueba, estando en discusión el modo de remunerar las vacaciones, será bueno recordar la actual doctrina de la

Sala pues, por razones elementales, será la que apliquemos para resolver cada uno de los interrogantes (Fundamento Tercero)

C) Seguidamente dedicaremos un motivo separado a revisar la impugnación de todas aquellas partidas retributivas sobre cuya inclusión en las vacaciones manifiestan su disconformidad la empleadora o el sindicato recurrente (Fundamentos Cuarto y siguientes).

D) Al haber seguido un orden expositivo atento al número del complemento retributivo en cuestión, para facilitar la búsqueda de la respuesta judicial a los diversos motivos del recurso formulado por la UGT, interesa reseñar lo siguiente:

El motivo 1º postula una adición fáctica relacionada con la clave 055; se examina en el apartado 2 del Fundamento Segundo.

El motivo 2º postula una adición fáctica respecto de la clave retributiva 018; se examina en el apartado 3 del Fundamento Segundo.

El motivo 3º preconiza una adición fáctica respecto de la clave 153; se examina en el apartado 4 del Fundamento Segundo.

El motivo 4º denuncia infracciones sustantivas respecto del abono de la clave 055; se examina en el Fundamento Quinto.

El motivo 5º proclama la existencia de diversas vulneraciones respecto de la clave 153; se examina en el Fundamento Séptimo.

El motivo 6º aduce la vulneración de diversas normas y jurisprudencia acerca de la clave U97; se examina en el Fundamento Décimo Séptimo.

El motivo 7º, y último, postula diversas infracciones relacionadas con el abono de las claves R08, R09 y R10; se examina en el Fundamento Décimo Sexto.

E) Del mismo modo, habiéndose cuestionado la inclusión de hasta dieciséis conceptos retributivos en el salario que debe percibirse durante la vacación, parece conveniente indicar el lugar en que se examina cada uno de ellos:

Clave 039, Complemento Brigada de Incidencias: Fundamento Cuarto.

Clave 055, Reemplazo a cargo superior: Fundamento Quinto.

Clave 113, Gratificación por actividad docente: Fundamento Sexto.

Clave 153, Descanso refrigerio trabajado: Fundamento Séptimo.

Clave 247, Plus Movimiento de Estaciones: Fundamento Octavo.

Clave 295, Complemento atención incidencias MMII: Fundamento Noveno.

Clave 322, Toma y Deje: Fundamento Décimo.

Clave 335. Conducción Restringida: Fundamento Décimo Primero.

Clave 342, Conducción personal IIFF: Fundamento Décimo Segundo.

Clave 347, Conducción personal V y O: Fundamento Décimo Tercero .

Clave 367, Gratificación por polivalencias: Fundamento Décimo Cuarto.

Clave 576, Indemnización Jornada Partida: Fundamento Décimo Quinto.

Clave R08, Guardia Infraest. Vía y Obras: Fundamento Décimo Sexto.

Clave R09, Guardia Infraest. Servicio Eléctrico: Fundamento Décimo Sexto.

Clave R10, Guardia Inspector Movimiento: Fundamento Décimo Sexto.

Clave U97, Incidencias: Fundamento Décimo Séptimo.

SEGUNDO.- Revisión de hechos probados.

Los tres primeros motivos del recurso de la UGT pretenden determinadas alteraciones en el relato de hechos probados, que consta reproducido en su integridad más arriba.

El artículo 207.d) LRJS admite la posibilidad de que se articule un recurso de casación fundado en el "error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradicho por otros elementos probatorios". Antes de examinar la revisión postulada hemos de recordar las limitaciones y funcionalidad que esa cuarta apertura del artículo posee.

1. Requisitos para que prospere la revisión fáctica interesada.

En SSTS 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014), 18 noviembre 2015 (rec. 19/2015) y otras muchas, hemos advertido que "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes".

El peligro de que el acudimiento al Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso explican estas limitaciones. La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas. Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTS 28 mayo 2013 (rec. 5/2012), 3 julio 2013 (rec. 88/2012) o 25 marzo 2014 (rec. 161/2013) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse), sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de Derecho o su exégesis.

Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué se discrepa.



Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].

Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. Excepcionalmente la prueba testifical puede ofrecer un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.

Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.

Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.

Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.

La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. Desde luego, la modificación no puede ampararse en la prueba testifical, ni en la pericial, por expreso mandato de la LRJS. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.

La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.

## 2. Análisis del Motivo 1º del recurso de UGT.

### A) Formulación.

Interesa el motivo 1º del recurso interpuesto por UGT la adición de un párrafo al hecho quinto de los declarados probados en la sentencia impugnada. Recordemos el tenor del referido HP:

Está reconocido en el convenio y la empresa demandada abona durante el periodo de vacaciones, las claves 335 "complemento conducción restringida"; 055: "reemplazo a cargo superior" y de la clave 113: "gratificación por actividad docente" en parte, en lo referido al Personal docente de la Dirección de Formación y Selección cuando no se encuentre dentro de la Estructura de Apoyo. (Descriptores 42 a 44).

El párrafo cuya adición se pretende por el recurso de la UGT tiene el siguiente tenor:

No obstante lo anterior, el concepto de reemplazo, clave 055, únicamente se abona en vacaciones cuando el trabajador lleva percibiéndolo durante seis meses de forma continuada e ininterrumpida, tal como determinan los arts 409 del X convenio colectivo párrafo cuarto, (que dice que) "si al iniciarse el período de vacaciones el agente viniera desempeñando funciones de cargo superior durante seis meses continuados, percibirá durante el disfrute de aquéllas los haberes que correspondan a la categoría de reemplazo.

Se argumenta que lo postulado se desprende literalmente de la propia dicción del citado artículo de la Normativa Laboral de Renfe aplicable al caso (documento nº 8 Normativa Laboral BOE de 26 de agosto de 1993, pág. 25896) y además porque evidencia el error del juzgador con dicha omisión pues del hecho probado quinto parece que la empresa ya lo está pagando y que no es necesario pronunciamiento judicial alguno sobre el tema.

### B) Consideraciones específicas.

A) Como reiteradamente viene advirtiéndose esta Sala, no cabe que el relato de hechos probados albergue transcripción de norma alguna, al no poseer ello el necesario carácter fáctico sino jurídico.

Cuando quiera llamarse la atención sobre el tenor de una norma supuestamente ignorada por la sentencia recurrida ha de acudir a la formulación de un motivo de infracción normativa. La STS 24 noviembre 2015 (rc 86/2015) reitera para el éxito de la revisión fáctica es necesario que se aborden cuestiones de hecho, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.

B) Siendo lo anterior suficiente, como advierte el escrito de impugnación al recurso, el artículo en cuestión del X Convenio Colectivo de Renfe no está ya en vigor, habiendo sido sustituido, como más adelante se verá, por la cláusula 33ª del XIV Convenio Colectivo de Renfe, que únicamente se refiere al pago de ese concepto en el período vacacional conforme a la media de los días de trabajo efectivo de los tres meses anteriores a aquél en que se inicien las vacaciones.

C) El HP duodécimo refiere que la cláusula 33ª está vigente, sin que se haya combatido por el sindicato recurrente; asimismo, el HP quinto en su primer párrafo quizá también debería haberse cuestionado porque contiene afirmaciones que chocan con la revisión propuesta.

C) Desestimación.

Por todo ello, es claro que el recurrente en ningún momento demuestra un patente y claro error por parte de la Sala de instancia, que pudiera advertirse sin necesidad de excesivas argumentaciones o conjeturas, por lo que el motivo debe ser desestimado.

3. Análisis del motivo 2º del recurso de UGT.

A) Formulación.

Interesa este segundo motivo la adición de un HP nuevo, que se sume a los diecisiete albergados por la sentencia recurrida. El texto propuesto dice así:

Décimo octavo.- La remuneración de los trabajadores adscritos a la brigada de incidencias se regula en el art 220 de la Normativa Laboral de Renfe X convenio colectivo BOE 26 de agosto de 1993 del siguiente tenor literal:

"Compensación económica. Los agentes que pertenezcan a las Brigadas de Socorro percibirán durante el periodo que formen parte de las mismas, las cantidades previstas en las Tablas de Convenio Colectivo y los agentes de las Brigadas de Incidencias percibirán las cantidades previstas en las Tablas salariales citadas.

Tanto a los agentes pertenecientes a las Brigadas de Socorro, como a las de Incidencias, se les abonará en concepto de gastos por desplazamiento, por cada salida que realicen, la cantidad de 800 ptas.; esta cantidad se elevará a 1.000 ptas. Por salida en las poblaciones de más de un millón de habitantes. La cantidad por salida se devengará siempre que la misma se produzca fuera de la jornada que tenga establecida el agente".

El recurso explica que la citada redacción se desprende del art. 220 de la Normativa Laboral de Renfe de 26 de agosto de 1993, pág. 25883. Además, indica que el Antecedente cuarto está incompleto.

B) Consideraciones específicas.

A) Hay que reiterar lo expuesto respecto del motivo precedente. Como reiteradamente viene advirtiendo esta Sala, no cabe que el relato de hechos probados albergue transcripción de norma alguna, al no poseer ello el necesario carácter fáctico sino jurídico. Cuando quiera llamarse la atención sobre el tenor de una norma supuestamente ignorada por la sentencia recurrida ha de acudirse a la formulación de un motivo de infracción normativa.

B) La parte recurrente entiende que existe un error en los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada, pero éstos no constituyen propiamente parte de los hechos declarados probados, de los que se hallan separados, aludiendo el art 97.2 LRJS a unos y otros con diferente alcance. Además, el punto aludido aparece como hecho controvertido.

C) La infracción del artículo 220 de la referida normativa, en su caso, podría conducir a una censura de la sentencia de instancia por haberlo desconocido. El

motivo debe ser rechazado, no sólo por el carácter o naturaleza esencialmente normativa de la propuesta, impropia por tanto de figurar en el relato fáctico, sino también porque lo pretendidamente añadido habrá de examinarse al resolver sobre el fondo del tema.

#### C) Desestimación.

Por todo ello, es claro que el recurrente en ningún momento demuestra un patente y claro error por parte de la Sala de instancia, que pudiera advertirse sin necesidad de excesivas argumentaciones o conjeturas, por lo que el motivo debe ser desestimado.

#### 4. Análisis del motivo 3º del recurso de UGT.

##### A) Formulación.

Interesa el motivo 3º del recurso interpuesto por UGT la adición de un párrafo nuevo al hecho noveno de los declarados probados en la sentencia impugnada. Recordemos el tenor del referido HP:

NOVENO. -El complemento de bocadillo se retribuye por día trabajado.

Por sentencia de la SAN de 2-7-2014, dictada en el proc. de conflicto colectivo nº114/2014, en relación a la "compensación descanso diario bocadillo trabajado" y "complemento de puesto por compensación refrigerio" (tabla sexta). Se declara que los períodos de descanso por refrigerio, que no pueden disfrutarse, tienen naturaleza propia de horas extraordinarias, si dicho período no puede descansarse, incrementa la jornada de los trabajadores que no disfrutan el descanso y el período no descansado, al aumentar necesariamente la jornada ordinaria de trabajo, debe considerarse como horas extraordinarias, se estima la demanda de conflicto colectivo, promovida por UGT, a la que se adhirieron CCOO, SCF y CGT, y se declara el derecho de los trabajadores de ADIF que no puedan disfrutar el descanso de veinte minutos diarios por las características de su actividad a percibir la correspondiente compensación en cuantía no inferior al valor de dicho periodo de tiempo, (veinte minutos diarios) conforme al valor de la valor ordinaria calculada según acuerdo de conciliación de 10 de septiembre de 2012 ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional autos 193/2012.(Hecho conforme, descriptor 35).

El párrafo cuya adición se pretende por el recurso de la UGT tiene el siguiente tenor:

Con fecha 12 de noviembre (de 2015) y notificada el 9/12/15 se ha dictado sentencia en recurso de casación 14/2015 por el Tribunal Supremo sobre la dictada por la Audiencia Nacional en materia de conflicto colectivo autos 114/2014, por la que se revoca totalmente la dictada por la Audiencia Nacional y en la que no se considera al tiempo de refrigerio no disfrutado como horas extraordinarias.

B) Consideraciones específicas.

A) Como expone el Ministerio Fiscal, la sentencia alegada es posterior a la recurrida, de modo que su inclusión en los autos no puede llevarse a cabo mediante el procedimiento de error en la valoración de la prueba arbitrado por el art. 207.d) LRJS, sino por el cauce del artículo 233 LRJS.

B) Por otro lado, esta Sala es conocedora de sus propias resoluciones y, por tanto, no resulta necesario acudir al trámite del precepto procesal que menciona, bastando con una referencia al contenido de la citada STS 12 noviembre 2015 cuando se expongan los razonamientos jurídicos sobre ese particular.

C) En consecuencia, que se tome en cuenta la existencia de tal sentencia o que se aplique su doctrina en modo alguno comporta que deba prosperar la revisión fáctica interesada puesto que no concurren los requisitos legalmente exigidos, comenzando por el de basarse en un documento obrante en autos.

C) Desestimación.

Por todo ello, este tercer motivo casacional tampoco puede prosperar, sin perjuicio de lo que pueda establecerse al examinarse, en relación con este concreto tema, la motivación de infracción normativa o jurisprudencial.

TERCERO.- Doctrina de la Sala sobre retribución de las vacaciones.

Esta Sala ha tenido ocasión de actualizar y especificar su doctrina acerca del modo en que deben retribuirse las vacaciones, en especial cuando existe convenio colectivo que contempla diversas partidas, complementos o pluses. En tal sentido pueden verse, entre otras, las SSTS de 8 (2) junio 2016 (rec. 112 y 207/2015), 9 junio

2016 (rec. 235/2015), 15 junio 2016 (207/2016), 30 junio 2016 (rec. 47/2015) y 15 septiembre 2016 (258/2015).

Por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la norma, la resolución de los distintos motivos de recurso planteados por ADIF y por UGT acerca del modo de remunerar las vacaciones han de basarse en lo allí expuesto, que seguidamente reiteramos

#### 1. Bases normativas y jurisprudenciales.

En la mencionada STS 30 junio 2016 (rec. 47/2015) se explica que " En cuanto al importe concreto de la retribución a percibir durante las vacaciones, aparte la remisión que el artículo 38 del ET hace a las normas del convenio colectivo de aplicación, convenio cuyo objeto propio, según los artículos 82 y 85 del ET, es regular la jornada laboral, los descansos y las retribuciones de los trabajadores, no existe disposición concreta alguna, salvo la del artículo 7-1 del Convenio 132 de la OIT ".

Partiendo de ahí, compendiamos y resumimos la doctrina del TJUE sobre esa materia, no sólo la del caso Lock, de la siguiente forma:

"Debe recordarse, en primer lugar, que según reiterada jurisprudencia, el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104, Directiva ésa que ha sido codificada por la Directiva 2003/88 (véase la sentencia KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, apartado 23 y la jurisprudencia citada).

Además, ese derecho está expresamente reconocido en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados. Ahora bien, aunque el tenor del artículo 7 de la Directiva 2003/88 no da ninguna indicación explícita por lo que se refiere a la retribución a la que el trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión

de precisar que la expresión «vacaciones anuales retribuidas» que figura en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 significa que, mientras duren las «vacaciones anuales» en el sentido de esta Directiva, debe mantenerse la retribución y, en otras palabras, que el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho período de descanso.

En efecto, la Directiva 2003/88 considera que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho. La obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo."

Sobre el método de cálculo de la retribución, [el TJUE] añade: "en principio la retribución de las vacaciones debe calcularse de manera que corresponda a la retribución normal del trabajador."

Ahora bien, cuando la retribución percibida por el trabajador está compuesta por varios elementos, la determinación de esta retribución ordinaria, y, por tanto, del importe al que dicho trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, necesita un análisis específico.

En el marco de un análisis específico, en el sentido de la jurisprudencia citada, se ha estimado que los inconvenientes intrínsecamente vinculados a la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo y compensados por un importe pecuniario incluido en el cálculo de la retribución global del trabajador deben necesariamente formar parte del importe al que tiene derecho el trabajador durante sus vacaciones anuales.

El Tribunal de Justicia ha precisado que todos los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador deben mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas. De este modo, debían mantenerse, en su caso, los complementos relacionados con su calidad de superior jerárquico, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales.

Según esa misma jurisprudencia, los elementos de la retribución global del trabajador que tienen por único objeto cubrir los gastos ocasionales o accesorios que



surjan con ocasión de la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo no deben ser tenidos en cuenta para calcular el pago que se ha de abonar durante las vacaciones anuales.

## 2. Limitaciones a la negociación colectiva.

Parece razonable entender que aunque la fijación de esa retribución [«normal o media»] por parte de la negociación colectiva admita un comprensible grado de discrecionalidad, pues a ello indudablemente alude la expresión «calculada en la forma...» que el citado art. 7.1 del Convenio 132 utiliza, de todas las maneras la misma no puede alcanzar la distorsión del concepto -«normal o media»- hasta el punto de hacerlo irreconocible, puesto que se trata concepto jurídico indeterminado y como tal ofrece:

a).- Lo que se ha denominado «núcleo» -zona de certeza-, que parece debe integrarse, en su faceta «positiva» por los conceptos que integran la retribución «ordinaria» del trabajador individualizado, como por ejemplo, el salario base, los conceptos -complementos- debidos a «condiciones personales» del trabajador [antigüedad, titulación, idiomas...] y a circunstancias de la «actividad empresarial» [toxicidad; penosidad; peligrosidad...], que siempre son percibidos por los trabajadores individualmente considerados; y en su faceta «negativa», por términos generales, los conceptos retributivos extraordinarios [con carácter general y sin perjuicio de su excepción en singulares circunstancias, los bonus; determinados incentivos; horas extraordinarias...].

b).- El llamado «halo» -zona de duda-, que bien pudiera estar integrado por complementos atribuibles a circunstancias relativas al concreto «trabajo realizado» [esporádica nocturnidad; aislada turnicidad; las mismas horas extraordinarias, pero dotadas de una cierta reiteración ...], y cuya calificación -como retribución ordinaria o extraordinaria- dependerá de las circunstancias concurrentes [particularmente la habitualidad en su ejecución], y que es precisamente el punto en el que puede operar una cierta discrecionalidad de la negociación colectiva.

## 3. Necesario casuismo.

El anterior planteamiento, por fuerza impone a los Tribunales un examen casuístico que en cada supuesto lleve a una conclusión que sea respetuosa con las prescripciones legales, nacionales y de la UE, pero a la vez satisfaga -y éste ha de ser el norte de la interpretación judicial- la finalidad de efectivo descanso que persigue la figura de vacaciones retribuidas.

#### 4. Aplicación.

Sobre las anteriores bases, por ejemplo, la STS 14 febrero 2017 (rec. 45(2016)) concluye que los pluses salariales de "festivo", "nocturno", "Plus pista" y el llamado "Plus centro operaciones-control" integran la retribución debida en el período vacacional. Porque aquéllas cuatro tareas se desempeñaban de manera prácticamente habitual por los afectados, o que, al menos, no constituían funciones esporádicas, extraordinarias o no habituales, esto es, que esos cuatro pluses parecen tratarse de algo similar a "complementos variables que corresponden a la jornada ordinaria

Por su lado, la STS 15 septiembre 2016 (rec. 258/2015) incluye en el cálculo de la retribución vacacional el plus escolta, plus de responsable de equipo de vigilancia, de transporte de fondos o sistemas, plus de trabajo nocturno, plus de radioscopia aeroportuaria, plus de radioscopia básica, plus de fines de semana y festivos-vigilancia y plus de residencia en Ceuta y Melilla, porque no tienen la consideración de conceptos salariales de carácter extraordinario, ni han sido establecidos para remunerar actividades extraordinarias, sino que retribuyen actividades ordinarias, habituales, por lo que procede su inclusión en el cálculo de la citada retribución. Otros obedecen al concreto trabajo realizado -plus escolta, plus nocturnidad, plus de fines de semana y festivos- por lo que, si se realiza de modo habitual, se calificará de retribución ordinaria y, en consecuencia, habrá de incluirse en el cálculo de la retribución de las vacaciones y, únicamente si se realiza de manera puntual, su calificación será de retribución extraordinaria y no habrá de tomarse en cuenta para fijar el importe de la retribución de las vacaciones.

#### CUARTO.- Régimen del Complemento Brigada de Incidencias (Clave 039).

En el HP Cuarto de la sentencia recurrida se afirma que "durante los períodos de vacaciones de los trabajadores, no abona los siguientes conceptos: clave 039".

### 1. El debate suscitado.

A) La sentencia recurrida desestima las excepciones de inadecuación de procedimiento y de cosa juzgada en relación a la clave 039, pero no incluye esta partida retributiva entre las que debe incluir el salario durante las vacaciones. Aunque no se produce aquí dicho efecto positivo de la cosa juzgada, la Audiencia Nacional asume las pautas y criterios que viene manteniendo el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia referida a la exclusión del complemento brigada de incidencias (clave 039).

B) El primer motivo del recurso planteado por ADIF aduce la infracción del artículo 222 LEC (sobre cosa juzgada) por considerar que el tema ya está resuelto por la STS de 22 de septiembre de 1995 (rec. 1348/1994).

C) La UGT no combate la desestimación de su demanda en este punto.

### 2. Consideraciones de la Sala.

A) La sentencia recurrida considera que no hay cosa juzgada formal entre lo ahora pedido y lo resuelto por la anterior STS de 22 septiembre 1995 (rec. 1348/1994). Ello no obstante, aplica su criterio y desestima la demanda por cuanto respecto a la inclusión de la remuneración correspondiente a la clave 039 en la propia de las vacaciones.

Puesto que la UGT no ha cuestionado esa parte desestimatoria, no aparece con claridad que ADIF posea el gravamen pedido por nuestro ordenamiento en orden a la interposición de un motivo de recurso.

B) Ello no obstante, para que no exista sombra alguna de denegación de tutela judicial efectiva, advirtamos que coincidimos con el parecer de la sentencia de instancia. Porque la causa de pedir no es la misma y porque con posterioridad a la STS de 1995 se ha producido una jurisprudencia comunitaria (vinculante ex art. 4 bis LOPJ) que ha obligado a cambiar la propia de este Tribunal. Por tanto, el tema puede examinarse sin que lo impida la excepción articulada por la empleadora.

### 3. Resolución.

El motivo primero del recurso de ADIF, de acuerdo con el Ministerio Fiscal debe desestimarse por cuanto respecta a la clave 039.

QUINTO.- Régimen del Reemplazo a cargo superior (Clave 055).

El reemplazo a cargo superior (clave 055), se regula en la cláusula 33 del XIV convenio colectivo de Renfe (BOE 31 de agosto de 2003). Allí se establece que en el periodo de vacaciones los trabajadores que hayan estado en situación de movilidad funcional temporalmente el mes inmediatamente anterior al inicio del periodo vacacional, percibirán la media obtenida por este concepto en los días de trabajo efectivo de los tres meses anteriores a aquel en que inicien las vacaciones.

Aquí, por tanto, la cuestión litigiosa radica en determinar si el convenio colectivo, que contiene esas condiciones para incluir la remuneración de la clave 055 en la propia de las vacaciones, resulta ajustado a Derecho.

1. El debate suscitado.

A) La sentencia considera que el concepto retributivo en cuestión queda incluido en la remuneración de vacaciones y desestima la demanda.

B) El recurso de UGT, en su cuarto motivo, considera que las condiciones que el convenio establece para que se perciba durante la vacación comportan que rara vez se abone. Denuncia que se infringe el art. 7º de la Directiva 2033/88 en relación con el art. 407 de la Normativa Laboral de Renfe (BOE 26 agosto 1993), donde se establecen las condiciones que ha de reunir un agente para que se le pueda asignar temporalmente funciones superiores.

2. Consideraciones de la Sala.

A) Pese a las deficiencias formales que presenta el motivo, como denuncia la empresa, lo cierto es que indica con claridad qué es lo pedido y cuál es el motivo. En consecuencia, vamos a examinarlo aunque evitando su reconstrucción o adición de argumentos que pudieran desequilibrar el proceso.

B) Dejando al margen los inconvenientes que comporta la fragmentada regulación convencional que hemos de aplicar (hasta el extremo de que pueda inducirse a confusión acerca de cuál sea la regulación sobre el particular), lo cierto es

que tanto la redacción anterior cuanto la vigente de esta partida retributiva condiciona su abono en vacaciones a que se produzcan diversos presupuestos cronológicos.

C) Como se ha expuesto más arriba, los convenios colectivos que colisionen con la exigencia de abonar el equivalente a la retribución normal o media que cada trabajador venga percibiendo, han de considerarse ilegales, o reinterpretarse, para alcanzar tal resultado.

D) En tal sentido, es claro que supeditar el abono de la clave 055 a que el desempeño de funciones superiores se desarrolle en el mes inmediatamente precedente puede dejar sin ese complemento a quien lo haya percibido con habitualidad; y lo mismo cabe afirmar sobre el modo de obtener el promedio, solo por referencia a los tres meses inmediatamente anteriores.

### 3. Resolución.

La percepción de este complemento obedece al concreto trabajo (de nivel o funciones superiores a las propias) que, en su caso, realiza quien lo cobra. Por tanto, si se desempeña de modo habitual, se calificará de retribución ordinaria y, en consecuencia, habrá de incluirse en el cálculo de la retribución de las vacaciones. Si, por el contrario, esa tarea de carácter superior se realiza de manera puntual, su calificación será de retribución extraordinaria y no habrá de tomarse en cuenta para fijar el importe de la retribución de las vacaciones. Por lo tanto, no procede que, con carácter general, la regulación del convenio sobre la clave 055 se interprete como que queda excluida cuando no concurren las condiciones allí exigidas; pero tampoco cabe sostener que en todo caso esa remuneración se incorporará a la compensación salarial de dicho periodo de descanso.

### SEXTO.- Régimen de la gratificación por actividad docente (Clave 113).

El convenio reconoce que durante el periodo de vacaciones ha de abonarse la clave 113 ("gratificación por actividad docente") en parte, en lo referido al Personal docente de la Dirección de Formación y Selección cuando no se encuentre dentro de la Estructura de Apoyo.

#### 1. El debate suscitado.

A) De la farragosa regulación convencional, conforme interpreta el órgano de instancia, resulta que el convenio prevé que la gratificación por actividad docente se abone durante el período de vacaciones cuando se trata de Personal docente de la Dirección de Formación y Selección cuando no se encuentre dentro de la Estructura de Apoyo, tanto por su función lectiva como por el resto de sus funciones docentes incluidas las de preparación y utilización de soportes técnicos y pedagógicos, corrección de exámenes, etc., sin que esté previsto el abono de la gratificación por actividad docente durante las vacaciones cuando se trata de profesores de clases prácticas, ni para el personal colaborador en actividades docentes.

B) El motivo 6º del recurso de ADIF, con invocación del convenio y de numerosa jurisprudencia, considera que esta gratificación debe abonarse exclusivamente al personal docente de la dirección de formación y selección, que lo percibe como complemento ordinario. No cabe extenderlo, como hace la sentencia recurrida, al profesor de clases prácticas, que lo percibe de forma ocasional..

## 2. Consideraciones de la Sala.

A) La doctrina acogida por la sentencia de instancia, como informa el Ministerio Fiscal, es plenamente coincidente con la actual de esta Sala, ya desarrollada en el Fundamento Tercero.

B) Ahora bien, sí tiene razón el recurso de la empleadora cuando llama la atención sobre la posible excepcionalidad del complemento (cuando fuere aislada u ocasional la actividad que viene a remunerar) y la incompatibilidad de tal circunstancia, cuando sea real, con su inclusión en el montante abonado durante las vacaciones, pues no estaríamos ante lo "normal" o "medio".

C) Lo anterior significa que ha de llevarse a cabo un examen individualizado de cada supuesto, que conduzca a una conclusión sea respetuosa con las prescripciones legales, nacionales y de la UE, pero a la vez satisfaga -y éste ha de ser el norte de la interpretación judicial- la finalidad de efectivo descanso que persigue la figura de vacaciones retribuidas.

## 3. Resolución.

El motivo de la empresa, que pretende excluir el abono de la clave 113 durante las vacaciones del profesorado de clases prácticas no puede prosperar, sin perjuicio de la necesaria comprobación en cada caso de que se está ante elemento habitual o normal de la retribución de la persona que disfrute vacaciones.

SÉPTIMO.- Compensación por descanso para refrigerio trabajado (Clave 153).

La compensación por descanso de refrigerio trabajado (clave 153) es una de las que la empresa no abona durante las vacaciones.

El convenio dispone al respecto que "dentro de la jornada continuada se conceden a un descanso de 20 minutos para la toma de refrigerio, para el personal de talleres y conservación de vía se mantiene los 30 minutos. Dadas las particularidades características de sus tareas de trabajo. Ambos periodos se considerarán como trabajo efectivo" (art. 196). Asimismo, "En el caso de que por las características físicas de la actividad no fuera posible el goce efectivo del referido descanso, se compensará los agentes mediante el abono de 20 minutos según los valores señalados en las tablas salariales vigentes por día trabajado sin dicho descanso".

#### 1. El debate suscitado.

A) La sentencia recurrida desestima la demanda en este punto, porque aplica la doctrina sentada por precedente resolución de la propia Sala acerca de tal complemento. Conforme a la SAN 2 julio 2014 (proc. 114/2014) esos veinte minutos sustitutorios poseen naturaleza de hora extraordinaria y, por lo tanto, no pueden integrarse en el concepto de retribución normal o media que es propio de la vacación.

B) El quinto motivo de recurso de la UGT reclama que este concepto pase a integrar la remuneración de las vacaciones. El enunciado del motivo posee una errónea mención a la clave 055, que debemos corregir tanto porque en el desarrollo se cita adecuadamente cuanto porque la empresa demandada descende en su escrito de impugnación a tenerla en cuenta también al señalar que "la recurrente parece referirse al concepto de abono de la indemnización por supresión del descanso de refrigerio, clave nómina 153 y ello en base a la sentencia del TS que pretende adicionar como hecho probado en el motivo tercero de recurso".

#### 2. Consideraciones de la Sala.

A) Nuestra STS 12 noviembre 2015 (rec. 14/2015) revoca la citada SAN de 2 julio 2014 (proc. 114/2014). Entiende que el tiempo de «bocadillo» no disfrutado comporta un exceso sobre la jornada habitual ordinariamente exigible, que debe ser retribuido no sólo con la remuneración propia del tiempo efectivo de trabajo y a través del pactado salario mensual, sino también con la cantidad adicional prevista para tal supuesto específico en la normativa convencional aplicable. Sin que tal exceso pueda ser calificado -ni retribuido- como hora «extraordinaria» en sentido estricto, en tanto que ya se halla incluido -y retribuido- en la jornada anual colectivamente pactada.

B) El argumento de la sentencia recurrida (excluyendo el complemento porque se trata de horas extras) ha perdido consistencia. Sin embargo, ello no comporta el triunfo automático del motivo de recurso.

C) Tampoco puede descartarse el abono de esta clave por el hecho de que el concepto no se encuentre entre los relacionados como abonables en las vacaciones en el art 245 del convenio colectivo; teniendo naturaleza ordinaria, conforme a nuestra repetida sentencia de 8 de junio de 2016, integra lo que constituye el "núcleo" o la "zona de certeza" de la retribución de esa clase (ordinaria).

### 3. Resolución.

La percepción de este complemento obedece al concreto supuesto que puede ocurrir respecto de cierto colectivo laboral (cuando no fuera posible disfrutar el descanso por refrigerio). Por tanto, si ello ocurre de modo habitual, se calificará de retribución ordinaria y, en consecuencia, habrá de incluirse en el cálculo de la retribución de las vacaciones. Si, por el contrario, esa sustitución del descanso por refrigerio surge de manera puntual, su calificación será de retribución extraordinaria y no habrá de tomarse en cuenta para fijar el importe de la retribución de las vacaciones. Por lo tanto, no procede que, con carácter general, la regulación del convenio sobre la clave 153 se interprete como que queda excluida cuando no concurren las condiciones allí exigidas; pero tampoco cabe sostener que en todo caso esa remuneración se incorporará a la compensación salarial de dicho periodo de descanso.



#### OCTAVO.- Régimen del plus de movimiento de estaciones (Clave 247).

Durante el periodo de vacaciones, la empresa no viene abonando la retribución correspondiente a la clave 247 (Plus movimiento de estaciones). El artículo 168 del X convenio colectivo de Renfe especifica los agentes de las categorías que tienen derecho a la percepción del plus. El importe de este plus se cifra, por tipos salariales, en las cuantías fijas mensuales establecidas en las tablas salariales vigentes. Y no repercutirá en ninguna otra clase de percepciones, tales como pagas extraordinarias, compensación por descanso no disfrutados, vacaciones, etc.

##### 1. El debate suscitado.

A) La sentencia recurrida entiende que no cabe admitir que el trabajo retribuido por este concepto resulte esporádico ni extraordinario. Recuerda que el convenio colectivo no puede vulnerar lo dispuesto en el art. 7.1 Directiva 2003/88/CE y excluir retribuciones variables devengadas durante la jornada ordinaria; el precepto comunitario, interpretado por el TJUE en los términos ya expuestos, ha de prevalecer necesariamente en virtud del principio de supremacía del derecho comunitario. Por tanto, estima la demanda en este punto.

B) En su segundo motivo de recurso la empresa aduce que la sentencia recurrida infringe lo previsto en la normativa convencional aplicable y en numerosas sentencias de la Sala Cuarta (cita una docena de ellas). En esencia, postula la necesidad de respetar la voluntad de dicha normativa convencional de "no incluir este concepto en la retribución media de las vacaciones y ello de forma totalmente acorde a la jurisprudencia reiterada del TS".

##### 2. Consideraciones de la Sala.

Estamos ante una percepción de clara naturaleza salarial y que se devenga siempre que concurren los presupuestos contemplados por el convenio colectivo. La argumentación jurídica de la Sala de instancia es acertada y concordante con las premisas que hemos establecido en el Fundamento Tercero.

Puesto que no tiene la consideración de concepto salarial de carácter extraordinario, ni ha sido establecido para remunerar actividades extraordinarias, sino

que retribuye actividades ordinarias, habituales, procede su inclusión en el cálculo de la citada retribución.

### 3. Resolución.

El recurso de la empresa no puede prosperar en este punto, pese a invocar abundante jurisprudencia, porque la misma acoge criterios que deben adaptarse a los actualmente asumidos.

NOVENO.- Régimen del Complemento Atención a incidencias de los Mandos Intermedios (Clave 295).

Por Acuerdo de la dirección de la empresa y el Comité general de empresa de fecha 31 de marzo de 2008, que se eleva al II convenio colectivo de ADIF (BOE de 7 de marzo de 2013), en relación al complemento de puesto de atención a incidencias para el grupo profesional de mandos intermedios y cuadros de mantenimiento de estructura-clave 295-se establece: " los mandos intermedios y cuadros en puestos que tengan a su cargo equipos operativos que atienden la brigada de incidencias, y que realicen habitualmente la atención de averías incidencias fuera de su jornada habitual de trabajo, debiendo acudir a su reparación si fuera necesario, percibirán un complemento de puesto denominado complemento de brigada de disponibilidad, si expresamente manifiestan su adscripción a dicha funcionalidad."

En el HP Cuarto de la sentencia recurrida se afirma que ADIF "durante los períodos de vacaciones de los trabajadores, no abona los siguientes conceptos": clave 295.

#### 1. El debate suscitado.

A) La sentencia recurrida desestima las excepciones de inadecuación de procedimiento y de cosa juzgada en relación a la clave 295, pero no incluye esta partida retributiva entre las que debe incluir el salario durante las vacaciones. Aunque no se produce aquí dicho efecto positivo de la cosa juzgada, se basa en las pautas y criterios que viene manteniendo el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia referida a la exclusión del complemento brigada de incidencias (clave 295).

B) El primer motivo del recurso planteado por ADIF aduce la infracción del artículo 222 LEC (sobre cosa juzgada) por considerar que el tema ya está resuelto por la STS de 25 abril 2006 (rec. 16/2005).

C) La UGT no combate la desestimación de su demanda en este punto.

## 2. Consideraciones de la Sala.

A) La sentencia recurrida considera que no hay cosa juzgada formal entre lo ahora pedido y lo resuelto por la anterior STS de 25 abril 2006 (rec. 16/2005). Ello no obstante, aplica su criterio y desestima la demanda por cuanto respecto a la inclusión de la remuneración correspondiente a la clave 295 en la propia de las vacaciones.

Puesto que ninguna de las partes procesales ha cuestionado esa parte desestimatoria, es dudoso que ADIF posea el gravamen pedido por nuestro ordenamiento en orden a la interposición de este motivo de recurso.

B) Ello no obstante, para disipar cualquier sombra de duda sobre una posible denegación de tutela judicial efectiva, advirtamos que coincidimos con el parecer de la sentencia de instancia. Porque la causa de pedir no es la misma y porque con posterioridad a la STS de 2006 se ha producido una jurisprudencia comunitaria (vinculante ex art. 4 bis LOPJ) que ha obligado a cambiar la propia de este Tribunal. Por tanto, el tema puede examinarse sin que lo impida la excepción articulada por la empleadora.

## 3. Resolución.

El motivo primero del recurso de ADIF, por tanto, de acuerdo con el Ministerio Fiscal debe desestimarse por cuanto respecta a la clave 295.

DÉCIMO.- Régimen del complemento de toma y deje (Clave 322).

Conforme a los arts. 209 y 210 del Convenio Colectivo de RENFE , se conceden tiempos de toma y deje a los agentes; entre otros, Jefes de Estación, Factores de Circulación y Operadores, que presten servicios en estaciones de gran tráfico cuando hayan de anticipar o retrasar su salida del trabajo con relación al horario normal cuyas horas "realizadas antes o después de la jornada normal se

valorarán de igual forma que las extraordinarias, pero no estarán sujetas al tope máximo que para éstas se establece".

#### 1. El debate suscitado.

A) Numerosas sentencias de esta Sala Cuarta han entendido que el complemento en cuestión no debe integrarse en la retribución de vacaciones, dado que no está incluido en el artículo 245 del Convenio Colectivo. Por ejemplo, la STS 16 de diciembre de 2005 (rcud 4790/2004) adopta ese criterio "dado que el mismo no se corresponde con la jornada normal, sino que atiende a un exceso en la duración de esta y, por ello, no puede reputarse jornada ordinaria, que es la que conforme al art. 7 del Convenio 132 de la OIT ha de tenerse en cuenta para la retribución de las vacaciones".

La STS 29 febrero 2012 (rec. 2240/2011) resume la doctrina sobre el tiempo de toma y deje: "no se corresponde con la jornada normal, sino que atiende a un exceso en la duración de ésta". Esa es la razón de que no pueda reputarse jornada ordinaria y de que se venga diciendo que no integra la remuneración vacacional; pos todas, SSTS 7 y 15 febrero 2012 (rcud. 1309/2011 y rcud. 492/2012).

B) La sentencia recurrida estima la excepción de litispendencia alegada por la letrada de ADIF, en lo que se refiere a la inclusión de la retribución de vacaciones de los conceptos de toma y deje del servicio.

#### 2. Consideraciones de la Sala.

Ninguno de los recursos censura el resultado a que accede la sentencia de la instancia (considerando que existe litispendencia). Dada la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, es evidente que no podemos revisar tal pronunciamiento.

#### 3. Resolución.

El triunfo de la excepción opuesta en la instancia respecto de la inclusión en la paga vacacional de la remuneración correspondiente a la clave 322 y la ausencia de impugnación sobre ello, comporta que quede firme su pronunciamiento sobre el particular (sin que debamos examinar el tema de fondo).

DÉCIMO PRIMERO.- Régimen del complemento de conducción restringida (Clave 335).

Conforme prevé el convenio, ADIF vienen abonando durante el periodo de vacaciones, la clave 335 ("complemento conducción restringida"). La sentencia recurrida considera que está reconocido en el convenio y justificado el pago de dicha clave 335.

1. El debate suscitado.

A) Conforme expone la sentencia recurrida, arrojando luz sobre una regulación enrevesada, la regulación de este complemento prescribe que a los efectos de compensar a los brigadas de maniobras que aumenten su carga de trabajo como consecuencia de la implantación de la actividad de conducción restringida, se abonará la cantidad de 7 € en concepto de incremento de productividad, al personal que trabaje en maniobras que realicen dicha actividad, de acuerdo con las siguientes condiciones: el importe de 7€ es por brigada de maniobra, con independencia del número de trabajadores que la formen. Su reparto, si procede, se realizará a partes iguales entre sus integrantes. Se percibirá por día de trabajo efectivo; se abonará en vacaciones, calculada por el promedio percibido en los días de trabajo efectivo en los tres meses anteriores, o los meses precisos para completar 20 días de trabajo. Su abono será incompatible con la percepción en la misma jornada de la clave 433, prima de conducción restringida.

B) El recurso de la UGT, como se ha explicado, propone la adición de un párrafo al relato de hechos probados. Por las razones más arriba expuestas, el mismo no ha podido prosperar. Adicionalmente, la verdad es que no incide de manera directa sobre el abono de la clave que ahora estudiamos.

2. Consideraciones de la Sala.

Ninguno de los recursos censura el resultado a que accede la sentencia de la instancia (considerando ajustada a Derecho la regulación del convenio colectivo).

3. Resolución.

El fracaso de la revisión fáctica preconizada respecto de la remuneración correspondiente a la clave 335 y la ausencia de impugnación sobre lo acordado en la sentencia de instancia, comporta que quede firme su ausencia de pronunciamiento sobre el particular, equivalente a desestimación por considerar que se viene abonando.

DÉCIMO SEGUNDO.- Régimen de la Gratificación conducción personal IIFF (Clave 342).

La clave 342, "gratificación conducción personal IIFF", se contempla en el artículo 142 del X convenio colectivo de Renfe. "Cuando la empresa tenga la necesidad de utilizar vehículos de instalaciones fijas por carretera y no disponga de plantilla de conductores, esta será cubierta de forma rotativa entre los trabajadores que posean el permiso de conducción apropiado y que voluntariamente lo soliciten. El personal de instalaciones fijas percibirá esta gratificación cuando conduzca vehículos de la empresa o ajenos que presten servicio a la misma, en compatibilidad con las funciones propias de su categoría y se trate de agentes cuyas categorías estén comprendidas entre el nivel salarial 2 al 5 de cada uno de sus grupos. Esta gratificación consistirá en una cantidad fija diaria que percibirá que la gente que de hecho conduzca al vehículo, es decir, se abonará por día y turno conducido, fijándose su cuantía en las tablas salariales vigentes".

1. El debate suscitado.

A) La sentencia recurrida advierte que este complemento no figura en la lista de los conceptos salariales a cobrar durante las vacaciones que contiene el propio convenio colectivo (artículo 245). Y añade que tal exclusión era válida según reiterada jurisprudencia, pero se opone a lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Directiva 2003/1998 y a la interpretación de la doctrina comunitaria. En consecuencia condena a ADIF a que durante el período de vacaciones, se incorpore a su remuneración la media de las cantidades percibidas por cada trabajador por la referida clave.

B) El recurso de ADIF, en su tercer motivo, combate ese pronunciamiento estimatorio: el concepto no está incluido en la previsión del convenio para las vacaciones, no retribuye una condición personal o profesional del trabajador y solo es

un abono accesorio; indemniza una molestia excepcional y posee escasa cuantía, por lo que su ausencia no disuade de tomar vacaciones.

## 2. Consideraciones de la Sala.

A) La doctrina acogida por la sentencia de instancia, como informa el Ministerio Fiscal, es plenamente coincidente con la actual de esta Sala, ya desarrollada en el Fundamento Tercero.

B) Ahora bien, sí tiene razón el recurso de la empleadora cuando llama la atención sobre la posible excepcionalidad del complemento (por ser aislada la actividad que viene a remunerar) y la incompatibilidad de tal circunstancia, cuando sea real, con su inclusión en el montante abonado durante las vacaciones, pues no estaríamos ante lo "normal" o "medio".

C) Lo anterior significa que ha de llevarse a cabo un examen individualizado de cada supuesto, que lleve a una conclusión que sea respetuosa con las prescripciones legales, nacionales y de la UE, pero a la vez satisfaga -y éste ha de ser el norte de la interpretación judicial- la finalidad de efectivo descanso que persigue la figura de vacaciones retribuidas.

## 3. Resolución.

La percepción de este complemento obedece al concreto trabajo (utilizar vehículos de instalaciones fijas por carretera) que, en su caso, realiza quien lo cobra. Por tanto, si se desempeña de modo habitual, se calificará de retribución ordinaria y, en consecuencia, habrá de incluirse en el cálculo de la retribución de las vacaciones. Si, por el contrario, esa conducción por carretera se realiza de manera puntual, su calificación será de retribución extraordinaria y no habrá de tomarse en cuenta para fijar el importe de la retribución de las vacaciones. Desde luego, no procede que, con carácter general, la regulación del convenio sobre la clave 342 se interprete como que su abono queda excluido de la paga vacacional; pero tampoco cabe sostener que en todo caso esa remuneración se incorporará a la compensación salarial de dicho periodo de descanso.

DÉCIMO TERCERO.- Régimen de la gratificación por conducción personal V y O (Clave 347).

La clave 347 ("gratificación conducción personal V y O") se regula en el artículo 149 del X convenio colectivo de Renfe: "los agentes pertenecientes a los grupos de Conservación y Vigilancia de Vía, Maquinaria de Vía, Material Fijo, Instalaciones de Seguridad, Alumbrado y Fuerza, Telecomunicaciones y Electrificación que, en compatibilidad con las funciones propias de su cargo se ocupe de la conducción de vehículos, percibirán por la realización de dicho cometido, independientemente del tipo de vehículo que conduzcan, la gratificación mensual que se indica en las tablas salariales vigentes". Se añade que esta gratificación, que será computable para el cálculo y abono del plus de nocturnidad en la forma indicada en las tablas salariales vigentes, no repercutirá en ninguna otra clase de percepciones".

#### 1. El debate suscitado.

A) La sentencia recurrida advierte que este complemento no figura en la lista de los conceptos salariales a cobrar durante las vacaciones que contiene el propio convenio colectivo (artículo 245). Y añade que tal exclusión era válida según reiterada jurisprudencia, pero se opone a lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Directiva 2003/1998 y a la interpretación de la doctrina comunitaria. En consecuencia condena a ADIF a que durante el período de vacaciones, se incorpore a su remuneración la media de las cantidades percibidas por cada trabajador por la referida clave.

B) El recurso de ADIF, en su cuarto motivo, combate ese pronunciamiento estimatorio: el concepto no está incluido en la previsión del convenio para las vacaciones, no retribuye una condición personal o profesional del trabajador y solo es un abono accesorio; indemniza una molestia excepcional y posee escasa cuantía, por lo que su ausencia no disuade de tomar vacaciones.

#### 2. Consideraciones de la Sala.

A) Se reproducen respecto de la remuneración identificada con esta clave los mismos problemas y razonamientos que acerca del descrito por la clave 342. La doctrina acogida por la sentencia de instancia, como informa el Ministerio Fiscal, es plenamente coincidente con la actual de esta Sala, ya desarrollada en el Fundamento Tercero.



B) Ahora bien, sí tiene razón el recurso de la empleadora cuando llama la atención sobre la posible excepcionalidad del complemento (por ser aislada la actividad que viene a remunerar) y la incompatibilidad de tal circunstancia, cuando sea real, con su inclusión en el montante abonado durante las vacaciones, pues no estaríamos ante lo "normal" o "medio".

C) Lo anterior significa que ha de llevarse a cabo un examen individualizado de cada supuesto, que lleve a una conclusión que sea respetuosa con las prescripciones legales, nacionales y de la UE, pero a la vez satisfaga -y éste ha de ser el norte de la interpretación judicial- la finalidad de efectivo descanso que persigue la figura de vacaciones retribuidas.

### 3. Resolución.

La percepción de este complemento obedece al concreto trabajo (compatibilizar las funciones propias del cargo de agente u otros con la conducción de vehículos) que, en su caso, realiza quien lo cobra. Por tanto, si se desempeña de modo habitual, se calificará de retribución ordinaria y, en consecuencia, habrá de incluirse en el cálculo de la retribución de las vacaciones. Si, por el contrario, esa compatibilización de cometidos se realiza de manera puntual, su calificación será de retribución extraordinaria y no habrá de tomarse en cuenta para fijar el importe de la retribución de las vacaciones. Desde luego, no procede que, con carácter general, la regulación del convenio sobre la clave 347 se interprete como que su abono queda excluido de la paga vacacional; pero tampoco cabe sostener que en todo caso esa remuneración se incorporará a la compensación salarial de dicho periodo de descanso.

DÉCIMO CUARTO.- Régimen de la gratificación por polivalencias (Clave 367).

La clave 367, "gratificación por polivalencias" se regula en los artículos 106 y 107 del X convenio colectivo de Renfe: la Red previo informe de la Comisión permanente del Comité General de Empresa, que lo deberá emitir en un plazo de 30 días, determinará aquellos puestos de trabajo que deban tener la condición de polivalentes. Dicha polivalencia se realizará por puestos concretos y con definición

específica de las tareas a realizar en cada caso, no afectando, por tanto, ni a las categorías ni a la definición de funciones de las mismas. Se añaden diversas reglas sobre obligatoriedad de realizar la polivalencia y sobre consecuencias retributivas.

#### 1. El debate suscitado.

A) La sentencia recurrida advierte que este complemento no figura en la lista de los conceptos salariales a cobrar durante las vacaciones que contiene el propio convenio colectivo (artículo 245). Y añade que tal exclusión era válida según reiterada jurisprudencia, pero se opone a lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Directiva 2003/1998 y a la interpretación de la doctrina comunitaria. En consecuencia condena a ADIF a que durante el período de vacaciones, se incorpore a su remuneración la media de las cantidades percibidas por cada trabajador por la referida clave.

B) El recurso de ADIF, en su quinto motivo, combate ese pronunciamiento estimatorio: el concepto no está incluido en la previsión del convenio para las vacaciones, no retribuye una condición personal o profesional del trabajador y solo es un abono accesorio; indemniza una molestia excepcional y posee escasa cuantía, por lo que su ausencia no disuade de tomar vacaciones.

#### 2. Consideraciones de la Sala.

A) Se reproducen respecto de la remuneración identificada con esta clave los mismos problemas y razonamientos que acerca del descrito por las claves 342 y 347. La doctrina acogida por la sentencia de instancia, como informa el Ministerio Fiscal, es plenamente coincidente con la actual de esta Sala, ya desarrollada en el Fundamento Tercero.

B) Ahora bien, sí tiene razón el recurso de la empleadora cuando llama la atención sobre la posible excepcionalidad del complemento (por ser aislada la actividad que viene a remunerar) y la incompatibilidad de tal circunstancia, cuando sea real, con su inclusión en el montante abonado durante las vacaciones, pues no estaríamos ante lo "normal" o "medio".

C) Lo anterior significa que ha de llevarse a cabo un examen individualizado de cada supuesto, que lleve a una conclusión que sea respetuosa con las prescripciones legales, nacionales y de la UE, pero a la vez satisfaga -y éste ha de ser

el norte de la interpretación judicial- la finalidad de efectivo descanso que persigue la figura de vacaciones retribuidas.

### 3. Resolución.

La percepción de este complemento obedece al concreto trabajo (desempeño de un puesto polivalente) que, en su caso, realiza quien lo cobra. Por tanto, si se desempeña de modo habitual, se calificará de retribución ordinaria y, en consecuencia, habrá de incluirse en el cálculo de la retribución de las vacaciones. Si, por el contrario, esa compatibilización de cometidos que implica la polivalencia se realiza de manera puntual, su calificación será de retribución extraordinaria y no habrá de tomarse en cuenta para fijar el importe de la retribución de las vacaciones. Desde luego, no procede que, con carácter general, la regulación del convenio sobre la clave 367 se interprete como que su abono queda excluido de la paga vacacional; pero tampoco cabe sostener que en todo caso esa remuneración se incorporará a la compensación salarial de dicho periodo de descanso.

DÉCIMO QUINTO.- Régimen de la Indemnización por jornada partida (Clave 576).

El Convenio aplicable prescribe que los agentes que realicen sus funciones en puestos con régimen de jornada partida, percibirán la indemnización fijada para este concepto en las Tablas Salariales vigentes por día trabajado, que será compatible con las restantes percepciones incluidos destacamentos y gastos de viaje y que no servirá para el cálculo de los excesos de jornada ni tendrá, repercusión en ningún otro concepto salarial.

Además el complemento retributivo por jornada partida no está comprendido en la relación de conceptos remuneratorios que recoge el artículo 245 de la Normativa Laboral de Renfe en el que aparecen recogidos los conceptos que integran la remuneración de los trabajadores de Renfe en el período vacacional.

#### 1. El debate suscitado.

A) La demanda solicitaba el reconocimiento del derecho de todos los trabajadores de la Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) a que durante el período de vacaciones, se les retribuya con la

media de lo percibido por cada trabajador de que se trate por el complemento de jornada partida (Clave 576).

B) La sentencia de la Audiencia Nacional da cuenta de que por SSTS de 22/9/95 (rec. 1348/1994) y 25/4/2006 (Rec 16/2005) se declara que en la retribución de vacaciones no se incluyen los complementos de jornada partida por tratarse de servicios prestados fuera del horario ordinario.

C) Al cabo, la resolución de instancia estima la excepción de litispendencia alegada por la letrada de ADIF, en lo que se refiere a la inclusión de la retribución de vacaciones del complemento de jornada partida, en lo relativo a las excepciones planteadas de cosa juzgada e inadecuación de procedimiento y en cuanto al fondo del asunto.

## 2. Consideraciones de la Sala.

Ninguno de los recursos censura el resultado a que accede la sentencia de la instancia (considerando ajustada a Derecho la regulación del convenio colectivo).

## 3. Resolución.

La ausencia de impugnación sobre lo acordado en la sentencia de instancia, comporta que quede firme su ausencia de pronunciamiento sobre el particular, equivalente a desestimación.

**DÉCIMO SEXTO.-** Régimen de los complementos por Guardia Infraestructura Vía y Obras (Clave R08), Guardia Infraestructura Servicio Eléctrico (Clave R09) y Guardia Inspector Principal de Movimiento (Clave R10).

Por lo que se refiere a los trabajadores de ADIF procedentes de la Entidad Pública Empresarial Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha (FEVE), cuatro son los conceptos reclamados que no aparecen recogidos en el artículo 75 de la normativa laboral de FEVE elevado al XVI convenio colectivo de FEVE ( BOE nº 153, de 27 de junio de 2000), respecto de los que se solicita el reconocimiento del derecho de los trabajadores a que durante el período de vacaciones se les retribuya con la media de los percibidos por el trabajador y cuya regulación exponemos seguidamente.

Dos claves retributivas (R08: "guardia infraestructura Vía y Obras"; R09: "guardia infraestructura Servicios Eléctricos") se regulan del siguiente modo en el artículo 25 del XVIII convenio colectivo de FEVE:

Periodicidad.-Semanal.

Inicio: al finalizar la jornada ordinaria del miércoles.

Finalización: el miércoles siguiente al inicio de la jornada ordinaria.

Adscripción: los componentes de cada equipo notarán, entre los trabajadores de infraestructuras que voluntariamente solicitan prestar este servicio y que tengan los conocimientos necesarios, siguiendo criterios de especialidad, proximidad, formación, etc.

Localización: la localización de los componentes del turno de guardia se realizará a través de los medios que la empresa disponga.

Actuación: el personal sólo será requerido por el responsable de las guardias para atender situaciones que comprometan de forma importante la seguridad, fiabilidad con regularidad en las diferentes situaciones de la explotación....

Los trabajadores adscritos a las guardias contraen la obligación de comparecer en el momento que sean requeridos al efecto por los responsables de las guardias. La no comparecencia al requerimiento de sus superiores producirá la separación del trabajador del sistema de guardias”.

El artículo 40 establece un complemento de disponibilidad por cada semana de guardia de 180 €.

Por su lado, la clave R10 ("guardia inspector principal de movimiento") tendrá periodicidad diaria, carácter obligatorio y rotatorio en los períodos no cubiertos por turnos de trabajo de este personal, siendo solo utilizada para atender las incidencias dentro del ámbito geográfico de cada puesto de mando/depósito que no puedan ser resueltas por el operador correspondiente, incluso desplazándose a su puesto de trabajo... La retribución por la realización diaria de la guardia ascenderá a 50 €.

1. El debate suscitado.

A) La demanda interesa la inclusión de esas partidas retributivas en el monto compensatorio de la vacación.

B) La sentencia equipara los supuestos examinados al de brigada de incidencias: fuera de del horario ordinario permanece el trabajador localizable por si fuera requerido. La exclusión se ha pactado en convenio colectivo y tal complemento salarial no figura en la lista de los conceptos salariales a cobrar durante las vacaciones que contiene el propio convenio colectivo. Esta interpretación no se considera contraria a la Directiva Comunitaria 2003/88 CE y a la jurisprudencia del TJUE, dado que los mismos no se corresponden con la jornada normal sino que atiende a un exceso de la duración de esta.

C) El séptimo motivo de recurso de la UGT sostiene que sí se produce la vulneración de normas y de jurisprudencia comunitaria que la Audiencia Nacional descarta.

## 2. Consideraciones de la Sala.

A) En línea con lo expuesto respecto de la clave 153, el recurso sostiene que las tareas abonadas con tales complementos no implican la realización de hora extraordinaria o exceso de jornada alguno sino únicamente la obligación de comparecer en el momento en que sean requeridos para ello. Es decir, en modo alguno comporta exceso de jornada la expectativa de ser llamado o no; y dado que la retribución normal debe formar parte de la retribución de vacaciones, no existe apoyo legal o convencional para suponer que los indicados conceptos constituyan una retribución anormal o extraordinaria.

B) La regulación expuesta muestra que el esfuerzo productivo que propicia el devengo de estos tres complementos lo mismo puede ser excepcional que continuado en el tiempo. Para unas personas podemos estar ante un componente de la retribución habitual, mientras que en otras se tratará de algo aislado. Desde luego, como ya se ha dicho, el carácter extraordinario del tiempo de trabajado que se desempeñe en modo alguno significa que su remuneración quede excluida de la satisfecha durante las vacaciones; se actuará de uno u otro modo en función de si la prestación de tareas adicionales es habitual.

C) Lo anterior significa que ha de llevarse a cabo un examen individualizado de cada supuesto, que lleve a una conclusión que sea respetuosa con las prescripciones legales, nacionales y de la UE, pero a la vez satisfaga -y éste ha de ser el norte de la interpretación judicial- la finalidad de efectivo descanso que persigue la figura de vacaciones retribuidas.

### 3. Resolución.

La percepción de estos tres complementos obedece al concreto esfuerzo (disponibilidad para guardia) que, en su caso, realiza quien lo cobra. Por tanto, si se afronta de modo habitual, se calificará de retribución ordinaria y, en consecuencia, habrá de incluirse en el cálculo de la retribución de las vacaciones. Si, por el contrario, esa adscripción y localización se realiza de manera puntual, su calificación será de retribución extraordinaria y no habrá de tomarse en cuenta para fijar el importe de la retribución de las vacaciones.

Desde luego, no procede que, con carácter general, la regulación del convenio sobre las claves R08, R09 y R10 se interprete como que su abono queda excluido de la paga vacacional; pero tampoco cabe sostener que en todo caso esa remuneración se incorporará a la compensación salarial de dicho periodo de descanso.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Régimen del complemento por Incidencias (Clave U97).

La compensación de la clave U97 ("incidencias"), con arreglo al convenio de FEVE, determina la necesidad de que los gráficos contengan los turnos de trabajo necesarios para dar cobertura a la demanda de transporte que exista y los turnos de incidencias en número suficiente para cubrir la previsión de las mismas que se estime a la hora de la confección del mismo. Todos los turnos de trabajo e incidencias de un gráfico deberán contener especificación de horario y serán rotatorios, excepto los jefes de estación que no rotará sobre el ciclo de incidencias. Cada día trabajado en turno grafiado de incidencias se abonará la cantidad estipulada en tablas en compensación por el número indeterminado de cambios a realizar.

#### 1. El debate suscitado.

A) La sentencia recurrida entiende que no procede su cómputo para la retribución de vacaciones atendiendo a su naturaleza, dado que el mismo no se corresponde con la jornada normal u ordinaria y se abona en compensación por el perjuicio causado por el cambio de turno.

B) En línea con lo expuesto respecto de la clave 153, el sexto motivo de recurso de UGT recurso sostiene que las tareas abonadas con tales complementos no implican la realización de hora extraordinaria o exceso de jornada alguno sino únicamente la obligación de estar asignado a determinado gráfico. Ello comporta un número indeterminado de cambios a realizar, pero en modo alguno comporta incremento de jornada.

## 2. Consideraciones de la Sala.

A) La regulación expuesta muestra que el esfuerzo productivo que propicia el devengo del complemento lo mismo puede ser excepcional que continuado en el tiempo. Para unas personas podemos estar ante un componente de la retribución habitual, mientras que en otras se tratará de algo aislado. Desde luego, como ya se ha dicho, el carácter extraordinario del tiempo de trabajado que se desempeñe en modo alguno significa que su remuneración quede excluida de la satisfecha durante las vacaciones; se actuará de uno u otro modo en función de si la prestación de tareas adicionales es habitual.

B) Lo anterior significa que ha de llevarse a cabo un examen individualizado de cada supuesto, que lleve a una conclusión que sea respetuosa con las prescripciones legales, nacionales y de la UE, pero a la vez satisfaga -y éste ha de ser el norte de la interpretación judicial- la finalidad de efectivo descanso que persigue la figura de vacaciones retribuidas.

## 3. Resolución.

La percepción de este complemento obedece al concreto esfuerzo (disponibilidad para guardia) que, en su caso, realiza quien lo cobra. Por tanto, si se afronta de modo habitual, se calificará de retribución ordinaria y, en consecuencia, habrá de incluirse en el cálculo de la retribución de las vacaciones. Si, por el contrario, el día trabajado en turno grafiado de incidencias es algo puntual, su



calificación será de retribución extraordinaria y no habrá de tomarse en cuenta para fijar el importe de la retribución de las vacaciones.

Desde luego, no procede que, con carácter general, la regulación del convenio sobre la clave U97 se interprete como que su abono queda excluido de la paga vacacional; pero tampoco cabe sostener que en todo caso esa remuneración se incorporará a la compensación salarial de dicho periodo de descanso.

#### DÉCIMO OCTAVO.- Recapitulación.

A) De cuanto se ha venido exponiendo deriva que la sentencia dictada por la Audiencia Nacional queda firme en buena medida. Sin embargo, también hay varias percepciones salariales sobre cuya inclusión en el salario de las vacaciones hemos sentado doctrina distinta. Sin perjuicio de que es en la parte dispositiva de esta resolución donde se plasma, de manera formal, nuestra decisión, parece conveniente resumir ahora, de manera integrada, el resultado de combinar la decisión incólume de instancia con las estimaciones de recurso expuestas. Resultado, por tanto, de este complejo procedimiento, es el siguiente:

1) Estimar la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por ADIF ALTA VELOCIDAD.

2) Estimar la excepción de litispendencia alegada por la letrada de ADIF, en lo que se refiere a la inclusión de la retribución de vacaciones de los conceptos de toma y deje del servicio y al complemento de jornada partida, en lo relativo a las excepciones planteadas de cosa juzgada e inadecuación de procedimiento y en cuanto al fondo del asunto.

3) Desestimar las excepciones de inadecuación de procedimiento y de cosa juzgada en relación a la clave 039, complemento brigada de incidencias y clave 295, complemento atención incidencias MMII, alegadas por la letrada de ADIF.

4) Declarar el derecho de los trabajadores de la Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias a que durante el período de vacaciones, se les retribuya con la media de las cantidades percibidas por cada trabajador de que se trate por las claves y conceptos siguientes: Las claves: 113 para los profesores en prácticas; 247, plus movimiento de estaciones; 342, gratificación

conducción personal IIFF; 347, gratificación conducción personal V y O , y la clave 367, gratificación por polivalencias.

5) Declarar el derecho de los trabajadores de ADIF a percibir en su retribución vacacional la parte correspondiente a las siguientes claves, siempre que formen parte de su retribución normal o media:

Reemplazo a cargo superior (Clave 055).

Compensación por descanso para refrigerio trabajado (Clave 153).

Gratificación Conducción personal IIFF (Clave 342).

Régimen de la gratificación por conducción personal V y O (Clave 347).

Gratificación por polivalencias (Clave 367).

6) Declarar el derecho de los trabajadores de ADIF procedentes de FEVE a percibir en su retribución vacacional la parte correspondiente a las siguientes claves, siempre que formen parte de su retribución normal o media:

Complementos por Guardia Infraestructura Vía y Obras (Clave R08).

Guardia Infraestructura Servicio Eléctrico (Clave R09).

Guardia Inspector Principal de Movimiento (Clave R10).

Complemento por Incidencias (Clave U97).

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1º) Estimar parcialmente los recursos de casación interpuestos por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias y la Unión General de Trabajadores frente a la Sentencia 182/2015, de 3 de noviembre, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, la cual queda confirmada en cuanto no esté afectada por los siguientes expositivos del fallo 2º) Declarar el derecho de los trabajadores de ADIF a percibir en su retribución vacacional la parte correspondiente a las siguientes claves, siempre que formen parte de su retribución normal o media: Reemplazo a cargo superior (Clave 055). Gratificación por actividad docente para los profesores en prácticas (Clave 113). Compensación por descanso para refrigerio trabajado (Clave

153). Gratificación Conducción personal IIFF (Clave 342). Régimen de la gratificación por conducción personal V y O (Clave 347). Gratificación por polivalencias (Clave 367). 3º) Declarar el derecho de los trabajadores de ADIF procedentes de FEVE a percibir en su retribución vacacional la parte correspondiente a las siguientes claves, siempre que formen parte de su retribución normal o media: Complementos por Guardia Infraestructura Vía y Obras (Clave R08). Guardia Infraestructura Servicio Eléctrico (Clave R09). Guardia Inspector Principal de Movimiento (Clave R10). Complemento por Incidencias (Clave U97). 4º) No realizar ni imposición de costas, ni adoptar decisiones especiales en materia de depósitos o consignaciones.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR:

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON Miguel Ángel Luelmo Millán, A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 80-2016.

Aun suscribiendo, como es preceptivo, la sentencia de la Sala, he de disentir del parecer mayoritario de la misma plasmado en la sentencia que precede en determinados extremos que paso a consignar.

PRIMERO. - A mi entender, tras rechazarse los tres primeros motivos (fácticos) del recurso de la parte actora, el cuarto debió resolverse de modo igualmente desestimatorio por lo siguiente: el art 407 de la Normativa Laboral de Renfe, BOE de 26 de agosto de 1993, dice textualmente: Sólo podrá designarse para reemplazar a agentes que ostenten categorías desde las que se pueda ascender a la plaza objeto del reemplazo.

La elección se llevará a cabo por dependencia y especialidad, facultándose a la Empresa a remover al agente designado en caso de ineficacia en el desempeño del puesto, de lo que deberá informarse a la Representación del Personal, y previamente el art 405 indica que, se entiende por reemplazo la realización total y completa,

durante la Jornada, de trabajos asignados a categoría superior, en sustitución de los correspondientes a la del agente reemplazante.

El texto del primero de dichos preceptos (407) tiene carácter general referente a quiénes de entre los agentes son susceptibles de poder ser designados para los reemplazos y cuáles sean los criterios de la elección, no apreciándose con ello relación directa con la tesis del motivo, debiendo convenirse, pues, con la empresa demandada en que ese art 407 es ajeno a la concreta cuestión en litigio, aun cuando -y dado el contenido del primer motivo, donde se alude, como se ha dicho, al art 409, párrafo cuarto, en relación con este mismo tema- pueda ser tenido en cuenta este último precepto (si al iniciarse el período de vacaciones el agente viniera desempeñando funciones de cargo superior durante seis meses continuados, percibirá durante el disfrute de aquéllas los haberes que correspondan a la categoría en que reemplace,) respecto del presente motivo en los términos que a continuación se determinan.

En principio, ha de repararse que en el cuarto de los hechos de la demanda, el sindicato accionante lo que dice es que la parte demandada durante los períodos de vacaciones abona de forma prorrateada a cada trabajador ,la generalidad de las claves de las que existen en normativa y que , dicho prorrateo se hace calculando la media de los tres meses inmediatamente anteriores al período de vacaciones disfrutado por cada trabajador , (período que no menciona el art 409 del X Convenio Colectivo sino solo la cláusula 33 del XIV Convenio Colectivo ) pero que ,no obstante lo anterior, no se procede al pago del prorrateo durante las vacaciones de algunos conceptos salariales, los cuales se resumen en (entre otras) clave 055, reemplazo a cargo superior. Es decir, que el prorrateo se efectúa en función de esos tres meses pero que no se aplica a la clave 55, de manera que podría entenderse que cuanto se alega ahora respecto de ese artículo 409 difiere del primitivo planteamiento y puede constituir una cuestión nueva en este motivo del recurso (que solo se refiere al art 409 del X Convenio colectivo y no a la cláusula 33 del XIV Convenio Colectivo, originando con ello que la empresa señale en su escrito de impugnación que, el recurrente yerra al respecto y no conoce la normativa vigente en la materia) porque no se habla ahora más que de los referidos seis meses de este precepto (art 409 que constituye el 407 en

la referencia errónea del recurrente, de la Normativa Laboral de Renfe publicada en BOE de 26 de agosto de 1993) no obstante lo cual, y toda vez que ello no se ha suscitado y que en la sentencia de instancia la cuestión se ha limitado a la conclusión de que el concepto retributivo se abona en las vacaciones sin entrar en qué términos, cabe concluir que, como acto seguido se verá, en todo caso no es atendible el genérico planteamiento de la parte actora y recurrente -que niega que en la práctica tenga lugar tal pago la mayor parte de las veces- de que se prorratee el concepto en dicha retribución vacacional en relación exclusiva con el tan reiterado art 409, que es el único que dicha parte entiende infringido de la normativa de la empresa.

En efecto: el incombato hecho quinto de los declarados probados en la sentencia de instancia expresamente admite que ,está reconocido en el convenio y la empresa demandada abona durante el período de vacaciones las claves 055, reemplazo a cargo superior.

Y ha de subrayarse que en su igualmente inatado hecho duodécimo se hace constar que, el reemplazo a cargo superior (clave 055), se regula en la cláusula 33 del XIV convenio colectivo de Renfe (BOE 31 de agosto de 2003) relativa a la movilidad temporal funcional (donde) se establece: a partir de la firma del presente convenio colectivo, se acuerda modificar el antepenúltimo párrafo del apartado b) del punto 2 de la norma marco de movilidad, en el sentido de que en el periodo de vacaciones los trabajadores que hayan estado en situación de movilidad funcional temporalmente el mes inmediatamente anterior al inicio del periodo vacacional, percibirán la media obtenida por este concepto en los días de trabajo efectivo de los tres meses anteriores a que el en que inician las vacaciones. (Descriptor 30),. De manera que según declara la Sala de instancia, es la cláusula 33 del XIV Convenio Colectivo de Renfe y no el art 409 del X Convenio Colectivo la que regula la materia y sobre ello no se ha propuesto revisión alguna.

Por otra parte, el séptimo fundamento de derecho de la sentencia en cuestión, que entronca con el precitado duodécimo ordinal de su relación probatoria previa, manifiesta, en lo que contiene de componente fáctico, que, ADIF se opuso a los conceptos reclamados bajo la clave 055, reemplazo a cargo superior; 113, gratificación por actividad docente y 335, complemento conducción restringida

mediante la excepción de pago, presentando nóminas (descriptores 42,43 y 44),de cuyo contenido se desprende que está reconocido en el convenio y justificado el pago de la clave 055: "reemplazo a cargo superior" y de la clave 113: "gratificación por actividad docente" en parte, en lo referido al Personal docente de la Dirección de Formación y Selección cuando no se encuentre dentro de la Estructura de Apoyo.

Analizando la regulación de los referidos complementos para resolver si el convenio contempla su inclusión en la retribución durante el período de vacaciones.

1.- La clave 335.

2.- La clave 055: "reemplazo a cargo superior" se contempla en la cláusula 33 del XIV convenio colectivo de Renfe (BOE 11 de agosto de 2003) en los siguientes términos. (Los ya transcritos).

Por tanto, de los anteriores conceptos está reconocido en el convenio y justificado el pago de la clave 055: "reemplazo a cargo superior", lo que se reitera en el décimo fundamento de derecho.

Del texto de esa cláusula 33 se desprende que desde el XIV convenio colectivo de Renfe, la clave 055, que corresponde, según el propio suplico de demanda, a ,reemplazo a cargo superior, (lo que constituye movilidad funcional temporal) está previsto que se abone en los términos de la media que menciona (los trabajadores que hayan estado en situación de movilidad funcional temporal en el mes inmediatamente anterior al inicio del período vacacional, percibirán la media obtenida por este concepto en los días de trabajo efectivo de los tres meses anteriores a aquel en que inicien las vacaciones), dando por probado ese fundamento que ,está justificado el pago,, que es proporcional en los términos referidos, por lo que la pretensión del motivo, que interesa que el concepto se abone, según se ha transcrito, ,de forma prorrateada cuando los trabajadores que reemplacen no lleguen a los seis meses consecutivos, (refiriéndose, evidentemente y como se ha expuesto, al art 409 del X convenio colectivo de Renfe, que cita en el primer motivo) no se justifica, pues sobre ser este convenio anterior al de la cláusula 33, hay que tener en cuenta que, según ya se ha indicado, en el cuarto de los hechos de la demanda el sindicato accionante ya se muestra teóricamente de acuerdo con las condiciones de esa cláusula cuando dice que

la parte demandada durante los períodos de vacaciones abona de forma prorrateada a cada trabajador la generalidad de las claves de las que existen en normativa y que , dicho prorrateo se hace calculando la media de los tres meses inmediatamente anteriores al período de vacaciones disfrutado por cada trabajador, pero que no se procede al prorrateo durante las vacaciones de algunos conceptos salariales, los cuales se resumen en (entre otras) clave 055, reemplazo a cargo superior.

A pesar de la abstrusa normativa empresarial, ese art 409 del X Convenio y de la Normativa Laboral parece haber desaparecido de la Normativa Laboral de Renfe actualizada, que dice por todo contenido conjunto de sus arts. 404-431 que, La Comisión Paritaria tratará de buscar el equilibrio coherente entre el número de personas que configuran la Estructura de Apoyo y Estructura de Dirección con el resto del personal de Convenio, adaptando los porcentajes del 2% más el 2% ya acordados ,, habiéndose limitado el recurrente a exponer con base en ese precepto (aunque cite el 407) que cuando el reemplazo se ve interrumpido, continuamente, (lo que da por hecho) por una u otra razón, ,en la práctica conlleva que no se abone casi nunca pero ello no debe impedir que se abone de forma prorrateada cuando los trabajadores que reemplacen no lleguen a los seis meses consecutivos ,, sin que -y esto tiene también su importancia en virtud del formato procesal seguido- ni conste acreditada como circunstancia que la interrupción opere de manera generalizada o habitual ni tampoco que (casi) nunca se abone la cantidad por tal concepto en ese período vacacional, y en esas condiciones, en fin, sólo una acción de carácter individual tendría oportunidad de ejercitarse.

En su lugar, podría haberse suscitado el tema del doble requisito cronológico de la tan repetida cláusula 33 del XIV Convenio Colectivo de Renfe homologado por la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 18 de julio de 2003 (BOE de 11 de agosto de 2003, diez años después del X Convenio Colectivo y su art 409 ) en cuanto, según se viene diciendo, constituye la regla vigente de la materia, que cabría examinar a la luz de la jurisprudencia comunitaria citada por ambas partes y de nuestra jurisprudencia que la precisa y que se ha citado en nuestro precedente quinto fundamento de derecho, pero lo cierto es que en este motivo cuarto del recurso (y precisamente porque se refiere al art 409 del X Convenio colectivo y no a la cláusula

33 del XIV Convenio Colectivo ) no se habla más que de los referidos seis meses de este precepto (407, según el recurrente, de la Normativa Laboral de Renfe publicada en BOE de 26 de agosto de 1993), que es a lo que se ha aplicado el examen de la Sala con el resultado antedicho.

SEGUNDO.- Respecto al quinto motivo, y aunque finalmente me decanto por la solución estimatoria del mismo, como hace la sentencia de la Sala, entiendo que sería oportuno consignar lo siguiente: en él se vuelve sobre la Directiva ya mencionada y su art 7 en relación con los arts. 196 y 197 de la Normativa Laboral de Renfe ,en lo relativo al concepto de reemplazo a cargo superior clave 055., es decir, la misma clave que en motivo anterior, señalando que , el presente motivo (es) en lo esencial , igual al precedente y haciendo referencia a la sentencia de esta Sala que aporta de 12 de noviembre de 2015 (rc 14/2015) respecto de la cual dice que determina el carácter ordinario de ese tiempo (el de descanso) y al no incrementar en modo alguno la jornada anual de los trabajadores, hemos de concluir que es una retribución ordinaria, alcanzándole de pleno la Directiva 2033/22/CE (que) considera que el derecho (a) una retribución en concepto de vacaciones sea comparable a la retribución ordinaria o ,normal., sin que exista impedimento para que el concepto de refrigerio clave 153 tenga reflejo en la retribución percibida en las vacaciones con idéntico fundamento que el motivo precedente., Esta última clave (153) alude, según la demanda, a, compensación descanso refrigerio trabajado.

Sobre la base de lo resaltado en postrer lugar por el motivo (el mismo fundamento que el precedente) la solución habría de ser entonces, y en un principio, la negativa, al haber sido desestimado el anterior, debiendo tenerse en cuenta, en todo caso, que tales preceptos, ubicados en el contexto general de horarios, y su precisión de interrupciones para la toma de refrigerio, declaran:

Artículo 196.

Dentro de la jornada continuada se concederá un descanso de veinte minutos para la toma del refrigerio. Para el personal de Talleres y Conservación de Vía se mantienen los treinta minutos, dadas las peculiaridades, características de sus tareas de trabajo. Ambos períodos se considerarán como trabajo efectivo.



#### Artículo 197.

En el caso de que por las características de la actividad no fuera posible el goce efectivo del referido descanso, se compensará a los agentes mediante el abono de veinte minutos según los valores señalados en las Tablas Salariales vigentes por día trabajado sin dicho descanso.

Se trata de dos preceptos incluidos en el capítulo del ya referido horario y que, en consecuencia, afectan, en principio y con carácter general, a todos los trabajadores con las especialidades que, en su caso, pudiesen proceder.

A partir de ahí, cabe precisar -incluso sin haberse admitido el motivo fáctico correspondiente por lo razonado al examinarlo- lo que nuestra sentencia de 12 de noviembre de 2015 (rc 14/2015) señala respecto al caso concreto que enjuicia, relativo al derecho que el sindicato demandante en ese procedimiento (la propia UGT) propugnaba se reconociese, según su antecedente primero, de que ,los trabajadores de ADIF que no pudieran disfrutar el descanso de veinte minutos por las características de su actividad, a percibir la correspondiente compensación en cuantía no inferior al valor de dicho período de tiempo (veinte minutos diarios) conforme al valor de la hora ordinaria calculada según acuerdo de conciliación de 10 de septiembre de 2012 ante la Sala de lo Social de la Audiencia nacional autos 193/2012.

En este concreto contexto -de planteamiento general y no reducido a una situación especial como la del personal de reemplazo y la retribución de las vacaciones, que es el del actual motivo de recurso, personal del que no se ha dicho ni demostrado que lleve a cabo una actividad de características que impidan que puedan disfrutar el referido descanso de veinte minutos, aunque la parte contraria no lo combate expresamente- ha de tenerse en cuenta el discurso de dicha sentencia, en el que, en efecto, se dice (segundo, punto 3, y tercer fundamentos de derecho) que ,entendemos que los veinte minutos de cuya retribución se trata en autos no son en puridad horas extraordinarias y que por ello es válida la compensación retributiva específica que señala el convenio colectivo, y que simplemente se trata de período de descanso no disfrutado que acaece dentro del tiempo máximo de trabajo que se ha

convenido colectivamente (las referidas 1720/1728 horas) de forma que su retribución complementaria -aparte de la ordinaria- prevista en las tablas salariales no contraviene la regulación específica de las horas extraordinarias, (fundamento segundo, 3), concluyendo, en fin, que este indudable exceso de jornada respecto de quien goza del tiempo de descanso no puede calificarse de hora extraordinaria en tanto que la jornada materialmente llevada a cabo no supera la anual máxima prevista en convenio, (fundamento tercero, 2).

De manera, pues, que la conclusión que se impone, contrariamente a la tesis de la Sala de instancia, es que dicho período horario es ordinario y no extra, y que, como retribución horaria ordinaria, forma parte del salario en la definición que da de éste el art 26.1 del ET, al no hallarse comprendido el concepto litigioso entre las excepciones del nº 2 de dicho precepto, todo lo cual, en cualquier caso, ha de examinarse si cabe en la aplicación ,al concepto de reemplazo a cargo superior clave 055, que se cita en el motivo, que en su postrer párrafo señala, como conclusión y en un ejercicio dialéctico un tanto críptico, que no existe impedimento ,para que el concepto de refrigerio, clave 153, tenga reflejo en la retribución percibida en las vacaciones con idéntico fundamento que en el motivo precedente,, que se refiere exclusivamente a la clave 055 y ya se ha visto el resultado del mismo, reiterándose lo ya razonado en él, a lo que se añade que el art 7 de la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 , únicamente dispone que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral,, de modo que, en principio, los términos literales del precepto no afectarían, en realidad, al debate de este procedimiento, porque, como ya recuerda la sentencia comunitaria que sigue (C 155/10) en su punto 17, únicamente se refiere al derecho mismo a las vacaciones anuales y a su duración mínima, así como a la imposibilidad de su compensación económica y no al reflejo en la retribución de tales vacaciones de diferentes factores

económicos, si bien dicho texto normativo es siempre susceptible de una hermenéutica como la judicial de más alto nivel (TJUE en este caso) que pueda fijar el alcance de su contenido, no cabiendo de todos modos olvidar que si su interpretación conduce a resolver ese alcance en términos económicos, éstos podrían resultar también interesados por las condiciones de obtención y concesión reseñadas en el precepto.

En relación con ello, cabe señalar que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 15 de septiembre de 2011, asunto C-155/2010, Williams y otros y British Airways, que es citada en la sentencia de instancia y en el recurso, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Supreme Court of the United Kingdom y examina y aplica la referida Directiva, señalando, resumidamente, cuanto sigue:

„el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que la expresión «vacaciones anuales retribuidas» que figura en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 significa que, mientras duren las «vacaciones anuales» en el sentido de esta Directiva, debe mantenerse la retribución y, en otras palabras, que el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho período de descanso (véanse las sentencias de 16 de marzo de 2006, Robinson-Steele y otros, C/131/04 y C/257/04, Rep. I/2531 apartado 50, y Schultz-Hoff y otros, antes citada, apartado 58). En efecto, el objetivo de retribuir las vacaciones es colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo (véanse las sentencias, antes citadas, Robinson-Steele y otros, apartado 58, y Schultz-Hoff y otros, apartado 60).

Ahora bien, cuando la retribución percibida por el trabajador está compuesta por varios elementos, la determinación de esta retribución ordinaria, y, por tanto, del importe al que dicho trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, necesita un análisis específico.

Corresponde al juez nacional apreciar la existencia de un vínculo intrínseco entre los diversos elementos que componen la remuneración global del trabajador y la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo. Dicha

apreciación debe realizarse sobre la base de una media sobre un período de referencia que se considere representativo y a la luz del principio elaborado por la jurisprudencia antes citada, según el cual la Directiva 2003/88 considera que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en este concepto constituyen dos vertientes de un único derecho (véanse las sentencias, antes citadas, Robinson-Steele y otros, apartado 58, y Schultz-Hoff y otros, apartado 60).

El asunto resuelto en dicha sentencia no tiene relación de plena y absoluta identidad con el actual, al ser el caso y sus circunstancias diferentes, y no se trata en él de la cuestión ahora en litigio sino que aborda la temática de los diversos elementos que pueden integrar la retribución ordinaria del trabajador (importe fijo salarial y complementos salariales variables) y no el simple incremento salarial por mayor jornada (dentro de la jornada convencional) trasladado a la retribución de las vacaciones, pero, en cualquier caso, contiene su doctrina general sobre la remuneración de las vacaciones, ya plasmada en otras sentencias anteriores del mismo Tribunal como las que cita, y es posible extrapolar una idea que aun cuando en otra órbita y referida no a la normativa convencional sino al juez dirimente, puede, sin embargo, ser tenida en cuenta, cual es la de que tiene que haber un vínculo intrínseco entre cuanto se remunera y las diversas tareas realizadas que generan ese abono económico (pero también podría ser, en vez de la variedad y peculiaridad de las tareas, el mayor tiempo resultante de jornada por pérdida, en determinadas circunstancias, del descanso normativamente pautado dentro de la misma) y que tal apreciación ha de efectuarse , sobre la base de una media sobre un período de referencia que se considere representativo. Y en virtud de la extrapolación mencionada, ello podría consagrar la norma convencional de una media también en un período concreto y mínimo.

Y es en este punto donde nuestra propia jurisprudencia (STS, 4ª, de 8 de junio de 2016, rc 207/2015, y las que le siguen), entre otras, se ha encargado de efectuar las precisiones oportunas en adecuación de la doctrina del TJUE a la realidad del ordenamiento jurídico interno, matizando que, como ya se ha anticipado en la referida transcripción (décimo tercero fundamento de derecho, apartado 2), aunque la fijación de esa retribución (normal o media,) por parte de la negociación colectiva admita un

comprensible grado de discrecionalidad de todas las maneras la misma no puede alcanzar la distorsión del concepto -normal o media- hasta el punto de hacerlo irreconocible puesto que se trata (de un) concepto jurídico indeterminado, lo que lleva a las inclusiones y exclusiones concretas en la retribución vacacional de los conceptos que se mencionan en el siguiente fundamento (decimocuarto, apartado 2) de la misma, cuyos criterios, salvando las distancias conceptuales, son susceptibles de aplicación al presente caso para determinar que en tanto en cuanto los minutos del bocadillo no se disfrutan sino que se trabajan, se han de retribuir como horas ordinarias y no extraordinarias, y por lo tanto, abonables mensualmente, por lo que, en principio, constituye un concepto a prorratear, pero en aplicación de su específica clave que es la 153 y no la 055 postulada y desestimada en el motivo anterior.

Pero lo cierto es que la clave 153 se cita finalmente y que la empresa demandada descende en su escrito de impugnación a tenerla en cuenta también al señalar que ,la recurrente parece referirse al concepto de abono de la indemnización por supresión del descanso de refrigerio, clave nómina 153 y ello en base a la sentencia del TS que pretende adicionar como hecho probado en el motivo tercero de recurso. Consecuentemente con todo ello y a pesar del más que defectuoso planteamiento del motivo, ha de concluirse que lo que se pretende, sin más, y según se deduce del tratamiento que a la cuestión da la sentencia recurrida en su noveno fundamento de derecho dedicado a la clave 153, es que en la retribución de las vacaciones se abone prorrateado el concepto compensación descanso refrigerio trabajado, a lo que entiendo se ha de acceder, toda vez que la sentencia recurrida niega tal inclusión económica vacacional con base en su propia doctrina de considerar horas extraordinarias ese tiempo, lo que esta Sala de casación no comparte, sin que, por otro lado, tampoco resulte argumento suficiente el hecho de que el concepto no se encuentre entre los relacionados como abonables en las vacaciones en el art 245 del convenio colectivo pues teniendo naturaleza ordinaria, conforme a nuestra sentencia de 8 de junio de 2016 , integra lo que constituye el ,núcleo, o la ,zona de certeza, de la retribución de esa clase (ordinaria).

TERCERO. - El sexto motivo sería otro de los que habría de decaer. Reitera la infracción del art 7 de la Directiva 2033/88/CE en relación con el art 17, párrafo

tercero, del XVIII convenio colectivo de FEVE, BOE de 21 de septiembre de 2006, en lo relativo al concepto de incidencias, clave U97, sosteniendo que la sentencia incurre en un error en la interpretación de dicho precepto al atribuir a las incidencias, en el ámbito de FEVE a un aumento de jornada o disponibilidad... (cuando) el único requisito para cobrar el plus de incidencias clave U97 es exclusivo y excluyente: estar asignado a dicho gráfico y se denomina incidencias porque supone un número indeterminado de cambios a realizar -cambios de turno- es decir, se retribuye un tiempo de trabajo relativamente caótico pero en ningún caso viene a suponer incremento de jornada alguno.

El referido artículo convencional (17 del XVIII convenio colectivo de FEVE), relativo a los gráficos de trabajo, dice así: los gráficos deberán contener los turnos de trabajo necesarios para dar cobertura a la demanda de transporte que exista y los turnos de incidencias en número suficiente para cubrir la previsión de las mismas que se estime a la hora de la confección del mismo.

Todos los turnos de trabajo e incidencias de un gráfico deberán contener especificación del horario y serán rotatorios, excepto los Jefes de Estación que no rotarán sobre el ciclo de incidencias.

Cada día trabajado en turno grafiado de incidencias se abonará la cantidad estipulada en tablas en compensación por el número indeterminado de cambios a realizar.

Los turnos de trabajo no podrán sufrir más de tres cambios al mes, siendo éste el número máximo para que dichos cambios no sean considerados como modificación sustancial de condiciones de trabajo. De producirse alguno de los tres cambios, que nunca afectará a un descanso, tendrá el mismo tratamiento económico que la cantidad expresada en el párrafo anterior.

Los turnos para suplencias de vacaciones no representarán «modificación de turno» cuando en el desarrollo anual del gráfico del trabajador éstos figuren como turnos efectivos de trabajo. Y es el tercero de sus párrafos, referente a los días trabajados en turno grafiado de incidencias el objeto del motivo en los términos que se viene de transcribir, contestando la empresa demandada al respecto en su escrito de

impugnación que el motivo se articula en base a una frase aislada y sesgada, del referido precepto, sin atender al conjunto de la regulación de forma sistemática y como un todo coherente y lógico hacia un fin, integrando sus cláusulas con otras, criterios que deben regir la interpretación de los convenios colectivos,, porque, según dicha parte, de la redacción total de aquél, los trabajadores que se hallan sujetos a gráficos pueden tener asignado o un turno ordinario (el habitual o general) o el de incidencias y que es a quienes tienen singularmente asignado este último y en compensación a la mayor molestia que supone la variabilidad de los turnos a quienes se les abona la cantidad correspondiente por día trabajado.

La sentencia de instancia dice sobre el particular en su hecho octavo y tras referirse al art 75 del XVI convenio colectivo de FEVE, que alude al plus de vacaciones variables, que se tiene en cuenta por el promedio obtenido durante los días de trabajo efectivo realizados por el trabajador en los tres últimos meses anteriores, que durante dicho período vacacional y a diferencia de otros conceptos (plus de nocturnidad, de disponibilidad, de toxicidad-peligrosidad, prima festivos, prima taller, etc) ,ADIF no abona durante las vacaciones los siguientes conceptos: clave U97 incidencias,, justificando, sin embargo, dicho proceder en el párrafo 3 de su duodécimo fundamento de derecho con la conclusión de que ,hay que distinguir al personal con gráficos ordinarios del personal con gráficos de incidencias, que significa que se le asignan unos turnos orientativos; si hay una incidencia, le cambian el turno y por cada día de trabajo que están en ese gráfico, se le abona una cantidad en compensación por el número indeterminado de cambios a realizar,, de manera que no procede su cómputo para la retribución de vacaciones atendiendo a su naturaleza, dado que el mismo no se corresponde con la jornada normal u ordinaria y se abona en compensación por el perjuicio causado por el cambio de turno,.

El referido art 17 del XVIII convenio de FEVE se halla encuadrado en el Capítulo IV de su Título I, capítulo que se refiere a las condiciones específicas de trabajo,, aludiendo a los turnos de trabajo y a los gráficos que los contengan y precisando que se abonará la cantidad estipulada en tablas en compensación por el número indeterminado de cambios a realizar, y tal compensación,, que se abona únicamente, cada día trabajado en turno grafiado es consecuencia de las condiciones

en que se realiza el trabajo durante el denominado período de incidencias, de modo que a pesar de su denominación, constituye salario conforme al ya citado art 26.1 del ET, pero de lo que no cabe duda es que, como señala la sentencia recurrida, su naturaleza, aun salarial, es diferente a los efectos en litigio, porque no se corresponde con la jornada normal u ordinaria, dadas las características propias de las incidencias, siendo aquélla la que da origen a una retribución igualmente normal, que es la requerida por la sentencia del TJUE del caso Williams al decir que ,la retribución de las vacaciones ha de ser de un importe que se corresponda con la retribución normal del trabajador,, y en este mismo sentido se orienta, como no podía ser de otro modo, nuestra propia jurisprudencia, ya relacionada y parcialmente transcrita.

CUARTO.- El séptimo y último motivo habría de haber seguido igual suerte negativa, en fin, cuando dice conculcados los arts. 25 del XVIII convenio colectivo de FEVE (BOE 21 de septiembre de 2006) y 98.4 del XVI convenio colectivo de la misma empresa (BOE de 2 de junio de 2000) ,en lo relativo a los conceptos de guardias de infraestructura vía y obras y servicio eléctrico, claves R08 y R09), así clave R10 guardia inspector Pral de movimiento,, alegando, en resumen y sustancia, que los arts. mencionados ,no implican la realización de hora extraordinaria o exceso de jornada alguno sino únicamente la obligación de comparecer en el momento en que sean requeridos para ello.... es decir, en modo alguno comporta exceso de jornada la expectativa de ser llamado o no, es simplemente eso, una expectativa, una disponibilidad relativa, pero desde luego, no puede ser asimilado a un exceso de jornada y dado que la retribución normal debe formar parte de la retribución de vacaciones, no existe apoyo legal o convencional para suponer que los indicados conceptos del presente constituyan una retribución anormal o extraordinaria.

La empresa demandada, tras referirse en su escrito de impugnación a los vicios y defectos en la exposición y desarrollo del motivo, se remite al hecho sexto de los declarados probados en la sentencia de instancia, mencionando asimismo el undécimo y manifestando que el art 75 del XVI convenio colectivo de FEVE que establece qué conceptos deben incluirse en la media de retribución de vacaciones, no cita las guardias de los inspectores de movimiento clave R10, haciendo suyo, en fin, cuanto se argumenta en el punto 2 del duodécimo fundamento de derecho de dicha



resolución. Y en cuanto a las guardias de vía y de obras y del servicio eléctrico, cita en su apoyo los hechos quinto y décimo de la sentencia impugnada, así como el punto 1 de su referido duodécimo fundamento de derecho.

La sentencia en cuestión reproduce literalmente en su hecho sexto el contenido del art 75 del XVI convenio colectivo de FEVE, en el que se dice, en lo que interesa, y acerca del que denomina plus vacaciones variables, que "este plus se abonaría durante las vacaciones anuales de los trabajadores. Se tendrá en cuenta el promedio obtenido, durante los días de trabajo efectivo realizados por el trabajador en los tres últimos meses anteriores, de los siguientes conceptos variables, no mencionando en su relación ninguno de los referidos en el motivo, pero concluyendo con la frase ,así como cualquier otro concepto salarial aplicable,. En ese mismo ordinal, la sentencia declara probado que ADIF no abona durante las vacaciones las claves R08, R09 y R10 (las que son objeto del motivo), así como la U97.

Sobre la base de todo ello, el duodécimo fundamento de derecho de la misma alude en sus puntos 1 y 2 a las claves R08 y R09 (1) y R10 (2), transcribiendo respecto de las dos primeras (guardia infraestructura vías y obras y guardia infraestructura servicios eléctricos) el meritado art 25 del XVIII convenio colectivo de FEVE, que dice así:

Artículo 25. Guardias de Infraestructura.

Periodicidad.- Semanal, salvo situaciones geográficas o lugares donde no exista plantilla suficiente, como actualmente ocurre en Galicia, León y Murcia, que adaptándose a las necesidades se negociarán los periodos de disponibilidad.

Inicio: Al finalizar la jornada ordinaria del miércoles.

Finalización: El miércoles siguiente al inicio de la jornada ordinaria.  
Adscripción: Los componentes de cada equipo rotarán, entre los trabajadores de infraestructuras que voluntariamente soliciten prestar este servicio y que tengan los conocimientos necesarios, siguiendo criterios de especialidad, proximidad, formación, etc. Se podrán realizar cambios puntuales por motivos personales con la autorización del Jefe de Servicio.

Los agentes deberán hacer constar por escrito su intención de participar en las guardias en un plazo de 15 días a partir de la publicación de estas condiciones generales, siendo revisadas las adscripciones cada 3 meses.

Horario: El horario de actuación coincidirá con el horario de explotación.

Localización: La localización de los componentes del turno de guardia se realizará a través de los medios que la empresa disponga.

Actuación: El personal solo será requerido por el responsable de las guardias para atender situaciones que comprometan de forma importante la seguridad, fiabilidad o regularidad en las diferentes situaciones de la explotación.

Los servicios de guardia se darán a conocer a los trabajadores, al menos, con un mes de antelación. Se procurará en todos los casos disponer del tiempo necesario para la realización de las comidas.

Bajas: Dado el carácter voluntario de esta adscripción, un trabajador podrá darse de baja del equipo de guardias, por petición reglamentaria, con una antelación de 3 meses.

Los trabajadores adscritos a las guardias contraen la obligación de comparecer en el momento que sean requeridos al efecto por el responsable de las guardias. La no comparecencia al requerimiento de sus superiores producirá la separación del trabajador del sistema de guardias.

Ello se complementa con lo que dispone el art 40 de esa misma norma en orden a la retribución de esas guardias al decir: Artículo 40. Guardia de Infraestructura. Se establece un complemento de disponibilidad por cada semana de guardia de ciento ochenta euros (180,00 €).

En consecuencia, se trata de una guardia voluntaria, que se realiza al finalizar la jornada ordinaria y que termina al día siguiente al comenzar esa jornada, debiendo hallarse los trabajadores afectos permanentemente localizables fuera de las horas de servicio ordinario y, en fin, de las demás características especiales insertas en el precepto, todo lo cual vuelve a excluir el carácter normal, tanto del concepto como de la retribución, o lo que es lo mismo, tanto en las condiciones que se han de dar para

generarla como en el propio modo de la misma, de forma que precisamente conforme a la jurisprudencia que se cita en su apoyo, no se genera el derecho pretendido y, en consecuencia, el motivo no puede prosperar en este punto o extremo.

Por lo que hace finalmente a la clave R10 (guardia inspector principal de movimiento), lo que dice la sentencia de instancia es que se regula en el acta 13 de la comisión paritaria del XVIII convenio, que es una vía, de por sí, muy particular, precisando que sus condiciones son las de que no generará más compensación económica que la que se dice en dicho documento más adelante, que tendrá periodicidad diaria, carácter obligatorio y rotatorio en los términos que dice, precisando el ámbito geográfico de su realización y concluyendo con que ,la retribución por la realización diaria de la guardia ascenderá a 50 €, . Dadas sus circunstancias, semejantes en lo sustancial, a las de las dos claves anteriores (de las que únicamente se separa en el carácter obligatorio, relevante pero no decisivo por sí solo) resulta aplicable la misma solución desestimatoria del motivo también en este punto, sin necesidad de mayores esfuerzos dialécticos.

El recurso, congruentemente con lo que precede, debería haber sido estimado parcialmente.

QUINTO- Respecto al de la empresa, que consta de seis motivos, mi disensión con el parecer mayoritario de la Sala reflejado en nuestra sentencia se circunscribe a lo que sigue.

En primer lugar, el tercer motivo, que dice que se contravienen los arts. 245, 142 y 47 de la Normativa Laboral y X convenio colectivo de Renfe vigente conforme a la cláusula 5ª del II convenio colectivo de Adif y en relación con la jurisprudencia (SSTS de 20 de mayo y 14 de octubre de 1992, rrcud 1634 y 900/1991, y 14 de febrero de 1994, rcud 1880/1993).

Examinado con antelación el primero de los preceptos de empresa, cabe transcribir los dos siguientes, diciendo el art 47, en lo que tiene de teórico relieve para el caso, que ,en el desempeño de las correspondientes funciones se emplearán, en su caso, los medios o herramientas informáticos o de otro tipo que sean precisos, sin que ello suponga un cambio en el contenido de dichas funciones ni en la adscripción del

agente a otra categoría distinta, dado que la realización de las mismas es independiente de los medios que utilicen.

Los agentes que, además de realizar las funciones propias de su categoría, tengan a su cargo la conducción de los vehículos de su dependencia, percibirán una gratificación en las condiciones y por el importe establecido.

Por su parte, el art 142 dispone que, cuando la Empresa tenga la necesidad de utilizar vehículos de Instalaciones Fijas por carretera y no disponga de plantilla de conductores, ésta sea cubierta de forma rotativa entre los trabajadores que posean el permiso de conducción apropiado y que voluntariamente lo soliciten.

El personal de Instalaciones Fijas percibirá esta gratificación cuando conduzca vehículos de la Empresa o ajenos que presten servicio a la misma, en compatibilidad con las funciones propias de su categoría y se trate de agentes cuyas categorías estén comprendidas entre el nivel salarial 2 al 5 de cada uno de sus grupos.

Esta gratificación consistirá en una cantidad fija diaria que percibirá aquel agente que de hecho conduzca el vehículo, es decir, se abonará por día y turno conducido, fijándose su cuantía en las Tablas Salariales vigentes,.

Sobre esta base normativa paccionada, lo que la sentencia recurrida argumenta al respecto en el punto quinto de su referido noveno fundamento de derecho es que tanto la clave 342 como la 347, ambas referentes a la conducción personal (en el primer caso IIFF y en el segundo V y O), aunque excluías válidamente hasta ahora, según reiterada jurisprudencia, se opone a lo dispuesto en el art 7.1 de la Directiva 2003/88 y a la interpretación de la doctrina comunitaria.

El criterio aplicado es correcto, en principio, como formulación de carácter general y a la vista del art 47 referente a observaciones comunes a las funciones de todas las categorías, de donde se desprende que se parte de la continuidad o normalidad, puesta de relieve en cuanto ha quedado subrayado del mismo frente a la especialidad que supone la contingencialidad del segundo (142, instalaciones fijas o IIFF) igualmente resaltada, pues en aquél (47) la conducción no sólo no constituye, en principio, un cambio sino que, sobre todo, está inevitablemente vinculada a la realización de las propias funciones de su categoría y resulta un añadido a las

mismas, de modo que la asignación posee carácter permanente y obligatorio en defecto de precisión al respecto -necesaria cuando se trata de tarea voluntaria- aun cuando se retribuya con una gratificación adicional, que no por eso deja de tener carácter salarial.

Por el contrario, la especialidad del art 142 y referente a la gratificación por conducción para el específico personal de Instalaciones Fijas (IIFF), que voluntariamente lo soliciten, consiste en cantidad fija diaria que percibirá aquel agente que de hecho conduzca y que se abonará por día y turno conducido. Este personal y gratificación es el comprendido en la clave 342, que aparece en el suplico de demanda, de tal modo que, en esas condiciones, cabe considerar que la gratificación de esa clave es de carácter extraordinario y, en consecuencia, excluye en el cómputo de la retribución vacacional, por lo que el motivo debería haber sido estimado.

SEXTO.- En segundo lugar, el sexto y último motivo, que pretende que se atenta contra el art 436 del XI convenio colectivo de Renfe referente a la gratificación por formación en relación a los profesores de clases prácticas, clave salarial 113. Dicho precepto, que habla de que, Se establecen las siguientes gratificaciones de formación:

#### Personal docente de la Dirección de formación y selección

Este personal Docente cuando no se encuentre dentro de la Estructura de Apoyo, o no esté adscrito al grupo profesional de Mando Intermedio y Cuadro tanto por su función lectiva, como por el resto de sus funciones docentes incluidas las de preparación y utilización de soportes técnicos y pedagógicos, corrección de exámenes, etc., percibirá una gratificación. La cuantía de esta gratificación mensual es la fijada en las Tablas Salariales vigentes para este concepto.

Esta gratificación será abonada también durante el período de vacaciones y será incompatible con cualquier otra gratificación de formación.,

#### Profesor de Clases Prácticas

Son aquellos agentes afectos a la Dirección de Formación y Selección cuya labor docente es impartir clases prácticas en las cuales se desarrollen actividades tales

como maniobrar, revisar, mantener, montar y desmontar instalaciones y equipos, localizar y reparar averías, conducir vehículos, cumplimentar documentaciones (tarificaciones, documentaciones administrativas, documentos de circulación, etc.).

Estos agentes colaborarán asimismo en la preparación de los manuales prácticos necesarios y en la inspección de prácticas y localización de pruebas, así como cualquier labor, dentro del campo docente, de apoyo al Personal Docente de la Dirección de Formación y Selección.

Estos profesores de Clases Prácticas percibirán una gratificación por hora de clase práctica impartida, con arreglo al valor horario establecido en las Tablas Salariales vigentes, siendo el máximo de percepción por este concepto el importe mensual fijado en las Tablas Salariales vigentes.

#### Personal Colaborador en Actividades Docentes

En base a las necesidades formativas, la Dirección de Formación y Selección podrá disponer de otros agentes de la Red en régimen de colaboración, los cuales, en tiempo parcial, impartirán clases en los cursos programados, además de efectuar cualquier otra actividad docente que sea necesaria.

Bajo ningún concepto, la dedicación como Colaborador de Formación habría de suponer detrimento alguno en la responsabilidad de la función y desempeño de su cometido habitual.

Las gratificaciones que percibirá el Personal Colaborador en actividades docentes por hora de clase impartida son las establecidas en las Tablas Salariales vigentes, por hora de clase dentro de jornada y por hora de clase fuera de jornada, respectivamente, según proceda.

El máximo de percepción por estos conceptos es el importe mensual fijado en las Tablas Salariales vigentes.

Cualquier otra actividad docente, tal como redacción de textos y documentos que este Personal Colaborador realice para Formación, se abonará previo concierto y estableciendo una proporción de equivalencia con las Gratificaciones establecidas para el Personal Docente de la Dirección de Formación y Selección.

La enseñanza impartida fuera del horario normal de trabajo tanto por personal no afecto a la Dirección de Formación y Selección y que actúe como Colaborador como por Profesores de Clases Prácticas afectos a la Dirección de Formación y Selección, se abonará en concepto de exceso de jornada sin que, en caso alguno, se concedan las compensaciones antes dichas ni otro tipo de retribución,

Del mencionado texto resulta evidente que el espíritu de la norma es el de que únicamente en el primer caso (Personal docente de la Dirección de formación y selección) se retribuya el concepto en el período de vacaciones y no en los otros dos, como se deduce de su previsión expresa en aquél y la ausencia de una mención específica al respecto en los restantes. Ello, no obstante, no impide que de la Directiva comunitaria y de su interpretación judicial pueda resultar otra cosa. En tal sentido y para determinar el carácter de la labor del personal de clases prácticas y del colaborador en la actividad docente, parece necesario, u oportuno cuanto menos, examinar previamente el marco en que se halla inserto el precepto referido, que se encuentra ubicado en el Título XI relativo a la Formación Profesional, extendiéndose desde el art 432 al 436 propiamente dicho, que aluden específicamente a la ,Formación, (432-433) y a los Cursillos (434-435), además del ya citado (436), que cierra ese título.

Los dos primeros hablan del Plan de Formación Anual, como sistema global periódico, sus condiciones, finalidades y parámetros. Los dos siguientes se refieren a los cursillos a impartir y al alumnado que haya de asistir a ellos, de modo que finalmente ninguno de los cuatro artículos arroja luz acerca de la materia de debate, debiendo en consecuencia volverse, como única referencia práctica, sobre el último precepto (436), del que se desprende:

a) que tanto el personal docente de la Dirección de formación y selección como el personal de clases prácticas están adscritos a dicha dependencia de modo permanente y tienen fijada una gratificación que es de carácter mensual en el primer caso y por hora diaria de trabajo efectivo en el segundo, la/s cual/es puede/n impartirse dentro o fuera del horario normal.

b) quienes constituyen el personal colaborador en actividades docentes prestan su concurso como meros colaboradores cuando las actividades formativas lo requieran y a tiempo parcial, con percepción de una gratificación también por hora de clase impartida, teniendo asignado de modo permanente o habitual un cometido distinto.

c) en ambos casos (personal de clases prácticas y personal colaborador) la actividad docente se puede impartir dentro o fuera de la jornada habitual, retribuyéndose en el segundo caso como exceso de jornada.

A tenor de cuanto antecede, la solución congruente con cuanto se ha expresado y razonado hasta ahora viene dada fundamentalmente por la precisión de este último apartado (c) y por cuanto de común con el mismo tiene el primer párrafo (a) , deparando ello la solución de que únicamente integrará el correspondiente concepto en la retribución de las vacaciones de los profesores de clases prácticas a que se contrae el motivo las horas de actividad formativa impartidas por los mismos dentro de la jornada habitual, lo que supone la estimación parcial de aquél.

El recurso, pues, de la empresa, habría de haber sido igualmente estimado en parte.

Madrid, a 21 de marzo de 2017



## **XXIX. BIBLIOGRAFIA**

- ALBERTO DONNA EDGARDO. Derecho Penal Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.

- ANTÓN ONECA J., “Historia del Código penal de 1822”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 18, Fasc/Mes 2, 1965, páginas. 263-278.

- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., “La espiral del Mobbing”. Papeles del Psicólogo, 2003. N. ° 84, páginas. 55-61.

- BAYLOS, A., Derecho del Trabajo: modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991.

- BAYLOS, A., Derecho del Trabajo: modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991.

- CABANA FARALDO. Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en derecho penal. Tirant lo Blanch. 2008.

- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicologia. 2012.

- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral “Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)”. Departament

de psicología social. Facultat de Psicologia. Universitat de Valencia. Servei de Publicacions. 2011.

- CASAS BAAMONDE, M. E., «La mayor representatividad sindical, y su moderación, en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 345.

- CRUZ VILLALÓN, J., «La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español», Relaciones Laborales, tomo I-2005, pág. 151.

- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. “La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco”. Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Páginas. 14-15.

- FALGUERA BARÓ, M. y SENRA BIEDMA, R., «Marco jurídico competencial de las representaciones sindicales y unitarias: Análisis crítico de la situación actual y propuestas modificativas», Relaciones Laborales, tomo II-1996, pág. 184

- FFARRONI, Raúl Eugenio; Derecho Penal, Parte General, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.

- FONTÁN CARUSO. Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual. Tirant lo Blanch. 2006.

- GARCÍA CAVERO P. “Acerca de la Función de la Pena”. Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. <http://www.revistajuridicaonline.com>. 11,00 horas 06/04/2014.

- GARCÍA MURCIA, J., «La actividad sindical y los criterios de representatividad (y II)», Relaciones Laborales, tomo II-1987, pág. 181.

- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.

- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, páginas.7-20.

- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º 2 - Enero-Junio de 2010.

- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. [www.acosolaboral.org.uy](http://www.acosolaboral.org.uy). 22, 33 horas. 15/11/2013.

- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, número 2. 1996.

- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.

- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., “Diagnósticos para el acoso laboral”. 2003. [www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm](http://www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm). 13,20 horas.12/11/2013. 96

- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.

- LOUSADA AROCHENA JOSÉ FERNANDO. El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el derecho del trabajo y de la seguridad social. Tirant lo Blanch. 2014.

- LUZON CUESTA JOSE MÁRÍA. Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial. Dykinson S.L. Mayo 2016.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral”. <http://www.preventionworld.com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic>. 23,50 horas. 14/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. [www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf](http://www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf). 00,36 horas. 15/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. [www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf](http://www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf). 00,36 horas. 15/11/2013.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R, Estabilidad en el empleo y contratación temporal, MTSS, Madrid, 1983.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R, Estabilidad en el empleo y contratación temporal, MTSS, Madrid, 1983.

- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo? Dos estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Páginas. 233-255.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010. Páginas. 375-398.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Páginas. 29-46.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español”. Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), páginas. 91-125.

- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.

- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. “El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una empresa hortofrutícola”. Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Páginas. 145 y ss.

- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.

- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.

- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.

- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), páginas. 9-20.

- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.

- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Derecho Penal Parte General. 2015. Tirant lo Blanch.

- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, 2 Edición, Valencia, 1996.

- OJEDA AVILÉS, A., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006.

- OJEDA AVILÉS, A., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006.

- ONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).

- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado De Derecho Penal, “Estudio programático de la parte general”. 2º Edición Lima- Perú. Editorial Jurídica Grijley E. I. R. L. 1995.

- PÉREZ MACHIO ANA I., “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, número. 06-06.

- PÉREZ REY, J., Estabilidad en el empleo, Trotta, Madrid, 2004.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC. Barcelona, 2007.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestión 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.



- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.

- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.

- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.

- PRADOS DE REYES, F. J., «Representación unitaria y representación sindical en la empresa. Evolución de sistemas», Relaciones Laborales, tomo I-1991, pág. 181.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de genero. Tirant lo Blanch. 2014.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Reforma Penal 2010: Análisis y comentarios. 2010. Aranzadi.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y CRUZ VILLALÓN, J., «El sindicato en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical», Relaciones Laborales, tomo I-1987, pág. 81.

- ROMAGNOLI, U., «Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo», Revista de Derecho Social, número. 2, 1998.

- ROMAGNOLI, U., «Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo», Revista de Derecho Social, número 2, 1998.

- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones. <http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf>. 23,45 horas, 27/11/2013.

- SANCHEZ GARRIDO J. A. “La consideración penal del mobbing”, Diario La Ley, Nº 7612, Sección Tribuna, 15 Abril. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.

- SILVA SANCHEZ JESUS MARÍA. Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. 2011. Ateclier.

- SUAY CELIA. “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”. Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.

- TERRADILLOS BASOCO JUAN. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”. Revista Pena y Estado, n.º1, 1991. Ediciones P.P.U. Páginas. 9-22. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, nº 1, Páginas.51-56.

- VALDES DAL-RÉ, F., «Representación y representatividad sindicales en España», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 145.

**T**ALENTUM EST TANTUM PARS SUCCESSU RELIQUUM EST OPUS  
ET SACRIFICIUM